

Léonard Maradan

# L'exercice collectif des droits en procédure civile suisse



DOI : <https://doi.org/10.51363/unifr.dth.2025.002>

Léonard Maradan



<https://orcid.org/0009-0000-4386-4624>

© Léonard Maradan, 2025



Cet ouvrage est publié sous une licence Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY-NC 4.0) : <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

**Léonard Maradan**

**L'EXERCICE COLLECTIF DES DROITS  
EN PROCEDURE CIVILE SUISSE**

Thèse fribourgeoise

sous la direction du Professeur Michel Heinzmann

Fribourg 2021

---

Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg (Suisse).

Acceptée par la Faculté de droit, le 22 mars 2021,  
sur proposition du Professeur Michel Heinzmann (premier rapporteur) et du  
Professeur Ramon Mabillard (second rapporteur).

La Faculté de droit de l'Université de Fribourg (Suisse) n'entend ni  
approuver, ni désapprouver les opinions émises dans une thèse ; elles  
doivent être considérées comme propres à l'auteur (décision du Conseil de  
Faculté du 1er juillet 1916).

*À mon épouse, à mon fils*



## Avant-propos

Le présent ouvrage est l'aboutissement de neuf ans de recherches et de lectures, de réflexions et de rédaction, de remaniements et de corrections. La voie du doctorat n'a pas été pour moi qu'un exercice scientifique, mais également une épreuve de caractère. La précision dans l'analyse, la discipline et la capacité de se remettre en question en ont grandement bénéficié. En fin de compte, j'en ressors satisfait, épanoui et enrichi.

Cette thèse n'aurait cependant pas pu voir le jour sans toutes les formes de soutien dont j'ai eu la chance de bénéficier tout au long de ce périple.

En premier lieu, mes remerciements vont bien évidemment à mon directeur de thèse, le Professeur Michel Heinzmann de l'Université de Fribourg, qui a su guider et accompagner l'élaboration du présent travail par ses conseils avisés et sa bienveillance personnelle. Ce fut un plaisir et un privilège d'avoir pu engager des discussions juridiques avec un scientifique disposant d'une si riche expérience pratique.

Je souhaite également témoigner toute ma reconnaissance à Madame Anne-Claude Scheidegger et Monsieur Darius Scheidegger, tous deux juristes et amis, pour leur relecture attentive et leurs remarques pertinentes.

Ma gratitude va ensuite aux Messieurs Markus Ducret, ancien Président du Tribunal de l'arrondissement du Lac et aujourd'hui juge auprès du Tribunal cantonal du canton de Fribourg, ainsi que Peter Stoller, ancien greffier-chef du Tribunal de l'arrondissement du Lac du canton de Fribourg et aujourd'hui Président de cette même institution, pour leurs renseignements pratiques en matière de procès civils.

Je tiens par ailleurs à remercier l'Office fédéral de la Justice à Berne, et plus particulièrement Monsieur Philipp Weber. Dans le cadre de mon emploi au sein de cet Office, j'ai en effet eu la chance de pouvoir participer au projet législatif concernant l'exercice collectif des droits.

Je souhaite aussi remercier la Docteure Marilies Zinner du *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz* en Autriche ainsi que la Professeure Ulrike Frauenberger de l'Université de Vienne qui m'ont fourni une aide précieuse s'agissant de questions précises portant sur le droit autrichien.

En outre, je souhaite également exprimer ma reconnaissance envers Madame Valérie Muster de la Fédération romande des consommateurs ainsi que Madame Cécile Thomi de la *Stiftung für Konsumentenschutz* pour les précieuses informations qu'elles m'ont apportées au sujet des actions de ces organisations dans le domaine de l'exercice collectif des droits.

En deuxième lieu, je ne saurais exprimer à sa juste valeur toute ma gratitude envers mon épouse, Kimsa Maradan. Cette dernière a non seulement été d'un soutien moral exceptionnel tout au long de cette épreuve, mais m'a également aidé, de par ses connaissances linguistiques, à épurer la forme du présent travail. Mes remerciements s'adressent aussi à mon fils Raphaël-Shinji et sont valables pour tous les moments d'intense bonheur partagés ensemble. Ma gratitude va également à ma mère, Eva Zimmermann, qui m'a apporté son soutien précieux tout au long de cette période. Sans oublier mes chiens qui m'ont apporté beaucoup de joie.

Enfin, je souhaite remercier trois de mes meilleurs amis, Docteur Guillaume Braïdi, Docteur Aurélien Barakat et Maître Patrick Vianin. Tous les trois juristes, mais amis avant tout, ont su m'apporter la motivation et les conseils nécessaires pour aller au bout de cet exercice.

Fribourg, le 5 novembre 2021 LEONARD MARADAN



## Sommaire

<b>Avant-propos .....</b>	<b>V</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>IX</b>
<b>Table des abréviations .....</b>	<b>XV</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>XXIII</b>
<b>Sources officielles .....</b>	<b>XXXIX</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
L'objet.....	1
Les délimitations.....	3
Le plan.....	4
<b>PREMIERE PARTIE : les fondements .....</b>	<b>5</b>
<b>§1 La problématique.....</b>	<b>7</b>
I. L'apathie rationnelle.....	7
II. L'insuffisance des instruments classiques du CPC .....	11
<b>§2 Les notions et les fonctions de l'exercice collectif des droits .....</b>	<b>19</b>
I. Les notions.....	19
II. Les fonctions .....	26
<b>§3 Un aperçu de l'exercice collectif des droits en Autriche ....</b>	<b>31</b>
I. Les fondements de l'exercice collectif des droits .....	31
II. La phase préparatoire à l'exercice collectif des droits en Autriche.....	42
III. Les coûts.....	46
<b>DEUXIEME PARTIE : la phase préparatoire à l'exercice collectif des droits.....</b>	<b>51</b>
<b>§4 Le demandeur collectif.....</b>	<b>53</b>
I. Le demandeur collectif en tant que partie au procès.....	53
II. L'identité du demandeur collectif .....	70
<b>§5 La découverte des lésés.....</b>	<b>75</b>
I. Le problème.....	75

II. Les méthodes de recherche .....	76
<b>TROISIEME PARTIE : l'exercice collectif en justice .....</b>	<b>81</b>
<b>§6 Le cumul objectif d'actions .....</b>	<b>83</b>
I. L'objet du litige.....	83
II. Les conditions du cumul .....	88
<b>§7 L'augmentation du dommage collectif</b>	
<b>en cours de procédure.....</b>	<b>117</b>
I. Le problème.....	117
II. En procédure de conciliation .....	119
III. En procédure de fond.....	123
IV. En procédure d'appel .....	132
V. Les effets de droit procédural et matériel	
de l'augmentation du dommage collectif.....	136
<b>§8 Les coûts liés à l'exercice collectif des droits.....</b>	<b>139</b>
I. Le problème.....	139
II. Les solutions de financement envisageables .....	154
<b>§9 Les perspectives.....</b>	<b>163</b>
I. La notion de l'exercice collectif des droits .....	163
II. Le régime applicable à l'exercice collectif des droits.....	165
<b>CONCLUSIONS .....</b>	<b>169</b>
Un état des lieux .....	169
Constat .....	173
Remarques finales .....	174

## Table des matières

<b>Avant-propos .....</b>	<b>V</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>IX</b>
<b>Table des abréviations .....</b>	<b>XV</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>XXIII</b>
<b>Sources officielles .....</b>	<b>XXXIX</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>L'objet.....</b>	<b>1</b>
<b>Les délimitations.....</b>	<b>3</b>
<b>Le plan.....</b>	<b>4</b>
<b>PREMIERE PARTIE : les fondements .....</b>	<b>5</b>
<b>§1 La problématique.....</b>	<b>7</b>
<b>I. L'apathie rationnelle.....</b>	<b>7</b>
1. La notion.....	7
2. Quelques illustrations .....	8
2.1. L'exécution imparfaite d'un voyage à forfait.....	8
2.2. La vente d'un produit standardisé défectueux.....	10
<b>II. L'insuffisance des instruments classiques du CPC .....</b>	<b>11</b>
1. L'action des organisations.....	11
2. La consorité active simple.....	12
2.1. La réglementation .....	12
2.2. Une pluralité des liens d'instance.....	13
2.3. Les frais.....	14
3. Les révisions en cours.....	15
<b>§2 Les notions et les fonctions de l'exercice collectif des droits .....</b>	<b>19</b>
<b>I. Les notions.....</b>	<b>19</b>
1. Le dommage collectif.....	19
1.1. Un collectif de lésés.....	19
1.2. Une multitude de dommages.....	20
1.2.1. Des dommages similaires ou identiques.....	20

1.2.2.	Dont l'ampleur peut varier .....	22
1.2.2.1.	Les dommages importants (Grossschäden).....	22
1.2.2.2.	Les dommages dispersés (Streuschäden).....	22
2.	L'exercice collectif.....	23
2.1.	La découverte et le rassemblement des lésés.....	23
2.2.	Une seule action en justice .....	24
2.2.1.	Le demandeur collectif.....	24
2.2.2.	La résolution de questions communes.....	24
<b>II.</b>	<b>Les fonctions .....</b>	<b>26</b>
1.	L'accès à la justice.....	26
2.	La mise en œuvre du droit à la réparation.....	27
3.	L'économie de procédure.....	28
4.	L'empêchement de jugements contradictoires .....	29
5.	La sauvegarde d'intérêts de groupes et de l'intérêt public .....	29
<b>§3</b>	<b>Un aperçu de l'exercice collectif des droits en Autriche....</b>	<b>31</b>
<b>I.</b>	<b>Les fondements de l'exercice collectif des droits .....</b>	<b>31</b>
1.	La problématique.....	31
2.	La jurisprudence fondatrice : OGH 4 Ob 116/05w .....	33
2.1.	L'état de fait.....	33
2.2.	La procédure.....	33
2.3.	Les considérants du <i>Oberster Gerichtshof</i> .....	34
2.3.1.	Une cause juridique similaire et des questions communes .....	34
2.3.2.	La décision de la Cour .....	35
2.4.	D'autres procédures portant sur l'exercice collectif des droits .....	36
3.	Les conditions .....	37
3.1.	Le cumul objectif d'actions.....	37
3.2.	Les exigences jurisprudentielles supplémentaires .....	39
<b>II.</b>	<b>La phase préparatoire à l'exercice collectif des droits en Autriche.....</b>	<b>42</b>
1.	Le rassemblement des lésés.....	42
2.	La cession du droit en vue de l'encaissement.....	42
2.1.	La cession .....	42
2.2.	Les modalités.....	43
2.3.	La personne du demandeur collectif.....	44
<b>III.</b>	<b>Les coûts.....</b>	<b>46</b>
1.	Les frais.....	46
1.1.	De la phase préparatoire .....	46
1.2.	De la procédure judiciaire.....	47
2.	Le financement.....	49

<b>DEUXIEME PARTIE : la phase préparatoire à l'exercice collectif des droits.....</b>	<b>51</b>
<b>§4 Le demandeur collectif.....</b>	<b>53</b>
<b>I. Le demandeur collectif en tant que partie au procès.....</b>	<b>53</b>
1. Le problème .....	53
2. La cession aux fins d'encaissement .....	55
2.1. La notion.....	55
2.2. Les conditions .....	56
2.3. Les limites générales.....	58
2.4. Les limites du pactum de non cedendo.....	59
2.4.1. Le principe .....	59
2.4.2. Les limites .....	59
2.4.2.1. En général.....	59
2.4.2.2. De l'art 8 LCD .....	61
2.5. Les effets.....	63
2.6. La situation du cessionnaire-fiduciaire .....	64
2.6.1. Les droits issus des devoirs accessoires du cédant (art. 170 al. 2 CO) .....	64
2.6.2. Les droits issus du régime de garantie (art. 171 à 173 CO) .....	65
2.6.3. Les droits et obligations du fiduciaire .....	67
2.7. La situation du débiteur cédé.....	67
2.7.1. La notification de la cession au débiteur (art. 167 CO) .....	67
2.7.2. Les exceptions que peut faire valoir le débiteur (art. 169 al. 1 CO) .....	68
<b>II. L'identité du demandeur collectif .....</b>	<b>70</b>
1. La légitimité de revêtir le rôle de demandeur collectif.....	70
2. Les organisations de protection des consommateurs .....	72
<b>§5 La découverte des lésés.....</b>	<b>75</b>
<b>I. Le problème.....</b>	<b>75</b>
<b>II. Les méthodes de recherche .....</b>	<b>76</b>
1. Remarques générales.....	76
2. Une communication directe à l'intention des lésés .....	76
3. L'inadmissibilité de la preuve à futur.....	77
4. Autres méthodes .....	79
<b>TROISIEME PARTIE : l'exercice collectif en justice .....</b>	<b>81</b>
<b>§6 Le cumul objectif d'actions .....</b>	<b>83</b>
<b>I. L'objet du litige.....</b>	<b>83</b>
1. La notion.....	83
2. Une pluralité d'objets du litige .....	85

<b>II. Les conditions du cumul .....</b>	<b>88</b>
1. La même compétence à raison de la matière .....	88
1.1. Le principe .....	88
1.2. Certaines atténuations .....	89
2. La même procédure .....	91
2.1. Le principe .....	91
2.2. La procédure applicable .....	92
2.2.1. Le principe .....	92
2.2.2. Le cas rare : la procédure sommaire .....	93
3. La compétence à raison du lieu .....	95
3.1. A l'échelle nationale .....	95
3.1.1. Le principe .....	95
3.1.2. D'autres fors alternatifs .....	96
3.1.2.1. Les fors en matière contractuelle .....	96
3.1.2.2. Les fors en matière délictuelle .....	97
3.1.3. L'indisponibilité d'un for spécial .....	98
3.1.4. Le for prorogé .....	99
3.2. A l'échelle internationale .....	101
3.2.1. Le principe .....	101
3.2.2. D'autres fors alternatifs .....	103
3.2.3. L'indisponibilité d'un for spécial .....	108
3.2.4. Le for prorogé .....	110
4. Un lien de connexité ? .....	113
<b>§7 L'augmentation du dommage collectif</b>	
<b>en cours de procédure .....</b>	<b>117</b>
<b>I. Le problème .....</b>	<b>117</b>
<b>II. En procédure de conciliation .....</b>	<b>119</b>
1. Remarques préliminaires .....	119
2. La modification des conclusions .....	119
2.1. Les conclusions dans la requête de conciliation .....	119
2.2. L'admissibilité de la modification .....	120
<b>III. En procédure de fond .....</b>	<b>123</b>
1. Remarques préliminaires .....	123
2. La modification de la demande avant la tenue	
des débats principaux .....	124
2.1. Remarques générales .....	124
2.2. Une procédure identique pour la prétention nouvelle	
ou modifiée .....	124
2.3. Un lien de connexité ou un consentement .....	125
3. La modification de la demande aux débats principaux .....	127
3.1. Remarques générales .....	127
3.2. Les novas .....	128

3.2.1.	La distinction .....	128
3.2.2.	Lors de l'augmentation du dommage collectif.....	129
<b>IV.</b>	<b>En procédure d'appel .....</b>	<b>132</b>
1.	Remarques préliminaires.....	132
2.	Les conditions à la modification de la demande.....	133
2.1.	L'art. 227 CPC .....	133
2.2.	Nouveaux faits ou moyens de preuve.....	133
<b>V.</b>	<b>Les effets de droit procédural et matériel de l'augmentation du dommage collectif.....</b>	<b>136</b>
1.	Sur la litispendance.....	136
2.	Le début de l'interruption du délai de prescription.....	137
<b>§8</b>	<b>Les coûts liés à l'exercice collectif des droits.....</b>	<b>139</b>
<b>I.</b>	<b>Le problème.....</b>	<b>139</b>
1.	Les frais.....	139
1.1.	Le principe .....	139
1.2.	Les frais judiciaires .....	140
1.3.	Les dépens .....	143
1.4.	L'avance des frais judiciaires.....	146
1.5.	Les sûretés en garantie du paiement des dépens.....	147
2.	Les dépenses.....	149
2.1.	En général .....	149
2.2.	Une prétention pour les dépenses en vue de la préparation d'un procès .....	151
<b>II.</b>	<b>Les solutions de financement envisageables .....</b>	<b>154</b>
1.	Les solutions du droit de procédure .....	154
1.1.	L'exonération (partielle) des frais .....	154
1.2.	L'action partielle .....	155
1.3.	L'assistance judiciaire gratuite.....	156
2.	Les autres solutions.....	158
2.1.	Les contributions volontaires .....	158
2.2.	Le subventionnement public .....	159
3.	Le financement du procès par des tiers.....	160
3.1.	La notion.....	160
3.2.	Les conditions générales du financement .....	161
<b>§9</b>	<b>Les perspectives.....</b>	<b>163</b>
<b>I.</b>	<b>La notion de l'exercice collectif des droits .....</b>	<b>163</b>
<b>II.</b>	<b>Le régime applicable à l'exercice collectif des droits.....</b>	<b>165</b>

<b>CONCLUSIONS .....</b>	<b>169</b>
<b>Un état des lieux .....</b>	<b>169</b>
<b>Constat .....</b>	<b>173</b>
<b>Remarques finales .....</b>	<b>174</b>



## Table des abréviations

### 1. Réglementations

AP-CPC	Avant-projet du Code de procédure civile concernant l'amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité (en cours d'élaboration)
AP-LEFin	Avant-projet de la Loi fédérale sur les établissements financiers
AP-LSFin	Avant-projet de la Loi fédérale sur les services financiers
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme), RS 0.101
CO	Loi fédérale complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (Code des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano) conclue à Lugano le 30 octobre 2007, RS 0.275.12
CP	Loi fédérale sur le code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311
CPC	Loi fédérale sur le code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
Directive 93/13/	
CEE	Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L95 du 21.4.1993, p. 29 ss
GebT-BL	Verordnung über die Gebühren der Gerichte du canton de Bâle-Campagne du 15 novembre 2010, RSBL 170.31

# Table des abréviations

GebVO-TG	Verordnung des Grossen Rates über die Gebühren der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden du canton de Thurgovie du 13 mai 1992, RSTG 638.1
GebV OG-ZH	Gebührenverordnung des Obergerichts du canton de Zurich du 8 septembre 2010, RSZH 211.11
GGR-BS	Reglement über die Gerichtsgebühren du canton de Bâle-Ville du 11 septembre 2017, RSBS 154.810
LDA	Loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992, RS 231.1
LDdes	Loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001 (Loi sur les designs, LDdes), RS 232.12
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (Loi sur les fors), abrogée au 1er janvier 2011
LIC	Loi fédérale sur l’information des consommatrices et des consommateurs du 5 octobre 1990, RS 944.0
LiCPM-BE	Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure applicable aux mineurs du 11 juin 2009 du canton de Berne, RSB 271.1
LJ-FR	Loi sur la justice du canton de Fribourg du 31 mai 2010, RSF 130.1
LOJ-NE	Loi d’organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010, RSNE 161.1
LOJ-VD	Loi d’organisation judiciaire du canton de Vaud du 12 décembre 1979, RSVD 173.01
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (Loi sur les avocats), RS 935.61
LPart	Loi fédérale sur l’information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993, RS 822.14
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 231.5
LTAF	Loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005, RS 173.32
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110

## Table des abréviations

---

LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (Loi sur la transparence, LTrans), RS 152.3
OAC	Ordonnance sur l'aide financière en faveur des associations de consommateurs du 1er avril 1992, RS 944.05
OBI	Ordonnance relative aux brevets d'invention du 19 octobre 1977 (Ordonnance sur les brevets, OBI), RS 232.141
OPM	Ordonnance sur la protection des marques et des indications de provenance du 23 décembre 1992 (OPM), RS 232.111
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC), RS 221.411
ORF	Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (ORF), RS 211.432.1
ORP	Ordonnance concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété du 19 décembre 1910, RS 211.413.1
öABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. StF : JGS n° 946/1811
öASGG	Bundesgesetz vom 7. März 1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz). BGBl n° 104/1985
öBMG	Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien (Bundesministeriumsgesetz). StF: BGBl n° 76/1986
öB-VG	Bundesverfassungsgesetz. StF : BGBl. n° 1/1930
öGGG	Bundesgesetz vom 27. November 1984 über die Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren (Gerichtsgebührengesetz). StF : BGBl. n° 501/1984
öJN	Gesetz vom 1. August 1895 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurictionsnorm). StF : RGBl. n° 111/1895
öRATG	Bundesgesetz vom 22. Mai 1969 über den Rechtsanwalts-tarif. BGBl. n° 189/1969

#### Table des abréviations

---

öZPO	Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung). StF : RGBL. n° 113/1895
P-CPC	Code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) (Projet), FF 2020 2693 ss
P-LSFin	Loi sur les services financiers (LSFin) (Projet), FF 2015 8289
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RS 0.103.1
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2
RJ-FR	Règlement du 30 novembre 2010 sur la justice du canton de Fribourg, RSF 130.11
RTFMC	Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du canton de Genève du 22 décembre 2010, RSGE E 1 05.10
SCSE	Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques du 18 mars 2016 (Loi sur la signature électronique), RS 943.03
US-FRCP	Federal Rules of Civil Procedure, Titre 28 du United States Code

## 2. Autres abréviations utilisées

a	ancien
AELE	Association européenne de libre-échange
al.	alinéa(s)
AP	avant-projet
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BAK	Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte
BE	Berne
BGBI	Bundesgesetzblatt
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumenten- tenschutz
BO	Bulletin officiel du Parlement fédéral
BSK	Basler Kommentar
c.	contre
c.à.d.	c'est-à-dire
cf.	confer
CFPDT	Commission fédérale de la protection des données et de la transparence
ch.	chiffre(s)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
cons.	considérant(s)
CoRo	Commentaire romand
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
e.a.	entre autres
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
et al.	et alii (et autres)

## Table des abréviations

---

etc.	et cætera
FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg
FRC	Fédération romande des consommateurs
fr.	Francs suisses
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
HG	Handelsgericht
HK	Handkommentar
ibid.	ibidem
i.e.	id est
i.f.	in fine
i.i.	in initio
JdT	Journal des Tribunaux
JB	Juristische Blätter
JO	Journal officiel de l'Union Européenne
Komm.	Kommentar
let.	lettre(s)
N.	numéro(s) marginal(aux)
nbp	note(s) de bas de page
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖBA	Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
ÖJZ	österreichische Juristenzeitung
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGH	Oberster Gerichtshof der Republik Österreich
OLG	Oberlandsgericht
P	Projet
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
PJA	Pratique juridique actuelle

# Table des abréviations

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDS	Revue de droit suisse
RdW	Recht der Wirtschaft
REAS	Responsabilité et assurance
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique de la législation bernoise
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSBL	Recueil systématique de la législation du canton de Bâle-Campagne
RSBS	Recueil systématique de la législation du canton de Bâle-Ville
RSF	Recueil systématique de la législation du canton de Fribourg
RSGE	Recueil systématique de la législation du canton de Genève
RSNE	Recueil systématique de la législation du canton de Neuchâtel
RSTG	Recueil systématique de la législation du canton de Thurgovie
RSVD	Recueil systématique de la législation du canton de Vaud
RSZH	Recueil systématique de la législation du canton de Zurich
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivant(e)
SG	St-Gall
SJ	Semaine judiciaire
SHK	Stämpfli's Handkommentar
SKS	Stiftung für Konsumentenschutz

## Table des abréviations

---

SPR	Schweizerisches Privatrecht
SVRH	Schweizer Verband der Richter in Handelssachen
ss	suivant(e)s
StF	Stammfassung
SZIER	Swiss Review of International and European Law
t.	tome
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
VD	Vaud
VKI	Verein für Konsumenteninformation
vol.	volume(s)
VR	Versicherungsrundschau
VS	Valais
Zak	Zivilrecht aktuell
ZH	Zürich
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung



## Bibliographie

### 1. Doctrine suisse

ALAÏ DJAFAR, La cession des créances en droit suisse, thèse, Genève 1966.

AMSTUTZ MARC et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2016 (cité : CHK/LOI-AUTEUR, art. N).

BAKER & MCKENZIE (édit.), SHK Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berne 2010 (cité : SHK/ZPO-AUTEUR, art. N).

BAUMANN WEY SABINE, Die unbezifferte Froderungsklage nach Art. 85 ZPO, thèse, Lucerne 2013.

BAUMGARTNER SAMUEL, *Class actions and group litigation in Switzerland*, in : Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 27 (2007) (cité : Group Litigation).

BAUMGARTNER SAMUEL, *Class Actions in der Schweiz ?* in : Schindler/Schlauri (édit.), Auf dem Weg zu einem Verfahren, Zurich 2001, p. 111 ss (cité : Class Actions).

BEINERT JÖRG, Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, thèse, Bâle 1963.

BERGAMIN CHRISTOF, Unterbrechung der Verjährung durch Klage – Eine Untersuchung unter Mitberücksichtigung anderer Unterbrechungsgründe, thèse, Fribourg 2016.

BERGER BERNHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2012.

BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS, Zivilprozessrecht : unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, Berne 2008.

BERNET MARTIN/GROZ PHILIPP, *Sammelklagen in Europa ?* in : RSPC 2008, p. 75 ss.

BERNET MARTIN/HESS MICHAEL, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, in : Revue de l'avocat 2012, p. 421 ss.

## Bibliographie

---

BERTI STEPHEN V., *Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand*, in : RSPC 2/2008, p. 193 ss.

BOHNET FRANÇOIS, *CPC annoté*, Neuchâtel 2016 (cité : CPC).

BOHNET FRANÇOIS, *Les actions collectives, spécialement en matière de consommation*, in : Carron/Müller (édit.), *Droit de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Neuchâtel/Bâle 2013, p. 159 ss (cité : actions collectives).

BOHNET FRANÇOIS, *Les clauses procédurales abusives*, in : Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et des pratiques commerciales déloyales*, CEMAJ, Neuchâtel 2012, p. 63 ss (cité : conditions générales).

BOHNET FRANÇOIS, *Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz : The seven-Year Itch*, in : RSPC 2013, p. 439 ss (cité : kollektiver Rechtsschutz).

BOHNET FRANÇOIS, *TF 4A\_240/2016 ou les limites du pactum de palmario*, in : *Revue de l'avocat*, 11/12/2017, p. 505 ss (cité : pactum de palmario).

BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : *Procédure civile*).

BOHNET FRANÇOIS, *Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir : Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique*, in : RSPC 5/2017, p. 465 ss. (cité : *qualité pour agir*).

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (édit.), *Code de procédure civile commenté*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CPC-Auteur, art. N).

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE (édit.), *CoRo du Code de procédure civile*, Bâle 2018 (cité : *CoRo/CPC-AUTEUR*, art. N).

BRÄNDLI BEAT, *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, thèse, Berne 2013.

BRÖNNIMANN JÜRGEN, *Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO, insbesondere zur Klärung der Prozessaussichten*, in : Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (édit.), *Beweisrecht der neuen ZPO : Chancen und Risiken*, Berne 2012, p. 1 ss.

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

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar (ZPO)*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich/St-Gall 2016 (cité : DIKE/ZPO-AUTEUR, art. N).

BÜHLER ALFRED, *Es fehlt ein Instrument für den kollektiven Rechtsschutz*, in : NZZ du 9 juin 2010, p. 21 (cité : kollektiver Rechtsschutz).

BÜHLER GREGOR/NOTH MICHAEL/FLORENT THOUVENIN, *SHK Markenschutzgesetz*, Berne 2009 (cité : SHK/MSchG-AUTEUR, art. N).

BÜRKI CHRISTOPH, *Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie. Eine Untersuchung zum Verhältnis gerichtsorganisations- und verfahrensbezogener Gesetzmässigkeit und Prozesswirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Bund und im Kanton Bern*, thèse, Berne 2011.

Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel, *Petit commentaire CPC*, Bâle 2020 (cité : PC/CPC-Auteur, art. N).

CHAIX FRANÇOIS, *La procédure ordinaire* (art. 219 – 242 CPC), in : Foëx/Jeandin (édit.), *Le Code de procédure civile : aspects choisis*, recueil de textes, Genève 2011, p. 65 ss.

CHEVALIER MARCO, *Prozesskosten und Kostenerlass und deren Handhabung in der Praxis*, in : REAS 2014, p. 312 ss.

CONTRATTO FRANCA, *Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor*, in : PJA 2012, p. 217 ss.

CURCHOD NICOLAS/GONCZY GUILLAUME, *L'action partielle : Présentation d'un instrument procédural méconnu à la lumière de la jurisprudence*, in : PJA 2019, p. 803 ss.

DICKENMANN PHILIPP, *Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz*, in : *Revue de l'avocat* 2009, p. 468 ss.

DIETSCHY PATRICIA, *Le déroulement de la procédure simplifiée*, in : Bohnet François (édit.), *Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour le praticien*, Bâle/Neuchâtel 2010, p. 173 ss.

DOLGE ANNETTE/INFANGER DOMINIK, *Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung*, Zurich 2012.

## Bibliographie

---

DOMAJ TANJA, *Finanzierung von Verbands- und Gruppenklagen*, in : Fankhauser et al. (édit.), *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung*, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 63 ss (cité : Finanzierung).

DONZALLAZ YVES, *Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile*, Berne 2001.

DROESE LORENZ, *Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz*, in : REAS 2010, p. 115 ss.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARIN/MAHON PASCAL (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail / Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996 – 2016 : 20 ans d'application de la LEg / 1996 – 2016 : 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Berne 2016 (cité : LEg-AUTEUR).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *SHK Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité : SHK/CO-AUTEUR, art. N).

EDELMANN ANDREAS, *Zur Bedeutung des Bundesrechts im Zivilprozessrecht, untersucht insbesondere anhand der neuen aargauischen Zivilprozessordnung*, in : *Zürcher Studien zum Verfahrensrecht*, t. 91, Zurich 1990.

EGGENBERGER PETER/FISCHER SYLVIE, *Justitias Waage hängt nicht überall gleich hoch*, in *Plädoyer* 6/10, p. 70 ss.

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2014 (cité : BVKomm-AUTEUR, art. N).

FISCHER DANIEL, *Sammelklagen : auch in der Schweiz sinnvoll ?* in : *Plädoyer* 6/08, p. 48 ss (cité : Sammelklagen).

FORNAGE ANNE-CHRISTINE/PICHONNAZ PASCAL, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD – une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, in : RSJ 2010, p. 85 ss.

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K., *Handkommentar zum schweizerischen Privatrecht : Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1 – 183*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : CHK/OR-AUTEUR, art. N).

GABATHULER THOMAS, *Jede Klage wird zum finanziellen Grossrisiko*, in : *Plädoyer* 1/08, p. 27 s.

## Bibliographie

---

GAUCH PETER/REY HEINZ /SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 10<sup>ème</sup> éd., Zurich 2014 (cité : t. I).

GAUCH PETER/REY HEINZ /SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, t. II, 10<sup>ème</sup> éd., Zurich 2014 (cité : t. II).

GEHRI MYRIAM/KRAMER MICHAEL (édit.), OFK ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2015 (cité : OFK/ZPO-AUTEUR, art. N).

GEISSBÜHLER GREGOIRE, *Le recouvrement privé de créances - Aspects contractuels et protection du débiteur*, thèse, Genève 2016.

GORDON-VRBA LUCY, *AGB-Kontrolle durch Verbandsklage von Konsumentenverbände*, in : REAS 2014, p. 265 ss (cité : AGB).

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

GRETHER JEAN-MARIE/ZARIN-NEJADAN MILAD, *Éléments d'économie politique*, 5<sup>ème</sup> éd., Neuchâtel 2007.

GROBÉTY LAURENT, *Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse*, thèse, Fribourg 2018.

GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER/SCHNYDER ANTON (édit.), *Basler Kommentar zum IPRG*, 4<sup>ème</sup> éd., Bâle 2021 (cité : BSK/IPRG- AUTEUR art. N).

GUILLAUME FLORENCE, *Les fors de connexité en droit international privé*, in : Bonomi et al. (édit.), *Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen*, Genève 2012, p. 227 ss.

GULDENER MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1979.

HABLÜTZEL MARTIN, *Schweizerische ZPO: Hat der Berg nur eine Maus geboren?*, in : REAS 2014, p. 297 ss.

HABSCHEID WALTHER, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 1990.

## Bibliographie

---

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (édit.), *Berner Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung*, t. I : Art. 1 - 149, Berne 2012 (cité : BK/ZPO I-AUTEUR, art. N).

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (édit.), *Berner Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung*, t. II : Art. 150 - 352, Berne 2012 (cité : BK/ZPO II-AUTEUR, art. N).

HEINEMANN ANDREAS, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts*, in : *Strukturberichterstattung* n° 44/4, Secrétariat d'état à l'économie SECO, Berne 2009.

HEINZMANN MICHEL, *Gedanken zur Kombination von Streitgegenständen*, in : *RDS* 2012 I, p. 471 ss (cité : *Kombination*).

HEINZMANN MICHEL, *L'action partielle contre un débiteur solidaire*, in : *HAVE* 1/2018 p. 83 ss (cité : *L'action partielle*).

HEINZMANN MICHEL, *La procédure simplifiée – une émanation du procès civil social*, thèse, Fribourg 2018 (cité : *thèse*).

HEINZMANN MICHEL/GROBETY LAURENT, *Demander plus que ce qui est autorisé*, note relative à l'arrêt 5A\_588/2015 du 9 février 2016, in *BR/DC* 6/2016.

HOFSTETTER SCHNELLMANN MADELEINE, *Die Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Lugano-Übereinkommen*, thèse, Bâle 1992.

HOHL FABIENNE, *Procédure civile*, t. I, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2016.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar: Obligationenrecht I*, 6<sup>ème</sup> éd., Bâle 2015 (cité : BSK/OR I-AUTEUR, art. N).

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2014.

JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE, in *Jung/Spitz* (édit.), *SHK Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Berne 2010 (cité : SHK/UWG-AUTEUR, art. N).

KÄLIN WALTER, *Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz*, in : *ZBl* 1999, p. 55 ss.

KNEZEVIC TANJA/KAMBER MARCO, *Prozessuale Anforderungen an die objektiv gehäufte Teilklage*, in : *PJA* 2017, p. 1039 ss.

## Bibliographie

---

KOLLER HEINRICH, *Grundzüge der neuen Rechtsweggarantie als Grundrecht*, in : International Congress of Comparative law, rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Zurich 1998, p. 305 ss.

KÖLZ CHRISTIAN, *Braucht es in der Schweiz Sammelklagen ?* in : RBJ 2013, p. 865 ss.

KRAMER ERNST/PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berne 2016.

LARDELLI FLAVIO, *Die Einreden des Schuldners bei der Zession*, thèse, Zurich 2008.

LAUER LORENZ, *Kollektiver Rechtsschutz im schweizerischen Privatrecht*, in : BJM 2017, p. 173 – 194.

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2016.

LIVSCHITZ MARK/SCHMID OLIVIER, *Sie wollen klagen, ihr Gegner hat die Beweise – Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr : Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis*, in : PJA 2011, p. 739.

LUTERBACHER THIERRY, *Aspekte der Rechtsschutzversicherung*, in : Fellmann/Weber (édit.), *Haftpflichtprozess 2008*, Zurich 2011, p. 292 ss.

MAURER-LAMBROU URS/VOGT NEDIM PETER (édit.), *Basler Kommentar Datenschutzgesetz*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2006 (cité : BSK/DSG-AUTEUR, art. N).

MAYHALL NADINE, *Klageänderung und Novenrecht im ordentlichen Verfahren*, in : Jusletter du 14. novembre 2011.

MEIER ISAAK, *Prozessfinanzierung, insbesondere prozessuale und Konkurs rechtliche Fragen*, in : PCEF 2019, p. 3 ss (cité : Prozessfinanzierung).

MEIER ISAAK, *Hohe Prozesskosten – Den Zugang zu den Gerichten öffnen*, in : NZZ du 20 juin 2017, p. 10 (cité : Prozesskosten).

MEIER ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zurich 2010 (cité : ZPR).

MEIER ISAAK/SCHINDLER RICCARDA, *Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht ?*, in : Fellmann/Weber (édit.), *Haftpflichtprozess 2015*, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 29 ss.

## Bibliographie

---

MORET SÉBASTIEN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2014 (cité : thèse).

MORET SÉBASTIEN, *Novenrecht in der ersten und zweiten Instanz*, in : Dolge (édit.), Updates und neueste Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Zurich 2018 (cité : Novenrecht).

MÜLLER KARIN, Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, in : RJB 2015, p. 801 ss.

MÜLLER BRUNNER REGULA, *Justiz nur noch für Arme und Reiche*, in : Plädoyer 2012, 4/12, p. 12 ss.

MÜLLER-CHEN MARKUS/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (édit.), Zürcher Kommentar zum IPRG, t. II – Art. 108a-200, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2018 (cité : ZK/IPRG- AUTEUR art. N).

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (édit.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2013 (cité : KuKo/ZPO-AUTEUR art. N).

OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (édit.), Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2016 (cité : BSK/LugÜ- AUTEUR art. N).

PERUCCHI LEANDRO, *Class actions für die Schweiz*, in : PJA 4/2011, p. 489 ss.

RAPP JEAN-MARC, *Le cumul objectif d'actions*, thèse, Lausanne 1982.

REARDON JAMES, Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law, thèse, Fribourg 2014.

REUT CHRISTOPH, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2017.

ROHNER CHRISTOPH, *Klageänderung*, in : PJA 2001, p. 7 ss.

ROMY ISABELLE, Les litiges de masse : des class actions aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques, thèse, Fribourg 1997.

SCHAAD MARIE-FRANÇOISE, *La consorité en procédure civile*, thèse, Neuchâtel, 1993.

SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Dogmatik ; inhaltliche Ausgestaltung, Berne 2001.



SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in : RJB 2012 I, p. 1 ss.

SCHMID MARTIN, *Praktische Fragen zum Schlichtungsverfahren*, in : ZZZ 27/2011/2012, p. 182 ss.

SCHNYDER ANTON K., Rechtsprechung sowie ein rechts vergleichender Hinweis zum internationalen Privat- und Wirtschaftsrecht 1989/90, in : Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, p. 60 ss.

SCHRANK CLAUDE, *Der Streitgegenstand und das Schlichtungsverfahren – Missverständnisse, Klageänderung und Widerklage*, in : Fankhauser et al. (édit.), *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm*, 2016, p. 555 ss.

SCHUMACHER BENJAMIN, *Prozessfinanzierung : Erfolgshonorierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren*, thèse, Zurich 2015.

SCHWEIZER MARK, *Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz*, in : PCEF 2010, p. 3 ss.

SCHWEIZER PHILIPPE, *Quelques remarques décousues sur le formalisme procédural*, in : RSPC 2008, p. 87 ss.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/IMFANGER DOMINIK (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG)*, Zurich 2001 (cité : BSK/GestG-AUTEUR, art. N).

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), *Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2017 (cité : BSK/ZPO-AUTEUR, art. N).

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

STARK EMIL/KNECHT STEFAN, *Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden*, in RDS 1978, p. 51 ss.

STERN MARC-PHILIPP, *Prozessökonomie und Prozessbeschleunigung als Ziele der zürcherischen Zivilrechtspflegegesetze*, thèse, Zurich 1989.

STOFFEL WALTER, *L'image du plaideur : du demandeur individuel aux intérêts de groupe*, in : *L'image de l'homme en droit*, Mélanges publiés par la

## Bibliographie

---

Faculté de droit à l'occasion du Centenaire de l'Université de Fribourg, Fribourg 1990, p. 497 ss.

SUTER BENEDIKT, Zur objektiven Klagenhäufung, insbesondere zur eventuellen Häufung nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, in : BJM 1997, p. 281 ss.

SUTTER-SOMM THOMAS, *Das Schlichtungsverfahren der ZPO: Ausgewählte Problemunkte*, in : RSPC 2012, p. 69 ss (cité : Schlichtungsverfahren).

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2016 (cité : ZK/ZPO-AUTEUR, art. N).

TAPPY DENIS, *Cumul objectif et concours d'actions selon le nouveau CPC*, in : Bonomi et al. (édit.), *Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen*, Genève 2012, p. 169 ss.

TERCIER PIERRE, L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, in : RDS 1990, p. 73 ss.

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5<sup>ème</sup> éd., Zurich 2012.

TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC (édit.), *Commentaire romand: Code des obligations II*, Bâle 2008 (cité : CoRo CO II-AUTEUR, art. N).

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand: Code des obligations I*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2012 (cité : CoRo CO I-AUTEUR, art. N).

TOPAZ DRUCKMAN KAREN, *Class Actions*, in : *Rapports suisses présentés au XVIII congrès international de droit comparé*, 25 juillet au 1<sup>er</sup> août, Genève/Zurich /Bâle, 2010.

TROLLER ALOIS, *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*, Bâle 1945.

TUCHSCHMID MICHAEL, Unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen ?, in : RSJ 2006, p. 49 ss.

VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, *Le point sur les clauses abusives*, in : Ojha/Vulliemin (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne 2009.

VILLA FRANCO, Le financement de contentieux par des tiers (« third party funding »), in : *Revue de l'avocat* 5/2014, p. 207 ss.

## Bibliographie

---

VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, 8<sup>ème</sup> éd., Berne 2006.

VON ARX GREGOR, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, thèse, Bâle 2007.

WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung im Zivilprozess, thèse, Bâle 2009.

WEGMÜLLER MARCEL, Prozessfinanzierung in der Schweiz : Bestandesaufnahme und Ausblick, in : REAS 2013, p. 235 ss.

WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2017.

WEY RAINER, *Kommerzielle Prozessfinanzierung – ein Überblick über Angebot und Rechtsfragen*, in : Fellmann/Weber (édit.), *Haftpflichtprozess* 2008, Zurich 2008, p. 64 ss.

WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses – Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zurich 2012.

WUFFLI DANIEL, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Zurich/St-Gall 2015.

ZOTSANG DHEDEN, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Zurich 2015.



## 2. Doctrine étrangère

BAHE-JACHNA RUTH, *Numerosity, Commonality, and Typicality*, in : Hogan Greer (édit.), *A practitioners guide to Class Actions*, Chicago 2010, p. 57 ss.

BARTA HEINZ, *Zivilrecht : Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, t. 1, Vienne 2004.

BENECKE LARS, *Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ*, thèse, Bielefeld 1993.

BISOM-RAPP SUSAN, *The Use of Subclasses in Class Action Suits under Title VII*, in : *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 1987, vol. 9.

DODSON SCOTT, *Subclassing*, in : *Faculty Publication*, 2006.

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

FISS OWEN, *The political theory of the Class Action*, in : *Washington and Lee Law Review*, Vol. 53, No. 1 1996.

KALSS SUSANNE, *Massenverfahren im Kapitalmarktrecht*, in : *ÖBA* 2005, p. 322 ss.

KARLSGODT PAUL G. (édit.), *World Class Actions, A Guide to Group and Representative Actions around the Globe*, New York 2012 (cité : World Class Actions-AUTEUR).

KLAUSER ALEXANDER, *Massenschäden erfordern Sammelklagen: Praxisprobleme aus der Sicht von Verbraucher/innen*, in: Gabriel/Pirker-Hörmann (édit.), *Massenverfahren, Reformbedarf für die ZPO?* Bundesministerium für soziale Sicherheit, Band 33, Vienne 2005, p. 12 ss (Massenschäden).

KLAUSER ALEXANDER/MADERBACHER GREGOR, *neues zur « Sammelklage »*, in : *ecolex* 2004, p. 168 ss.

KODEK GEORG, *Die Sammelklage nach österreichischem Recht*, in : *ÖBA* 2004, p. 615 ss (cité : Sammelklage).

KODEK GEORG, *Gross- und Massenverfahren de lege lata und de lege ferenda*, in : Neumayr (édit.), *Beschleunigung von Zivil- und Strafverfahren, Zwischen Richtigkeitsgewähr, Fairness und Effizienz*, Vienne 2014 (cité : Gross- und Massenverfahren).

KODEK GEORG, Massenverfahren und Verfahrensmassen: Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, in : Zak 2012/132, p. 66 ss (cité : Verfahrensmassen).

KODEK GEORG, *Möglichkeiten zur gesetzlichen Regelung von Massenverfahren*, in : Gabriel/Pirker-Hörmann (édit.), Massenverfahren, Reformbedarf für die ZPO? Bundesministerium für soziale Sicherheit, Band 33, Vienne 2005, p. 311 ss (cité : Möglichkeiten).

KOLBA PETER/DOCEKAL ULRIKE/NUNCIC MANFRED (édit.), *Sammelklagen in Österreich, Praktische Erfahrungen – ökonomische Analyse – Meinungsumfrage*, Vienne 2009 (cité : VKI-AUTEUR).

KOLLER CHRISTIAN, *Effektive Rechtsdurchsetzung durch Sammelklagen?*, in : Zak 2012/131, p. 63 ss.

KROPHOLLER JAN, *Internationales Privatrecht*, 6<sup>ème</sup> éd., Tübingen 2006.

NIMMERRICHTER CLEMENS, Über die Voraussetzung der objektiven Klagenhäufung bei Einbringung einer Sammelklage am Beispiel VKI gegen AWD, in : Zak 2010/324, p. 188 ss.

OBERHAMMER PAUL, « Österreichische Sammelklage » und § 227 ZPO, in : Casper et al. (édit.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage ?, Munich 2009, p. 17 ss (cité : Sammelklage).

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

PARZMAYR/SCHOBEL, Prozessfinanzierung: Zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene quota litis? In : ÖJZ 2011, p. 346 ss.

PIRKER-HÖRMANN BEATE/KOLBA PETER, *Österreich : Von der Verbandsklage zur Sammelklage*, in : Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (édit.), Kollektive Rechtsdurchsetzung – Chancen und Risiken, Bamberg 2006, p. 199 ss.

RECHBERGER WALTER, *Prozessrechtliche Aspekte von Kumul- und Grossschäden*, in : VR 2003, p. 15 ss.

RECHBERGER WALTER/SIMOTTA DAPHNE-ARIANE, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren*, Vienne 2010.

SAMTLEBEN JÜRGEN, Europäische Gerichtsstandsvereinbarungen und Drittstaaten – viel Lärm um nichts ?, Zum räumlichen Anwendungsbereich des Art. 17 I EuGVÜ/LugÜ, in : RabelsZ 59 (1995), p. 670-712.

## Bibliographie

---

SCHILKEN EBERHARD, *Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz*, in : Meller-Hannich (édit.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Baden-Baden 2008, p. 21 ss.

SCHUMACHER HUBERTUS, *Zur objektiven Klagenhäufung bei „Sammelklagen“*, in : RdW 2010/136, p. 128 ss.

TZANKOVA IANIK, *Funding of Mass Disputes : Lessons from the Netherlands*, in : *Journal of Law, Economics & Policy* 2012, p. 549 ss.

VAN BOOM WILLEM/LOOS MARCO, *Effective Enforcement of Consumer Law in Europe, Synchronizing Private, Public and Collective Mechanisms*, disponible à l'adresse <<https://ssrn.com/abstract=1082913>> (consulté le 2 septembre 2021).

VAN DEN BERGH ROGER, *Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem*, in : *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, N 1, 2013, p. 12 ss.

VAN DEN BERGH ROGER/KESKE SONJA, *Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage*, in : Casper et al. (édit.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage ?*, Munich 2009, p. 17 ss.

VAN DEN BERGH ROGER/VISSCHER LOUIS, *The Preventive Functions of Collective Actions for Damages in Consumer Law*, in : *Erasmus Law Review*, Vol. 1, N 2, 2008, p. 5 ss.

WAGNER GERHARD, *Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options*, in : *Law Quarterly Review* 2011, p. 55 ss (cité : *Collective redress*).

WAGNER GERHARD, *Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden*, in : Casper et al. (édit.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage ?*, Munich 2009, p. 41 ss (cité : *Kollektiver Rechtsschutz*).

WAGNER ERIKA, *Rechtsprobleme der Fremdfinanzierung von Prozessen*, in : *JBl* 2001, p. 427 ss.

WARDAUGH BRUCE, *Bogeymen, lunatics and fanatics : collective actions and the private enforcement of European competition law*, disponible à l'adresse : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2640664](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2640664)> (consulté le 2 septembre 2021).





## Sources officielles

- Circulaire de l'Administration fédérale des contributions n° 12 du 8.7.1994 de la période fiscale 1995/96 concernant l'exonération de l'impôt pour les personnes morales poursuivant des buts de service public ou de pure utilité publique (art. 56 let. g) ou des buts culturels (art. 56 let. h); déductibilité des versements bénévoles (art. 33, 1er al., let. I et art. 59, let. c)) (cité : Circulaire AFC).
- Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007. Rapport explicatif par M. Fausto Pocar (cité : Rapport Pocar).
- Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives. Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 (cité : Exercice collectif).
- Livre Vert de la Commission des communautés européennes sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM (2008) 794 final (cité : Livre Vert, N).
- Message du Conseil fédéral du 7 mai 1986 à l'appui d'une loi fédérale visant à améliorer l'information des consommateurs et d'une loi fédérale modifiant le code des obligations (De la formulation des obligations), FF 1986 II, p. 360 ss (cité : Message LIC).
- Message du Conseil fédéral du 4 novembre 2013 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), FF 2015, p. 8101 ss (cité : Message LSFin).
- Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (Loi de DIP) (cité : Message LDIP).
- Message du Conseil fédéral du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (cité : Message CL).
- Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et

de l'application du droit), FF 2020, p. 2607 ss (cité : Message CPC modifié).

- Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I, p. 1 ss (cité : Message Cst.)
- Message du Conseil fédéral du 19 septembre 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006, p. 6841 ss (cité : Message CPC).
- Message du Conseil fédéral du 22 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009, p. 5539 ss (cité : Message modifiant la LCD).
- Rapport annuel 2007 de la Commission de la concurrence, Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de concurrence (cité : ComCo 2008/1).
- Rapport explicatif du Conseil fédéral du 2 mars 2018 relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) (cité : Rapport AP/CPC).
- Zivilprozessordnung ZPO, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, juin 2003 (cité : VE-ZPO).

## INTRODUCTION

### L'objet

Dans une économie de marché focalisée sur la maximisation du profit, la mondialisation a permis le développement de la distribution commerciale à grande échelle, favorisant ainsi la **consommation de masse**. Les acteurs du marché économique tentant d'atteindre le plus grand nombre possible de consommateurs avec leurs produits et services mettent en place une distribution standardisée, notamment en établissant des conditions générales d'affaires en leur faveur.<sup>1</sup> De ce fait, l'entrepreneur s'adresse, sur le marché, à ses clients dans leur ensemble, alors que le système procédural ne permet en principe à ces derniers d'en appeler à leur cocontractant que de façon individuelle.

Lorsqu'une personne subit un dommage en raison d'un produit standardisé défectueux ou en raison d'un comportement déloyal d'un acteur sur le marché, il peut bien entendu s'adresser au tribunal dans le but d'obtenir réparation (art. 29a Cst. et art. 6 CEDH). Lorsque le montant de son dommage justifie une démarche judiciaire d'un point de vue financier et en considérant l'effort à investir, son **accès au juge est en principe garanti**.

Toutefois, si la réparation espérée est trop faible par rapport aux frais prévisibles, la personne lésée ne va en règle générale pas effectuer de démarches judiciaires. On parle dans ce cas d'« **apathie rationnelle** » (cf. *infra* N. 13 ss). Le dommage de la personne concernée ainsi que celui de tous les autres demeurent cependant, et le gain injustifié du fournisseur ayant vendu un produit défectueux à un nombre potentiellement très élevé de personnes également, causant ainsi une perte sociale conséquente.<sup>2</sup>

Les cas sont de plus en plus fréquents depuis les dix dernières années, qu'il s'agisse de l'affaire *Lehman Brothers* en 2008 qui a engendré une perte considérable e.a. aux investisseurs en Suisse ou de l'affaire *Volkswagen* en 2015 qui a causé un dommage important aux acquéreurs des voitures de cette

---

<sup>1</sup> ENCyclopédie LAROUSSE en ligne, « Mondialisation » (disponible sur : <<https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/mondialisation/71051>>, consulté le 2 septembre 2021).

<sup>2</sup> Cf. FISS, p. 22 ; VAN DEN BERGH/KESKE, p. 20 s.

marque, dont 13'0000 véhicules concernés en Suisse<sup>3</sup>. La mise en œuvre judiciaire de la **réparation** est **difficile** et semée d'embûches, même pour des affaires avec une forte couverture médiatique.<sup>4</sup> Ainsi, les paiements en guise de règlement pour l'affaire *Lehman Brothers* se sont avérés nettement inférieurs aux préjudices effectifs subis par les lésés.<sup>5</sup> Dans le cadre de l'affaire *Volkswagen*, certains lésés suisses se sont tournés vers une procédure collective néerlandaise gratuite « *Volkswagen, Car Claim* » dans le but d'obtenir réparation.<sup>6</sup> Dans cette même affaire, d'autres personnes lésées en Suisse se sont adressées au SKS qui a fait valoir leurs prétentions devant le Handelsgericht zurichois, toutefois sans succès, étant donné que les juges zurichois ne sont pas entrés en matière sur la demande de l'association en fin d'année 2019<sup>7</sup>, décision confirmée par la suite par le Tribunal fédéral.<sup>8</sup> À titre comparatif, le groupe *Volkswagen* a dû déboursier plusieurs milliards de dollars dans le cadre d'une transaction aux États-Unis.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Cf. « Schweizer Klageflut gegen VW » (disponible sur : <https://www.nzz.ch/mobilitaet/auto-mobil/abgas-skandal-schweizer-klageflut-gegen-vw-ld.4752>, consulté le 2 septembre 2021).

<sup>4</sup> Cf. « Lehmann-Opfer bereiten Klage gegen CS vor » (SONNTAGSZEITUNG du 04 janvier 2009, p. 51), qui explique que plus de 95% des investisseurs lésés n'ont pas obtenu réparation dans cette affaire hors procédure. En ce qui concerne l'affaire Volkswagen, cf. « VW : Abgas-Skandal : Schweizer VW-Rückruf : Desaströse Bilanz der Konsumentenschützer », (disponible sur : <https://www.luzernerzeitung.ch/leben/vw-abgas-skandal-schweizer-vw-rueckruf-desastroese-bilanz-der-konsumentenschuetzer-ld.1102>), consulté le 2 septembre 2021) selon lequel plus de 75% des personnes touchées demeurent toujours en attente d'une quelconque réparation.

<sup>5</sup> CONTRATTO, p. 219.

<sup>6</sup> « Abgasskandal : Schadenersatz auch für Geschädigte in der Schweiz » (disponible sur : <https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilungen/2016/06/abgasskandal-schadenersatz-auch-fuer-geschaedigte-in-der-schweiz/>), consulté le 2 septembre 2021).

<sup>7</sup> Arrêt du 6.12.2019 du Handelsgericht-ZH, HG170257-0 U/dz.

<sup>8</sup> TF 4A\_43/2020 du 16.7.2020.

<sup>9</sup> Cf. « Betrogene Kunden sollen 5'000 Dollar von VW erhalten » (disponible sur : <https://www.welt.de/wirtschaft/article154583238/Betrogene-Kunden-sollen-5000-Dollar-von-VW-erhalten.html>), consulté le 2 septembre 2021).

## Les délimitations

Si la prise de risque est trop élevée pour une personne souhaitant agir seule 5  
dans des affaires de grande envergure, elle l'est toutefois moins lorsqu'une  
multitude d'individus sont touchés par un dommage de nature collective et  
décident d'agir de concert. Notre étude va ainsi examiner dans quelle mesure  
il est possible d'exercer des droits de façon collective dans le cadre d'une **af-  
faire civile contentieuse**.<sup>10</sup> Ce travail a donc pour vocation d'étudier unique-  
ment la résolution civile de dommages collectifs de tout type (au sens des  
« affaires civiles » de l'art. 1 let. a CPC),<sup>11</sup> sans se restreindre à un certain  
domaine du droit, tel que le droit de consommation, le droit financier ou celui  
de la responsabilité civile lors des catastrophes ou autres accidents de grande  
envergure.<sup>12</sup>

Le cœur de notre thèse tend à étudier **l'exercice collectif des droits devant 6  
les tribunaux étatiques**, excluant ainsi toutes les procédures de nature arbi-  
trale (au sens des art. 353 ss. CPC pour l'arbitrage interne et art. 176 ss. LDIP  
pour l'arbitrage international).

Nous nous limitons toutefois au cadre des actions condamnatoires qui portent 7  
sur un **dédommagement pécuniaire** (art. 84 al. 2 CPC), excluant ainsi les  
autres actions condamnatoires (art. 84 al. 1 CPC), les actions formatrices (art.  
87 CPC) ou en constatation de droit (art. 88 CPC).

---

<sup>10</sup> L'affaire contentieuse ou contestation civile est « une procédure qui vise à provoquer une  
décision définitive sur des rapports de droit civil et qui se déroule en instance contradic-  
toire, devant un juge ou toute autre autorité ayant pouvoir pour statuer, entre deux ou  
plusieurs personnes physiques ou morales agissant comme titulaires de droits privés, ou  
entre une telle personne et une autorité à laquelle le droit civil confère la qualité de partie »  
(ATF 106 II 365, cons. 1). A ce sujet, cf. également, CoRo/CPC-HALDY, art. 1 N. 9.

<sup>11</sup> D'après la jurisprudence (ATF 120 II 412, cons. 1b), la matière civile comprend l'en-  
semble du droit privé.

<sup>12</sup> Cf. à ce sujet les travaux de TERCIER, *L'indemnisation*, et ROMY.

## Le plan

- 8 Notre travail est subdivisé en quatre parties. La **première partie** vise à exposer la problématique à laquelle se consacre notre étude (§1) et à présenter quelques notions essentielles ainsi que les objectifs fondamentaux que poursuit l'exercice collectif des droits (§2). Elle se termine par un aperçu du système d'exercice collectif des droits autrichien dont nous nous inspirons (§3).
- 9 Le présent texte suit le déroulement chronologique typique d'un exercice collectif des droits. Ainsi, la **deuxième partie** traite de la phase préparatoire à l'exercice collectif des droits en analysant les problèmes qui se posent en amont de la procédure judiciaire. Avant d'exercer à proprement parler des droits de façon collective, il est en effet nécessaire de réunir toutes les personnes affectées par un dommage collectif afin de pouvoir en déterminer l'ampleur et l'étendue (§5). La personne qui se consacre à cette tâche, à savoir le demandeur collectif, agit dans l'intérêt de personnes encore inconnues. Le rôle qu'il endosse dans ce contexte sera examiné à titre préliminaire (§4).
- 10 L'étude de la procédure collective et toutes les interrogations particulières qui en découlent feront l'objet de la **troisième partie** de notre thèse. Afin de pouvoir mener à bien une telle procédure, le demandeur collectif agira par le biais d'un cumul objectif d'actions permettant de rassembler les prétentions en une seule action judiciaire auprès du même tribunal (§6). Par la suite, nous répondrons à la question de savoir si une augmentation du dommage collectif en cours de procédure est admissible (§7). Enfin, dans la mesure où les coûts liés à la procédure posent un obstacle à toute entreprise judiciaire, ceux-ci feront l'objet d'une analyse particulière sous plusieurs angles (§8). Cette partie se termine par une mise en perspective lors de laquelle nous proposerons plusieurs solutions *de lege ferenda* (§9).
- 11 Notre travail se terminera par **nos conclusions** qui dresseront un bilan de l'exercice collectif des droits en Suisse.

---

## **PREMIERE PARTIE : les fondements**





## §1 La problématique

Afin d'introduire la problématique au lecteur, il est essentiel de se pencher sur la notion centrale de l'apathie rationnelle (I.). Cette notion constitue un facteur décisif dont l'existence justifie la mise en œuvre d'une forme d'exercice collectif des droits, dès lors que les instruments classiques de procédure civile ne permettent pas de résoudre la problématique (II.). 12

### I. L'apathie rationnelle

#### 1. La notion

Les postulats économiques considèrent qu'**un individu est rationnel**.<sup>13</sup> Il s'ensuit que celui-ci n'entreprend une action que si ses bénéfices sont supérieurs à ses coûts.<sup>14</sup> Dans le même ordre d'idées, l'apathie rationnelle implique, dans le contexte judiciaire, qu'un individu ne va intenter de procès que si les gains espérés sont plus importants que les coûts estimés (quant à la notion de coûts, cf. *infra* N. 298 ss). Si le bénéfice escompté n'est que peu élevé, une personne lésée renoncera à l'ouverture d'une action. Par conséquent, s'abstenir de toute démarche judiciaire est une attitude rationnelle à adopter pour une personne lésée dans ces cas-là.<sup>15</sup> D'après la Commission des communautés européennes, 50% des Européens renoncent à faire valoir leurs droits en dessous d'un montant de 200 euros.<sup>16</sup> 13

Soulignons que selon des sondages entrepris par le VKI en Autriche, **d'autres raisons** – certes moins importantes que l'aspect financier – **expliquent l'inaction judiciaire** des personnes lésées. On peut notamment constater que la durée et l'impact psychologique de la procédure sont des éléments suffisamment dissuasifs pour décourager les lésés d'entreprendre une action en justice. Un 14

---

<sup>13</sup> Cf. e.a. GRETHER/ZARIN-NEJADAN, p. 143-159.

<sup>14</sup> VAN DEN BERGH, p. 20 ; WARDAUGH, p. 4.

<sup>15</sup> Cf. e.a. MÜLLER, p. 803 s.; VAN BOOM/LOOS, p. 5 s. ; WAGNER GERHARD, Collective redress, p. 62 ss pour une description et une explication de la notion d'apathie rationnelle; WAGNER GERHARD, Kollektiver Rechtsschutz, p. 52 ss.

<sup>16</sup> Livre Vert, N. 9.

élément constitutif de cet impact psychologique relève de l'asymétrie des moyens économiques entre la partie défenderesse et la partie lésée.<sup>17</sup>

- 15 Relevons encore que l'inaction judiciaire constitue non seulement une **perte économique individuelle et collective** pour les lésés dans leur ensemble, mais également, de façon indirecte, une externalité négative pour la société. En effet, étant donné que l'auteur du dommage collectif se retrouve enrichi au détriment des individus lésés, il n'existe aucune incitation générale à agir conformément au droit (à ce sujet, cf. *infra*, N. 70).<sup>18</sup> Par conséquent, l'apathie rationnelle implique autant des coûts individuels et collectifs que sociétaux.

## 2. Quelques illustrations

### 2.1. L'exécution imparfaite d'un voyage à forfait

- 16 Une entreprise organisatrice de voyages à forfait **n'exécute qu'imparfaitement un service promis** à l'égard de trois cents personnes et le dommage individuel se chiffre à 750 fr.<sup>19</sup> Un consommateur désireux d'obtenir réparation n'entreprendra en général pas de démarches judiciaires, en raison non seulement du montant des honoraires d'avocat à avancer, mais également des frais de justice qui devront également être avancés (art. 98 CPC).<sup>20</sup> Il doit aussi s'attendre à devoir rembourser les dépens de la partie adverse au cas où il succomberait en première instance (art. 106 al. 1 CPC).
- 17 À titre d'exemple, les émoluments forfaitaires de **conciliation** dans le canton de Fribourg sont fixés entre 50 et 1000 fr. (art. 18 RJ-FR). Vraisemblablement, l'autorité de conciliation exigera tout de même une avance de 200 fr. malgré une valeur litigieuse peu élevée, à savoir de 750 fr.<sup>21</sup> Estimons dès lors un

---

<sup>17</sup> VKI-KOLBA, p. 222.

<sup>18</sup> VAN DEN BERGH/KESKE, p. 20 s.

<sup>19</sup> Pour cet exemple, nous nous sommes inspirés du cas survenu en Autriche concernant un voyage d'études, décrit dans VKI-DOCEKAL, p. 185 ss.

<sup>20</sup> Dans le domaine du droit de la consommation, il n'y a généralement pas de service de conseil gratuit comme cela est prévu par l'art. 201 al. 2 CPC pour les litiges relevant du droit du bail ou du droit de l'égalité. Un consommateur sans connaissances juridiques n'entreprendra de ce fait en principe aucune démarche judiciaire sans consulter un avocat.

<sup>21</sup> D'après l'information par courriel du 27 octobre 2017 octroyée par le Tribunal de l'arrondissement du lac du canton de Fribourg, dont le président est l'autorité de conciliation au sens des art. 197 ss CPC.

travail de trois heures au total pour l'avocat du lésé à un tarif horaire de 250 fr. (correspondant à l'art. 65 RJ-FR) pour des honoraires totaux de 750 fr. Nous pouvons constater que, quelle que soit l'issue de la procédure, la personne lésée n'arrivera même pas à couvrir ses propres dépens, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas remboursés à ce stade (art. 113 al. 1 CPC).

En cas d'échec de la procédure de conciliation, la personne lésée devra ouvrir 18  
action auprès de la **première instance judiciaire**. Cette configuration impliquera une augmentation des frais d'avocat ainsi qu'une nouvelle avance de frais de procédure, conformément à l'art 98 CPC.<sup>22</sup> Ces derniers peuvent être fixés entre 100 et 50'000 fr. (art. 20 al. 1 et art. 23 RJ-FR), sans compter les émoluments du greffe fixés aux art. 25 s. RJ-FR ainsi que d'éventuels frais d'administration des preuves (art. 102 al. 1 CPC et art. 12 RJ-FR). Présumons qu'une avance de 400 fr. devra être fournie<sup>23</sup> et un travail de quatre heures supplémentaires au minimum pour l'avocat, tout cela pour un total de 1 750 fr. La partie demanderesse aura ainsi dû avancer au moins 2'350 fr. Si cette dernière obtient gain de cause, la partie défenderesse devra lui payer une indemnité à titre de dépens ainsi que lui restituer les avances qu'elle a fournies (art. 106 CPC). Soulevons que même dans ce cas-là, les indemnités ne permettront en général pas de rembourser ses propres dépens (davantage à ce sujet, cf. *infra* N. 307 ss).<sup>24</sup> En revanche, si une partie est déboutée ou n'obtient pas entièrement gain de cause, elle devra bien évidemment supporter tout ou une partie des frais, ainsi que les dépens de la partie adverse.

Une personne lésée dans ce cas de figure va dès lors devoir se contenter de 19  
sa situation et **supporter le dommage subi**. Sa décision de ne pas entreprendre de démarche judiciaire est rationnelle étant donné que les risques sont trop élevés. Dans l'hypothèse où aucun acheteur n'obtiendrait satisfaction, le fournisseur du service imparfait se retrouverait avec un gain indu d'une valeur de 225'000 fr.

---

<sup>22</sup> En matière de droit de la consommation, seuls les cantons de VD et de GE connaissent une exemption des frais judiciaires (à ce sujet cf. HEINZMANN, thèse, p. 318 et 321).

<sup>23</sup> D'après l'information par courriel du 27 octobre 2017 octroyée par le Tribunal de l'arrondissement du lac du canton de Fribourg.

<sup>24</sup> MEIER/SCHINDLER, p. 49.

## 2.2. La vente d'un produit standardisé défectueux

- 20 Dans le cadre d'une **vente d'un produit standardisé défectueux** à dix mille personnes, le dommage individuel se chiffre à 4'000 fr. À l'instar du cas précédent, une personne lésée souhaitant obtenir réparation devra consulter un avocat (cf. *supra*, N. 16).
- 21 Présignons que la charge de travail sera équivalente par rapport au cas précédent, soit trois heures pour la préparation et la tenue de la séance de **conciliation**, faisant un total de 750 fr. Quant à l'avance de frais à fournir pour la procédure de conciliation, celle-ci se situerait en moyenne à 400 fr. pour une telle valeur litigieuse.<sup>25</sup> Dans ce cas de figure, la tenue de la procédure de conciliation pourrait valoir la peine pour la personne lésée, à condition que les perspectives d'une transaction soient estimées favorables.
- 22 En revanche, dans le cas où la procédure de conciliation n'aboutirait pas, les frais augmenteraient suite au dépôt d'une demande en justice en **première instance**. Admettons que le tribunal exige une avance de 800 fr. dans une telle affaire<sup>26</sup> et que l'avocat ait de nouveau à fournir un travail supplémentaire de quatre heures au moins, donc sept au total. La partie demanderesse aura ainsi dû avancer au moins 3'950 fr. pour ouvrir action en première instance.
- 23 Même si la réparation qu'une personne lésée peut espérer est plus ou moins équivalente à l'investissement financier qu'elle doit effectuer, il est vraisemblable **qu'une petite minorité de personnes lésées seront incitées à entreprendre des démarches judiciaires**. Dans ce cas de figure, la plupart des lésés ne seront pas prêts à engager un tel effort et à prendre un risque financier aussi important. D'autant plus qu'ils seront généralement confrontés à une partie défenderesse économiquement plus puissante<sup>27</sup>. Dans l'hypothèse où uniquement cinq cents personnes auraient obtenu une satisfaction partielle à hauteur de 2'000 fr., le vendeur du produit défectueux bénéficierait encore d'un gain indu de 39'000'000 fr.

---

<sup>25</sup> D'après l'information par courriel du 27 octobre 2017 octroyée par le Tribunal de l'arrondissement du lac du canton de Fribourg.

<sup>26</sup> D'après l'information par courriel du 27 octobre 2017 octroyée par le Tribunal de l'arrondissement du lac du canton de Fribourg.

<sup>27</sup> DOMEJ, kollektiver Rechtsschutz, p. 422 et MÜLLER, p.804.

## II. L'insuffisance des instruments classiques du CPC

### 1. L'action des organisations

Aux termes de l'art. 89 al. 1 CPC, une organisation peut agir en tant que demanderesse dans l'intérêt des membres d'un groupe dont elle défend les intérêts. Par l'introduction de cette disposition, le législateur a codifié la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral selon laquelle une organisation d'importance nationale ou régionale peut, dans la mesure où ses statuts lui permettent de défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé, agir en son propre nom en cas d'atteinte à la personnalité de ces membres.<sup>28</sup> Dans le cadre de l'affaire Volkswagen, la SKS avait intenté, dans l'intérêt des consommateurs suisses, une action constatatoire contre AMAG Import AG et Volkswagen AG auprès du Tribunal de commerce zurichois. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision de non-entrée en matière du Tribunal de première instance, rejetant ainsi le recours de la SKS en la matière.<sup>29</sup>

Le droit d'action des associations est ainsi limité à plusieurs égards. En premier lieu, elles ne peuvent agir que dans le domaine de la protection de la personnalité de leurs membres. En second lieu, elles ne bénéficient du droit d'action que dans la mesure où elles revêtent une importance régionale ou nationale afin de garantir une certaine représentativité, excluant ainsi la formation d'associations *ad hoc* pour affronter une affaire spécifique.<sup>30</sup> Enfin, et il s'agit du critère le plus important pour l'exercice collectif des droits, le second alinéa de la disposition précitée prévoit que les actions des organisations ne peuvent requérir du juge que l'interdiction (let. a), la cessation (let. b) ou la constatation d'une atteinte illicite (let. c). Il n'est pas prévu d'action en dommages-intérêts et il s'agit d'un principe actuellement incontesté.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Message CPC, p. 6901 qui se réfère e.a. à l'ATF 125 III 82.

<sup>29</sup> TF 4A\_483/2018 du 8.2.2019.

<sup>30</sup> Message CPC, p. 6902.

<sup>31</sup> ATF 125 III 82 cons. 1a et 2 ; 121 III 168, cons. 4b ; 114 II 345, cons. 3b et 3d ; Message CPC, p. 6901 ; BK/ZPO-MARKUS, art. 89 N. 13 ; KuKo/ZPO-WEBER, art. 89 N. 20 ; ZK/ZPO-BESSENICH/BOPP, art. 89 N. 10.

- 26 Bien que l'al. 3 de l'art. 89 CPC réserve les règles spéciales, renvoyant ainsi au domaine du droit des marques (art. 56 al. 1 let. b LPM),<sup>32</sup> du droit de la concurrence déloyale (art. 10 al. 2 let. a et b LCD),<sup>33</sup> du droit de l'égalité entre femmes et hommes (art. 7 al. 1 LEg)<sup>34</sup> et du droit du travail (art. 360e CO et art. 15 al. 2 LPart),<sup>35</sup> aucune d'entre elles ne permet à une organisation d'exiger une réparation au nom de ses membres, confirmant ainsi la règle générale de l'art. 89 CPC.
- 27 Par conséquent, l'action des organisations au sens de l'art. 89 CPC n'est pas adaptée à un exercice collectif des droits au sens où nous l'entendons, étant donné qu'une action condamnatoire portant sur un dédommagement est exclue (cf. également *infra* N.54 ss).

## 2. La consorité active simple

### 2.1. La réglementation

- 28 À teneur de l'art. 71 al. 1 CPC, des personnes peuvent agir conjointement lorsque leurs droits et devoirs résultent de faits ou de fondements juridiques semblables. Cette consorité active simple présuppose ainsi que les demandes déposées doivent présenter un lien de connexité entre elles, de sorte que leur traitement commun apparaisse opportun.<sup>36</sup> Afin que la consorité soit admissible, il est en outre nécessaire que chaque prétention individuelle relève de la même procédure (art. 71 al. 2 CPC) et de la même compétence en raison de la matière.<sup>37</sup> En revanche, un for commun n'est pas nécessaire grâce à la possibilité d'attraction de for de l'art. 15 al. 2 CPC (à ce sujet, cf. *infra* N. 213 ss).

---

<sup>32</sup> À ce sujet, cf. e.a. SHK/MSchG-STAU, art. 56 N. 14.

<sup>33</sup> À ce sujet, cf. e.a. SHK/UWG-HEIZMANN, art. 10 N. 1.

<sup>34</sup> À ce sujet, cf. e.a. LEg-DUNAND, p. 67 s.

<sup>35</sup> À ce sujet, cf. e.a. ATF 140 III 59, cons. 4.4 à 4.7 ; SHK/CO-JEANNERAT/MAHON, art. 360e N. 5.

<sup>36</sup> ATF 142 III 581, cons. 2.1 qui en avait jugé dans le contexte d'une consorité passive simple. Cf. également ZK/ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 71 N. 4 – 8.

<sup>37</sup> BSK/ZPO-RUGGLE, art. 71 N. 30 ss.

## 2.2. Une pluralité des liens d'instance

Cependant, l'art. 71 al. 3 CPC précise que chaque consort peut procéder indé- 29  
pendamment des autres, ce qui conduit notamment à ce que chaque acte pro-  
cédural n'ait d'effet que pour le consort qui l'entreprend ou contre lequel il est  
entrepris.<sup>38</sup> En d'autres termes, chaque consort préserve sa propre qualité de  
partie et est ainsi indépendant des autres.<sup>39</sup> En tant que tel, cela peut conduire  
à des jugements différents à l'égard de chaque consort.<sup>40</sup> Un consort peut ainsi  
disposer de sa prétention (art. 58 al. 1 CPC), l'autorisant en particulier à se  
désister ou à transiger en tout temps (cf. art. 241 CPC), et bénéficie d'un droit  
d'être entendu propre (art. 53 CPC).<sup>41</sup>

Cela étant, l'art. 72 CPC qui concerne les relations externes des consorts nous 30  
rappelle que ces derniers ont la possibilité de choisir un représentant commun,  
comme le prévoit déjà le droit des obligations aux art. 32 ss. CO.<sup>42</sup> L'étendue  
des pouvoirs du représentant commun dépend d'abord de sa procuration.<sup>43</sup> Il  
en résulte qu'il est possible de prévoir que le représentant effectue valablement  
face au tribunal tout acte procédural au nom des consorts.<sup>44</sup> Ainsi, tout acte  
devra être notifié au représentant comme cela ressort des art. 72 al. 1 *a con-*  
*trario* et 137 CPC. Cette facilité ne change cependant pas le fait que chaque  
consort demeure une partie distincte des autres au procès et conserve les pré-  
rogatives que nous avons évoquées.

Soulevons enfin que l'art. 68 CPC prévoit à son alinéa 4 que le tribunal peut 31  
ordonner la comparution personnelle des parties, et ce malgré une représenta-  
tion conventionnelle. Une telle comparution est non seulement obligatoire  
dans le cadre d'une procédure de conciliation (art. 204 CPC), mais peut éga-  
lement s'avérer opportune dans le cadre d'une procédure judiciaire lorsqu'il  
s'agit de procéder à un interrogatoire (art. 191 CPC) ou à une déposition des

---

<sup>38</sup> TF 4A\_632/2012 du 21.02.2013, cons. 1.

<sup>39</sup> SCHAAD, p. 37 s. et 72.

<sup>40</sup> ATF 125 III 95, cons. 2a/aa. Chaque consort peut ainsi recourir séparément et de façon  
indépendante des autres (TF 4A\_632/2012 du 21.02.2013).

<sup>41</sup> Cf. BSK/ZPO-RUGGLE, art. 71 N. 30 ss pour un aperçu des conséquences concrètes de  
cette indépendance.

<sup>42</sup> Cf. BSK/ZPO-RUGGLE, art. 72 N. 2.

<sup>43</sup> BSK/ZPO-RUGGLE, art. 72 N. 16 ; ZK/ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 72 N. 4.

<sup>44</sup> BSK/ZPO-RUGGLE, art. 72 N. 15 s.

parties (art. 192 CPC).<sup>45</sup> En prolongeant potentiellement massivement la durée d'une procédure, la comparution personnelle d'une multitude de parties pourrait compliquer voir même mettre en échec le déroulement efficace d'un exercice collectif des droits.<sup>46</sup>

- 32 Ce principe d'indépendance met en évidence qu'il n'est en principe pas possible d'empêcher des parties représentées d'intervenir ou d'être sollicitées dans une procédure. En d'autres termes, la consorité simple crée une relation lâche entre les parties.<sup>47</sup> L'instrument de la consorité active simple affiche ainsi ses limites dès que le nombre de consorts dépasse un certain volume ingérable pour les tribunaux. Ces considérations mettent dès lors en évidence qu'un procès serait considérablement alourdi par un nombre élevé de consorts.

### 2.3. Les frais

- 33 Au-delà du principe d'indépendance, des difficultés d'ordre financier viennent entraver un exercice collectif des droits par le biais de la consorité active simple. Ainsi, rappelons que l'art. 93 al. 1 CPC prescrit que la valeur litigieuse se compose du cumul des prétentions. Comme nous l'avons évoqué plus haut et le préciserons davantage plus loin dans notre étude, les tarifs cantonaux des frais sont principalement liés au montant de la valeur litigieuse (cf. *infra*, N. 304 et 306).
- 34 À ce titre, les consorts peuvent être déclarés solidairement responsables des frais judiciaires et des dépens (art. 106 al. 3 CPC).<sup>48</sup> Si telle est généralement la règle à l'égard de consorts nécessaires, cette position semble être justifiée également pour des consorts simples qui seraient toutefois en mesure de conduire un procès de façon indépendante les uns des autres.<sup>49</sup> Les consorts prennent ainsi un risque financier substantiel, particulièrement en vue du montant des frais qui augmentent en règle générale avec l'accroissement de la valeur litigieuse (art. 93 al. 1 CPC). Il est peu probable qu'il s'agisse d'une

---

<sup>45</sup> BK/ZPO-STERCHI, art. 68 N. 21.

<sup>46</sup> Dans ce sens, cf. RECHBERGER, p. 19 s.

<sup>47</sup> HABSCHIED, N. 279 ; LAUER, p. 184 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, §13 N. 37.

<sup>48</sup> Selon l'arrêt du TF 4A\_625/2015 du 12.04.2018, cons. 6.3, tel n'est pas le cas dans la mesure où des décisions différentes sont prononcées contre plusieurs consorts.

<sup>49</sup> DIKE/ZPO-URWYLER/GRÜTTER, art. 106 N. 8 ; GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, p. 171 estime même que la pratique générale des tribunaux – du moins dans le canton de Zurich – tendait à déclarer les consorts solidairement responsables.



responsabilité que les consorts soient prêts à assumer, et ce particulièrement lorsque le nombre de consorts est élevé.

Au vu de ce qui précède, la consorité active est un instrument inadapté à l'exercice collectif des droits. 35

### 3. Les révisions en cours

En 2006, lors de l'adoption du nouveau Code de procédure civile, le Conseil fédéral a explicitement exclu la possibilité d'introduire une action de groupe. 36 Il estimait que la situation en Suisse était alors satisfaisante d'un point de vue procédural, dans la mesure où les ordres juridiques suisse et européen tendaient à protéger en premier lieu les intérêts individuels et que les instruments disponibles suffisaient pour garantir la mise en œuvre des droits d'un collectif.<sup>50</sup> La débâcle des *Lehman Brothers* a ouvert le débat en Suisse et a ainsi fait couler beaucoup d'encre.<sup>51</sup> Le Conseil fédéral a jugé dans son rapport concernant l'exercice collectif des droits en 2013 la situation globalement insuffisante, ceci étant dû au fait justement que le système actuel repose majoritairement sur des mécanismes de procédure et de réparation individuelle et que des instruments collectifs véritables font défaut. Il a souligné en particulier que le risque relatif aux frais de procédure est si élevé qu'il est de fait impossible de faire valoir des dommages collectifs. Ceci l'amène à remettre en question le mécanisme de la protection juridique et l'accès au juge.<sup>52</sup> Le rapport propose plusieurs pistes de réflexion quant aux remèdes possibles, soit une amélioration de la réglementation en vigueur sur les frais de procédure, une extension du champ d'application de l'action des organisations (art. 89 CPC), la création d'une base légale pour les actions modèles, la création d'une action de groupe fondée sur un concept d'*opt-in* ou une procédure de transaction spécifique pour les groupes.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Message CPC, p. 6902 ; BSK/ZPO-OBERHAMMER, art. 89 N. 1.

<sup>51</sup> Cf. BAUMGARTNER, Group Litigation ; BAUMGARTNER, Class Actions ; BERNET/GROZ ; BERNET/HESS ; BOHNET, actions collectives ; BOHNET, kollektiver Rechtsschutz ; BRUNNER, Verbands-und Sammelklage ; BÜHLER, kollektiver Rechtsschutz ; CONTRATTO ; DOMEJ, kollektiver Rechtsschutz ; DROESE ; FISCHER, Sammelklagen ; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse ; KÖLZ ; MÜLLER ; PERUCCHI ; REARDON ; TOPAZ DRUCKMANN.

<sup>52</sup> Exercice collectif, p. 54.

<sup>53</sup> Cf. Exercice collectif, p. 55 s. pour plus de détails.

- 37 Le débat autour de l'exercice collectif des droits se précise en vue de la modification du CPC qui est actuellement en discussion.<sup>54</sup> A cet égard, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation le 2 mars 2018 sur un avant-projet visant en particulier à faciliter l'accès des particuliers à la justice ainsi qu'à mettre en œuvre une forme d'exercice collectif des droits. Ce projet visait d'une part à étendre l'action des organisations au sens de l'art. 89 CPC en prévoyant une nouvelle action en réparation des organisations (cf. art. 89a AP-CPC) et, d'autre part, à instituer une nouvelle procédure de transaction de groupe pour le règlement gracieux de litiges collectifs (cf. art. 352a ss AP-CPC).<sup>55</sup> Au vu des vives controverses exprimées dans le cadre de la consultation à l'égard de la mise en œuvre collective des droits, le projet de révision est scindé en deux parties : la facilitation de l'accès aux tribunaux d'une part, et la mise en œuvre collective des droits d'autre part.<sup>56</sup>
- 38 Alors que **le projet visant à faciliter l'accès aux tribunaux** et le message y afférent ont été publiés le 26 février 2020, la publication du projet de mise en œuvre collective des droits a été reportée *sine die*. Ce premier projet propose en particulier deux modifications qui ont le mérite d'être mentionnées. Ainsi, l'art. 98 al. 1 P-CPC prescrit que le tribunal ou l'autorité de conciliation ne peuvent exiger du demandeur une avance supérieure à la moitié des frais judiciaires présumés. Par ailleurs, le risque d'encaissement est désormais mis à la charge du canton, étant donné que l'art. 111 al. 1 P-CPC prévoit la restitution de l'avance des frais judiciaires à la partie qui ne supporte pas la charge des frais.
- 39 Quant au **volet concernant l'exercice collectif des droits**, l'avant-projet du Conseil fédéral propose en particulier l'établissement d'une action en

---

<sup>54</sup> En guise de complément, mentionnons également que le Conseil fédéral s'est penché sur la problématique de l'accès à la justice dans le domaine du droit financier. Si les avant-projets concernant la loi sur les services financiers (AP-LSFin) et la loi sur les établissements financiers (AP-LEFin) prévoyaient encore une procédure de transaction de groupe (art. 105 ss AP-LSFin) ainsi qu'une forme d'action collective (art. 101 ss AP-LSFin), les projets ont abandonné ces instruments à la suite de la procédure de consultation. La modification prévue par le projet visant à introduire un nouvel article 114a du CPC, lequel consistait à faciliter l'accès des investisseurs à la justice en exemptant l'investisseur à avancer les frais ou de fournir des sûretés en garantie des dépens, n'a au final pas été retenue par le parlement.

<sup>55</sup> Rapport AP/CPC, p. 14 s.

<sup>56</sup> Message CPC modifié, p. 2619.

réparation des organisations par l'art. 89a AP-CPC. L'al. 1 de cette disposition permettrait notamment à une association d'agir en son propre nom pour le compte des membres d'un groupe de personnes déterminées, afin de faire valoir leurs prétentions en remboursement de dommages-intérêts ou en remise du gain. Il s'agirait donc d'une forme de *Prozessstandschaft* (à ce sujet, cf. *infra*, N. 124 ss).<sup>57</sup> L'art. 115a AP-CPC prévoit d'ailleurs que les organisations qui agissent en vertu de l'art. 89 et 89a AP-CPC jusqu'à une valeur litigieuse de 500'000 fr. ne sont pas tenues de verser d'avance de frais ni de sûretés dans la procédure de conciliation et la procédure de fond, pour autant qu'une action des organisations paraisse mieux adaptée qu'une action individuelle. Enfin, une procédure de transaction de groupe est prévue par les art. 352a ss AP-CPC afin de faciliter les solutions à l'amiable dans le cadre de dommages collectifs.<sup>58</sup> Même si la démarche au sujet de l'exercice collectif est intéressante, la proposition n'en est qu'au stade du projet, respectivement de l'avant-projet, ce dernier ayant, rappelons-le, fait l'objet de vives critiques. L'avenir d'instruments juridiques permettant l'exercice collectif des droits est dès lors en-core incertain.

Comme le démontre notre exposé, la situation *de lege lata* est insatisfaisante. 40  
D'un point de vue de l'État de droit, celui-ci doit garantir la mise en œuvre effective des droits subjectifs privés de ses citoyens. Notre système juridique est-il néanmoins entièrement démuné pour faire face aux dommages collectifs? C'est la question à laquelle notre thèse va tenter de répondre.

---

<sup>57</sup> Rapport AP/CPC, p. 41.

<sup>58</sup> Rapport AP/CPC, p. 79.



## §2 Les notions et les fonctions de l'exercice collectif des droits

Après cette introduction à la thématique, nous allons définir de façon plus précise ce que nous entendons par un exercice collectif des droits. Pour ce faire, nous allons en premier lieu définir les notions qui entourent l'exercice collectif des droits (I.). En second lieu, notre étude va se consacrer aux diverses fonctions poursuivies par cette institution (II.). 41

### I. Les notions

#### 1. Le dommage collectif

##### 1.1. Un collectif de lésés

Le dommage collectif est tout d'abord caractérisé par un **collectif de lésés**, 42 parmi lesquels chacun a subi un dommage individuel. Nous utilisons ainsi la notion de collectif de lésés pour désigner l'existence d'un nombre élevé et non limité de personnes<sup>59</sup> ayant subi un dommage. Quant à une éventuelle limite inférieure, il nous semble opportun de ne pas nous prononcer là-dessus et de laisser cette définition – pour autant qu'elle soit pertinente – à la pratique.<sup>60</sup>

Un **dommage** signifie une diminution involontaire de la fortune nette, consistant soit en une réduction de l'actif, en une augmentation du passif ou en un 43

---

<sup>59</sup> ROMY, p. 7 explique que la notion de masse suppose un grand nombre de personnes, sans toutefois poser une limite chiffrée.

<sup>60</sup> Les auteurs qui évoquent le nombre de lésés utilisent des termes vagues tels que « un grand nombre » (Exercice collectif, p. 8), « *mehrere* » (VAN DEN BERGH/KESKE, p. 27), « *zahlreich* » (DROESE, p. 117 ; KÖLZ, p. 149), « *Vielzahl* » (GORDON-VRBA, Vielparteien-prozesse, p. 6 ss ; MÜLLER, p. 803 ; PERUCCHI, p. 491). LAUER, p. 175 estime quant à lui que nous sommes en présence d'un exercice collectif des droits (« *kollektiver Rechtsschutz* ») dès le moment où, soit du côté du demandeur ou de celui du défendeur, soit des deux, il existe plus d'une partie. Soulevons que le système américain estime qu'une class action est notamment admise, notamment dans la mesure où la classe est trop importante pour que les membres puissent agir en tant que consorts (« *the class is so numerous that joinder of all members is impracticable* » ; Rule 23 (a) (1) US-FRCP).

gain manqué.<sup>61</sup> D'après la théorie de la différence, le dommage correspond ainsi à la disparité entre l'état actuel du patrimoine du lésé et celui qu'il aurait eu si l'évènement dommageable ne s'était pas produit.<sup>62</sup> Dans la pratique toutefois, le juge se limite à déterminer quels actifs ont diminué ou quels passifs ont augmenté.<sup>63</sup> Une diminution involontaire de la fortune implique ainsi que toute diminution, même insignifiante, tombe dans la définition d'un dommage.<sup>64</sup>

- 44 Si le collectif des lésés est affecté dans son ensemble par le dommage collectif, chaque membre du collectif est touché par un **dommage individuel** qui lui est propre et se distingue des autres. Le cumul de chaque atteinte individuelle forme le dommage collectif que le groupe a subi.
- 45 L'existence d'un dommage suppose qu'une (ou plusieurs) personne(s) soi(en)t responsable(s) de celui-ci. En règle générale, le dommage collectif est imputable à une seule personne – physique ou morale – **l'auteur du dommage**. Le dommage collectif peut également être le fait d'un nombre restreint d'auteurs mais dont le nombre sera peu important face au collectif de lésés.<sup>65</sup>

## 1.2. Une multitude de dommages

### 1.2.1. Des dommages similaires ou identiques

- 46 La notion de dommage collectif a la particularité que les lésés composant la collectivité ont tous été atteints dans un droit ou un bien juridique identique ou similaire (cf. également *infra* N. 82 ss et 194 ss).<sup>66</sup> Il peut ainsi s'agir de dommages résultant d'une atteinte à la personnalité (art. 28 CC et art. 45 à 47

---

<sup>61</sup> WERRO, N. 39.

<sup>62</sup> ATF 127 III 543, cons. 2b) ; TF 4C.269/2003 du 15.12.2004, cons. 3.1.

<sup>63</sup> BK/OR-BREHM, art. 41 N. 70 ss ; WERRO, N. 43.

<sup>64</sup> BK/OR-BREHM, art. 41 N. 69a.

<sup>65</sup> ROMY, p. 12.

<sup>66</sup> BRUNNER, Verbands- und Sammelklage, p. 39 ; Exercice collectif, p. 10 ; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 6 et 9 ; LAUER, p. 175 ; STARK/KNECHT, p. 53 ; WAGNER GERHARD, kollektiver Rechtsschutz, p. 54. Cf. Également la notion développée par l'OGH en Autriche (cf. *supra* N. 82 ss).

CO),<sup>67</sup> de dommages matériels<sup>68</sup> ou de dommages purement économiques<sup>69</sup>. En résumé, lorsque nous parlons d'un dommage collectif, nous sommes en présence d'une **multitude de dommages identiques ou similaires en raison de leur nature**, chacun affectant un sujet de droit en particulier.

La notion de dommage collectif doit être distinguée davantage en fonction de la similitude ou de l'identité du fait générateur de responsabilités. En d'autres termes, il s'agit de cerner les causes d'un dommage collectif. D'une part, un dommage collectif peut résulter d'une **cause unique**, et donc identique pour chacun des lésés.<sup>70</sup> À titre illustratif, nous pensons à un défaut dans l'octroi de services de téléphonie affectant un grand nombre d'utilisateurs.<sup>71</sup> D'autre part, le fait générateur de responsabilités d'un dommage collectif peut reposer sur **plusieurs causes similaires répétées** dont chacune engendre un dommage distinct.<sup>72</sup> Ceci peut être le cas lors de l'emploi répété de conditions générales de vente à caractère insolite ou encore en cas de modification illicite de taux d'intérêt pour des crédits à la consommation, par exemple.

---

<sup>67</sup> Pour ce type de dommage, la doctrine distingue en principe ceux issus d'une atteinte à des droits de la personnalité physique, de la personnalité affective et de la personnalité sociale. Cf. WERRO, N. 54 ss. pour une discussion approfondie des différents types de dommages résultant d'une atteinte à la personnalité.

<sup>68</sup> Il s'agit du dommage qui découle d'une atteinte à une chose (ATF 118 II 176 cons. 4b). Cf. BK/OR-BREHM, art. 41, N. 77 ss. pour une discussion approfondie des différents types de dommages matériels.

<sup>69</sup> Ce type de dommage est causé par une diminution involontaire du patrimoine sans qu'aucun droit absolu soit atteint pour autant. Cette distinction n'est pas sans importance lorsqu'un dommage purement économique découle d'un acte illicite (art. 41 CO) car il ne s'agit pas d'un dommage réparable, à moins que l'acte dommageable porte atteinte à une norme de comportement destinée à protéger le patrimoine (ATF 133 III 323, cons. 5.1 ; 132 III 122, cons. 4.1 ; 123 III 306, cons. 4a). Cf. WERRO, N. 99 ss pour une discussion approfondie des différents types de dommages purement économiques.

<sup>70</sup> ROMY, p. 11 s. ; BRUNNER, Verbands- und Sammelklage, p. 39.

<sup>71</sup> Cf. e.a. « Le réseau Swisscom a encore été victime d'une panne » (disponible sur : <<https://www.letemps.ch/economie/reseau-swisscom-victime-dune-panne>>, consulté le 2 septembre 2021).

<sup>72</sup> VKI-KOLBA, p. 212.

## **1.2.2. Dont l'ampleur peut varier**

### *1.2.2.1. Les dommages importants (Grossschäden)*

- 48 Nous sommes en présence de **dommages importants** lorsque les dommages individuels sont en soi suffisamment élevés pour pousser les lésés à entreprendre des démarches judiciaires individuelles afin d'obtenir réparation.<sup>73</sup> Ces cas de figure surviennent généralement lors d'évènements similaires, tels que des accidents de grande envergure ou des crises financières importantes, et ont tendance à générer un nombre important d'actions en justice surchargeant ainsi les tribunaux. À titre illustratif, WAGNER cite des cas de déraillements ferroviaires, d'accidents d'avion ou encore de dommages patrimoniaux infligés à l'égard d'investisseurs.<sup>74</sup>
- 49 Notre thèse ne traite pas de ces cas de figure, étant donné que les lésés ne font généralement pas preuve d'apathie rationnelle dans ces cas-là (cf. *supra* N. 13 ss).

### *1.2.2.2. Les dommages dispersés (Streuschäden)*

- 50 Par opposition aux dommages importants, les **dommages dispersés** ne sont généralement pas suffisamment conséquents pour encourager les lésés à exercer leurs droits. Il s'agit là de dommages de faible valeur, cas dans lesquels les lésés font preuve d'une apathie rationnelle.<sup>75</sup> Les dommages dispersés sont classés en deux catégories, à savoir les dommages modestes et les dommages insignifiants.
- 51 En tant que sous-catégorie des dommages dispersés, les **dommages insignifiants** (*Bagatellschäden*) représentent des dommages individuels tellement dérisoires qu'ils sont – comme leur nom l'indique – insignifiants pour les lésés. Ceux-ci seront en principe inconscients du dommage subi. Cela dit, même si certains lésés peuvent être conscients de ce genre de dommage, ils seront généralement indifférents à l'égard d'un éventuel dédommagement. À ce titre,

---

<sup>73</sup> Cf. Exercice collectif, p. 10 et sa nbp 24 ; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 221.

<sup>74</sup> Cf. WAGNER GERHARD, kollektiver Rechtsschutz, p. 54 s. qui cite toute une série d'exemples de dommages importants.

<sup>75</sup> Exercice collectif, p. 12. À ce sujet, cf. également DICKENMANN, p. 468; DROESE, p. 118 s.; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 6 et 9 s.; FISCHER, p. 53; HEINEMANN, p. 21; MÜLLER, p. 804 ; WAGNER GERHARD, kollektiver Rechtsschutz, p. 51 ss.



WAGNER donne un exemple de sachets de thé vendus qui auraient dû être remplis avec 20 grammes, mais ne l'étaient qu'avec 19.5 grammes.<sup>76</sup> Il s'agit là d'un cas de figure où le dommage individuel se chiffre vraisemblablement à quelques centimes de franc uniquement. Un tel montant n'est pas suffisant pour intéresser des lésés à effectuer de quelconques démarches afin d'obtenir réparation. Même si la perte sociale peut être très élevée, la problématique est mieux abordée par l'intervention d'associations, voire des autorités sur le plan administratif ou pénal qui sanctionnent ce type d'activités.<sup>77</sup>

Les **dommages modestes**, quant à eux, représentent un cas de figure où le 52  
dommage individuel se situe entre deux extrêmes, à savoir les cas de dommages insignifiants et ceux de dommages importants. S'il est vrai que les dommages individuels de type modeste sont suffisamment élevés pour que les lésés aient en soi un intérêt à saisir le juge afin d'obtenir réparation, ils ne le sont pas assez pour en justifier la divergence avec les frais et l'effort prévisibles.<sup>78</sup> A titre illustratif, il convient de mentionner le cas de dommages individuels de quelques milliers de francs subis par des investisseurs sur les marchés financiers.<sup>79</sup> Par conséquent, il s'agit là d'un cas d'application typique de l'apathie rationnelle. Les dommages modestes constituent donc une constellation dans laquelle demeure un déficit structurel de protection du droit.<sup>80</sup>

## 2. L'exercice collectif

### 2.1. La découverte et le rassemblement des lésés

Dans l'hypothèse de la survenance d'un dommage collectif, un exercice collectif des droits implique, en premier lieu, la **recherche** et le rassemblement 53  
**de tous les lésés**. Pour ce faire, le potentiel demandeur collectif effectue toutes les démarches de recherche informelles nécessaires (établissement d'un site internet, article de journal, collaboration avec des associations de protection des consommateurs, etc.). En cas d'insuffisance des moyens informels pour

---

<sup>76</sup> WAGNER GERHARD, Collective redress, p. 62.

<sup>77</sup> BERNET/HESS, p. 452 ; VKI-KOLBA, p. 213 ; WAGNER GERHARD, kollektiver Rechtsschutz, p. 53.

<sup>78</sup> Cf. Exercice collectif, p. 12 et sa nbp 34 ; WAGNER GERHARD, Collective Redress, p. 62 ss.

<sup>79</sup> GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 119.

<sup>80</sup> DOMEJ, kollektiver Rechtsschutz, p. 422.

retrouver les lésés, bien que le demandeur collectif pourrait envisager l'utilisation de l'outil procédural de la preuve à futur de l'art. 158 CPC, ce moyen n'est pas admissible (cf. *infra* N. 178 ss).

## 2.2. Une seule action en justice

### 2.2.1. *Le demandeur collectif*

- 54 Notre étude vise explicitement la problématique de l'apathie rationnelle dans le cadre de procédures de nature civile. Comme il ressort de notre exposé ci-dessus, les dommages importants ainsi que les dommages insignifiants dépassent ce cadre. Par conséquent, notre thèse se dédie en particulier à la catégorie des **dommages modestes**, étant donné que c'est précisément dans ces cas de figure que les lésés n'ont pas de réelle incitation à faire valoir leurs prétentions en justice, mais ne sont cependant pas indifférents à une possible réparation.
- 55 Une fois les lésés connus, ceux-ci procèdent à la **cession** de leurs **prétentions** au bénéfice du demandeur collectif, lequel s'oblige à faire valoir leurs droits et à leur restituer un éventuel bénéfice (cf. *infra*, N. 128 ss). En tant que titulaire des prétentions des lésés, le demandeur collectif peut désormais agir en tant que partie demanderesse en justice par le biais d'un **cumul objectif d'actions** pour faire valoir le dommage collectif subi (cf. *infra*, N. 186 ss). En agissant dans l'intérêt des lésés, le demandeur collectif va leur permettre de bénéficier du résultat du procès, sans qu'ils aient besoin pour autant d'y participer en tant que parties. À l'issue de la procédure et dans la mesure où il a obtenu gain de cause, le demandeur collectif restitue aux lésés le gain obtenu.

### 2.2.2. *La résolution de questions communes*

- 56 L'exercice collectif des droits n'est judiciairement et économiquement efficient que lorsqu'il existe des **questions communes de droit ou de fait** à résoudre qui concernent l'ensemble des lésés.<sup>81</sup> Identifier la nature et la cause du dommage collectif est dès lors central à tout exercice collectif des droits,

---

<sup>81</sup> Cf. GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, p. 121 s. qui précise que les questions communes de fait et de droit doivent prédominer les individuelles afin qu'un exercice collectif des droits corresponde à l'idée de l'économie de procédure. Cf. également BRUNNER, *Verbands- und Sammelklage*, p. 39 qui parle de « *stets gleiches Schadensbild* » ; BERNET/GROZ, p. 77.

car cela permet de déterminer si les dommages individuels comportent des questions communes auxquelles le tribunal peut répondre de manière cohérente. À titre comparatif, la Rule 23 (c) (4) US-FRCP parle de « *Commonality* » et met en évidence la nécessité de disposer de questions communes à résoudre dans le cadre d'une *class action*.<sup>82</sup> Le droit suisse quant à lui évoque la notion de **connexité** dans le CPC<sup>83</sup> et le droit international privé<sup>84</sup>. Si cette notion ne devait toutefois pas déterminer l'admissibilité d'un exercice collectif des droits en Suisse, on ne saurait sous-estimer son importance pratique (cf. *infra*, N. 246 ss). En droit autrichien en revanche, une certaine connexité est exigée pour pouvoir faire valoir un exercice collectif des droits (cf. *infra* N. 100). À défaut de questions communes de droit ou de fait, il n'est à notre avis pas possible de parler de dommage collectif.<sup>85</sup>

À titre illustratif, évoquons l'emploi de la part d'un vendeur de conditions 57  
générales identiques à l'égard de tout un groupe d'acheteurs auxquels un produit standardisé et défectueux a été vendu. Établir la teneur des conditions générales et l'état factuel du produit relève de questions de fait communes, auxquelles il pourra être répondu de façon cohérente lors de l'administration des preuves. De surcroît, juger de la conformité des conditions générales employées avec l'art. 8 LCD, ainsi que la présence du défaut du produit et de son ampleur, relèvent de questions de droit communes auxquelles il pourra être répondu de façon uniforme également.

---

<sup>82</sup> Cf. BAHE-JACHNA, p. 61 ss.

<sup>83</sup> Art. 14 al. 1, 127, 227 et 376 al. 1 et 2 CPC, et avant l'entrée en vigueur du CPC par les art. 6 al. 1, art. 7 al. 2 et 36 al. 1 aLFors.

<sup>84</sup> Art. 8 ss. LDIP et 28 ch. 3 CL.

<sup>85</sup> BERNET/GROZ, p. 76 ; DROESE, p. 117 ; GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, p. 121 s. ; LAUER, p. 179 ; ROMY, p. 273 ss. Autant dans la procédure de class action aux États-Unis comme nous venons de l'évoquer, ce critère est d'ailleurs utilisé dans d'autres pays européens (cf. e.a. FISCHER, *Sammelklagen*, p. 50).

## II. Les fonctions

### 1. L'accès à la justice

- 58 L'accès à la justice est consacré par l'art. 6 ch. 1 CEDH ainsi que par l'art. 29a Cst. Le principe de droit d'accès au juge est un droit fondamental de nature procédurale, complété par des garanties procédurales des art. 29 et 30 Cst. L'accès à la justice assure à chaque individu le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire dans un délai raisonnable.<sup>86</sup> L'art. 29a Cst. étend le contrôle judiciaire en règle générale à toutes les contestations portant sur les droits et les obligations de personnes physiques ou morales.<sup>87</sup> Ce droit fondamental garantit un **accès effectif** à un tribunal indépendant et établi par la loi.<sup>88</sup> Même si cette garantie n'est pas inconditionnelle,<sup>89</sup> il ne suffit pas de permettre un accès uniquement théorique à la justice.<sup>90</sup> A titre d'exemple, citons l'arrêt rendu par la CourEDH qui avait constaté une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH en raison des règles de péremption et de prescription de droit suisse qui n'avaient pas permis à des victimes de maladies causées par l'amiante de faire valoir leurs droits devant un tribunal.<sup>91</sup>
- 59 Nous avons vu plus haut que les frais en lien avec une procédure judiciaire compliquent l'accès aux tribunaux pour des personnes sous l'influence d'une apathie rationnelle, autrement dit, lorsque leur dommage individuel est peu important par rapport aux frais prévisibles, à savoir en cas de dommages modestes (cf. *supra* N. 52). Si l'exigence d'une avance de frais est une condition d'exercice conforme à l'art. 6 CEDH et l'art. 29a Cst., les frais de justice peuvent constituer un danger pour l'Etat de droit, lorsqu'ils empêchent le justiciable de faire valoir ses prétentions par voie judiciaire.<sup>92</sup> Si le problème ne se pose que dans une moindre mesure pour une personne aisée ou une autre qui bénéficie de l'assistance judiciaire gratuite (art. 117 ss. CPC), la situation est

---

<sup>86</sup> BVKomm-KLEY, art. 29a N. 7 s. ; KÄLIN, p. 53.

<sup>87</sup> TF 2C\_237/2017 du 12.09.2017, cons. 5.1 ; ATF 137 II 409, cons. 4.2.

<sup>88</sup> A cet égard, cf. SCHEFER, p. 521.

<sup>89</sup> ATF 136 I 323, cons. 4.3 selon lequel la garantie ne s'oppose pas aux conditions de recevabilité du recours ou de l'action.

<sup>90</sup> KOLLER HEINRICH, p. 308 s.

<sup>91</sup> CourEDH, *Howald Moor et autres c. Suisse*, n° 52067/10 et 41072/11.

<sup>92</sup> BVKomm-KLEY, art. 29a N. 8 ; KÄLIN, p. 55 ; KOLLER HEINRICH, 327 ss.

toute autre pour une personne qui ne tombe dans aucune de ces deux catégories. C'est elle qui sera la moins apte à faire valoir ses droits en justice.<sup>93</sup> Le coût élevé des frais judiciaires en Suisse est d'ailleurs à juste titre critiqué par un certain nombre d'auteurs.<sup>94</sup>

C'est là que l'exercice collectif des droits peut intervenir. Grâce à la collectivisation des ressources, l'exercice collectif des droits peut faciliter, voire même permettre l'accès à la justice, afin que même les personnes ayant subi un dommage d'une valeur modeste puissent avoir la chance d'obtenir réparation.<sup>95</sup>

## 2. La mise en œuvre du droit à la réparation

La possibilité de soumettre sa cause à un tribunal afin que celui-ci puisse se prononcer permet de mettre en œuvre le droit matériel. Le droit de la procédure civile doit permettre la mise en œuvre effective des droits subjectifs. Autrement dit, la procédure civile est au service du droit matériel.<sup>96</sup> Sans accès au juge, le justiciable ne peut obtenir son droit (*sein Recht*) et c'est l'asymétrie du pouvoir qui détermine l'issue d'un conflit.

Dans le contexte d'un dommage collectif, un lésé doit pouvoir exiger réparation. Le but du droit de la responsabilité civile est de replacer une personne lésée dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du dommage en question.<sup>97</sup> Tout dommage, aussi infime soit-il, demande dès lors réparation. Un lésé doit pouvoir faire valoir tout type de dommage subi, même lorsqu'il s'agit de prétendre uniquement à un franc symbolique.<sup>98</sup> Comme le dispose d'ailleurs l'art. 97 CO, le débiteur doit réparer tout dommage résultant d'une

---

<sup>93</sup> Cf. DROESE, p. 118.

<sup>94</sup> EGGENBERGER/FISCHER, p. 70 ss ; HABLÜTZEL, p. 299 ; MEIER, Prozesskosten, p. 10 s.

<sup>95</sup> GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 4.

<sup>96</sup> ATF 139 III 457, cons. 4.4.3.3 ; 127 III 461 cons. 3d) ; 116 II 215, cons. 3 ; BAUMANN WEY, N. 106 ss. ; HABSCHIED, N. 30 ; TROLLER, p. 69 ; SCHWEIZER PHILIPPE, p. 89.

<sup>97</sup> ATF 111 II 164, cons. 1b).

<sup>98</sup> TF 2A.279/2004, cons. 4.6 qui constate qu'il serait choquant de refuser à la victime d'une discrimination à l'embauche l'accès à la justice au motif que le montant en réparation qu'elle réclame n'est pas suffisamment élevé. Cf. notamment BK/OR-BREHM, art. 41 N. 69a.

exécution imparfaite de son obligation.<sup>99</sup> Or, exiger une réparation pour un dommage modeste devient envisageable par leur collectivisation étant donné que la valeur litigieuse devient plus importante (art. 93 al. 1 CPC).

- 63 En favorisant ainsi la possibilité de faire valoir tout type de droits subjectifs, l'exercice collectif des droits permet de réduire la portée de l'apathie rationnelle. Par conséquent, cette institution facilite la mise en œuvre du droit objectif.<sup>100</sup>

### 3. L'économie de procédure

- 64 Selon les quelques opinions exprimées par la doctrine suisse qui se réfèrent principalement à la doctrine allemande, la finalité de l'économie de procédure vise à atteindre l'issue d'un procès (*Prozessziel*) le plus rapidement et le plus économiquement (dans le sens d'une minimisation des coûts) possible.<sup>101</sup> Ce principe peut ainsi commander le traitement en un seul procès de plusieurs causes introduites séparément. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a jugé adéquat de joindre des causes qui se basaient sur le même événement dommageable.<sup>102</sup>
- 65 L'exercice collectif des droits tend à encourager l'économie de procédure par une utilisation efficiente des ressources judiciaires de l'État. En lieu et place d'une multitude d'actions portées auprès de multiples tribunaux, l'exercice collectif des droits permet de les concentrer en un seul procès et ainsi de minimiser la sollicitation de l'appareil judiciaire.<sup>103</sup> Certes, nous avons précisé que l'apathie rationnelle a pour conséquence que les lésés, en fonction de l'ampleur de leur dommage individuel, n'entreprennent pas ou que rarement de démarches judiciaires. Néanmoins, même lorsqu'une infime partie des lésés d'un dommage collectif globalement important se décident à en appeler

---

<sup>99</sup> BK/OR-WEBER, art. 97 N. 202.

<sup>100</sup> Exercice collectif, p. 13 ; GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, p. 4.

<sup>101</sup> BRÄNDLI, N. 62 ss. ; BÜRKL, p. 80 ; GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, p. 115 ; STERN, p. 2 ss.

<sup>102</sup> ATF 111 II 270.

<sup>103</sup> BAUMGARTNER, *Class Actions*, p. 121 ; DOMEJ, *kollektiver Rechtsschutz*, p. 421 ; GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, p. 4 ; LAUER, p. 179.

au juge, il en résulte un nombre très important de procédures individuelles causant ainsi régulièrement une surcharge des tribunaux.<sup>104</sup>

L'exercice collectif des droits permet dans ce type de configuration de remédier en grande partie à l'entorse faite à l'économie de procédure en permettant une allocation des ressources plus efficiente lors de la survenance de dommages collectifs.<sup>105</sup> 66

#### **4. L'empêchement de jugements contradictoires**

En concentrant une multitude de procédures judiciaires en un seul procès, l'exercice collectif des droits empêche les jugements contradictoires.<sup>106</sup> Il est en effet judicieux d'éviter de traiter des questions de fait et de droit similaires par plusieurs instances judiciaires qui risquent d'arriver à des résultats différents.<sup>107</sup> 67

L'exercice collectif des droits va ainsi au-delà des buts poursuivis par les règles sur l'autorité de la chose jugée dont les effets se cantonnent à un objet du litige entre les mêmes parties<sup>108</sup> et promeut la sécurité du droit pour l'ensemble d'un dommage collectif ainsi que, plus globalement, la paix sociale.<sup>109</sup> 68

#### **5. La sauvegarde d'intérêts de groupes et de l'intérêt public**

L'exercice collectif des droits permet également de sauvegarder les intérêts d'un groupe de personnes poursuivant un même but qui, dans notre contexte, est de nature économique. En effet, les membres du collectif sont liés par un intérêt commun d'obtenir une forme de réparation vis-à-vis d'une personne qui leur a causé un dommage identique ou du moins comparable. En agissant 69

---

<sup>104</sup> DOMEJ, kollektiver Rechtsschutz, p. 422 ; VAN DEN BERGH/KESKE, p. 26 ss.

<sup>105</sup> Exercice collectif, p. 9 s ; MÜLLER, p. 809.

<sup>106</sup> PERUCCHI, p. 495.

<sup>107</sup> BAUMGARTNER, Class actions, p. 121 ; DICKENMANN, p. 469 ; DROESE, p. 118 ; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 5 ; WAGNER GERHARD, kollektiver Rechtsschutz, p. 54.

<sup>108</sup> A ce sujet, cf. e.a. ATF 123 III 16, cons. 2a ; 128 III 284, cons. 3b ; TF 4A\_141/2013 du 22.08.2013, cons. 2.2.3.

<sup>109</sup> Cf. BAUMGARTNER, Class actions, p. 124 ; VKI-KOLBA, p. 229.

de concert par la voie judiciaire, ils sont donc tous liés par la même destinée ; soit l'intégralité du groupe obtient gain de cause, soit il succombe. Certes, un intérêt de groupe n'est fondamentalement guère différent de l'intérêt d'un particulier, étant donné qu'il s'agit d'un conglomerat d'intérêts privés. De ce point de vue, la légitimité d'un intérêt de groupe n'est pas supérieure à un intérêt individuel, sans toutefois être inférieure non plus. Tout comme un intérêt individuel, **l'ordre juridique doit permettre la mise en œuvre des intérêts d'ensembles de personnes**, dont le seul point commun est la souffrance d'un dommage.<sup>110</sup> C'est précisément une des fonctions de l'exercice collectif des droits.<sup>111</sup>

- 70 Dès l'instant où l'exercice collectif des droits rend l'accès à la justice possible pour certaines prétentions, il remplit une fonction de prévention face aux comportements causant des dommages collectifs.<sup>112</sup> Ce système encourage la mise en œuvre du droit en permettant à la justice civile de se saisir d'affaires qui autrement demeureraient en dehors de son champ d'action. De cette façon, l'attrait économique pour des comportements contraires au droit se voit amoindri.<sup>113</sup> En permettant de prévenir et de sanctionner des comportements nuisibles, **l'exercice collectif des droits contribue à la réalisation d'un intérêt public.**<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> STOFFEL, p. 500 s.

<sup>111</sup> BRUNNER, Verbands- und Sammelklage, p. 40.

<sup>112</sup> Exercice collectif, p. 12; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 5 ; VAN DEN BERGH/KESKE, p. 22 ss.

<sup>113</sup> DROESE, p. 119; VKI-KOLBA, p. 222 ; WAGNER GERHARD, kollektiver Rechtsschutz, p. 47 ss.

<sup>114</sup> Exercice collectif, p. 10 ; DROESE, p. 118 s. ; HEINEMANN, p. 144 ; LAUER, p. 180 ; MÜLLER, p. 814 ; SCHILKEN, p. 48. Cf. DOMEJ, kollektiver Rechtsschutz, p. 421 qui précise qu'il existe un intérêt général au rééquilibrage du dommage social.



## §3 Un aperçu de l'exercice collectif des droits en Autriche

Ce chapitre est consacré au système de l'exercice collectif des droits en Autriche pour la simple et bonne raison que notre thèse s'inspire des bases de son fonctionnement qui, en tant que pays voisin, est proche de la tradition juridique suisse. En tant que tel, notre but est de donner un aperçu, afin que notre travail puisse s'y référer ponctuellement par la suite. 71

Nous allons commencer par présenter les fondements du système autrichien d'exercice collectif des droits (I.), avant d'aborder les questions liées à la préparation de l'exercice collectif des droits (II.) et de terminer par la thématique des coûts (III.). 72

### I. Les fondements de l'exercice collectif des droits

#### 1. La problématique

Tout comme la Suisse, l'Autriche ne dispose à ce jour d'**aucun instrument juridique explicitement prévu** pour mettre en œuvre l'exercice collectif des droits. Les possibilités de la procédure civile existantes actuellement sont largement comparables à celles du droit suisse, raison pour laquelle nous étudions le droit autrichien en guise de comparaison. A titre illustratif, mentionnons deux instruments procéduraux principaux.<sup>115</sup> Il existe d'abord pour un tribunal la possibilité de joindre les causes qui sont pendantes auprès dudit tribunal selon le §187 öZPO (*Verbindung*),<sup>116</sup> ce qui est comparable à la 73

---

<sup>115</sup> Pour davantage d'exemples et une discussion approfondie des instruments procéduraux autrichiens, cf. e.a. KODEK, Gross- und Massenverfahren, p. 5 ss.

<sup>116</sup> §187 öZPO:  
« Sind bei einem Gerichte mehrere Rechtsstreite anhängig, die zwischen den nämlichen Personen geführt werden oder in welchen die nämliche Person verschiedenen Klägern oder verschiedenen Beklagten als Processgegner gegenübersteht, so können diese Prozesse, wenn dadurch voraussichtlich deren Erledigung vereinfacht oder beschleunigt oder der Aufwand für die Kosten der Processführung vermindert werden wird, durch Beschluss des Senates zur gemeinsamen Verhandlung verbunden werden. ».

jonction de causes de l'art. 125 let. CPC. Ensuite, la consorité du §11 al. 2 öZPO (*Streitgenossenschaft*) permet,<sup>117</sup> comme l'art. 71 CPC, à plusieurs demandeurs d'agir conjointement. Jusqu'il y a peu, les instruments existants n'avaient pas été utilisés de sorte à favoriser un exercice collectif des droits.<sup>118</sup>

- 74 Sous l'impulsion de l'association autrichienne d'information aux consommateurs, le VKI, la pratique judiciaire autrichienne a développé un système qui s'est fait connaître sous la dénomination « **d'action collective de droit autrichien** » (ou *Sammelklage nach österreichischem Recht*).<sup>119</sup> Ce système permet l'exercice collectif des droits par le biais d'une *Inkassoession* (cf. *infra*, N. 103 ss), soit la cession aux fins d'encaissement, utilisant un unique demandeur faisant valoir par voie judiciaire et en son propre nom tous les droits qui lui ont été cédés.<sup>120</sup> Le demandeur à l'exercice collectif de droit utilise ainsi l'instrument de l'*objektive Klagshäufung*, équivalent autrichien du cumul objectif d'actions de droit suisse.
- 75 Le cumul de plusieurs prétentions à l'égard d'un défendeur se fonde, en matière procédurale, sur l'instrument de l'*objektive Klagshäufung* prévu par le §227 öZPO (à ce sujet, cf. *infra*, N. 92 ss).<sup>121</sup> Un cumul objectif d'actions en

---

<sup>117</sup> §11 al. 2 öZPO:

« (1) *Außer den in anderen Gesetzen besonders bezeichneten Fällen können mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder geklagt werden (Streitgenossen):*  
[...]

2. *wenn gleichartige, auf einem im wesentlichen gleichartigen*

(2) *thatsächlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreites bilden, und zugleich die Zuständigkeit des Gerichtes hinsichtlich jedes einzelnen Beklagten begründet ist. ».*

<sup>118</sup> VKI-KOLBA, p. 221 ss.

<sup>119</sup> VKI-KOLBA, p. 209.

<sup>120</sup> OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w.

<sup>121</sup> §227 öZPO:

« (1) *Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie nicht zusammenzurechnen sind (§ 55 JN), in derselben Klage geltend gemacht werden, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Art des Verfahrens zulässig ist.*

(2) *Jedoch können Ansprüche, die den im § 49 Abs. 1 Z 1 JN bezeichneten Betrag nicht übersteigen, mit solchen Ansprüchen verbunden werden, die ihn übersteigen, ferner Ansprüche, die vor den Einzelrichter gehören, mit solchen, die vor den Senat gehören. Im ersten Fall richtet sich die Zuständigkeit nach dem höheren Betrag; im zweiten Fall ist der Senat zur Entscheidung über sämtliche Ansprüche berufen. ».*

vertu de cette disposition signifie une pluralité d'objets litigieux.<sup>122</sup> Selon la disposition précitée, les prétentions peuvent être cumulées à l'égard d'un même défendeur à condition que, pour la totalité de celles-ci, le tribunal (« *Prozessgericht* »)<sup>123</sup> soit compétent (al. 1 ch. 1) et que le même type de procédure soit applicable (al. 1 ch. 2).

## 2. La jurisprudence fondatrice : OGH 4 Ob 116/05w

### 2.1. L'état de fait

Il s'agit d'une affaire dans laquelle des banques autrichiennes utilisaient, dans le cadre de crédits à la consommation, des **clauses contractuelles indéterminées d'ajustement de taux d'intérêt**. Cette manière de procéder leur permettait d'augmenter rapidement les taux d'intérêt lorsque le taux de référence croissait, sans toutefois les réduire (suffisamment) lorsque le taux de référence baissait. Ainsi, jusqu'à 90% de preneurs de crédits à la consommation à taux variables ont payé trop d'intérêts et subi un dommage. 76

Suite à la décision de plusieurs tribunaux qui avaient déterminé que les clauses contractuelles utilisées étaient illicites,<sup>124</sup> le VKI a pu obtenir de la majorité des banques concernées le remboursement des intérêts perçus en trop. Comme une banque demeurait toutefois récalcitrante, le VKI a intenté une action en exercice collectif des droits à son égard.<sup>125</sup> 77

### 2.2. La procédure

Le VKI, demanderesse à l'action, a fait valoir 1191563.27 euros à l'encontre de la banque défenderesse. Cette somme se composait des **dommages subis par 684 personnes lésées** par les ajustements illicites de taux d'intérêt et qui avaient cédé leurs prétentions au VKI. La majorité des dommages individuels 78

---

<sup>122</sup> RECHBERGER/SIMOTTA, N. 383.

<sup>123</sup> Le *Prozessgericht* est un terme désignant le tribunal compétent dans un cas concret (cf. le site internet d'aide de l'administration autrichienne, (disponible sur : <<https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/101/Seite.1010330.html>>, consulté le 2 septembre 2021)).

<sup>124</sup> Cf. notamment OLG Wien 30.8.1995, 6 R 571/94.

<sup>125</sup> VKI-DOCEKAL, p. 87.

se situaient autour de 4'000 euros, alors qu'une minorité uniquement dépassait les 10'000 euros.

- 79 La défenderesse a invoqué l'argument selon lequel l'exercice collectif (*Sammelklage*) n'était pas admissible. Par conséquent, le §227 al. 2 öZPO concernant l'admissibilité d'un cumul de prétentions inférieures à 10'000 euros avec celles supérieures à ce montant n'était pas applicable.<sup>126</sup>
- 80 La première instance n'est pas entrée en matière sur la demande en jugeant qu'aucun avantage d'économie de procédure ne résulterait de l'utilisation du cumul objectif d'actions pour un exercice collectif des droits. L'instance de recours a quant à elle admis le recours, estimant qu'en raison de la similarité des questions de droit qui étaient soulevées, il résultait effectivement un avantage d'économie de procédure. À la suite de ce jugement, la défenderesse a recouru auprès de l'OGH, qui est l'instance judiciaire suprême en Autriche (§3 al. 2 öJN).<sup>127</sup>

### 2.3. Les considérants du *Oberster Gerichtshof*

#### 2.3.1. Une cause juridique similaire et des questions communes

- 81 La Cour procède à une analyse approfondie de l'instrument de l'exercice collectif des droits à la lumière du §227 öZPO. Analysant diverses opinions doctrinales traitant de la question, l'OGH estime qu'un exercice collectif ne peut être admis uniquement aux conditions du §227 öZPO. Elle pose **deux restrictions jurisprudentielles supplémentaires**.
- 82 D'après la décision des juges de Vienne, il est légitime de procéder à un exercice collectif des droits par le biais d'un cumul objectif d'actions au sens du §227 öZPO, « *wenn zwar nicht die Identität des rechtserzeugenden Sachverhalts gegeben ist, wohl aber ein im Wesentlichen gleichartiger Anspruchsgrund (massgebliche gemeinsame Grundlage) vorliegt. Darüber hinaus müssen im Wesentlichen gleiche Fragen tatsächlicher oder rechtlicher*

---

<sup>126</sup> Soulevons que la limite de la valeur litigieuse de cette disposition comportait 10000 euros à l'époque du litige et non 15000 euros comme aujourd'hui.

<sup>127</sup> OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w, cons. 1.

*Natur, die die Hauptfrage oder eine ganz maßgebliche Vorfrage aller Ansprüche betreffen, zu beurteilen sein.* »<sup>128</sup>.

L'OGH estime ainsi en premier lieu que les prétentions doivent relever **essentiellement** non d'une **cause juridique commune** identique, mais bien uniquement **similaire**. En second lieu, il précise que les prétentions doivent traiter dans l'ensemble de **questions de droit ou de fait communes essentielles** à la résolution du litige. La Cour tenait à ce qu'il soit évité que plusieurs prétentions sans aucun lien entre elles soient soulevées à l'occasion de la même procédure.

Selon l'avis de la Cour, ces restrictions servent alors à garantir que l'exercice collectif des droits s'effectue dans un **souci d'économie de procédure**. Elle estime qu'une décision valant pour toutes les prétentions de l'exercice collectif réduit l'effort procédural. En outre, même si la valeur litigieuse augmente en raison du §55 al. 1 öJN (cf. *infra*, N. 95), l'élaboration dégressive des tarifs judiciaires et des honoraires d'avocat (cf. annexes öGGG et öRATG) réduit le coût total d'un exercice collectif des droits par rapport à de multiples actions individuelles ou une action de consorts (§ 19a öGGG).<sup>129</sup>

### 2.3.2. La décision de la Cour

L'OGH a estimé qu'il était admissible de faire valoir des prétentions cédées demandant la restitution d'intérêts versés en trop par des preneurs de crédit à l'égard d'un institut de crédit en la forme d'un exercice collectif des droits. Bien que la Cour suprême ait **jugé le recours irrecevable**,<sup>130</sup> elle s'est prononcée sur la question de l'exercice collectif des droits dans un *obiter dictum*.<sup>131</sup>

En jugeant des faits, la Cour a estimé qu'il s'agissait en l'occurrence de prétentions se fondant principalement sur une cause similaire, à savoir des demandes en enrichissement et/ou dédommagement (*Bereicherungs- und/oder Schadenersatzansprüche*) sur la base de clauses d'ajustement de taux d'intérêt illicites formulées par un institut de crédit. De surcroît, il s'agissait de résoudre en grande partie des questions de fait et de droit similaires concernant la

---

<sup>128</sup> OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w, cons. 3. Caractères gras insérés par l'auteur.

<sup>129</sup> OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w, cons. 3.

<sup>130</sup> OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w, cons. 1.

<sup>131</sup> A ce sujet, cf. notamment KODEK, Gross- und Massenverfahren, p. 31.

question principale ou des questions préliminaires importantes. Ainsi, non seulement les clauses contractuelles, mais également les questions d'exception de prescription ou de compensation pouvaient être traitée uniformément.<sup>132</sup>

#### **2.4. D'autres procédures portant sur l'exercice collectif des droits**

- 87 Dans une autre affaire concernant des voyageurs tombés malades dans le cadre d'un voyage à forfait, le tribunal de première instance de Vienne en matière commerciale (*Bezirksgericht für Handelssachen Wien*) a donné suite à l'exercice collectif des droits intenté par le VKI. Il a estimé que la maladie des voyageurs avait été causée par la consommation d'aliments et de boissons contaminés proposés à l'occasion de ce voyage, condamnant ainsi les deux parties défenderesses au dédommagement des personnes lésées.<sup>133</sup> La particularité de cette affaire résidait dans le fait qu'une partie des voyageurs avait contracté avec une société autrichienne, tandis que l'autre avait noué des relations contractuelles avec la société sœur dont le siège était en Suisse. Au vu de la jurisprudence de la CJCE concernant le for du consommateur (davantage à ce sujet, cf. *infra* N. 240), la société suisse n'a pu être atraite au for autrichien qu'après avoir accepté la conclusion d'une prorogation de for pour cette affaire.
- 88 Le VKI a également obtenu gain de cause auprès du tribunal de première instance de Vienne en matière commerciale dans le cadre d'un exercice collectif des droits qu'il a intenté dans l'intérêt d'étudiants ayant pris part à un voyage de maturité dans un complexe hôtelier dont les prestations ne correspondaient pas à la promesse. Suite à l'ouverture de l'action, une transaction judiciaire a été conclue entre les parties. La particularité de cette affaire résidait dans le fait que les dommages individuels – particulièrement modestes – se chiffraient en moyenne à environ 280 euros pour un total de 23 lésés ayant participé à l'action.<sup>134</sup>
- 89 Une compagnie aérienne qui, suite à l'annulation d'un vol retour, n'avait proposé aucun moyen alternatif de transport et aucune forme de compensation à

---

<sup>132</sup> OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w, cons. 3

<sup>133</sup> Cf. VKI-DOCEKAL, p. 115 ss.

<sup>134</sup> Cf. VKI-DOCEKAL, p. 165 ss.

la centaine de passagers concernés, a accepté un accord extrajudiciaire en amont de l'introduction d'un exercice collectif des droits de la part du VKI. Celui-ci s'était vu céder les prétentions de la part de huit des passagers, d'un montant individuel d'environ 400 euros.<sup>135</sup>

Dans une autre affaire, le cas AWD, le Tribunal de commerce de Vienne (*Handelsgericht Wien*) a répondu par l'affirmative à la question de savoir si de faux conseils en investissement d'une banque relevaient de questions de fait et de droit communes et a de ce fait admis le cumul objectif d'actions dans ce cas. Il s'agissait de 119 cas individuels sur une période de 12 ans et pendant lesquels 109 conseillers différents avaient dispensé leurs conseils. Le tribunal a ainsi estimé qu'il s'agissait d'une dispense de faux conseils systématiques.<sup>136</sup> La doctrine est partagée à cet égard.<sup>137</sup>

De nombreuses autres affaires de ce type ont été portées par le VKI depuis bientôt 20 ans, avec un certain succès. Ainsi, il n'est pas rare que l'introduction de telles actions aboutissent à la conclusion de transactions entre le demandeur collectif et la partie défenderesse, ce qui a été le cas dans plus de 10 affaires ces dernières années.<sup>138</sup>

### 3. Les conditions

#### 3.1. Le cumul objectif d'actions

Rappelons que selon le §227 al. 1 öZPO, les prétentions peuvent être cumulées à l'égard d'un même défendeur aux conditions suivantes. D'une part, le tribunal doit être compétent localement et matériellement pour la totalité des prétentions (al. 1 ch. 1). D'autre part, le même type de procédure doit

---

<sup>135</sup> Cf. VKI-DOCEKAL, p. 173 ss.

<sup>136</sup> HG Wien 43 Cg 81/09y-12.

<sup>137</sup> KALSS, p. 322 ainsi que SCHUMACHER HUBERTUS, p. 129 s. affirment que chaque conseil en investissement est distinct de l'autre et que ceux-ci ne peuvent, dans leur ensemble, être considérés en tant que causes similaires ni avoir des questions communes à résoudre. VKI-KOLBA, p. 212, déclare le contraire, dans le sens où une planification centrale de conseils en investissement par la banque relève bel et bien de cause similaire pour ces derniers. Du même avis, OBERHAMMER, Sammelklage, p. 259 ss. D'un avis similaire, mais différencié, NIMMERRICHTER, p. 190.

<sup>138</sup> Cf. les affaires indiquées par le VKI sur sa page « Sammelaktionen » (disponible sur : <<https://verbraucherrecht.at/5204>>, consulté le 2 septembre 2021).

également être applicable aux prétentions cumulées (al. 1 ch. 2).<sup>139</sup> Il n'est dès lors pas possible de cumuler des prétentions qui sont soumises à différents types de procédures ou à une compétence matérielle ou locale qui n'est pas identique.<sup>140</sup>

- 93 En ce qui concerne le **for**, le principe est qu'il se situe auprès du domicile ou du siège du défendeur (*allgemeiner Gerichtsstand*) dans la mesure où aucune règle particulière ne s'applique (§65 s. öJN). Les §86 à 101 öJN prévoient les fors facultatifs (*Wahlgerichtsstände*) qui viennent compléter le for général du §66 öJN. Ainsi, lorsqu'il existe plusieurs tribunaux compétents à raison du lieu, le demandeur a le choix parmi ceux-ci (§102 öZPO).
- 94 La **compétence matérielle** (*sachliche Zuständigkeit*) découle soit de la valeur litigieuse (*Wertzuständigkeit*), soit du type de litige (*Eigenzuständigkeit*).<sup>141</sup> Cependant, l'absence de compétence matérielle identique du tribunal en raison de la valeur litigieuse n'exclut pas le cumul (§227 al. 2 öZPO). En effet, si d'ordinaire les prétentions inférieures à la limite de 15'000 euros sont de la compétence des *Bezirksgerichte* (§49 al. 1 öJN), celles supérieures à cette limite sont de l'essor des *Landesgerichte* (§50 öJN). Dans ce cas, l'al. 2 du §227 öZPO prescrit que la compétence matérielle est déterminée par le montant supérieur. Cette réglementation n'équivaut donc pas à celle qui prévaut en procédure civile suisse (cf. *infra* N. 197 ss).
- 95 L'al. 1 du §227 öZPO prévoit en outre que les prétentions peuvent être cumulées malgré l'absence de devoir d'addition en vertu du §55 al. 1 öJN.<sup>142</sup> A la

---

<sup>139</sup> En effet, le droit procédural autrichien prévoit plusieurs types de procédures spéciales, qui sont prévues soit par la sixième partie (§548 ss) de la öZPO ou par des lois spéciales, tel que les §36 ss de l'öASGG.

<sup>140</sup> OGH 30.10.2003, 8Ob113/03f.

<sup>141</sup> BARTA, p. 1083. La notion de *Eigenzuständigkeit* signifie que le Bezirksgericht est compétent quant à la matière, indépendamment de la valeur litigieuse, notamment pour des litiges en droit matrimonial ou en droit de la filiation (§49 al. 2 öJN).

<sup>142</sup> §55 öJN:

« (1) *Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche sind zusammenzurechnen, wenn*

1. *sie von einer einzelnen Partei gegen eine einzelne Partei erhoben werden und in einem tatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhang stehen oder*

2. *sie von mehreren Parteien oder gegen mehrere Parteien erhoben werden, die Streitgenossen nach §11 Z 1 ZPO sind.*

[...] ».



teneur de cette dernière règle, les prétentions d'une même action sont à additionner notamment si elles sont soulevées par une seule partie à l'encontre d'une seule autre partie et qu'elles disposent d'une **connexité de fait ou de droit**. Une connexité de fait existe lorsque les prétentions découlent du même état de fait, alors qu'une connexité de droit est donnée lorsque les prétentions découlent notamment du même contrat ou de la même disposition légale, mais non si les prétentions peuvent suivre une issue juridique distincte l'une de l'autre.<sup>143</sup> Une telle addition des prétentions forme un objet du litige uniforme (*einheitlicher Streitgegenstand*) qui doit faire l'objet d'une décision uniforme. La valeur globale des prétentions détermine la compétence matérielle du tribunal à raison de la valeur litigieuse.<sup>144</sup> A défaut d'addition des prétentions, chacune doit faire l'objet d'une décision séparée.<sup>145</sup> Dans ce cas, la compétence matérielle se détermine selon l'al. 2 du §227 öZPO (cf. *supra*, N. 94). Par conséquent, nous constatons qu'en matière d'admissibilité du cumul objectif d'actions, les valeurs litigieuses des prétentions ne sont additionnées que dans la mesure où il existe une connexité conformément au §55 al. 1 öJN. Autrement, en cas de défaut de connexité et bien que le cumul objectif d'actions soit admissible, les prétentions ne sont pas additionnées et chacune peut faire l'objet d'une décision séparée.<sup>146</sup>

Nous constatons donc que, à l'instar du droit suisse, le cumul objectif d'actions ne nécessite aucun lien de connexité entre les prétentions (cf. *infra* N. 213).

### 3.2. Les exigences jurisprudentielles supplémentaires

La Cour suprême autrichienne a jugé que l'exercice collectif, outre les conditions du §227 öZPO, n'est admissible que dans la mesure où les prétentions cédées relèvent essentiellement d'une cause juridique commune similaire et qu'elles traitent dans l'ensemble de questions (principales ou préliminaires importantes) de droit ou de fait communes essentielles à la résolution du litige. Comme l'explique la Cour, sa décision s'est inspirée de KODEK et de KALSS

---

<sup>143</sup> OGH 10.5.2011 4Ob67/11y, cons. 2.

<sup>144</sup> OGH 14.7.2010 7Ob127/10t.

<sup>145</sup> OGH 10.5.2011 4Ob67/11y, cons. 1.

<sup>146</sup> KODEK, Gross- und Massenverfahren, p. 15 s.

(« *vermittelnde Lösung* ») et se situe à mi-chemin entre les avis de ces auteurs.<sup>147</sup>

- 98 KODEK affirme que contrairement à certains avis doctrinaux,<sup>148</sup> **aucune condition supplémentaire** ne devrait être posée à l'application du §227 al. 1 öZPO dans le cadre d'un exercice collectif des droits.<sup>149</sup> Se référant à l'histoire législatif du §227 öZPO, il soulève notamment que le législateur souhaitait permettre un cumul objectif généreux.<sup>150</sup> En particulier, le demandeur procédant à un cumul objectif d'actions n'a pas à démontrer l'existence d'un avantage économique-procédural particulier. Dans tous les cas, la décision de juger séparément des causes initialement cumulées de façon subjective ou objective pouvait être prise ultérieurement par une disjonction des causes.<sup>151</sup>
- 99 KALSS quant à elle estime qu'il faut différencier les cas de figure où la titularité des créances cumulées est originaire ou dérivée.<sup>152</sup> Dans ce second cas, une réduction téléologique du §227 öZPO serait à envisager, dans le sens où les prétentions doivent traiter dans l'ensemble de questions de droit ou de fait communes essentielles à la résolution du litige.<sup>153</sup> Selon l'opinion de l'auteur, cette exigence permettrait d'éviter que plusieurs prétentions, sans lien entre elles, soient cumulées, afin de garantir la finalité centrale du §227 öZPO, à savoir une mise en œuvre effective de l'économie de procédure. Autrement dit, un cumul objectif d'actions au sens du §227 öZPO ne serait **permissible que dans la mesure où il apporterait un avantage économique certain** au déroulement de la procédure.
- 100 En substance, les exigences de la Cour suprême sont donc quelque peu plus strictes que ce que propose KODEK mais ne vont pas autant loin que ce que

---

<sup>147</sup> OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w, cons. 3.

<sup>148</sup> Tel que KALSS, p. 330 s. et MADL, p. 724.

<sup>149</sup> KODEK, Sammelklage, p. 618 ss.

<sup>150</sup> KODEK, Sammelklage, p. 620 s. qui explique que le législateur voulait spécifiquement exclure la condition de connexité d'une part, et élargir les possibilités du cumul objectif avec l'introduction de l'al. 2 du §227 öZPO d'autre part en permettant le cumul de prétentions qui doivent être portées devant un juge unique avec celles qui doivent être jugées par un sénat (d'après le §7 al. 1 öJN, le sénat est composé d'un président et de deux juges assesseurs). Du même avis, KLAUSER/MADERBACHER, p. 169 ; OBERHAMMER, Sammelklage, p. 252.

<sup>151</sup> KODEK, Sammelklage, p. 621.

<sup>152</sup> Une créance dont la titularité est dérivée signifie que celle-ci lui a été cédée.

<sup>153</sup> KALSS, p. 330 s.

préconise KALSS. En revanche, l'OGH refuse une application par analogie des règles sur la consorité, soit le §11 al. 2 öZPO. En effet, la Cour n'exige pas que des prétentions similaires se fondent sur une cause de fait similaire.<sup>154</sup> Plutôt, elles peuvent concerner n'importe quelle question pertinente au procès. Autrement dit, les conditions jurisprudentielles de l'OGH vont au-delà du §227 öZPO en exigeant **une certaine connexité entre les prétentions**, sans toutefois requérir qu'elles satisfassent le §11 al. 2 öZPO.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> Le §11 al. 2 öZPO prescrit que : « *wenn gleichartige, auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreites bilden [...]* ».

<sup>155</sup> OBERHAMMER, *Sammelklage*, p. 258 s.

## II. La phase préparatoire à l'exercice collectif des droits en Autriche

### 1. Le rassemblement des lésés

- 101 Avant de pouvoir exercer les droits de façon collective, le potentiel demandeur collectif doit procéder à la recherche et au rassemblement des lésés d'un dommage collectif.
- 102 Dans la pratique, **cela implique un effort médiatique** afin de rendre les lésés potentiels attentifs au dommage collectif et à l'exercice collectif des droits en résultant. Le VKI a eu des résultats satisfaisants par l'utilisation de formulaires de réclamation en ligne sur son site internet. Dans certains cas également, la recherche s'est par ailleurs effectuée par le biais de diffusions télévisées, d'envois de périodiques de l'association ou de conférences de presse.<sup>156</sup> Il est évident que l'organisation du rassemblement des lésés est une entreprise coûteuse, qui nécessite des moyens financiers non négligeables (à ce sujet, cf. *infra*, N. 110 ss). Par conséquent, une gestion efficace de la découverte des lésés est nécessaire, car elle permet tout d'abord d'évaluer au mieux le dommage collectif puis d'évaluer si un exercice collectif des droits est envisageable.

### 2. La cession du droit en vue de l'encaissement

#### 2.1. La cession

- 103 Une fois les lésés découverts, il est fondamental que ceux-ci cèdent leurs prétentions au demandeur collectif afin que l'exercice collectif puisse être mis en œuvre. En droit autrichien, la cession (*Zession*) est prévue au § 1392 öABGB. Il s'agit d'un **acte de disposition constitutif d'obligations** (*schuldrechtliches Verfügungsgeschäft*), qui exige un titre d'acquisition (*gültiger Titel*). En d'autres termes, elle doit se fonder sur une cause valable, telle qu'une vente, un prêt ou une donation.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> VKI-DOCEKAL, p. 88 et 113.

<sup>157</sup> BARTA, p. 871.

La cession de créances implique une **évaluation des prétentions** afin de dé- 104  
terminer si et dans quelle mesure elles résultent effectivement du dommage  
collectif en question. De ce fait, plus le nombre de lésés s'avère important,  
plus l'évaluation posera des difficultés qui nécessiteront la mise en place  
d'une organisation efficace.<sup>158</sup> Dans ce but, le VKI procède à une analyse des  
faits par le biais de systèmes informatiques qui les classent dans une banque  
de données afin de permettre l'identification des éléments factuels récurrents  
et pertinents pour le dommage collectif. Tous les documents afférents à l'af-  
faire sont également d'une grande importance et il est généralement exigé des  
lésés de les transmettre à l'association.<sup>159</sup>

Dans le cadre de l'exercice collectif des droits, la cession de créances s'effec- 105  
tue dans l'idée selon laquelle le cessionnaire procède à son encaissement pour  
le compte du cédant. Comme mentionné plus haut, **il s'agit d'une cession en  
vue d'un encaissement** (*Inkassoession*), si nécessaire par voie judiciaire (cf.  
*supra*, N. 74).<sup>160</sup>

## 2.2. Les modalités

Au-delà du principe de la cession du droit en vue de l'encaissement, l'accord 106  
entre le lésé et le demandeur collectif doit également prévoir les modalités de  
l'exercice collectif des droits, soit les droits et obligations du lésé et du de-  
mandeur collectif.

D'une manière générale, **l'accord entre le lésé et le demandeur collectif doit** 107  
**permettre à ce dernier de procéder à l'encaissement de la créance** pour le  
compte de celui-là. A cet égard, il est fondamental d'accorder le pouvoir au  
demandeur collectif d'être en mesure de mener des négociations et de pouvoir  
conclure, le cas échéant, une transaction. Il est en effet important pour la partie  
défenderesse de pouvoir rétablir la paix sociale en trouvant un accord rapide  
avec les lésés.<sup>161</sup> L'accord entre lésé et demandeur collectif couvre également

---

<sup>158</sup> Dans ce sens, KLAUSER, Massenschäden, p. 59.

<sup>159</sup> Cf. à cet égard VKI-KOLBA, p. 239 s.

<sup>160</sup> Au sujet de l'*Inkassoession*, cf. BARTA, p. 874 s.

<sup>161</sup> Cf. VKI-KOLBA, p. 238 nbp 187 ; Communication de presse de la Banque Nationale au-  
trichienne (Österreichische Nationalbank) du 15.1.2008 (disponible sur :  
<[https://www.oenb.at/de/presse\\_pub/aussendungen/2008/2008q1/pa\\_20080115\\_brand-  
katastrophe\\_kaprun.jsp](https://www.oenb.at/de/presse_pub/aussendungen/2008/2008q1/pa_20080115_brand-katastrophe_kaprun.jsp)>, consulté le 2 septembre 2021). Au sujet de la paix sociale, cf.  
également BRÄNDLI, N. 76.

la réglementation concernant la répartition de la prise en charge des frais, qu'il s'agisse d'un financement tiers, d'une quote-part déduite du gain éventuel ou d'une participation anticipée. En outre, l'accord stipule la façon dont est réparti le gain éventuel. De façon accessoire, le lésé doit s'obliger à collaborer de façon utile à l'exercice collectif des droits, c'est-à-dire à fournir les informations et la documentation nécessaires à l'établissement de sa prétention. Enfin, en raison de l'absence de qualité de partie de la personne lésée, il est utile de préciser que le lésé n'a pas le libre choix de son avocat et ne peut exercer aucune influence sur le procès ni sur les négociations de transaction.<sup>162</sup>

### 2.3. La personne du demandeur collectif

- 108 L'exercice collectif des droits est-il possible pour toute personne ou existe-t-il des restrictions ? Se constituer en tant que cessionnaire et demandeur à l'action faisant l'objet d'un cumul objectif est **possible pour quiconque** et n'est pas limité aux associations, même si le VKI ainsi que la BAK ont été les seules institutions à utiliser cet instrument.<sup>163</sup> Par ailleurs - et il s'agit là d'une question qui ne concerne pas uniquement l'exercice collectif des droits, mais aussi toutes les formes de cessions en vue d'encaissement (*Inkassoession*) – **une cession en vue d'un cumul objectif est admise dans la mesure où elle n'est pas effectuée dans le but d'un abus de droit**, tel que répercuter les frais du procès sur une personne indigente ou pour conférer le statut de témoin au cédant de la prétention.<sup>164</sup> De façon plus générale, certains auteurs estiment qu'il serait juste d'admettre la cession à titre d'encaissement tant qu'elle n'est pas effectuée dans l'idée d'un abus quelconque par le cédant ou le cessionnaire. Procurer un avantage procédural indu au cessionnaire ou lui permettre une poursuite des intérêts économiques propres pourrait ainsi constituer de tels abus.<sup>165</sup>
- 109 Une autre question qui peut revêtir une certaine importance est celle de savoir si la **création *ad hoc* d'une organisation** dans l'idée qu'elle exerce des droits de façon collective est admissible en droit autrichien. Les quelques auteurs qui se prononcent sur la question estiment que cette façon de procéder est licite

---

<sup>162</sup> VKI-KOLBA, p. 238 s.

<sup>163</sup> KLAUSER, Massenschäden, p. 14 et 21; VKI-KOLBA, p. 227.

<sup>164</sup> OGH 13.06.1956 3 Ob 226/56 ; OLG Wien 11 R 95/00x, EFSlg 93.655 (2000).

<sup>165</sup> NIMMERRICHTER, p. 190. Pour une analyse plus extensive de la question, cf. également KODEK, Gross- und Massenverfahren, p. 14 s.

au regard du droit autrichien.<sup>166</sup> En appui de leur opinion, ils avancent que la protection d'intérêts de tiers par tout type d'association est admise. Dans de tels cas, il serait toutefois nécessaire de porter une attention particulière sur la capacité financière de l'organisation à fournir l'avance des frais et de garantir le dédommagement de la partie adverse.

---

<sup>166</sup> KODEK, Gross- und Massenverfahren, p. 13 ; KOLLER CHRISTIAN, p. 64 ; NIMMERRICHTER, p. 191. Dans ce sens apparemment également. RECHBERGER, p. 20.

### III. Les coûts

#### 1. Les frais

##### 1.1. De la phase préparatoire

- 110 Les coûts liés à la préparation de l'exercice collectif sont multiples et concernent principalement le rassemblement des lésés, l'évaluation des prétentions et les négociations extrajudiciaires avec l'auteur du dommage.<sup>167</sup> D'après le droit de procédure civile autrichien toutefois, les dépenses pour les démarches personnelles effectuées ne constituent pas des frais remboursables en cas de gain de cause partiel ou total (§42 al. 1 öZPO)<sup>168</sup>. Des actes en vue de la préparation d'un procès (comme la mise en demeure ou le rassemblement des faits) ne constituent des frais remboursables au sens du §41 al. 1 öZPO<sup>169</sup> que dans la mesure où ils sont nécessaires et effectués par un avocat.<sup>170</sup> La règle est dès lors comparable au droit suisse comme prévu par l'art. 95 al. 3 let. a et c CPC où ce genre de dépenses n'est remboursé qu'exceptionnellement également.<sup>171</sup> Relevons enfin que la jurisprudence fédérale permet, à titre exceptionnel, au demandeur de faire valoir les frais d'avocat en tant que dommages-intérêts (cf. également *infra* N. 319).<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> VKI-KOLBA, p. 239.

<sup>168</sup> §42 al. 1 öZPO:

« (1) Für ihre persönlichen Bemühungen kann die Partei wie der Nebenintervenient bei Feststellung der Processkosten eine Vergütung nicht ansprechen. Wenn deren persönliches Erscheinen vor Gericht nothwendig war, und insbesondere wenn die Partei in dem Verfahren vor Bezirksgerichten ohne einen Bevollmächtigten erscheint, ist für den durch Zeitversäumnis etwa entstandenen Schaden, sowie für die Reiseauslagen Ersatz zu leisten. ».

<sup>169</sup> §41 al. 1 öZPO:

« (1) Die in dem Rechtsstreite vollständig unterliegende Partei hat ihrem Gegner [...] alle durch die Processführung verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten zu ersetzen. [...] ».

<sup>170</sup> Cf. e.a. OGH 7Ob 297/05k du 25.01.2006, qui parle de « vorprozessuale Kosten ».

<sup>171</sup> Cf. TF 4A\_233/2017 du 28.9.2017, cons. 4.1 ; 4A\_192/2016 du 22.6.2016, cons. 8.2 ; 4A\_355/2013 du 22.10.2013, cons. 4.2.

<sup>172</sup> TF 4A\_148/2016 du 30.08.2016, cons. 2.4.



À titre d'exemple, mentionnons une affaire de voyage à forfait concernant des 111  
élèves partis en excursion d'école qui n'avaient pas obtenu les prestations conformes au contrat (cf. *supra* N. 88). Le VKI, qui s'était saisi de l'affaire, s'était vu confronté à un effort organisationnel particulier en raison de l'élucidation des défauts des prestations ayant nécessité des enquêtes détaillées auprès de chaque élève. L'exercice collectif des droits a été effectué en deux procès contre un auteur du dommage identique avec relativement peu de lésés (environ 60 dont 25 participants à l'exercice collectif) et un dommage individuel modeste (une moyenne de 280 euros) pour un dommage collectif total de 3848 euros pour l'une et 2660 euros pour l'autre procédure, ce qui a conduit à des frais d'organisation d'environ 9600 euros.<sup>173</sup> Cette action a été financée par le BMASK (à ce sujet cf. *infra* N. 116 ss).<sup>174</sup>

## 1.2. De la procédure judiciaire

En Autriche, les règles de procédure civile exigent que les parties avancent 112  
dans un premier temps les frais liés au procès, conformément au §40 öZPO.<sup>175</sup> Une fois la procédure arrivée à son terme, le principe ancré au §41 al. 1 öZPO veut – comme en Suisse l'art. 106 CPC – que les frais soient mis à la charge de la partie qui succombe (*Erfolgsprinzip*).<sup>176</sup> Selon la disposition précitée, les frais dédommageables comprennent toutes les dépenses nécessaires pour faire valoir ses droits (*Rechtsverfolgung*) et la défense de ceux-ci (*Rechtsverteidigung*) de façon adaptée. L'ampleur du dédommagement se mesure d'après les tarifs en vigueur pour les honoraires d'avocat<sup>177</sup> et les frais judiciaires<sup>178</sup> (§41 al. 2 öZPO). En substance, le système autrichien fait une distinction entre les frais judiciaires et les dépens comme le fait le CPC à son art. 95 al. 1.

Les frais judiciaires se mesurent en fonction de la valeur litigieuse (§14 113  
öGGG) et se composent d'un émolument forfaitaire unique par instance

---

<sup>173</sup> Cf. l'affaire des voyages de classes de maturité décrite par VKI-DOCEKAL, p. 165 ss.

<sup>174</sup> VKI-DOCEKAL, p. 168.

<sup>175</sup> §40 öZPO:

« (1) Jede Partei hat die durch ihre Processhandlungen verursachte Kosten zunächst selbst zu bestreiten. [...] ».

<sup>176</sup> VKI-KOLBA, p. 241; World Class Actions/KLAUSEGGER, p. 255.

<sup>177</sup> Selon les dispositions du öRATG.

<sup>178</sup> Selon les dispositions du öGGG.

judiciaire (§3 öGGG). En revanche, le système du tarif des honoraires d'avocat - la représentation par un avocat est d'ailleurs obligatoire à partir d'une valeur litigieuse de 5'000 euros (§ 27 al. 1 öZPO) – prescrit que ceux-ci sont rétribués pour chaque acte de procédure qu'ils effectuent, également en fonction de la valeur litigieuse, ce qui rend les frais d'avocat difficilement prévisibles.<sup>179</sup>

- 114 Rappelons que dans le cadre d'un exercice collectif des droits, le cumul des prétentions augmente la valeur litigieuse de l'action en vertu du §55 al. 1 öJN à condition que les prétentions disposent d'une connexité de fait ou de droit (à ce sujet, cf. *supra*, N. 95). Cependant et comme nous l'avons déjà évoqué (cf. *supra* N. 84), l'échelle dégressive des tarifs des frais judiciaires ainsi que ceux des honoraires d'avocat a pour conséquence que les frais demeurent en principe raisonnables lorsque la valeur litigieuse devient importante en raison du cumul. Entamer plusieurs actions individuelles à faible valeur litigieuse serait comparativement beaucoup plus onéreux.<sup>180</sup>
- 115 Néanmoins, le problème des frais n'est pas résolu lorsque les frais s'avèrent plus élevés que le montant en litige.<sup>181</sup> À titre illustratif, pour l'affaire du voyage de classe que nous avons explicitée plus haut (cf. *supra* N. 88), les frais de justice et dépens du procès pour une valeur litigieuse de 6'508 euros se sont chiffrés à 13'330.90 euros.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> VKI-KOLBA, p. 241. Cf. annexes (*Anlagen*) öRATG où le dédommagement est prévu pour chaque acte de procédure effectué par l'avocat en fonction de la valeur litigieuse.

<sup>180</sup> OGH 12.7.2005, 4 Ob 116/05w, cons. 3.

<sup>181</sup> VKI-KOLBA, p. 232 explique que pour une valeur litigieuse ne dépassant pas 4000 euros, il faut compter que les frais équivalent à un multiple de ce montant.

<sup>182</sup> VKI-NUNCIC, p. 187.

## 2. Le financement

Grâce à la prise en charge régulière de ces frais par le BMASK, l'exercice 116 collectif des droits a été rendu possible en Autriche.<sup>183</sup> Il s'agit là du département ministériel fédéral du travail, des affaires sociales et de la protection des consommateurs qui est compétent pour l'emploi, le marché du travail, la protection sociale et les consommateurs en Autriche (Section D de la deuxième partie de l'annexe du §2 öBMG).

Les bases légales de cette promotion financière sont ancrées au §77 al. 2 öB- 117 VG ainsi qu'au §2 al. 1 ch. 2 öBMG qui renvoie à son ch. 17 de la section D de la deuxième partie de l'annexe du §2. Ces deux dispositions légales permettent au BMASK d'agir notamment dans les affaires de politique de la consommation et de la protection du consommateur. Ceci comprend en particulier la promotion d'organisations représentant les consommateurs, afin que des conseils, des informations et la mise en œuvre du droit soient garantis.<sup>184</sup> Comme l'explique KLAUSER, le ministère soutient le VKI en se portant garant pour les frais et les dépens au cas où il n'est pas possible d'obtenir de dédommagement de la part de la partie adverse succombante (*Ausfallhaftung*). Dans la mesure où la partie succombante rembourse les frais engagés, le ministère n'intervient pas.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> VKI-KOLBA, p. 240. Pour de plus amples informations sur l'étendue de l'action du ministère, cf. également communiqué de presse du 11 mars 2004 du Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz (disponible sur : <[https://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20040311\\_OTS0107/haupt-klagsfuehrung-des-vki-im-auftrag-des-bmsg-erfolgreich-fuer-konsumentinnen-und-konsumenten](https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20040311_OTS0107/haupt-klagsfuehrung-des-vki-im-auftrag-des-bmsg-erfolgreich-fuer-konsumentinnen-und-konsumenten)>, consulté le 2 septembre 2021).

<sup>184</sup> Ch. 17 de la section D de la deuxième partie de l'annexe du §2 du *Bundesministeriengesetz* :  
« *Angelegenheiten der Konsumentenpolitik einschliesslich des Konsumentenschutzes, soweit dieser nicht in den Wirkungsbereich des Bundesministeriums für Justiz fällt ; Koordination der Konsumentenpolitik. Dazu gehören insbesondere auch : Förderung von Verbrauchervertretungen, insbesondere zur Sicherstellung der Beratung, Information und Rechtsdurchsetzung. [...]* ».

<sup>185</sup> KLAUSER, Massenschäden, p. 15.

- 118 Le financement du procès, dès que la valeur litigieuse atteint une certaine importance, peut en outre être assuré par des sociétés de financement tierces.<sup>186</sup> Le cumul d'une multitude de prétentions lors d'un exercice collectif des droits augmente la valeur litigieuse et rend accessible le financement du procès par des tiers.<sup>187</sup> Le tiers prend ainsi en charge les frais du procès contre une rémunération sur l'éventuel bénéfice du procès.<sup>188</sup> Savoir si l'accord de rémunération en fonction du résultat entre le demandeur collectif et le tiers financier contreviendrait à l'interdiction du *pactum de quota litis* du § 879 al. 2 Z 2 ABGB a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années.<sup>189</sup> La jurisprudence<sup>190</sup> ainsi que la doctrine majoritaire<sup>191</sup> semblent aujourd'hui s'accorder sur le fait que cette pratique n'est pas illicite. Le financement par un tiers a été utilisé dans la pratique judiciaire autrichienne, notamment dans l'affaire AWD que nous avons mentionnée plus haut (cf. *supra*, N. 90).<sup>192</sup>
- 119 Afin de mettre en œuvre un exercice collectif des droits, le VKI procède donc par un système hybride de financement public et privé. Même si l'exercice collectif des droits en Autriche a été jugé admissible sur le plan procédural, il n'en demeure pas moins que son succès en pratique repose en grande partie sur les moyens qui sont mis à sa disposition. En effet, il paraît vraisemblable que sans ce soutien public ou la possibilité de financement par des tiers privés, l'exercice collectif des droits en Autriche n'aurait pas vu le jour, du moins pas sous cette forme.

---

<sup>186</sup> KLAUSER, Massenschäden, p. 15 ; KODEK, Möglichkeiten, p. 11 et VKI-KOLBA, p. 237 s et 241. VKI-Kolba, p. 235 s. soulève que certains cas passent également par le biais d'assurances de protection juridique.

<sup>187</sup> PIRKER-HÖRMANN/KOLBA, N. 1.3 ; KODEK, Möglichkeiten, p. 11.

<sup>188</sup> VKI-KOLBA, p. 237.

<sup>189</sup> Cf. E.a. WAGNER ERIKA ; PARZMAYR/SCHOBEL ; OBERHAMMER, Prozessfinanzierung.

<sup>190</sup> HG Wien 47 Cg 77/10s.

<sup>191</sup> KODEK, Verfahrensmassen, p. 67. Pour une analyse extensive de la question, cf. OBERHAMMER, Prozessfinanzierung, p. 972 ss.

<sup>192</sup> VKI-DOCEKAL, p. 207.

---

## **DEUXIEME PARTIE : la phase préparatoire à l'exercice collectif des droits**



## §4 Le demandeur collectif

Nous allons commencer par exposer la problématique autour du demandeur collectif (I.), avant de présenter le mécanisme de la cession de créances aux fins d'encaissement, instrument juridique permettant au demandeur collectif d'agir en justice pour le compte des lésés (II.). Nous terminerons avec quelques mots concernant la personne du demandeur collectif (III.).

### I. Le demandeur collectif en tant que partie au procès

#### 1. Le problème

Le demandeur collectif est la partie qui **agit dans l'intérêt des lésés** d'un dommage collectif en faisant valoir leurs droits spécifiquement **par voie judiciaire**. Autrement dit, il s'agit de la personne qui met en œuvre l'exercice collectif des droits.

Avant de pouvoir solliciter les lésés d'un dommage collectif pour participer à un exercice collectif des droits, le potentiel demandeur collectif doit se poser la question du **rôle qu'il compte endosser lors du procès**. En d'autres termes, le demandeur collectif devra choisir s'il souhaite agir en tant que partie au procès ou en tant que simple représentant. Le choix du rôle déterminera la manière dont les lésés adhéreront à l'exercice collectif des droits. Toutefois, la question de savoir quel type de relation juridique existe entre le demandeur collectif et les lésés (contrat de mandat, d'agence, etc.) ne fera pas l'objet d'une analyse à proprement parler (cf. néanmoins *infra* N. 154 s.).

Plus concrètement, le demandeur collectif peut agir en justice soit en tant que représentant de plusieurs parties, soit en son propre nom en tant que partie. La manière usuelle d'une personne défendant les intérêts d'autrui est d'agir en tant que représentant conventionnel (art. 32 CO et 68 CPC), hypothèse que nous avons exclue précédemment (cf. *supra*, N. 30 ss). La seconde option,

certes moins courante, mais toutefois habituelle, est de prendre le **rôle de partie par le biais d'une cession de créances aux fins d'encaissement**.

- 124 Une option intermédiaire pour le moins controversée, la *Prozessstandschaft*, existe cependant. Si la qualité pour agir en justice est habituellement réservée à la personne qui prétend être titulaire d'une prétention matérielle, la *Prozessstandschaft* permet au demandeur d'agir à titre de partie sans disposer d'une créance (et sans prétendre en disposer) mais uniquement d'un droit d'action.<sup>193</sup> Toutefois, la jurisprudence exige que cette construction se fonde sur une base légale,<sup>194</sup> sans quoi elle n'est pas admise.<sup>195</sup> Il n'est dès lors pas possible de dissocier le droit d'action du droit matériel sur une base uniquement conventionnelle (*gewillkürte Prozessstandschaft*).<sup>196</sup> Par conséquent, il ne s'agit pas d'un instrument envisageable pour un exercice collectif des droits en Suisse.
- 125 Afin de pouvoir agir en tant que partie au procès, le demandeur collectif doit dès lors **disposer de la légitimation active**, ce qui constitue une question de droit matériel, et non de procédure.<sup>197</sup> Partant, le demandeur collectif doit devenir titulaire des prétentions des lésés du dommage collectif, ce qui est possible par le biais de cessions de créances. Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut (cf. *supra* N. 105), une simple cession ne suffit cependant guère pour garantir à ce que le demandeur collectif procède au recouvrement des créances. En tant que tel, il doit en outre être chargé de l'encaissement des créances, même si le non-recouvrement est un risque que prennent les lésés et

---

<sup>193</sup> TF 4A\_250/2016 du 11.08.2016, cons. 5. A ce sujet, cf. également BOHNET, qualité pour agir, p. 465 ss.

<sup>194</sup> L'art. 260 LP notamment permet à la masse en faillite de céder à un créancier son droit d'agir, et non la créance elle-même.

<sup>195</sup> TF 4A\_250/2016 du 11.08.2016, cons. 5.2.

<sup>196</sup> TF 4A\_250/2016 du 11.08.2016, cons. 5.2 ; ATF 137 III 293 cons. 3.2 ; 132 III 155 cons. 6.2 ; 78 II 265 cons. 3. a) ; ATF ; TF 5A\_578/2009 du 12.10.2009, cons. 2.5 ; Cf. e.a. BEINERT, p. 36, VOGEL/SPÜHLER, Ch. 5 N. 41 ; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 151 s. se référant à d'autres auteurs ; GULDENER, p. 142 s. ; HOHL, N. 456 – 458.

<sup>197</sup> ATF 144 III 277, cons. 1.2 ; Cf. e.a. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, §13 N. 27.



non le demandeur collectif.<sup>198</sup> Ainsi, il ne s'agit là non pas d'une cession simple, mais plutôt d'une **cession de créances aux fins d'encaissement** (*Inkassoabtretung*).

## 2. La cession aux fins d'encaissement

### 2.1. La notion

La cession de créances aux fins d'encaissement englobe **deux constructions juridiques**. En premier lieu, il s'agit d'une cession de créances, dans le sens où celle-ci conduit à un changement de créancier (*Gläubigerwechsel*). En second lieu, il s'agit d'une forme de cession fiduciaire.<sup>199</sup>

La **cession de créances** est régie aux art. 164 à 174 CO. Il s'agit d'un contrat de disposition (*Verfügungsvertrag*) qui conduit à un transfert de la titularité d'une créance d'une personne (le cédant) à une autre (le cessionnaire),<sup>200</sup> sans que le consentement du débiteur cédé soit nécessaire.<sup>201</sup> Un contrat générateur d'obligations (*Verpflichtungsvertrag*) est généralement à la base du contrat de cession par lequel le cédant s'oblige à transférer la créance au cessionnaire (*pactum de cedendo*).<sup>202</sup> Toutefois, le pouvoir de disposer de la créance ne passe pas au cessionnaire par le *pactum de cedendo*, mais par la notification au débiteur cédé (art. 167 CO).<sup>203</sup> Exception faite du changement de créancier, la cession n'opère aucun changement de la relation juridique entre le débiteur

---

<sup>198</sup> Au contraire, une cession simple des créances moyennant rémunération aux lésés aurait à notre avis pour effet une prise de risque trop élevée pour le demandeur collectif. Il devrait potentiellement avancer un montant élevé, au risque de ne pas les recouvrir.

<sup>199</sup> BSK/OR-GIRSBERGER, art. 164 N. 44.

<sup>200</sup> TF 4C.84/2004 du 09.06.2004, cons. 2.2 ; PB/OR-KRAUSKOPF, Vorb. Art. 164 – 174 N. 1.

<sup>201</sup> ATF 95 II 109, cons. 4.

<sup>202</sup> A ce sujet cf. HUGUENIN, N. 1330 ; ZK/OR-SPIRIG, art. 164 N. 29 ss.

<sup>203</sup> ATF 67 III 49 ; 47 III 6, cons. 3.

et le cessionnaire. Etant donné qu'elle ne requiert pas le consentement du débiteur cédé, la cession ne peut pas provoquer une péjoration de sa situation.<sup>204</sup>

- 128 Par la **cession aux fins d'encaissement**, le cessionnaire s'oblige à encaisser la créance pour le compte du cédant dans le but d'en faire parvenir le produit au cédant.<sup>205</sup> En substance, la convention de cession de créances aux fins d'encaissement contient deux accords distincts. D'une part, le contrat de cession qui porte sur la cession proprement dite et d'autre part, le contrat de fiducie qui définit l'utilisation que le cessionnaire peut faire de la créance. Si la cession est un acte de disposition (*Verfügungsgeschäft*), la convention de fiducie quant à elle est un acte générateur d'obligations (*Verpflichtungsgeschäft*). Par conséquent, l'accord de fiducie en tant que tel n'a d'effet qu'entre les parties.<sup>206</sup>

## 2.2. Les conditions

- 129 Afin que la convention de cession soit valable, le cédant doit pouvoir disposer de la créance<sup>207</sup> et respecter la forme écrite. Il s'agit là de la forme écrite au sens des art. 13 ss CO auxquels l'art. 165 al. 1 CO fait référence. Lorsque la forme du contrat de disposition n'est pas respectée, la cession est inopérante.<sup>208</sup>
- 130 Afin que la créance soit valablement transférée d'un lésé au demandeur collectif, l'élément le plus important à observer est l'exigence de la **forme écrite**. Cette forme « suppose nécessairement un document signé, soit un support matériel contenant tous les points essentiels pour le transfert de la créance, couvert par la signature manuscrite [...]. »<sup>209</sup> En revanche, un enregistrement sur un support de données ne satisfait en règle générale pas au critère de la forme

---

<sup>204</sup> LARDELLI, p. 23 s.

<sup>205</sup> ZK/OR-SPIRIG, Vorbemerkungen zu Art. 164 – 174 N. 118 à 120.

<sup>206</sup> ATF 71 II 167; 59 III 209, p. 211.

<sup>207</sup> TF 4C.7/2000 du 5.6.2000, cons. 4c. A cet égard, cf. également HUGUENIN, N. 1341 ss.

<sup>208</sup> ATF 88 II 18 ; 105 II 83, cons. 2.

<sup>209</sup> TF 4A\_186/2009 du 3.3.2010, cons. 4.3.

écrite, exception faite de la signature électronique qualifiée telle qu'établie par la SCSE, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017.<sup>210</sup> Pour des questions de praticité et de constance, le demandeur collectif sera amené à préformuler le contrat de cession dans les modalités d'un formulaire. Celui-ci devra être dûment rempli par la personne lésée, signé (de manière manuscrite ou par le biais d'une signature électronique qualifiée) et retournée au demandeur collectif. A ce sujet, nous référons le lecteur à la pratique du VKI en Autriche que nous avons évoqué plus haut (cf. *supra*, N. 103 ss).

La créance doit être suffisamment **déterminée ou déterminable**. À cet égard, 131 le contrat de cession devra en particulier mentionner l'identité exacte du débiteur cédé (nom et adresse) et préciser la nature et l'étendue des créances cédées.<sup>211</sup> Savoir si le montant de la créance doit être indiqué alors qu'il est encore incertain ne nous semble dès lors pas nécessaire, vu qu'à l'instar de créances futures, il suffit qu'elles soient déterminables.<sup>212</sup>

Par conséquent, le document de cession pourrait être rédigé dans les termes 132 suivants :

« Le cédant [insérer identité] cède au cessionnaire [insérer identité] toutes les 133 créances actuelles et futures (qu'il s'agisse de créances tendant au paiement de dommages-intérêts ou à la remise du gain en vertu des dispositions sur la gestion d'affaires) y compris tous les droits accessoires qui y sont rattachés, dont il dispose à l'égard du débiteur cédé [insérer identité] et qui résultent soit :

1. du contrat conclu le [insérer date et éventuellement lieu de conclusion] entre le cédant et le débiteur cédé et portant sur [insérer descriptif] ;
2. de l'acte dommageable [insérer descriptif] qui a eu lieu le [insérer date si connue] et qui est imputable de façon directe ou indirecte au débiteur cédé ;

---

<sup>210</sup> CHK/OR-KUT, art. 13 N. 6.

<sup>211</sup> ATF 105 II 83, cons. 2 ; 82 II 48, cons. 1.

<sup>212</sup> ATF 135 V 2, cons. 6.1.2 ; 4C.81/2007 du 10.05.2007, cons. 4.1. A ce sujet, cf. PB/OR-KRAUSKOPF, art. 164 N. 3.

3. de l'acte ayant conduit à l'enrichissement illégitime [insérer descriptif] qui a eu lieu le [insérer date si connue] et qui est imputable de façon directe ou indirecte au débiteur cédé. »

### 2.3. Les limites générales

- 134 La cession est limitée par l'art. 164 al. 1 i.f. CO, selon lequel une créance<sup>213</sup> est cessible uniquement si elle répond par la négative à trois critères cumulatifs. En effet, il ne faut pas que la créance soit incessible de par la loi,<sup>214</sup> de par la nature de l'affaire<sup>215</sup> ou de par une convention. Relevons que le Tribunal fédéral exclut en règle générale les droits formateurs de la cessibilité, tels que les droits à la réduction du prix (art. 205 CO) ou à la résolution du contrat (art. 368 ss CO).<sup>216</sup>
- 135 Dans la mesure où une créance est cédée malgré une interdiction de cession conventionnelle, la cession est sans effet. Lorsque l'incessibilité découle d'une prescription légale, la cession est nulle (art. 20 CO).<sup>217</sup> En revanche, l'art. 164 al. 2 CO valide la cession lorsque le cédant est au bénéfice d'une reconnaissance de dette qui ne mentionne pas l'incessibilité conventionnelle et que le cessionnaire est devenu créancier sur la foi de celle-ci.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> Par créance, il faut comprendre le droit de faire valoir en justice une prestation contre le débiteur (ALAI, p. 88). Pour une vue d'ensemble des créances cessibles, cf. ZK/OR-SPIRIG, art. 164 N. 14 ss.

<sup>214</sup> Lorsqu'une créance est incessible de par la loi, elle peut être prévue par toute prescription fédérale ou cantonale (ATF 56 III 193). A ce sujet, cf. PB/OR-KRAUSKOPF, art. 164 N. 7.

<sup>215</sup> Une créance peut également être incessible en raison de la nature de l'affaire. Tel est le cas lorsque la créance est si intensément liée à la personne du créancier que son remplacement impliquerait une modification du caractère, du contenu ou du but de l'obligation, en particulier si la situation du débiteur se trouve péjorée (ATF 122 III 145, cons. 4c, traduit aux JdT 1999 I p. 42 ; ATF 109 II 445).

<sup>216</sup> ATF 114 II 239, cons. 5c/aa. Davantage à ce sujet, cf. CHK/OR-REETZ/BURRI, art. 164 N. 6.

<sup>217</sup> ATF 123 III 60, cons. 3b.

<sup>218</sup> HUGUENIN, N. 1361 s.

Dans la mesure où une créance est incessible en vertu de l'art. 164 al. 1 CO, 136 il ne resterait au demandeur collectif plus que la possibilité d'agir par le biais d'un mandat de recouvrement.<sup>219</sup> Or, nous avons vu qu'agir en justice en tant que représentant conventionnel n'est pas une option envisageable pour un exercice collectif des droits (cf. *supra*, N. 30 ss).

## 2.4. Les limites du pactum de non cedendo

### 2.4.1. Le principe

L'incessibilité d'une créance peut résulter en particulier d'un *pactum de non cedendo* (art. 164 al. 1 i.f. CO). Cette convention peut prévoir l'interdiction de céder une ou plusieurs créances particulières ou une incessibilité uniquement sous certaines conditions. Partant, il s'agit d'un accord généralement conclu en faveur du débiteur, qui souhaite éviter les désagréments d'un changement de créancier.<sup>220</sup> Cette convention doit répondre aux conditions habituelles de validité des contrats.<sup>221</sup> 137

Tout comme l'objet de la cession,<sup>222</sup> l'objet de l'incessibilité doit être clairement défini ; une interdiction de céder la prétention en exécution ne signifie pas forcément qu'elle englobe celle concernant les dommages-intérêts pour cause de mauvaise ou d'inexécution.<sup>223</sup> 138

### 2.4.2. Les limites

#### 2.4.2.1. En général

Un dommage collectif implique une multitude de lésés qui auront régulièrement engagé des relations contractuelles avec l'auteur du dommage par 139

---

<sup>219</sup> GEISSBÜHLER, N. 383.

<sup>220</sup> ZK/OR-SPIRIG, Art. 164 Abs. 1 N. 146 et 188.

<sup>221</sup> BERGER, N. 2102.

<sup>222</sup> ATF 105 II 83, cons. 2 ; 82 II 48, cons. 1.

<sup>223</sup> ZK/OR-SPIRIG, Art. 164 Abs. 1 N. 155.

**l'incorporation de conditions générales d'affaires.**<sup>224</sup> Un *pactum de non cedere* peut-il être valablement intégré dans des conditions préformulées ? Afin de déployer un effet obligatoire, les conditions générales d'affaires doivent être valablement incorporées au contrat de façon globale ou intégrale.<sup>225</sup>

- 140 **L'incorporation de conditions générales d'affaires est limitée par le principe de confiance** selon la jurisprudence concernant les clauses insolites. Le Tribunal fédéral explique à cet égard que « [l]a partie, qui incorpore des conditions générales dans le contrat, doit sattendre, d'après le principe de la confiance, à ce que son partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas à certaines clauses insolites [...] ».<sup>226</sup> L'analyse du caractère insolite est subjective du point de vue de la partie qui consent aux conditions générales d'affaires, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une clause usuelle dans ce domaine

---

<sup>224</sup> Le législateur n'a pas édicté de définition des conditions générales d'affaires, mais uniquement certaines dispositions légales qui en traitent, telles que l'art. 256 al. 2 let. a CO ou l'art. 8 LCD (KRAMER/PROBST/PERRIG, N. 100). Sans définition légale, la jurisprudence a procédé à circonscrire la notion. Il s'agit de clauses contractuelles qui ont été préformulées en vue d'une utilisation dans un nombre indéterminé de contrats d'un certain type. Les clauses sont fixées unilatéralement par l'utilisateur des conditions générales d'affaires et se distinguent ainsi de contrats individuels qui ont été négociés (TF 4P.135/2002 du 28.11.2002, cons. 3.1).

<sup>225</sup> La règle étant une incorporation globale, selon laquelle le cocontractant de l'utilisateur des conditions générales d'affaires peut accepter celles-ci même sans en connaître le contenu et cela dès l'instant où le contrat y renvoie explicitement (parmi tant d'autres, cf. ATF 109 II 452 cons. 4), à condition qu'il ait eu l'occasion raisonnable d'en prendre connaissance (Dans ce sens, cf. ATF 77 II 156, cons. 4 et 100 II 200 cons. 5d).

<sup>226</sup> ATF 119 II 443 cons. 1a). Le caractère insolite est analysé autant d'un point de vue subjectif qu'objectif. L'analyse est **subjective** du point de vue de la partie qui consent aux conditions générales d'affaires, c.à.d. qu'elle doit véritablement être atypique à son égard (ATF 109 II 452, cons. 5b). La clause doit pareillement revêtir un caractère **objectif** insolite, dans le sens où la clause en question est véritablement étrangère au cadre du contrat et fonde un certain déséquilibre. Par conséquent, plus l'atteinte portée aux intérêts juridiques du cocontractant acceptant les conditions générales d'affaires est importante, plus facilement la clause peut être considérée comme insolite (ATF 119 II 443 cons. 1 a) ; 109 II 453 cons. 5 b).

d'affaires.<sup>227</sup> La clause doit pareillement par ailleurs revêtir un caractère objectivement insolite, dans le sens où la clause en question est véritablement étrangère au cadre du contrat et fonde un certain déséquilibre.<sup>228</sup> Enfin, une clause sera plus facilement considérée comme insolite si l'atteinte portée aux intérêts juridiques du cocontractant acceptant les conditions générales d'affaires est importante.<sup>229</sup> Lorsqu'une clause est jugée insolite, celle-ci n'a pas été valablement intégrée au contrat et ne déploie dès lors aucun effet entre les parties.<sup>230</sup>

Cependant, la règle de la clause insolite n'est d'aucune utilité pour l'acceptant des conditions générales d'affaires qui incorpore individuellement (c.à.d. après lecture) une telle clause.<sup>231</sup> En d'autres termes, **cette règle ne protège pas efficacement contre l'absence de pouvoir de négociation** ou de pouvoir choisir son partenaire contractuel.<sup>232</sup> Ainsi, l'imposition de conditions dites « abusives » reste possible.

#### 2.4.2.2. De l'art 8 LCD

En sus des règles de droit privé, le **droit de la concurrence déloyale** consacre à l'art. 8 LCD une protection face à l'utilisation de conditions générales d'affaires abusives. Celles-ci ne sont obligatoires à l'égard des parties que dans la mesure où elles sont conformes à cette disposition.<sup>233</sup> Dans le cas contraire, elles sont illicites au sens de l'art. 2 LCD et doivent donc – en accord avec la doctrine majoritaire<sup>234</sup> – être considérées nulles selon l'art. 20 CO. Aux termes de l'art. 8 LCD, « agit de façon déloyale celui qui, notamment utilise des

---

<sup>227</sup> ATF 109 II 452, cons. 5b) ; 135 III 1, cons. 2.1.

<sup>228</sup> ATF 119 II 443 cons. 1 a) ; HK/ UWG-PROBST, art. 8 N. 15 ; FORNAGE/PICHONNAZ, p. 286.

<sup>229</sup> ATF 119 II 443 cons. 1 a).

<sup>230</sup> ATF 135 III 1 cons. 2.1 ; TF 4A\_54/2009 du 20.4.2009.

<sup>231</sup> Exception faite des cas plutôt rares d'entrave illicite à la personnalité de l'art. 27 al. 2 CC.

<sup>232</sup> FORNAGE/PICHONNAZ, p. 286 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 110.

<sup>233</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, N. 290.

<sup>234</sup> Message modifiant la LCD, p. 5568 ; FORNAGE/PICHONNAZ, p. 290 ; GAUCH/REY/SCHLÜEP/SCHMID, t. I, N. 1156 ; HK/ UWG-PROBST, art. 8 N. 68 ; SCHMID JÖRG, p. 16. D'un autre avis, VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 114.

conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. ».

- 143 Une **disproportion** entre les droits et les obligations découlant du contrat est contraire au droit de la concurrence déloyale lorsqu'elle est **notable**, c.à.d. lorsqu'elle revêt une certaine importance.<sup>235</sup> La disproportion notable ne peut se juger qu'en se référant au droit dispositif du CO, du moins en ce qui concerne les contrats nommés. En rapport avec les contrats innommés, d'aucuns évoquent une disproportion entre les droits et obligations des parties contractuelles lors qu'une clause vise à modifier de façon importante – en dérogation avec le but économique du contrat – la position juridique de la partie cocontractante.<sup>236</sup> En résumé, il s'agit de déterminer si la position juridique du cocontractant a été sensiblement perturbée.<sup>237</sup>
- 144 En outre, une disproportion notable doit s'avérer **injustifiée**. Pour la doctrine majoritaire, ce critère est satisfait lorsque la disproportion notable n'est pas compensée par des avantages concrets contenus dans d'autres clauses contractuelles.<sup>238</sup> Il n'est pas aisé de distinguer la notion de disproportion injustifiée et celle de **contrariété aux règles de la bonne foi**. Pour cette raison, la doctrine propose une évaluation groupée de ces deux critères. De la sorte, une disproportion notable ne peut être qualifiée d'injustifiée qu'au regard des règles de la bonne foi et une prise en compte de tous les intérêts des parties en cause.<sup>239</sup>

---

<sup>235</sup> AGB-PROBST, N. 470 qui affirme qu'au vu de l'existence des nombreuses autres conditions qui doivent être satisfaites, on ne saurait être trop exigeant à l'égard de celle-là.

<sup>236</sup> GAUCH/REY/SCHLUEP/SCHMID, N. 1153.

<sup>237</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, N. 474.

<sup>238</sup> AGB-PROBST, N. 484 ss. et 490 ; CHK/ UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 8 N. 5; FORNAGE, N. 1007.

<sup>239</sup> SCHMID, Inhaltskontrolle, p. 14 s.; FURRER, p. 327. Dans ce sens, AGB-PROBST, N. 498 s. SCHMID, Inhaltskontrolle, p. 14 retient ainsi qu'une disproportion notable doit être traitée de façon différenciée par exemple entre des contrats de vente de marchandise d'occasion et de marchandise neuve.



La question se pose de savoir si **cet instrument du droit de la concurrence déloyale pourra constituer un obstacle efficace** pour un demandeur collectif 145 faisant face à une interdiction de cession. Le *pactum de non cedendo* est une exception que la partie défenderesse peut faire valoir et qui rend les cessions opérées sans effet (cf. *supra* N. 135), à moins que le demandeur collectif ne parvienne à satisfaire les conditions de l'art. 8 LCD. L'exigence de l'utilisation de ce type de clause en contrariété avec les règles de la bonne foi – tout comme la condition de disproportion entre les droits et obligations du contrat – a pour conséquence la nécessité de l'apprécier indépendamment pour chaque cas concret. Une interdiction de cession incorporée dans des conditions générales pourrait donc, en fonction des circonstances particulières, constituer un comportement déloyal au sens de l'art. 8 LCD. Tel pourrait être le cas lorsqu'une pareille clause serait utilisée dans le seul dessein de priver le créancier d'un accès au juge et qu'elle ne serait pas compensée par d'autres possibilités contractuelles de faire valoir ses droits, ce qui pourrait même constituer une entrave illicite à la personnalité selon l'art. 27 CC.<sup>240</sup>

Dans la mesure où le demandeur collectif ne parvient pas à démontrer la satisfaction des conditions de l'art. 8 LCD, il sera débouté et devra, comme nous 146 le discuterons davantage plus bas (cf. *infra* N. 306), prendre les frais du procès à sa charge selon l'art. 106 al. 1 CPC. Pour l'heure, il apparaît que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'application de cette disposition,<sup>241</sup> ce qui témoigne pour le moins d'une faible importance pratique de cette disposition. En revanche, si l'exercice collectif se réalise, la question pourrait alors régulièrement se poser en pratique.

## 2.5. Les effets

Par la cession, le **cessionnaire devient entièrement titulaire de la créance** 147 ainsi que de ses droits de préférence et accessoires,<sup>242</sup> pour autant que ceux-ci ne soient pas inséparables de la personne du cédant (art. 170 al. 1 CO). Ceci dépend de la volonté des parties, respectivement de la nature des droits

---

<sup>240</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 11 N. 8.

<sup>241</sup> Si ce n'est un arrêt (ATF 140 III 404) concernant son application intertemporelle.

<sup>242</sup> ATF 65 II 66, cons. 10.

concernés.<sup>243</sup> A titre d'exemple, le droit de procédure détermine si une substitution de partie est admissible en cours d'instance (art. 83 CPC) ou si une convention d'arbitrage est transmissible au cessionnaire.<sup>244</sup>

- 148 Lorsque la cession est valable, le cessionnaire peut, en soi, valablement en disposer de la façon dont il l'entend.<sup>245</sup> En tant que **fiduciaire chargé de l'encaissement** cependant, le cessionnaire s'oblige à encaisser la créance et d'en faire parvenir le produit au cédant, généralement moyennant commission et remboursement des frais selon l'art. 402 CO.<sup>246</sup> Le contrat de fiducie étant un accord distinct de la cession de créances qui n'oblige que les deux parties, le cessionnaire est redevable envers le cédant uniquement dans les limites de l'art. 97 CO.<sup>247</sup> C'est pour cette raison que le cédant ne redevient pas titulaire de la créance cédée par la révocation ou la fin du mandat de fiducie, mais doit procéder par le biais d'une rétrocession conformément à l'art. 165 CO.<sup>248</sup> Au contraire, l'accord de fiducie déploie ses effets quand bien même la cession devrait être nulle.

## 2.6. La situation du cessionnaire-fiduciaire

### 2.6.1. *Les droits issus des devoirs accessoires du cédant (art. 170 al. 2 CO)*

- 149 L'art. 170 al. 2 CO exige du cédant qu'il remette au cessionnaire le **titre de créance et les moyens de preuve ainsi que les renseignements nécessaires** pour faire valoir ses droits. Le cessionnaire peut dès lors exiger du cédant la remise du titre de créance et tout autre moyen de preuve permettant d'établir l'existence de la créance et des droits de préférence et accessoires, pour autant

---

<sup>243</sup> TF 5A\_404/2011 du 26.01.2012, cons. 3.4.2.

<sup>244</sup> ATF 103 II 75, cons. 4.

<sup>245</sup> ATF 130 III 417, cons. 3.4.

<sup>246</sup> GEISSBÜHLER, N. 391 ; HUGUENIN, N. 1378 ; ZK/OR-SPRIG, Vorb. Art. 164 – 174 N. 120.

<sup>247</sup> HUGUENIN, N. 1377.

<sup>248</sup> ATF 71 II 167 cons. 3.

qu'ils existent.<sup>249</sup> Par ailleurs, le cédant est tenu de fournir au cessionnaire toutes les informations qui, selon le principe de la bonne foi, sont aptes à faire valoir la créance.<sup>250</sup> Une violation des devoirs accessoires de l'art. 170 al. 2 CO ne conduit toutefois pas à la nullité de la cession, mais uniquement à une prétention en dommages-intérêts.<sup>251</sup>

Cette règle met en exergue **l'importance pour le demandeur collectif de disposer d'informations au sujet des créances cédées** qui sont les plus complètes possible. En effet, bien qu'une action en dommages-intérêts à l'encontre des lésés pour une violation du devoir d'informer serait théoriquement possible, il ne serait néanmoins pas raisonnablement envisageable d'actionner les lésés pour une compensation financière étant donné qu'une telle action ne permettrait pas de combler l'absence d'information. A ce sujet, rappelons que la pratique du VKI en Autriche consiste à étudier les créances destinées à être cédées de façon approfondie (cf. *supra*, N.104).

### **2.6.2. Les droits issus du régime de garantie (art. 171 à 173 CO)**

Les garanties des art. 171 à 173 CO ne concernent pas la cession en tant que telle, soit l'acte de disposition, mais plutôt l'acte générateur d'obligations à la base de celle-ci.<sup>252</sup> De la sorte, le régime de garantie concerne uniquement la relation entre le cédant et le cessionnaire. Notons que ce régime de garantie prévaut sur d'autres régimes (tel que les art. 199 ss CO), dans la mesure où ces derniers sont de nature dispositive.<sup>253</sup>

Le régime de garantie distingue entre la cession à titre onéreux (art. 171 al. 1 CO) et la cession à titre gratuit (art. 171 al. 3 CO). Dans le premier cas de figure, **le cédant est garant de l'existence de la créance au moment du transfert**, contrairement à la cession à titre gratuit où il ne répond pas de

---

<sup>249</sup> TF 4C.433/1999 du 22.02.2000, cons. 2

<sup>250</sup> BSK/OR-GIRSBERGER, art. 170 N. 13.

<sup>251</sup> TF 4C.129/2002 du 03.09.2002, cons. 1.4.

<sup>252</sup> BSK/OR-GIRSBERGER, Vorbemerkungen zu Art. 171 – 173 N. 1.

<sup>253</sup> ATF 90 II 490, cons. 5.

l'existence de celle-ci.<sup>254</sup> Si la cession à titre onéreux suppose un certain rapport d'échange entre les parties,<sup>255</sup> celle à titre gratuit implique que le cessionnaire ne fournisse aucune contreprestation au cédant.<sup>256</sup> Or, la cession aux fins d'encaissement connaît un **système de rémunération conditionnel** lié au recouvrement effectif de la créance (et non du cédant comme cela est typiquement le cas).<sup>257</sup> Autrement dit, le cessionnaire-fiduciaire s'oblige à rétrocéder le produit de la créance au cédant-fiduciant uniquement lorsque l'obligation est accomplie, une fois sa commission déduite.<sup>258</sup> Par conséquent, la cession aux fins d'encaissement constitue une cession à titre onéreux.<sup>259</sup>

- 153 En cas de violation des garanties de l'art. 171 CO, le cédant répond conformément à l'**art. 173 al. 1 CO**.<sup>260</sup> Il est tenu d'une part, jusqu'à concurrence de la somme qu'il a reçue et d'autre part, des frais vainement engagés contre le débiteur cédé. La garantie se limite ainsi à l'intérêt négatif.<sup>261</sup> Etant donné que la cession aux fins d'encaissement comporte une rémunération conditionnelle à l'égard du cessionnaire et qui n'est dès lors pas versée au moment du transfert (cf. *supra* N. 148), nous estimons que l'étendue de la garantie de l'art. 173 al. 1 CO n'est pas adaptée à ce cas de figure.<sup>262</sup> En tant que fiduciaire-cessionnaire, le demandeur collectif serait donc bien avisé de régler cet aspect en dérogeant au système normalement applicable.

---

<sup>254</sup> La notion d'existence de la créance signifie en particulier qu'elle doit exister telle que prévue dans le contrat de cession, qu'elle peut faire l'objet d'une action en justice et qu'elle n'est pas sujette à des exceptions et objections en relation à la personne du cédant au sens de l'art. 169 CO. Toutefois, le cédant ne répond pas d'une contestation de la créance par le débiteur cédé (ATF 47 II 544). Pour une discussion approfondie de la notion, cf. ZK/OR-SPIRIG, art. 171 N. 11 ss).

<sup>255</sup> CHK/OR-REETZ/BURRI, art. 171 N. 5 ; CoRo/CO-PROBST, art. 171 N. 1 et 15.

<sup>256</sup> GEISSBÜHLER, N. 391.

<sup>257</sup> Ibidem.

<sup>258</sup> GEISSBÜHLER, N. 42 et 391.

<sup>259</sup> GAUCH/REY/SCHLUEP/SCHMID, t. II, N. 3738.

<sup>260</sup> OFK/OR-SCHAUFELBERGER/KELLER, art. 173 N. 1.

<sup>261</sup> BSK/OR-GIRSBERGER, art. 171 N. 1 ; ZK/OR-SPIRIG, art. 171 N. 23.

<sup>262</sup> Dans ce sens, cf. GEISSBÜHLER, N. 392.

### 2.6.3. *Les droits et obligations du fiduciaire*

Le demandeur collectif est chargé de recouvrer une créance, si nécessaire par le biais d'une action en justice. Il agit donc sur la base d'un mandat (art. 393 ss CO), dont le but n'est guère différent d'un **contrat de recouvrement de créances**.<sup>263</sup>

Toutefois, l'obligation du recouvreur de créances n'est pas une obligation de moyens, étant donné qu'il n'est rémunéré qu'à condition de recouvrer la créance (cf. *supra*, N. 148). Par conséquent, ce type d'accord comporte une différence notable par rapport au mandat traditionnellement caractérisé par une obligation de moyens.<sup>264</sup> Le recouvrement de la créance dépendant largement de la volonté du débiteur ou de l'issue d'un procès, le demandeur collectif ne saurait être tenu responsable du non-recouvrement de la créance. Il ne peut dès lors non plus s'agir d'une obligation de résultat. Plutôt, le fiduciaire est soumis à une **forme d'incombance**, une forme diminuée d'obligation, dont la violation ne saurait résulter en une prétention en dommages-intérêts à son égard, mais plutôt en un désavantage juridique pour celui-ci.<sup>265</sup>

## 2.7. La situation du débiteur cédé

### 2.7.1. *La notification de la cession au débiteur (art. 167 CO)*

Si le débiteur cédé n'a pas à consentir à la cession (art. 164 al. 1 CO), l'art. 167 CO le protège dans l'hypothèse où il s'exécute de bonne foi en mains du précédent créancier. Si la bonne foi est présumée,<sup>266</sup> le débiteur cédé ne sera pas libéré si le cessionnaire prouve que la cession lui a été notifiée à temps. A cet égard, la notification est soumise à réception, sans qu'une prise de connaissance effective soit nécessaire.<sup>267</sup> Afin que la notification soit

---

<sup>263</sup> GEISSBÜHLER, N. 373.

<sup>264</sup> ATF 134 III 534, cons. 3.2.2 ; 127 III 357, cons. 1b) ; GEISSBÜHLER, N. 269.

<sup>265</sup> GEISSBÜHLER, N. 497 ss. Sur cette notion, cf. également TERCIER/PICHONNAZ, N. 292 ss.

<sup>266</sup> ATF 131 III 586, cons. 4.2.1

<sup>267</sup> BSK/OR-GIRSBERGER, art. 167 N. 5 ss.

conforme à l'art. 167 CO, il incombe au cessionnaire de prouver la titularité de la créance en présentant le titre de cession au débiteur cédé.<sup>268</sup>

- 157 Si une notification conforme à l'art. 167 CO est effectuée, le débiteur cédé ne sera plus libéré par une exécution au créancier antérieur.<sup>269</sup> Soulevons que cette notification **n'interrompt toutefois pas le cours de la prescription** au sens de l'art. 135 ch. 2 CO.<sup>270</sup> Ceci revêt une importance au regard des exceptions que peut faire valoir le débiteur à l'égard du cessionnaire lors d'un procès (cf. *infra*, N. 159 s.).

### **2.7.2. Les exceptions que peut faire valoir le débiteur (art. 169 al. 1 CO)**

- 158 La cession efface le lien entre le débiteur cédé et le cédant. Le cessionnaire prend alors la place du cédant. En revanche, **la relation juridique initiale conserve son importance**, étant donné que l'art. 169 al. 1 CO permet au débiteur d'opposer au cessionnaire les exceptions et objections qui lui appartaient envers le cédant, au moment où il a eu connaissance de la cession.
- 159 Le débiteur peut ainsi faire valoir les **exceptions et les objections** qui ont un rapport inséparable avec la créance ou qui lui appartiennent à l'égard du cédant ou du cessionnaire.<sup>271</sup> Le débiteur cédé peut notamment faire valoir la prescription de la créance ou,<sup>272</sup> dans le cas de contrats synallagmatiques avec le cédant, l'exception de non-exécution du contrat de l'art. 82 CO.<sup>273</sup> En revanche, il ne peut pas invoquer d'exception ou d'objection qui concernent le

---

<sup>268</sup> BSK/OR-GIRSBERGER, art. 167 N. 19.

<sup>269</sup> TF 4D\_93/2010 du 27.10.2010, cons. 3.2.

<sup>270</sup> TF 4C.296/2003 du 12.5.2004, cons. 3.4.

<sup>271</sup> TF 4C.85/2005 du 2.6.2005, cons. 2.2.

<sup>272</sup> ATF 135 V 163, cons. 4.4.

<sup>273</sup> ATF 65 II 66, cons. 10.

rapport de base entre le cédant et le cessionnaire, soit le contrat générateur d'obligations.<sup>274</sup>

Savoir si le débiteur cédé peut soulever **l'exception d'incompétence** face au 160 cessionnaire dans un procès se détermine, pour les affaires nationales d'après le CPC, ou pour les affaires internationales d'après la LDIP ou la CL.<sup>275</sup> Si ce sujet mérite assurément d'être discuté, il sera abordé ultérieurement sous l'angle de l'art. 32 CPC (cf. *infra*, N. 221 ss).

---

<sup>274</sup> TC/VS RVJ 2008, 196, cons. 5a/cc ; BSK/OR-GIRSBERGER, art. 169 N. 7 ; ZK/OR-SPIRIG, art. 169 N. 60.

<sup>275</sup> LARDELLI, p. 32.

## II. L'identité du demandeur collectif

### 1. La légitimité de revêtir le rôle de demandeur collectif

- 161 En Suisse, le rôle de demandeur collectif pourrait-il être légalement endossé par quiconque ? Nous avons vu que d'après l'art. 164 al. 1 i.f. CO, une cession de créances peut être restreinte soit par la loi, par le contrat ou par la nature de l'affaire (cf. *supra*, N. 134 ss). Les interdictions légales ne concernent généralement pas le domaine contractuel, délictuel ou commercial,<sup>276</sup> de sorte qu'elles ne devraient en règle générale **pas avoir d'impact sur la personne du cessionnaire souhaitant procéder à un exercice collectif des droits**.
- 162 Par ailleurs, une **cession fiduciaire** est en principe **valable, à moins qu'elle** soit soumise à une interdiction légale ; ce qui est le cas lorsqu'elle **constitue une fraude à la loi**.<sup>277</sup> Or, le fait pour un demandeur de cumuler plusieurs prétentions cédées ne relève pas d'un tel cas de figure.<sup>278</sup> En effet, en l'absence de cessions de leurs droits, les personnes lésées sont tout à fait légitimées à agir conjointement en justice en tant que consorts (art. 71 ss CPC). À titre comparatif, nous avons vu qu'en Autriche, le cumul objectif d'actions par le biais de multiples cessions est possible pour toute personne, qu'elle soit physique ou morale, à condition qu'elle ne soit pas effectuée dans l'idée d'un abus

---

<sup>276</sup> Cf. HUGUENIN, N. 1358 et 1365

<sup>277</sup> ATF 123 III 60, cons. 4c ; 50 II 150, cons. 5.

<sup>278</sup> A moins, notamment, que la cession vise à permettre à une personne indigente de bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite, quand bien même le cédant est une personne fortunée (TF 5A\_270/2009 du 5.6.2009, cons. 3.3).



de droit quelconque de la part du cédant ou du cessionnaire (cf. *supra* N. 108).<sup>279</sup>

Il est important de soulever que dans le cadre de l'affaire *Volkswagen* en Suisse, le SKS s'est fait céder de multiples prétentions par des consommateurs lésés et les a fait valoir en justice par le mécanisme du cumul objectif d'actions. Le tribunal de commerce zurichois saisi de l'affaire a cependant déclaré la demande irrecevable en décembre de l'année 2019 (cf. *supra* N. 4). D'après les juges zurichois, la fondation ne dispose pas de la capacité d'ester en justice à défaut d'une base statutaire appropriée.<sup>280</sup> Par conséquent, il apparaît que le tribunal ne s'est pas prononcé sur le principe même d'un exercice collectif des droits sous la forme d'un cumul objectif d'actions. Le Tribunal fédéral confirme cette décision en refusant d'entrer en matière sur le recours du SKS.<sup>281</sup>

Cet exemple démontre que le potentiel demandeur collectif ne va guère entreprendre d'exercice collectif sans une incitation quelconque. Comme le VKI en Autriche (cf. *supra* N. 108) ou le SKS en Suisse, l'on constate que le rôle de demandeur collectif est, pour l'instant, endossé par des organisations dont

---

<sup>279</sup> En outre, rien ne porte à croire, comme d'ailleurs en droit autrichien (cf. *supra*, N. 109), que la fondation d'une organisation *ad hoc* ne puisse agir en tant que demandeur collectif, contrairement à ce qui prévaut à l'égard des organisations souhaitant agir en vertu de l'art. 89 CPC (cf. *supra*, N. 24 ; GORDON-VRBA, AGB, N. 15).

<sup>280</sup> Arrêt du 6.12.2019 du Handelsgericht-ZH, HG170257-0 U/dz, cons. 7.4. Les juges ont estimé que pour le SKS, le fait de se faire céder une multitude de créances par des consommateurs et de les faire valoir en justice en son propre nom n'était pas couvert par son but statutaire. Effectivement, bien que le pouvoir de représentation des organes ne se limite pas uniquement au but statutaire au sens étroit, mais également à tous les actes que le but pourrait entraîner, le but statutaire (consacré dans l'acte de fondation), contrairement à celui des sociétés, ne précise pas uniquement l'objectif, mais également, dans une certaine mesure, les moyens ou les tâches avec lesquels le but statutaire doit être atteint (cons. 7.4.2). Par conséquent, il aurait été possible que le tribunal admette la qualité pour agir dans l'hypothèse où le demandeur collectif aurait été une association ou une société commerciale.

<sup>281</sup> TF 4A\_43/2020 du 16.7.2020. Cf. également « Abgasskandal: Schadenersatzklage ist vom Tisch » (disponible sur : <<https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilung/2020/07/abgasskandal-schadenersatzklage-ist-vom-tisch/>>, consulté le 2 septembre 2021).

le but statuaire est de défendre les intérêts d'un certain groupe de personnes. Nous allons ainsi naturellement nous limiter à thématiser la forme d'organisation qui est d'ores et déjà active dans ce domaine, soit les **organisations de protection des consommateurs**.

## 2. Les organisations de protection des consommateurs

- 165 Si, contrairement à la situation en Suisse, le VKI agit régulièrement dans le cadre d'exercices collectifs des droits où des consommateurs sont impliqués, c'est que l'incitation dont bénéficie l'organisme autrichien est bien plus importante. En effet, les **organisations autrichiennes de protection des consommateurs bénéficient d'une large subvention publique**, y compris pour agir dans le domaine de la mise en œuvre du droit (cf. *supra*, N. 116 ss).
- 166 En Suisse, l'art. 5 al. 1 LIC prévoit que « la Confédération peut accorder des aides financières aux organisations dont l'activité est d'importance nationale et qui se consacrent statutairement et exclusivement à la protection des consommateurs [...] ». Cette aide n'est cependant octroyée que jusqu'à concurrence de la moitié des frais pris en compte pour l'information objective et pertinente des consommateurs (al. 1 let. a), l'exécution de tests comparatifs (al. 1 let. b) ou la négociation de conventions sur les indications à fournir (al. 1 let. c).<sup>282</sup>
- 167 Il ressort de ces dispositions qu'une **aide financière** ne serait **pas accordée pour faire valoir les droits de consommateurs en justice**, excluant ainsi une subvention d'un exercice collectif des droits. Cette interprétation a été confirmée par la FRC, qui a expliqué qu'elle-même ainsi que les autres organismes de protection des consommateurs ne perçoivent aucune aide publique pour tout le travail de conseil, suivi juridique ou judiciaire effectué.<sup>283</sup> Pour ce type d'activité, ces organismes dépendent donc de financements privés provenant

---

<sup>282</sup> Cf. également l'art. 3 OAC qui explique que l'aide dans ce but sert à couvrir les frais de personnel, de production, de distribution et d'infrastructure.

<sup>283</sup> D'après l'information par courriel du 17 mai 2019 octroyée par la FRC.

essentiellement des cotisations de leurs membres ou de dons de la part de consommateurs.<sup>284</sup> La FRC indique également que les lésés sont quelque peu réticents à contribuer financièrement aux démarches judiciaires qu'elle entreprend, à moins que des sommes importantes par individu ne soient en jeu (cf. *supra* N. 13 ss).<sup>285</sup>

En revanche, il est vraisemblable que l'information de consommateurs concernant l'existence d'un dommage collectif particulier tombe sous l'application de l'art. 5 al. 1 let. a LIC et puisse ainsi bénéficier d'une aide publique de la part de la Confédération. A ce titre, la FRC indique que pour l'année 2018, la Confédération lui a versé 400'000 fr., montant qui correspond à 13% des recettes totales de la FRC et à seulement 25% des charges liées à l'information des consommateurs. Le 50% maximal prévu par la loi n'est jamais distribué étant donné qu'il s'agit d'une question politique et que l'enveloppe publique est répartie avec les trois autres organismes suisses reconnus (SKS, *Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana*, *Schweizerisches Konsumentenforum*).<sup>286</sup>

En résumé, nous constatons que le soutien public aux organismes pour la protection des consommateurs demeure faible et qu'ils dépendent largement de financements privés. Ainsi, le SKS aurait également fait appel à un financement par un tiers (davantage à ce sujet, cf. *infra* N. 342 ss).<sup>287</sup> **S'il est théoriquement envisageable qu'un tel organisme puisse porter la casquette d'un demandeur collectif**, il n'est pas réalisable sans un financement tiers. Enfin, au vu de la décision de notre Cour suprême au sujet de l'affaire *Volkswagen* (cf. *supra* N. 163), l'avenir des organisations de protection de consommateurs en tant que demandeurs collectifs semble, si non compromise, pour le moins sérieusement entravée. Elles seraient par conséquent bien

---

<sup>284</sup> Ibidem.

<sup>285</sup> Ibidem.

<sup>286</sup> Ibidem.

<sup>287</sup> Cf. « Konsumentenschützer suchen Klagewillige » (disponible sur : < <https://www.beobachter.ch/konsum/konsumentenschutz/vw-abgasskandal-konsumentenschuetzer-suchen-klagewillige> >, consulté le 2 septembre 2021).

avisées de procéder à une adaptation de leurs statuts, de sorte que ceux-ci couvrent un exercice collectif des droits.

## §5 La découverte des lésés

Dans un premier temps, nous allons exposer le problème posé par la découverte des lésés (I.). Dans un second temps, nous allons présenter les méthodes de recherches des lésés (II.). 170

### I. Le problème

Comme nous l'avons évoqué plus haut (cf. *supra* N. 53 et 101 s.), le potentiel demandeur collectif doit, en amont d'une procédure en exercice collectif des droits, procéder à la recherche et au rassemblement des lésés d'un dommage collectif particulier. Étant donné que la maxime des débats régit en grande partie le procès civil (art. 55 al. 1 CPC), ce déficit d'informations devrait être comblé d'une façon ou d'une autre avant de pouvoir faire valoir des droits dans le cadre d'une action en justice.<sup>288</sup> 171

Le problème étant que le potentiel demandeur collectif ne connaît ni le nombre ni l'identité des lésés affectés par le dommage collectif. En l'absence d'une telle connaissance, il lui est impossible d'estimer l'ampleur du dommage, et encore moins les chances de succès d'un éventuel exercice collectif des droits. Si l'étape de la découverte des lésés est certes fondamentale pour les rassembler, elle l'est particulièrement aussi pour regrouper les éléments nécessaires à l'évaluation de l'état de fait et de la situation juridique.<sup>289</sup> Ce paragraphe va donc se consacrer aux moyens mis à disposition d'un potentiel demandeur collectif lui permettant de découvrir et de rassembler les lésés. 172

---

<sup>288</sup> À ce sujet, cf. WALDMANN, p. 13.

<sup>289</sup> VKI-KOLBA, p. 242.

## II. Les méthodes de recherche

### 1. Remarques générales

- 173 Comme évoqué dans le cadre de la comparaison avec le système autrichien, il est nécessaire d'entreprendre un certain **effort médiatique** afin d'informer les potentiels lésés de l'exercice collectif des droits et au rassemblement y afférent (cf. *supra* N. 102).
- 174 Si paradoxalement il s'agit dans la pratique d'un aspect majeur de l'effort du demandeur collectif, ce n'est toutefois pas un point que notre travail peut traiter extensivement sans sortir de son cadre. Ceci s'explique par le fait que la recherche informelle s'effectue hors de toute procédure judiciaire et comprend un bon nombre de considérations médiatiques, sociologiques et économiques. Nous nous contenterons dès lors de quelques considérations générales.

### 2. Une communication directe à l'intention des lésés

- 175 Sous ce descriptif, nous comprenons tous les moyens de communication qui permettent au potentiel demandeur collectif de contacter de façon immédiate les personnes lésées. En substance, il s'agit de l'utilisation de médias<sup>290</sup> sous la forme d'une communication de masse, soit « l'ensemble des techniques contemporaines qui permettent à un acteur social de s'adresser à un public

---

<sup>290</sup> Les médias étant compris comme englobant « tout support de diffusion de l'information (radio, télévision, presse imprimée, livre, ordinateur, vidéogramme, satellite de communication, etc.) constituant à la fois un moyen d'expression et un intermédiaire transmettant un message à l'intention d'un groupe (GERSTLÉ JACQUES, Médias – Sociologie des médias, in: Encyclopaedia Universalis (en ligne) : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/medias-sociologie-des-medias/>> (consulté le 2 septembre 2021)).

extrêmement nombreux. »<sup>291</sup> Considérant qu'il est impossible pour le potentiel demandeur collectif d'avoir connaissance de l'identité de tous les lésés potentiels, il n'a d'autre choix que de recourir à une communication sous la forme de publications.

En Autriche, le VKI a utilisé une **pluralité de médias** afin d'atteindre le maximum de lésés. La communication s'est ainsi faite par le biais d'apparitions télévisuelles, d'annonces dans des quotidiens ou encore par la création d'un site internet. Dans ce dernier cas, les expériences de l'organisation ont mis en évidence qu'une communication en ligne devait constamment être accompagnée d'un service téléphonique permettant d'établir une communication personnelle.<sup>292</sup> 176

Il est évident que ce moyen de procéder implique une mobilisation de **ressources financières considérables**, en particulier si la communication a vocation d'atteindre une large partie de la population. Cet aspect peut s'avérer particulièrement problématique pour des organisations aux capacités financières restreintes. En ce qui concerne les organisations de protection des consommateurs toutefois, une telle activité, à condition qu'elle soit objective,<sup>293</sup> pourrait être financée à concurrence de 50% des frais, conformément à l'art. 5 al. 1 let. a LIC. 177

### 3. L'inadmissibilité de la preuve à futur

Lorsque les méthodes de recherche discutées précédemment n'ont pas permis de découvrir une partie importante des lésés dont on présume l'existence, la question qui se pose est celle de savoir s'il n'y aurait pas d'autres moyens plus efficaces permettant leur découverte. Nous faisons référence aux cas de figure 178

---

<sup>291</sup> BURGELIN OLIVIER, *Communication - Communication de masse*, in: Encyclopaedia Universalis (en ligne) : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/communication-communication-de-masse/>> (consulté le 2 septembre 2021).

<sup>292</sup> VKI-KOLBA, p. 243.

<sup>293</sup> Message LIC, p. 383 qui précise qu'avant l'adoption de la loi, la Confédération avait lié son aide financière à la condition que « [...] l'élaboration et la publication de l'information soient faites de manière consciencieuse, compétente et neutre [...] ».

où les données concernant le dommage collectif, notamment l'identité des lésés et l'importance ou la nature du dommage, se trouvent en mains de l'auteur du dommage et que celui-ci refuse toute collaboration. La question qui se pose en substance est celle de savoir **si un demandeur collectif a la possibilité de faire administrer des preuves en amont d'une procédure** tendant à l'exercice collectif des droits, afin de découvrir et ainsi de regrouper les lésés d'un dommage collectif. Le CPC a consacré l'institution de preuve à futur au niveau fédéral en offrant à son art. 158 CPC la possibilité d'administrer les preuves « en tout temps ».

- 179 L'art. 158 al. 1 CPC permet d'administrer des preuves en tout temps, soit lorsque la loi l'autorise (let. a), soit lorsqu'il existe une mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection (let. b). **Un intérêt digne de protection** permet ainsi de requérir une administration anticipée des preuves.
- 180 D'après le Conseil fédéral, cette institution permet **d'évaluer les chances d'apporter une preuve ou d'obtenir gain de cause lors d'un procès futur** envisagé,<sup>294</sup> formulation reprise par le Tribunal fédéral.<sup>295</sup> Un potentiel demandeur collectif pourrait ainsi être tenté à utiliser la preuve à futur dans le but d'obtenir des informations sur l'identité et le nombre de lésés d'un dommage collectif, ce qui permettrait d'évaluer les chances de succès d'un éventuel futur procès tendant à l'exercice collectif des droits.
- 181 Cependant, pour faire administrer une preuve à futur en vertu de l'art. 158 al. 1 CPC, il ne suffit pas de prétendre qu'elle doit permettre une évaluation des chances de succès d'un procès ultérieur. Le Tribunal fédéral estime en effet qu'une preuve à futur au sens de l'art. 158 al. 1 let. b CPC ne peut être effectuée **qu'en vue d'une prétention matérielle concrète**.<sup>296</sup> En utilisant la formulation « La requérante qui se fonde sur l'art. 158 al. 1<sup>er</sup> let. b CPC doit

---

<sup>294</sup> Message CPC, p. 6925.

<sup>295</sup> ATF 138 III 76 cons. 2.4.2.

<sup>296</sup> ATF 140 III 16, cons. 2.2.1, 2.2.2 et 2.5 et ATF 138 III 76, cons. 2.4.2 ainsi que la doctrine à laquelle le tribunal fait référence. Cf. toutefois ZK/ZPO-FELLMANN, art. 158 N. 23 qui est d'avis que le requérant ne doit pas rendre vraisemblable sa prétention de droit matériel.



rendre vraisemblable qu'elle a une prétention de droit matériel contre l'intimée qui peut être démontrée par le moyen de preuve requis [...] », <sup>297</sup> le Tribunal fédéral semble indiquer que la prétention matérielle en question doit appartenir au requérant à la preuve à futur. <sup>298</sup> Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable qu'il dispose d'une prétention matérielle à l'encontre de la partie intimée et que celle-ci découle de l'état de fait dont il souhaite administrer les preuves. Il est vrai que l'administration de preuves n'a d'intérêt que lorsqu'elle tend à prouver l'existence ou l'absence d'une prétention matérielle. <sup>299</sup>

Dans le contexte d'un dommage collectif, il ne saurait toutefois suffire pour 182 justifier la découverte davantage de lésés que le demandeur démontre qu'il est titulaire d'une prétention matérielle. En effet, le demandeur collectif devrait également **rendre vraisemblable l'existence de prétentions matérielles des personnes lésées** par le dommage collectif dont il souhaite découvrir l'identité. Or, la jurisprudence ne semble guère admettre la possibilité de faire administrer des preuves pour des prétentions matérielles dont le requérant n'est pas titulaire. Au regard de l'art. 158 al. 1 let. b CPC, un demandeur collectif ne peut donc procéder à une découverte des lésés par la preuve à futur.

#### 4. Autres méthodes

Dans la mesure où la communication directe aux lésés devait s'avérer insuffi- 183 sante, le potentiel demandeur collectif a la possibilité de **s'adresser à l'auteur du dommage pour tenter d'obtenir des informations** quant aux lésés et au dommage collectif. Inutile de préciser que ce moyen devrait s'avérer largement inefficace, en raison d'obligations contractuelles ou de protection des données qui imposeraient une interdiction à l'auteur du dommage de transmettre des données à une personne tierce.

---

<sup>297</sup> JdT 2014 II p. 228, cons. 2.4.2.

<sup>298</sup> Cette conclusion semble confirmée également par TF 4A\_589/2013 du 16.01.2014, cons. 3.3.3.

<sup>299</sup> BRÖNNIMANN, p. 11 ; KILIAS/KRAMER/ROHNER, p. 942 ; MEIER, ZPR, p. 311. Dans ce sens, également SCHWEIZER MARK, p. 10.

- 184 Par ailleurs, il se pourrait également que certaines informations quant aux lésés ou au dommage collectif soient **accessibles auprès de sources publiques**, telles que certains registres publics (ainsi le registre du commerce,<sup>300</sup> le registre foncier,<sup>301</sup> le registre de réserve de propriété,<sup>302</sup> le registre des marques,<sup>303</sup> le registre des brevets<sup>304</sup> et le registre des designs<sup>305</sup>) ou les documents disponibles en vertu de la LTrans et d'autres lois cantonales similaires.<sup>306</sup>
- 185 Enfin, certaines hypothèses permettraient également d'envisager le recours à une **procédure pénale** afin d'accéder aux informations nécessaires, étant donné que ces moyens de preuve peuvent être utilisés dans le cadre d'un procès civil.<sup>307</sup>

---

<sup>300</sup> Art. 14 ORC.

<sup>301</sup> Art. 26 ORF.

<sup>302</sup> Art. 17 ORP.

<sup>303</sup> Art. 41 al. 1 OPM.

<sup>304</sup> Art. 95 al. 1 OBI.

<sup>305</sup> Art. 27 LDes.

<sup>306</sup> WALDMANN, p. 26.

<sup>307</sup> ATF 124 I 37. Pour une étude approfondie de la question, cf. LIVSCHITZ/SCHMID, p. 744 ss.

---

## **TROISIEME PARTIE : l'exercice collectif en justice**



## §6 Le cumul objectif d'actions

À la suite des cessions de créances opérées, le demandeur collectif devient 186 titulaire d'une multitude de prétentions qu'il peut à présent faire valoir lors de la même instance procédurale. À cet effet, il utilisera l'outil procédural de cumul objectif d'actions. Le cumul d'actions permet, à certaines conditions (art. 90 CPC), de faire juger l'ensemble des prétentions en une seule procédure. Ce mécanisme est par ce fait un élément fondamental qui permet véritablement de mettre en œuvre l'exercice collectif des droits.

Avant d'étudier les conditions du cumul objectif d'actions à proprement parler 187 (II.), nous allons circonscrire la notion de l'objet du litige (I.). Dans notre dernier chapitre, nous allons thématiser la problématique de l'action en paiement non chiffrée (III.).

### I. L'objet du litige

#### 1. La notion

Le CPC ne définit pas l'objet du litige, bien qu'il en utilise le terme de façon 188 quelque peu inconsistante.<sup>308</sup> La caractérisation de cette notion a donc été laissée à la jurisprudence et à la doctrine.<sup>309</sup> Le terme « objet du litige » définit ce qui est disputé entre les parties d'un procès, question sur laquelle le juge doit se prononcer.<sup>310</sup> Autrement dit, l'objet du litige est une **prétention procédurale** appartenant aux parties, par laquelle ils requièrent la protection du juge.<sup>311</sup> La notion d'objet du litige revêt ainsi une fonction essentielle dans la

---

<sup>308</sup> A ce sujet, cf. GROBÉTY, N. 9.

<sup>309</sup> Message CPC, p. 6892.

<sup>310</sup> WILLISEGGER, p. 137.

<sup>311</sup> BERTI, p. 194 ; GROBÉTY, N. 10 ; HEINZMANN, Kombination, p. 472 ; RAPP, p. 23 ; WILLISEGGER, p. 137 s. Relevons toutefois qu'il n'est pas tenu compte de la prétention de droit matériel pour déterminer l'objet du litige.

mesure où elle permet de délimiter ce qui est traité lors du procès et ce qui en est exclu.<sup>312</sup>

- 189 Plusieurs théories sont consacrées à la définition de l'objet du litige en Suisse,<sup>313</sup> dont une seule est aujourd'hui largement retenue, à savoir la **théorie de la prétention procédurale à deux composantes**. D'après celle-ci, l'objet du litige comprend les conclusions de la demande ainsi que le conglomerat de faits (« *Lebenssachverhalt* ») sur lequel se fondent les conclusions.<sup>314</sup>
- 190 Les **conclusions** déterminent les prétentions du demandeur, autrement dit ce que celui-ci demande à se voir attribuer par le juge.<sup>315</sup> Le demandeur doit donc les formuler de manière précise de sorte que la forme de l'action (condamnatrice, formatrice ou constatatoire) ressorte clairement.<sup>316</sup>
- 191 Le **conglomerat de faits** quant à lui est constitué par tout fait qui, d'une façon ou d'une autre, est introduit dans le procès et qui a pour but de trancher les conclusions.<sup>317</sup> Par conséquent, il s'agit principalement des allégations de fait des parties (art. 221 al. 1 let. d CPC). Toutefois, il n'est pas toujours aisé de distinguer un fait appartenant au même conglomerat d'un autre constituant une modification de la demande selon l'art. 227 CPC.

---

<sup>312</sup> BK/ZPO-ZINGG, art. 59 N. 67 ; GROBÉTY, N. 11 ; VON ARX, p. 5 et 7.

<sup>313</sup> La théorie de droit matériel et la théorie de la prétention procédurale à une composante. Selon la première, l'objet du litige correspond à la prétention matérielle invoquée. Selon la seconde, c'est la conclusion qui délimite l'objet du litige. Cf. VON ARX, p. 17 ss.

<sup>314</sup> BOHNET, Procédure civile, N. 21 ; GROBÉTY, N. 25 ; HABSCHEID, N. 392 ; HEINZMANN, Kombination, p. 472 s. VON ARX, p. 25 ainsi que SUTER, p. 284 s. et les références effectuées en nbp 10 et 11.

<sup>315</sup> CoRo/CPC-TAPPY, art. 221 N. 11 ; BK/ZPO-KILLIAS, art. 221 N. 8.

<sup>316</sup> BERTY, p. 195 s.

<sup>317</sup> GROBÉTY, N. 27 ; VON ARX, p. 25.

## 2. Une pluralité d'objets du litige

Lorsque interviennent plusieurs objets du litige,<sup>318</sup> le CPC prévoit un certain nombre d'instruments procéduraux qui permettent – dans diverses constellations – d'en combiner plusieurs à l'occasion d'un même procès.<sup>319</sup> Le cumul objectif d'actions permet ainsi au demandeur de réunir plusieurs objets du litige à l'encontre du même défendeur.<sup>320</sup> Par conséquent, distinguer les objets du litige entre eux permet d'identifier le nombre de prétentions procédurales dans un procès et si nous sommes en présence d'un cumul objectif d'actions. Ce n'est qu'en cas de multitude d'objets du litige que la notion **d'objet du procès** (*Prozessgegenstand*) est déterminante. En effet, l'objet du procès constitue la somme des objets du litige dans un procès.<sup>321</sup>

Ainsi, le fait de formuler plusieurs conclusions qui appartiennent au même conglomérat de faits ne constitue pas plusieurs objets du litige,<sup>322</sup> à moins que les conclusions ne tendent à l'obtention de prestations distinctes (p.ex. la cessation d'une atteinte à la personnalité et l'octroi de dommages-intérêts résultant de celle-ci).<sup>323</sup> Par opposition, le fait de ne **formuler qu'une seule conclusion**, en particulier de nature pécuniaire, ne signifie pas pour autant l'absence de **plusieurs prétentions procédurales**, dans la mesure où la conclusion se fonde sur plusieurs conglomérats de faits.<sup>324</sup> Afin de pouvoir

---

<sup>318</sup> Et ce cas n'est pas rare en pratique, étant donné que le simple fait de demander l'octroi des dépens en sus du paiement d'une somme constitue déjà deux objets du litige différents.

<sup>319</sup> En sus de la consorité simple (art. 71 CPC) que nous avons déjà abordé (cf. *supra* N. 28 ss), mentionnons l'intervention principale (art. 73 CPC), l'appel en cause (art. 81 s. CPC) et la demande reconventionnelle (art. 224 CPC).

<sup>320</sup> ATF 142 III 788, cons. 4.2.1 ; 142 III 683 cons. 5.3.1 ; 137 III 311 cons. 5.1.1.

<sup>321</sup> BERTI, p. 415 ; GROBÉTY, N. 13. Cf. également ATF 141 III 395, cons. 2.4 ; 135 III 212, cons. 1.2.2 ; TF 4A\_611/2014 du 26.02.2015, cons. 1.3.1 où une décision portant sur une partie des objets du litige cumulés a été qualifiée de décision partielle.

<sup>322</sup> Cf. L'exemple de RAPP, p. 32.

<sup>323</sup> GROBÉTY, N. 53.

<sup>324</sup> ATF 142 III 683 cons. 5.3.1. TAPPY, p. 171 et son exemple à la nbp 3.

déterminer l'existence d'une pluralité d'objets du litige, la difficulté réside donc dans le fait de parvenir à distinguer les conglomérats de faits entre eux.<sup>325</sup>

- 194 Si un cumul objectif est caractérisé par une pluralité de prétentions procédurales, en est-il de même pour un cumul objectif d'actions effectué dans le cadre d'un exercice collectif des droits ? Un **demandeur collectif** qui fait valoir en une conclusion chiffrée une pluralité de prétentions matérielles cédées introduit-il véritablement plusieurs conglomérats de faits ? Ce qui distingue principalement ces prétentions matérielles les unes des autres est l'identité du lésé dont elles sont issues. En effet, elles se fondent pour le reste sur des questions de droit et de fait identiques, voire hautement similaires (cf. *supra*, N. 46 ss). Cette différence suffit-elle à attribuer ces prétentions matérielles à un conglomérat de faits distincts ? Au-delà de l'intérêt doctrinal, la réponse à cette question a une implication pratique étant donné qu'elle détermine si le juge doit répondre à une ou plusieurs prétentions procédurales. Si l'on considère qu'il existe un seul conglomérat de faits et par là une seule prétention procédurale, le juge pourra, si le défendeur conteste entièrement la conclusion soulevée, n'allouer qu'une partie du dommage sans prendre en compte le nombre de lésés et leur dommage individuel. En revanche, si l'on considère que pour chaque prétention matérielle cédée il s'agit d'un conglomérat de faits différent et ainsi d'une prétention procédurale distincte, le juge devra prendre en compte chacune d'entre elles.
- 195 Le **Tribunal fédéral** a estimé à deux reprises que le demandeur qui fait valoir plusieurs postes de dommages consécutifs à des lésions corporelles (dommages-intérêts et réparation morale) se fonde sur un conglomérat de faits unique, à savoir l'évènement dommageable (*Unfallereignis*). Par conséquent, les juges de Mon-Repos ont considéré qu'il n'y avait qu'un seul objet du litige et que les divers postes de dommages ne devaient pas faire l'objet d'un cumul objectif d'actions.<sup>326</sup> La règle dite des « vases communicants » – selon laquelle le juge peut allouer davantage à un poste de dommage et moins à un

---

<sup>325</sup> HEINZMANN, *Kombination*, p. 473.

<sup>326</sup> ATF 143 III 254 ; TF 4A\_15/2017 du 8.6.2017, cons. 3.5 ss.



autre tant que le montant total demandé n'est pas dépassé, respectant ainsi le principe de disposition<sup>327</sup> – est dès lors applicable à ces cas de figure.

En tenant compte de cette jurisprudence, nous estimons que chaque prétention 196 matérielle cédée découle d'un conglomérat de faits distinct, étant donné que chacune découle d'un lésé distinct. En effet, chaque prétention matérielle cédée est issue d'un événement dommageable distinct pour chaque individu et ne constitue pas un simple poste de dommage. Par conséquent, **le demandeur collectif** qui fait valoir un dommage collectif par le biais d'une seule conclusion chiffrée pour une pluralité de prétentions matérielles cédées **introduit une pluralité** de conglomérats de faits et **d'objets du litige** équivalents, qui doivent faire l'objet d'un cumul objectif d'actions.<sup>328</sup>

---

<sup>327</sup> Cf. e.a. TF 5A\_249/2018 du 13.12.2018, cons. 4.2.

<sup>328</sup> Dans ce sens, ATF 142 III 683, cons. 5.3.1.

## II. Les conditions du cumul

### 1. La même compétence à raison de la matière

#### 1.1. Le principe

197 L'art. 90 let. a CPC exige que le même tribunal à raison de la matière (ou compétence *ratione materiae*) soit compétent pour traiter de toutes les prétentions soulevées par le cumul. Conformément à l'art. 4 al. 1 CPC, la **compétence à raison de la matière est déterminée par le droit cantonal** d'organisation judiciaire, sauf prescription contraire par le droit fédéral.<sup>329</sup> Ceci conduit à des disparités plus ou moins importantes dans l'organisation judiciaire civile des cantons.<sup>330</sup> La condition de la même compétence à raison de la matière de l'art. 90 let. a CPC peut donc poser un obstacle plus ou moins important en fonction du canton dans lequel le demandeur va ouvrir action.<sup>331</sup>

198 Par ailleurs, la compétence matérielle se distingue en deux types. Le premier détermine la compétence matérielle selon la nature de l'objet du litige, sans égard à la valeur litigieuse (**compétence à raison de la matière au sens étroit**). En effet, en fonction du canton, un objet du litige peut notamment être soumis à un tribunal des prud'hommes, des baux ou encore de commerce, excluant ainsi le cumul entre deux prétentions soumises à la compétence d'une juridiction différente. Le second type de compétence matérielle se définit en fonction de la valeur litigieuse – calculée selon les critères de droit fédéral des art. 91 ss CPC (art. 4 al. 2 CPC) – de la prétention (**compétence à raison de**

---

<sup>329</sup> Celui-ci définit certains cas dans lesquels un litige est tranché par une instance cantonale unique (art. 5 sa CPC).

<sup>330</sup> Pour un tour d'horizon des différences entre cantons romands, cf. GROBÉTY N. 370 ss.

<sup>331</sup> Ainsi la différence est flagrante entre le Canton de Neuchâtel où le Tribunal civil est seul compétent pour trancher l'intégralité des affaires civiles contentieuses (art. 16 al. 1 OJN-NE), et le Canton de Vaud où au moins cinq juridictions différentes peuvent être amenées à trancher une affaire civile contentieuse (art. 2 ss LOJ-VD).

**la matière au sens large**).<sup>332</sup> Ainsi, certains cantons font dépendre la compétence *ratione materiae* d'une juridiction de la valeur litigieuse.<sup>333</sup>

Relevons que les **prétentions issues d'un dommage collectif** sont suffisamment similaires quant à leur nature (cf *supra* N. 46) de sorte qu'elles devraient en règle générale être **soumises à une compétence matérielle au sens étroit identique**. Cependant, les prétentions d'un dommage collectif peuvent parfois varier individuellement quant à leur importance et qui, prises à part, pourraient faire l'objet d'une compétence matérielle au sens large distincte.<sup>334</sup>

## 1.2. Certaines atténuations

Nous l'avons vu, plusieurs cantons font dépendre la compétence matérielle de certaines juridictions de la valeur litigieuse. A priori, l'on pourrait en déduire qu'il n'est pas possible de combiner des prétentions qui sont soumises à une procédure ou une compétence matérielle différente en raison de leur valeur litigieuse. Tel n'est toutefois pas le cas.

En effet, lorsque la compétence matérielle ou la procédure résultent exclusivement de la valeur litigieuse, le cumul objectif d'actions est tout de même admis. Il s'agit de la réponse affirmative apportée par le Tribunal fédéral à la question qui était de savoir s'il était admissible de procéder à un cumul préalable des prétentions selon l'art. 93 CPC avant de vérifier les conditions du cumul de l'art. 90 CPC.<sup>335</sup> En d'autres termes, les conditions d'identité de la compétence matérielle (let. a) et de procédure (let. b) doivent être analysées sur la base de valeurs litigieuses déjà cumulées.<sup>336</sup> La règle établie par la jurisprudence est équivalente au système autrichien, qui n'exige pas de

---

<sup>332</sup> BK/ZPO- BERGER, art. 4 N. 14 ss ; BSK/ZPO-VOCK/NATER, art. 4 N. 3 ; GROBÉTY, N. 362 ; TAPPY, p. 181 s.

<sup>333</sup> Ainsi, dans le Canton de Vaud, le juge de paix connaît de toutes les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est inférieure à 10000 fr. (Art. 113 al. 1<sup>bis</sup> LOJ-VD).

<sup>334</sup> Cf. notamment VKI-DOCEKAL, p. 11 pour quelques exemples de variations entre diverses prétentions individuelles.

<sup>335</sup> ATF 142 III 788, cons. 4.2.3.

<sup>336</sup> ATF 142 III 788, cons. 4.2.4. Partant, la compétence en raison de la matière qui est visée par l'art. 90 let. a CPC est celle au sens étroit.

compétence matérielle identique lorsque celle-ci découle uniquement de la valeur litigieuse (§227 al. 2 öZPO, cf. *supra* N. 95). Au vu des disparités cantonales en matière de compétence matérielle, cette jurisprudence facilite clairement la mise en œuvre d'un exercice collectif des droits dans la mesure où les prétentions issues d'un dommage collectif peuvent faire l'objet d'un cumul nonobstant le fait que prises individuellement, elles pourraient être soumises à une compétence à raison de la matière au sens large distincte.

- 202 Par ailleurs, les parties peuvent **s'accorder sur le fait de porter le litige devant le tribunal supérieur** à titre d'instance cantonale unique lorsque la valeur litigieuse est égale ou supérieure au montant de 100'000 fr. (art. 8 CPC). Il s'agit là de la seule possibilité pour les parties de déroger d'entente à la compétence matérielle qui est autrement entièrement soustraite à la disposition des parties.<sup>337</sup> A cet égard, la valeur litigieuse se détermine conformément à l'art. 93 al. 1 CPC (art. 4 al. 2 CPC). Par conséquent, si l'addition de l'intégralité des prétentions d'un cumul objectif atteint la limite posée par l'art. 8 al. 1 CPC, le litige peut être porté devant le tribunal cantonal unique. Dans la mesure où les parties s'entendent sur le principe, cette option a l'avantage de raccourcir la procédure, en particulier dans les cantons qui n'ont pas établi de tribunal de commerce conformément à l'art. 6 CPC.<sup>338</sup> En effet, non seulement les parties renoncent ainsi à la première instance, mais elles disposent de surcroît de la faculté de convenir de renoncer à la procédure de conciliation (art. 199 al. 1 CPC).
- 203 Au vu de ce qui précède, l'exigence d'identité de compétence à raison de la matière ne devrait guère entraver la mise en œuvre d'un exercice collectif des droits.

---

<sup>337</sup> ATF 142 III 623, cons. 2.4 ; 138 III 471, cons. 3.1.

<sup>338</sup> Message CPC, p. 6878.

## 2. La même procédure

### 2.1. Le principe

L'art. 90 let. b CPC exige que la même procédure soit applicable à l'égard 204 de toutes les prétentions. La notion de « même procédure » doit être comprise en tant qu'exigence d'**identité de types de procédure** (*gleiche Verfahrensart* dans le texte allemand de la loi). Ceci signifie que toutes les prétentions doivent soit être soumises à la procédure ordinaire (art. 219 ss. CPC), simplifiée (art. 243 ss. CPC), sommaire (art. 248 ss. CPC) ou à une des procédures spéciales (art. 271 ss. CPC).<sup>339</sup> Cette règle vise ainsi à éviter une confusion entre les différents types de procédures, en raison des multiples mécanismes qui les déterminent.<sup>340</sup> En conséquence, il n'est pas possible de combiner une prétention qui est soumise à la procédure ordinaire avec une autre qui serait soumise à la procédure simplifiée.

Cependant, nous avons vu que d'après la jurisprudence, un **cumul de plu-** 205 **sieurs prétentions** qui, prises individuellement, seraient **soumises à un type de procédure différent** en raison de leur valeur litigieuse (art. 243 al. 1 CPC) **est admissible**, étant donné que la détermination de la procédure applicable succède à la computation de la valeur litigieuse (art. 93 al. 1 CPC).<sup>341</sup> Le demandeur collectif est ainsi en mesure de combiner une prétention d'une valeur litigieuse de 29'000 fr. avec une autre de 31'000 fr., dès lors que, en raison de leur nature identique ou du moins similaire (cf. *supra* N. 46), elles ne sont pas soumises à une procédure différente sans rapport à la valeur litigieuse selon l'art. 243 al. 2 CPC.<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> BK/ZPO-MARKUS, art. 90 N. 11; BSK/ZPO-KLAUS, art. 90 N. 23; GROBÉTY N. 425.

<sup>340</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N. 6.28; DIETSCHY, N. 10; GROBÉTY N. 426. Cf. également ATF 139 III 457, cons. 4.4.3.1 et 4.4.3.3.

<sup>341</sup> ATF 142 III 788 cons. 4.2.3.

<sup>342</sup> *A contrario*, il est évidemment possible de combiner des prétentions dont la valeur litigieuse après addition n'est pas supérieure à 30000 fr. (BK/ZPO-KILLIAS, art. 243 N. 20; CoRo/CPC-TAPPY, art. 243 N. 13; DIETSCHY, N. 5).

## 2.2. La procédure applicable

### 2.2.1. *Le principe*

- 206 Au vu de ce qui précède, la **procédure ordinaire s'appliquera généralement** à un exercice collectif des droits, dès lors que la valeur litigieuse totale devrait en règle générale se situer au-delà de 30000 fr (art. 243 al. 1 CPC *a contrario*), peu importe la valeur individuelle des prétentions (cf. *supra* N 199).
- 207 Cependant, si la valeur litigieuse des objets cumulés ne dépasse pas 30'000 fr., cas vraisemblablement plus rare en pratique,<sup>343</sup> la **procédure simplifiée** est applicable (art. 243 al. 1 CPC). Par ailleurs, il est également envisageable que toutes les prétentions cumulées soient soumises à un des cas d'application de l'art. 243 al. 2 CPC, cas de dommage collectif sans doute encore plus rare en pratique.<sup>344</sup> Dans un tel cas de figure, la procédure simplifiée serait applicable, quand bien même la valeur litigieuse serait supérieure à 30'000 fr. Autrement dit, il n'est pas tenu compte de la valeur litigieuse pour déterminer la procédure applicable lorsque des prétentions soumises à l'art. 243 al. 2 CPC sont cumulées.<sup>345</sup>
- 208 Notons que lorsque des prétentions cumulées tombent à la fois dans le **champ d'application d'un tribunal de commerce** (art. 6 CPC) et de la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 et 2 CPC), les dispositions relatives à la procédure ont le pas sur celles concernant la compétence matérielle.<sup>346</sup> Par conséquent, le tribunal de commerce n'est pas compétent lorsque la procédure simplifiée est applicable en vertu de l'art. 243 CPC.

---

<sup>343</sup> En référence à l'étude comparative effectuée en Autriche par le VKI, seules sept affaires sur les 30 étudiées avaient une valeur litigieuse de moins de 30000 euros (VKI-DOCEKAL, p. 39 ss).

<sup>344</sup> Pensons notamment à un cas d'application de l'art. 243 al. 2 let. c CPC, hypothèse dans laquelle de nombreux lésés seraient affectés par un même loyer abusif imposé par un même bailleur selon des conditions contractuelles identiques.

<sup>345</sup> Message CPC, p. 6954 ; GROBÉTY N. 437 ; HEINZMANN, thèse, N. 228.

<sup>346</sup> ATF 143 III 137 cons. 2.2 ; 142 III 515 cons. 2.2.4 ; 139 III 457 cons. 4.4.3.3.

### 2.2.2. *Le cas rare : la procédure sommaire*

La procédure sommaire s'applique à certaines hypothèses déterminées (art. 209 248 CPC). Un cas d'application potentiellement intéressant pour l'exercice collectif des droits est la **protection dans les cas clairs en vertu de l'art. 257 CPC**. L'avantage de l'application de la procédure sommaire réside dans sa célérité. En effet, non seulement elle n'est pas soumise à une procédure de conciliation préalable (art. 198 let. a CPC), mais elle limite également les moyens de preuve à ceux dont l'administration ne retarde pas sensiblement la procédure (art. 254 al. 2 let. a CPC).

Selon l'art. 257 al. 1 CPC, la protection dans les cas clairs est admise à condi- 210 tion que **l'état de fait** soit non litigieux ou **susceptible d'être immédiatement prouvé** (art. 257 al. 1 let. a CPC) et que la **situation juridique** soit **claire** (art. 257 al. 1 let b CPC). Selon la jurisprudence, un état de fait est susceptible d'être immédiatement prouvé lorsque les faits peuvent être établis sans retard et sans trop de frais.<sup>347</sup> Ceci ne devrait certes exclure aucun moyen de preuve *a priori*,<sup>348</sup> mais serait tout de même susceptible de favoriser la preuve apportée par titres au sens de l'art. 177 CPC tel que le prévoit l'art. 254 al. 1 CPC.<sup>349</sup> Une situation juridique claire quant à elle implique l'application au cas concret évident d'une règle de droit qui s'appuie sur une doctrine et une jurisprudence éprouvée.<sup>350</sup> Une prétention qui dépend de l'appréciation du tribunal ne sera en principe pas claire.<sup>351</sup> Si la notion de situation juridique claire de l'art. 257 al. 1 let b CPC renvoie en général au droit objectif, il n'est pas exclu

---

<sup>347</sup> ATF 140 III 315.

<sup>348</sup> CoRo/CPC-BOHNET, art. 257 N. 11a.

<sup>349</sup> Le sujet est cependant débattu par la doctrine. En effet, alors qu'une minorité de la doctrine exclut les moyens de preuve autre que les titres (SHK/ZPO-KOSLAR art. 257 N 12), d'autres sont plus généreux (DIKE/ZPO-GÖKSU art. 257 N. 8 ; BK/ZPO-GÜNGERICH art. 257 N. 9 ; BSK/ZPO-HOFFMANN art. 257 N. 13). La jurisprudence a laissé la question ouverte (ATF 138 III 123).

<sup>350</sup> ATF 138 III 123 cons. 2.1.2.

<sup>351</sup> TF 4A\_184/2015 du 12.08.2015 ; ATF 141 III 23, cons. 3.2 ; 138 III 123, cons. 2.1.2. En revanche, la protection du cas clair ne peut d'emblée être écartée par le simple argument que le tribunal n'est pas en droit d'examiner l'abus de droit puisqu'il ferait ainsi usage de son pouvoir d'appréciation (TF\_350/2015 du 25.08.2015, cons. 4.2.).

que des règles édictées sous seing privé (tel qu'un contrat ou ses conditions générales) puissent représenter un cas juridique clair au sens de cette disposition.<sup>352</sup>

- 211 Même si la combinaison d'objets du litige est quelque peu restreinte en procédure sommaire (cf. notamment l'appel en cause qui est proscrit (art. 81 al. 3 CPC), tel n'est pas le cas du cumul objectif d'actions. En effet, **le cumul objectif est admissible pour une même requête de cas clair** (art. 90 CPC), pour autant que chaque prétention soit soumise au principe de disposition (art. 257 al. 2 *a contrario* qui renvoie à l'art. 58 CPC). Autrement dit, la totalité des prétentions doit être à la libre disposition des parties.
- 212 En revanche, l'exigence d'un état de fait limpide (art. 257 al. 1 let. a CPC) semble constituer l'entrave la plus importante en pratique à l'admission d'une protection dans un cas clair.<sup>353</sup> Etant donné qu'un dommage collectif implique par définition un nombre important de personnes, les cas où l'état de fait serait susceptible d'être immédiatement prouvé devraient être d'autant plus rares.

---

<sup>352</sup> BSK/ZPO-HOFMANN, art. 257 N. 11a.

<sup>353</sup> BSK/ZPO-HOFMANN, art. 257 N. 11c ; ZK/ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, art. 257 N. 13.



### 3. La compétence à raison du lieu

#### 3.1. A l'échelle nationale

##### 3.1.1. *Le principe*

Bien que l'art. 90 CPC ne le précise pas, le cumul objectif d'actions suppose 213 une compétence locale identique pour la totalité des prétentions cumulées.<sup>354</sup> En d'autres termes, cela signifie que les prétentions ne peuvent, sous réserve de l'art. 15 al. 2 CPC (cf. *infra* N. 214), être cumulées qu'à condition de disposer d'un **for commun**. Un tel for peut évidemment résulter du domicile ou du siège du défendeur (art. 10 CPC), ou encore d'une prorogation de for (art. 17 CPC) (à ce sujet cf. *infra* N. 224). L'art. 10 CPC établit le principe du for ordinaire unique du défendeur à condition qu'aucune autre disposition du CPC ne soit applicable.

A défaut d'un for commun entre les diverses prétentions que le demandeur 214 souhaite faire valoir en commun, l'art. 15 al. 2 CPC permet une **attraction au même for** dans la mesure où les **prétentions** sont **connexes** entre elles. La connexité entre les prétentions doit être telle qu'elle doit permettre d'éviter des jugements contradictoires.<sup>355</sup> Tel est le cas lorsque les actions se basent sur un état de fait ou une cause juridique similaire (davantage à ce sujet, cf. *infra* N. 246 ss).<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> Critiqué à cet effet, BSK/ZPO-OBERHAMMER, art. 90 N. 3 ; HEINZMANN, Kombination, p. 271; TAPPY, p. 180.

<sup>355</sup> ATF 132 III 178 cons. 3.1; OFK/ZPO-URBACH, art. 15 N. 13; ZK/ZPO-SUTTER-SOMM/KLINGLER, art. 15 N. 19.

<sup>356</sup> ATF 137 III 311, cons. 4.2 ; 132 III 178 cons. 3.1. Cf. également ATF 129 III 230, cons. 3.1. La doctrine précise que les prétentions issues d'un même contrat sont ainsi connexes. Elle est également admise lorsque les prétentions sont fondées sur des rapports juridiques ou des faits distincts, mais présentant un lien fonctionnel étroit (GUILLAUME, p. 233). Enfin, certains auteurs évoquent une connexité de prétentions lorsque celles-ci poursuivent le même objectif, tel que les mêmes intérêts économiques (BSK/GestGRUGGLE/TENCHIO-KUZMIC, art. 36 N. 18).

- 215 Dans le cadre d'un **exercice collectif des droits**, le demandeur collectif devrait régulièrement pouvoir cumuler les prétentions cédées **auprès d'un même for** en Suisse, à condition que le domicile ou le siège du défendeur se situe sur le territoire national (art. 10 al 1 let. a et b CPC). Par conséquent, bien que les prétentions cumulées dans le cadre d'un exercice collectif des droits découlent de dommages identiques ou similaires (cf. à cet égard *supra*, N. 46), le demandeur collectif ne sera en général pas contraint à faire appel à la possibilité d'attraction de for de l'art. 15 al. 2 CPC et d'en prouver la connexité.

### **3.1.2. D'autres fors alternatifs**

#### *3.1.2.1. Les fors en matière contractuelle*

- 216 L'art. 31 CPC pose le principe général que le **for du lieu où la prestation caractéristique du contrat doit être exécutée** est compétent pour connaître des litiges découlant d'un contrat, quelle qu'en soit la nature. Cette règle générale ne s'applique cependant pas aux contrats conclus avec un consommateur (art. 32 CPC), aux contrats de bail (art. 33 CPC) et aux contrats de travail (art. 35 CPC), qui prescrivent des fors impératifs.
- 217 Le lieu de l'exécution de la prestation caractéristique est défini par le contrat, à titre subsidiaire par l'art. 74 CO. La prestation caractéristique d'un contrat se détermine en tenant compte de l'art. 117 al. 3 LDIP, disposition qui, pour les contrats d'échange courants, désigne expressément comme caractéristique la prestation qui ne consiste pas en une prestation en argent.<sup>357</sup>
- 218 Relevons que l'art. 31 CPC n'exclut pas la possibilité qu'un contrat contienne **plusieurs prestations caractéristiques**, chacune créant un for auprès de leur lieu d'exécution respectif.<sup>358</sup> Si cette hypothèse peut régulièrement s'appliquer aux contrats complexes, nous estimons qu'elle devrait également trouver application en présence d'un exercice collectif des droits. En effet, un

---

<sup>357</sup> ATF 145 III 190, cons. 2 ; TF 4A\_98/2016 du 22.8.2016, cons. 6.1.

<sup>358</sup> ATF 145 III 190, cons. 4.2 ; CoRo/CPC-HALDY, art. 31 N. 8 ; ZK/ZPO-SCHWANDER, art. 31 N. 15.

demandeur collectif qui fait valoir une pluralité de prétentions contractuelles cédées – chacune ayant été transmise par un individu distinct mais aucune étant caractéristique par rapport à l'autre – est une configuration comparable à celle d'un contrat contenant plusieurs prestations caractéristiques. Si les prétentions soulevées impliquent des fors distincts, le demandeur collectif serait donc en mesure de porter la totalité des prétentions qui lui ont été cédées au for du lieu où l'une de ces prestations caractéristiques a été ou aurait dû être exécutée (art. 15 al. 2 CPC), à condition que les prétentions présentent un lien de connexité entre elles (à ce sujet cf. *infra* N. 246 ss).

### 3.1.2.2. *Les fors en matière délictuelle*

Sous réserve des fors spéciaux des art. 37 à 39, l'art. 36 CPC offre au demandeur quatre fors alternatifs pour les actions fondées sur un acte illicite, en prévoyant une compétence à raison du lieu non seulement **au domicile ou au siège du lésé ou du défendeur**, mais également **au lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci**. Cette disposition correspond à l'ancien art. 25 LFors.<sup>359</sup> A l'instar de cette ancienne disposition, le champ d'application de l'art. 36 CPC est à comprendre au sens large, de sorte que ces fors s'appliquent à tous les cas de responsabilité extra-contractuelle en raison d'un acte illicite.<sup>360</sup> Cette interprétation vise ainsi un rapprochement avec les fors internationaux prévus par la CL, en particulier son art. 5 ch. 3.<sup>361</sup>

Les actes partiels perpétrés dans plusieurs endroits peuvent revêtir une importance particulière dans le cas d'un dommage collectif, étant donné que « [...] **la compétence à raison du lieu est multipliée, dans le sens où chaque tribunal dans le ressort duquel un acte a été commis est compétent à raison**

---

<sup>359</sup> Message CPC, p. 6884.

<sup>360</sup> ATF 134 III 214, cons. 2.2 ; BK/ZPO-HAUSHEER/WALTER, art. 36 N. 4 ss ; BSK/ZPO-HEMPEL, art. 36 N. 6 ; CoRo/CPC-HALDY, art. 36 N. 2 ; ZK/ZPO-SCHMID/WEBER, art. 36 N. 8.

<sup>361</sup> ATF 134 III 214 cons. 2.3.

**du lieu de manière concurrente** ».<sup>362</sup> Dans une telle configuration, un demandeur collectif pourra ainsi porter la totalité des prétentions cédées à choix, devant l'un des tribunaux compétents pour statuer sur l'une d'elle, dans la mesure où un dommage collectif aura vraisemblablement causé un dommage à un lieu différent pour chacun des lésés (davantage à ce sujet, cf. *infra* N. 234 s.).

### 3.1.3. *L'indisponibilité d'un for spécial*

- 221 Une question méritant d'être discutée est celle de savoir si le **demandeur collectif peut bénéficier des fors spéciaux des cédants**, en particulier le for du consommateur s'il ne revêt pas lui-même cette qualité. L'avantage, du point de vue du demandeur, étant que le consommateur peut ouvrir action au for de son propre domicile en vertu de l'art. 32 al. 1 CPC.
- 222 Si cette question n'a pas été tranchée par la jurisprudence fédérale, la **doctrine se prononce largement contre cette possibilité**.<sup>363</sup> Ces auteurs estiment que le droit de porter une action au for de son propre domicile ne constitue pas un droit accessoire qui serait transmis par cession, mais plutôt un droit personnel appartenant à la personne revêtant la qualité de consommateur.<sup>364</sup> Cela va dans le sens du Tribunal fédéral qui a jugé que, *a contrario*, le débiteur cédé ne peut invoquer l'exception d'incompétence au motif que le cessionnaire ne peut

---

<sup>362</sup> ATF 131 III 153 cons. 6.2. Précisons que cette hypothèse n'équivaut pas à celle dans laquelle le résultat du dommage se répercute dans plusieurs lieux. Dans un tel cas de figure, la doctrine se prononçant sur la question estime qu'un for est créé dans chacun de ces lieux (PC/CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 36 N. 20, KuKo/ZPO-HAAS/STRUB, art. 36 N. 21).

<sup>363</sup> BSK/ZPO-KAISER JOB, art. 32 N 13 ; CHK/ZPO-LAMBELET, art. 32 N 5 ; PC/CPC-FORNAGE, art. 32 N. 2 ; LARDELLI, p. 34 ; ZK/ZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 17. *Contra*: DONZALLAZ, art. 22 N. 28 s. qui estime que puisque les héritiers du consommateur doivent pouvoir faire valoir le for du consommateur, le cessionnaire doit également être habilité à le faire.

<sup>364</sup> ZK/ZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 17.

procéder au for choisi, car le cédant lui-même n'aurait pas pu agir à ce for.<sup>365</sup> En revanche, le cessionnaire pourrait se fonder sur le for de l'art. 32 CPC seulement s'il était lui-même consommateur.<sup>366</sup> Or, le statut de consommateur est généralement refusé aux personnes morales,<sup>367</sup> peu importe s'il s'agit d'organisations de protection de consommateurs.<sup>368</sup>

Etant donné que la jurisprudence et la doctrine préconisent par ailleurs un 223 champ d'application étroit de l'art. 32 CPC,<sup>369</sup> nous estimons qu'un **demandeur collectif ne saurait invoquer le for du consommateur** même s'il s'est fait céder des prétentions issues de contrats conclus avec des consommateurs.

#### 3.1.4. *Le for prorogé*

Une élection de for selon l'art. 17 CPC permet aux parties de **convenir d'un 224 lieu géographique dans lequel seront tranchés leurs différends**. La jurisprudence reconnaît qu'une clause de prorogation de for (ainsi qu'une clause de convention d'arbitrage), conclue dans le cadre d'un rapport juridique entre le cédant et le débiteur, est transmise au cessionnaire dans la mesure où celui-ci n'a pas d'autre accord avec le débiteur cédé.<sup>370</sup>

En cas de for prorogé pour les prétentions cédées, le demandeur collectif 225 pourra en principe **agir au même for**, à condition qu'il s'agisse d'un **for identique prorogé pour la totalité** de celles-ci. Ceci devrait vraisemblablement être le cas dans le cadre d'un exercice collectif des droits, étant donné que l'élection de for aura en principe été prévue dans un contrat (ou ses conditions

---

<sup>365</sup> ATF 56 I 180, 186.

<sup>366</sup> ZK/ZPO- FELLER/BLOCH, art. 32 N 17.

<sup>367</sup> BK/ZPO-WALTHER, art. 32 N. 14 ; BSK/ZPO-KAISER JOB, art. 32 N. 5 ; CHK/ZPO-LAMBELET, art. 32 N 6 ; CoRo/CPC- HALDY, art. 32 N. 12 ; ZK/ZPO- FELLER/BLOCH, art. 32 N 16.

<sup>368</sup> BSK/ZPO-KAISER JOB, art. 32 N. 5 ; ZK/ZPO- FELLER/BLOCH, art. 32 N 16.

<sup>369</sup> ATF 132 III 268, cons. 2.2.2 ; 121 III 336, cons. 5e/cc ; Message CPC, p. 6884 ; BSK/ZPO-KAISER JOB, art. 32 N. 3 ; ZK/ZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N. 4 ss.

<sup>370</sup> ATF 128 III 50 cons. 2b ; 117 II 94 ; 103 II 75, cons. 3. A ce sujet, cf. LARDELLI, p. 35 s.

générales) identique utilisé à grande échelle (cf. à cet égard *supra*, N. 46).<sup>371</sup> Par conséquent, dans cette hypothèse, le demandeur collectif n'aura pas à faire valoir la connexité entre les prétentions cumulées en vertu de l'art. 15 al. 2 CPC mais pourra agir, pour la totalité des prétentions cédées, devant le tribunal du for prorogé. En revanche, dans l'hypothèse où malgré tout, la totalité des prétentions cumulées ferait l'objet de prorogation vers des fors distincts, un cumul objectif d'actions auprès du même for par le biais d'une attraction en vertu de l'art. 15 al. 2 CPC ne serait pas possible, à moins que le défendeur n'accepte tacitement le for (art. 18 CPC) ou ne donne son accord à l'adaptation des clauses de prorogation de for.<sup>372</sup>

- 226 Une élection de for **ne peut toutefois déroger aux fors impératifs ou semi-impératifs** prévus par la loi (art. 17 al. 1 CPC).<sup>373</sup> Les fors semi-impératifs, notamment ceux protégeant les consommateurs, sont prévus à l'art. 35 CPC. D'après l'al. 1 let. a de cette disposition, les consommateurs ne peuvent renoncer avant la naissance du différend aux fors prévus par l'art. 32 CPC. En revanche, étant donné que le demandeur collectif ne saurait bénéficier du for du consommateur (cf. *supra* N. 222), il ne lui est pas possible d'invoquer la protection de l'art. 35 CPC. En revanche, le demandeur collectif pourrait, dans ce cas, agir auprès du for prorogé, étant donné que la qualité de consommateur lui fait défaut.

---

<sup>371</sup> Pour une analyse approfondie sur l'admission d'une élection de for au sein de conditions générales, cf. BOHNET, Conditions générales, p. 67 s.

<sup>372</sup> BK/ZPO- BERGER, art. 17 N 69 ; GROBÉTY, p. 193 s. ; ZK/ZPO- HEDINGER/HOSTETTLER, art. 17 N 31.

<sup>373</sup> A ce sujet, cf. GROBÉTY, p. 185 ss.

## 3.2. A l'échelle internationale

### 3.2.1. *Le principe*

Lorsqu'un litige présente un élément d'extranéité, nous sommes en présence 227 d'une **situation à caractère international**. Si plusieurs critères impliquant un rattachement avec l'étranger peuvent indiquer une situation internationale au sens de la LDIP,<sup>374</sup> une affaire est toujours de nature internationale lorsque l'une des parties a son domicile ou son siège à l'étranger.<sup>375</sup> Dans cette hypothèse, la LDIP permet de déterminer la compétence des autorités judiciaires suisses (art. 1 al. 1 let. a LDIP), sauf en cas d'application d'un traité international (art. 1 al. 2 LDIP). Dans le contexte d'un exercice collectif des droits, il peut suffire, pour admettre le caractère international d'un litige, que les cédants soient domiciliés à l'étranger quand bien même le demandeur collectif et le défendeur auraient leur siège en Suisse. En effet, le fait qu'un acte illicite se produise à l'étranger peut fonder un élément d'extranéité suffisant.<sup>376</sup>

Pour les **différends en matière civile et commerciale** justement, la CL s'ap- 228 plique, et ce, quelle que soit la nature de la juridiction (art. 1 al. 1 CL),<sup>377</sup> à l'égard des personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat lié à la Convention (art. 2 al. 1 CL), soit dans les Etats membres de l'UE et de l'AELE. Relevons que même si les deux parties sont domiciliées dans le même Etat, la convention peut être applicable dans la mesure où un for alternatif<sup>378</sup> ou un for désigné se trouve dans un autre Etat partie.<sup>379</sup> Dès lors, en tant qu'affaire civile (cf. *supra*, N. 5), ladite convention s'applique à l'hypothèse d'un exercice

---

<sup>374</sup> Cf. notamment ATF 117 II 204, cons. 2 et BSK/IPRG-SCHNYDER/GROLIMUND, art. 1 N. 2.

<sup>375</sup> ATF 131 III 76, cons. 2.

<sup>376</sup> TF 4A\_76/2008 du 30.5.2008, cons. 2.

<sup>377</sup> A ce sujet, cf. la jurisprudence citée dans CoRo/CL-UCHER, art. 2 N. 3 s.

<sup>378</sup> SJ 1998 p. 441, cons. 2.

<sup>379</sup> Cf. CoRo/CL-UCHER, art. 23 N. 7. Cette question est néanmoins controversée dans la mesure où la majorité de la doctrine considère que l'élection de for suffit à elle-même comme élément d'extranéité afin d'appliquer la CL, contrairement à UCHER.

collectif des droits si le demandeur ou le défendeur à l'exercice collectif sont domiciliés dans l'un desdits Etats.

- 229 Contrairement aux fors domestiques prévus par le CPC (cf. *supra* N. 214), **ni la LDIP, ni la CL ne prévoient une possibilité d'attraction de for au niveau international**, c.à.d. de l'étranger en Suisse, en cas de **cumul objectif d'actions**. La LDIP consacre uniquement un for d'attraction au niveau intercantonal (art. 8a LDIP).<sup>380</sup> S'il existe bien la possibilité pour un demandeur d'invoquer le for de la nécessité dans la mesure où une procédure à l'étranger est impossible ou intolérable (art. 3 LDIP), ce for ne saurait permettre systématiquement une attraction de prétentions connexes en Suisse.<sup>381</sup>
- 230 Un demandeur collectif sera donc contraint, s'il souhaite faire valoir la totalité de ses prétentions contre l'auteur du dommage à l'occasion d'un seul procès, **d'ouvrir action auprès d'un for compétent pour la totalité des prétentions**. Par conséquent, le demandeur collectif sera contraint d'agir, soit auprès du for du domicile du défendeur (art. 2 LDIP ou art. 2 CL),<sup>382</sup> soit auprès du

---

<sup>380</sup> L'art. 8a LDIP prévoit qu'un cumul de plusieurs prétentions impliquant un lien de connexité est admissible auprès de tout tribunal suisse compétent pour l'une d'elles, à condition qu'un for national soit donné par la LDIP pour l'ensemble des prétentions. Afin de pouvoir bénéficier d'un for unique en Suisse au sens de l'art. 8a LDIP, le demandeur doit dès lors pouvoir agir sur le sol helvétique en vertu d'une autre disposition de la LDIP (CoRo/LDIP-BUCHER, art. 8a N. 3).

<sup>381</sup> GROBÉTY, p. 205.

<sup>382</sup> L'art. 2 LDIP rappelle le principe selon lequel, le for se situe, sauf disposition contraire, au domicile du défendeur. Alors que l'art. 20 LDIP définit la notion de domicile pour les personnes physiques, l'art. 21 LDIP établit que le siège est assimilé au domicile pour les sociétés. Le siège d'une société est réputé se situer au lieu désigné par les statuts, et à défaut d'une telle désignation, au lieu de son administration de fait (art. 21 al. 2 LDIP). Quant à la CL, son art. 2 prévoit une compétence internationale générale des tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur. En cas d'application de l'art. 2 CL, il est nécessaire de se référer à la LDIP pour déterminer la compétence locale. Pour les personnes morales et les sociétés, l'art. 60 al. 1 CL précise que leur domicile se situe auprès de leur siège statuaire (let. a), leur administration centrale (let. b) ou leur principal établissement (let. c). La notion de domicile des sociétés est ainsi plus étendue en cas d'application de la CL que de la LDIP.



for en matière contractuelle (art. 112 à 115 LDIP ou art. 5 ch. 1 CL) ou délictuelle (art. 129 LDIP ou art. 5 ch. 3 CL), soit auprès du for de l'établissement (art. 112 al. 2 ou 129 LDIP ou art. 5 ch. 5 CL) ou du for prorogé (art. 17 LDIP ou art. 5 LDIP ou 23 CL).

Dès qu'un litige dépasse les frontières nationales, la possibilité pour un demandeur de ne pas pouvoir ouvrir action dans son pays de domicile ou de résidence en raison d'un for situé à l'étranger peut potentiellement signifier une impossibilité de faire valoir ses droits. Par conséquent, **la possibilité** pour le demandeur collectif, dans un contexte international, **de porter l'action en justice dans le pays du lieu de son domicile** contre un défendeur domicilié à l'étranger favoriserait incontestablement la mise en œuvre d'un exercice collectif des droits. A cet égard, plusieurs fors alternatifs à celui du domicile du défendeur ont été prévus par la LDIP ainsi que par la CL.

### 3.2.2. D'autres fors alternatifs

#### 3.2.2.1. Les fors en matière contractuelle

L'art. 113 LDIP prévoit, en plus des fors de l'art. 112 al. 1,<sup>383</sup> un **for alternatif** 232 au lieu où la **prestation caractéristique du contrat doit être exécutée** en Suisse.<sup>384</sup> L'application de cette règle peut toutefois poser problème lorsqu'il n'est pas possible de déterminer une seule prestation caractéristique. Si tel peut être le cas dans le cadre de contrats complexes avec plusieurs prestations contractuelles jugées équivalentes (p.ex. lorsque le contrat prévoit l'échange de prestations de même nature),<sup>385</sup> nous estimons que cette hypothèse est également envisageable lorsqu'un demandeur collectif fait valoir une pluralité de prétentions cédées, chacune ayant été transmise par un individu distinct, mais

---

<sup>383</sup> Disposition selon laquelle les tribunaux suisses du domicile, ou à défaut d'un domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents.

<sup>384</sup> Si cette disposition ne définit pas davantage ce qu'il faut comprendre par « prestation caractéristique », l'art. 117 LDIP, qui utilise cette notion pour définir le droit applicable au contrat, la concrétise pour divers types de contrats et est également déterminante pour les questions de for de l'art. 113 LDIP (Message CL, p. 1547).

<sup>385</sup> BSK/IPRG-AMSTUTZ/WANG/GOHARI, art. 113 N.10 ; CoRo/LDIP-BONOMI, art. 113 N. 16.

aucune étant caractéristique par rapport à l'autre. Si la façon d'approcher cette problématique est controversée, trois options semblent néanmoins se dégager.<sup>386</sup> La première est simplement une inapplication de l'art. 113 LDIP.<sup>387</sup> La deuxième solution consiste à admettre que plusieurs prestations caractérisent le contrat malgré l'absence d'une seule prestation caractéristique et que par conséquent les fors de tous les lieux d'exécution de ces prestations sont compétents.<sup>388</sup> La troisième solution permet de rendre compétent le tribunal du lieu d'exécution de la prestation litigieuse.<sup>389</sup> Dans l'optique de la *ratio legis* de l'art. 113 LDIP qui vise à faciliter l'accès aux tribunaux suisses,<sup>390</sup> nous estimons que la deuxième approche constitue la solution la plus adaptée.

- 233 Dans l'hypothèse où la CL trouverait application, l'art. 5 ch. 1 CL permettrait à un demandeur, en matière contractuelle,<sup>391</sup> d'ouvrir action contre un défendeur **au for du lieu d'exécution de la prestation déterminante** (art. 5 ch. 1 CL). La prestation déterminante est celle qui sert de fondement à la demande, qui peut différer pour chaque obligation contractuelle. La notion se distingue dès lors de celle employée par l'art. 113 LDIP. Par conséquent, cette solution conduit à une multiplication des juridictions compétentes, rendue davantage plus complexe lorsque les obligations doivent être exécutées dans des pays

---

<sup>386</sup> Cf. les solutions présentées par CoRo/LDIP-BONOMI, art. 113 N. 16.

<sup>387</sup> CHK/IPRG- MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, art. 113 N. 5 n'envisagent que cette option.

<sup>388</sup> BSK/IPRG-AMSTUTZ/WANG/GOHARI, art. 113 N. 10 estiment qu'il s'agit de la seule solution correcte, renvoient à l'appui de leur argument en particulier à : Arrêt de la CJCE du 3.5.2007, C-386/05, Color Drack, 2007:I:3699 N. 42.

<sup>389</sup> ZK/IPRG-KOSTKIEWICZ, art. 113 N.11 n'envisage que cette option. Le Conseil fédéral est d'avis que la deuxième ou la troisième solution sont toutes deux envisageables (Message CL, p. 1547).

<sup>390</sup> Cf. BSK/IPRG-AMSTUTZ/WANG/GOHARI, art. 113 N. 4 et 11.

<sup>391</sup> D'après la jurisprudence de la CJCE, le litige n'est contractuel que si la responsabilité du débiteur repose sur un « engagement librement assumé d'une partie envers l'autre » (cf. e.a. Arrêt de la CJCE du 17.6.1992, C-26/91, Jakob Handte GmbH c. TMCS, EU:C:1992:I-3967 N. 15).

différents.<sup>392</sup> Cette hypothèse est envisageable pour un demandeur collectif qui se serait fait céder des prétentions de la part de cédants domiciliés dans plusieurs Etats différents. Afin d'atténuer la problématique, la jurisprudence estime que seule l'obligation principale est déterminante pour la compétence.<sup>393</sup> Néanmoins, si toutes les obligations qui fondent la demande sont jugées équivalentes, ce qui pourrait être le cas pour un demandeur collectif dans ce cas de figure (cf. *supra* N. 232), les prétentions ne peuvent bénéficier d'une attraction auprès d'un for unique, même si elles présentent un lien de connexité entre-elles.<sup>394</sup> Par conséquent, un demandeur collectif sera contraint dans ces circonstances, s'il veut faire valoir la globalité de ses prétentions auprès d'une seule juridiction, à actionner le défendeur dans l'Etat de son domicile. Au vu de ce qui précède, la situation est donc plus restrictive pour le demandeur dans le cadre de la convention que lorsque la LDIP est applicable.

#### 3.2.2.2. *Les fors en matière délictuelle*

L'art. 129 LDIP régit les fors des actions en matière d'actes illicites, ce qui 234 comprend toute prétention en responsabilité qui n'est ni de nature contractuelle (art. 112 ss LDIP), ni un cas d'enrichissement illégitime (art. 127 s. LDIP).<sup>395</sup> Cette disposition prévoit en alternative que le demandeur peut **agir au for du lieu de l'acte illicite ou de son résultat**. La distinction entre le lieu de l'acte et du résultat revêt son importance lorsqu'il existe une dissociation géographique entre les deux. Dans ce cas, le demandeur peut opter pour le for du lieu du fait générateur du dommage ou pour celui où il est survenu si l'un d'eux se situe en Suisse.<sup>396</sup> Dans l'hypothèse où uniquement une partie du dommage est survenu en Suisse, la question se pose de savoir si le tribunal

---

<sup>392</sup> ATF 124 III 188, cons. 4a et 4b. Pour une étude approfondie des notions de « lieu d'exécution » et de « prestation déterminante », cf. BSK/LugÜ-HOFMANN/KUNZ, art. 5 N. 212 ss.

<sup>393</sup> Arrêt de la CJCE du 15.1.1987, C-266/85, Shenavai, EU:C:1987:239 N. 19.

<sup>394</sup> Arrêt de la CJCE du 5.10.1999, C-420/97, Leathertex, EU:C:1999:I:6747 N. 42.

<sup>395</sup> ZKK/IPRG-VOLKEN/GÖKSU, Vorbemerkungen au Art. 129-142 N. 31 ; BSK/IPRG-UMBRICHT/RODRIGUEZ/KRÜSI, art. 129 N. 5. Cf. également ATF 110 II 188, cons. 2, jurisprudence selon laquelle la notion d'acte illicite doit être interprétée de manière large.

<sup>396</sup> ATF 131 III 153, cons. 6.1.

suisse est compétent pour connaître de la totalité du dommage ou seulement du dommage qui est survenu sur le territoire national. D'après la doctrine, la règle de l'art. 129 LDIP ne devrait pas restreindre cette compétence aux seuls dommages qui sont survenus en Suisse,<sup>397</sup> contrairement à la solution retenue dans le cadre de la CL (à ce sujet cf. *infra* N. 235). Le demandeur collectif pourrait dès lors agir au for suisse même lorsque certaines des prétentions cédées sont fondées sur des dommages survenus à l'étranger.

- 235 En cas d'application de la CL,<sup>398</sup> l'art. 5 ch. 3 CL prévoit que **le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit est compétent**, si le défendeur est domicilié dans un autre Etat partie.<sup>399</sup> Le critère de lieu du fait dommageable de cette disposition est problématique dans la mesure où il existe une dissociation spatiale entre le lieu de l'événement dommageable et celui de la survenance du dommage.<sup>400</sup> A l'instar de l'application de l'art. 129 LDIP, le demandeur peut choisir entre le for de l'acte dommageable et de celui de son résultat.<sup>401</sup> La situation se complique néanmoins davantage lorsque les actes ont lieu, ou des dommages se produisent dans plusieurs pays différents, ce qui n'est pas inhabituel pour un dommage collectif. Le cas échéant, le tribunal du

---

<sup>397</sup> BSK/IPRG-UMBRICHT/RODRIGUEZ/KRÜSI, art. 129 N. 27 ; CoRo/LDIP-BONOMI, art. 129 N. 27 ; ZK/IPRG-VOLKEN/GÖKSU, art. 129 N. 50.

<sup>398</sup> La notion de « matière délictuelle » comprend toute action en responsabilité ne disposant pas de fondement contractuel au sens de l'art. 5 ch. 1 CL (Arrêt de la CJCE du 27.9.1988, C-189/87, Kalfelis, EU:C:1988:5565 N. 18). Soulignons par ailleurs qu'un tribunal pouvant connaître une prétention de nature délictuelle sur la base de l'art. 5 ch. 3 CL, n'est pas compétent pour juger des prétentions du demandeur qui reposent sur un autre fondement juridique et vice-versa (Arrêt de la CJCE du 27.9.1988, C-189/87, Kalfelis, EU:C:1988:5565 N. 19 s).

<sup>399</sup> A l'opposé de l'art. 2 CL, cette disposition définit également la compétence locale du tribunal et non uniquement celle au niveau international (ATF 125 III 346, cons. 4b).

<sup>400</sup> Le lieu de l'acte dommageable se situe là où le responsable présumé a eu le comportement qui a causé le dommage (ATF 125 III 346 cons. 4c/aa.), le lieu du dommage est le lieu où l'acte dommageable a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate (Arrêt de la CJCE du 11.1.1990, C-220/88, Dumez 1990 :49 N. 49). A ce sujet, cf. CoRo/CL-BONOMI, art. 5 N. 124 ss.

<sup>401</sup> Arrêt de la CJUE du 16.7.2009, C-189/08, Zuid-Chemie, 2009:I:6917 N. 23.

lieu de l'acte dommageable est compétent pour connaître de la globalité du dommage, tandis que les tribunaux des Etats où une partie du dommage est survenue ne sont compétents que pour la partie du dommage survenue sur le territoire de l'Etat du for.<sup>402</sup> En cas d'actes partiels commis en des lieux différents, le demandeur a néanmoins le choix entre plusieurs fors alternatifs dont chacun est compétent pour connaître l'intégralité du dommage.<sup>403</sup> Un demandeur collectif souhaitant cumuler toutes les prétentions dont il dispose contre un défendeur, aura donc en principe le choix entre, saisir le tribunal de l'Etat de domicile de celui-ci, le tribunal de l'Etat où le fait dommageable a eu lieu (fors qui sont par ailleurs souvent identiques),<sup>404</sup> ainsi que celui de l'Etat où le dommage collectif est survenu (à condition que le dommage ne soit pas également survenu dans d'autres Etats).<sup>405</sup>

### 3.2.2.3. *Le for de l'établissement*

Les art. 112 al. 2 et art. 129 LDIP prévoient un **for alternatif** au **lieu où le défendeur a son établissement** pour les actions se rapportant à une obligation 236  
découlant de l'exploitation de cet établissement. D'après l'art. 21 al. 4 LDIP, l'établissement d'une société se trouve dans l'Etat où se situe son siège ou une de ses succursales.<sup>406</sup> Soulignons que ce for est disponible uniquement pour les actions qui découlent de l'exploitation de cet établissement, lesquelles doivent résulter d'une relation d'affaires avec celui-ci (davantage sur cette notion, cf. *infra* N. 237). Un demandeur a l'avantage de pouvoir invoquer ce for lorsque le défendeur n'a pas de domicile en Suisse alors qu'il y exerce une activité commerciale par le biais d'un établissement. Un demandeur collectif peut ainsi cumuler des prétentions contre un défendeur qui dispose d'un

---

<sup>402</sup> Arrêt de la CJCE du 7.3.1995, C-68/93, Shevill, 1995:I:415 N. 25, 30 – 32.

<sup>403</sup> ATF 125 III 346 cons. 4c/aa.

<sup>404</sup> Rapport Pocar N. 57.

<sup>405</sup> BSK/LugÜ-HOFMANN/KUNZ, art. 5 N. 557 ss.

<sup>406</sup> En droit suisse (qui est applicable selon l'art. 160 LDIP), la succursale est définie en tant qu'établissement commercial qui exerce, de façon durable, une activité similaire à celle de la société principale dont il dépend et fait juridiquement partie, tout en jouissant d'une certaine autonomie (TF 4C.373/2004 du 27.1.2005, cons. 2 ; ATF 117 II 85 cons. 3 ; 108 II 122, cons. 1).

établissement en Suisse au sens des art. 112 al. 2 et 129 LDIP, à condition que l'intégralité des prétentions cumulées découlent de l'exploitation de cet établissement par le défendeur.

- 237 L'art. 5 ch. 5 CL prévoit également un **for** particulier dans l'Etat du lieu d'un **établissement secondaire**,<sup>407</sup> à condition que le défendeur ait son domicile dans un autre Etat également partie à la convention. Afin que ce for soit ouvert, il est nécessaire que la contestation se rapporte à « l'exploitation » de cet établissement secondaire. Ceci comprend notamment les engagements pris par l'établissement au nom de la maison mère, tout comme les différends relatifs aux obligations non contractuelles qui résulteraient des activités assumées par cet établissement.<sup>408</sup> Le lieu d'exécution de ces engagements est sans importance pour le for de l'art. 5 ch. 5 CL.<sup>409</sup> Un demandeur collectif peut ainsi cumuler des prétentions contre un défendeur dans l'Etat du for de son établissement secondaire en vertu de l'art. 5 ch. 5 CL, pour autant que l'intégralité des prétentions cumulées découle de l'exploitation de cet établissement par le défendeur.

### 3.2.3. *L'indisponibilité d'un for spécial*

- 238 A l'échelle nationale, nous avons vu que le for du consommateur est indisponible pour un demandeur invoquant des prétentions qui lui ont été cédées par un consommateur (cf. *supra* N. 222). **En matière internationale**, autant la LDIP (art. 114) que la CL (art. 16 al. 1) prévoient **un for au lieu du domicile du consommateur**. Par conséquent, la possibilité pour le demandeur collectif, dans un contexte international, de porter action en justice au tribunal du lieu

---

<sup>407</sup> L'établissement secondaire est en règle générale détenu par une autre société, la maison mère et constitue son prolongement décentralisé (Arrêt de la CJCE du 22.11.1978, C-33/78, Somafer SA, 1978:2183 N. 12). Il s'agit d'une entité qui doit pouvoir conclure et exécuter des contrats (Arrêt de la CJCE du 18.3.1981, C-139/80, Blanckaert, 1981:819 N. 12) sans toutefois bénéficier d'une personnalité juridique propre (CoRo/CL-GUILLAUME, art. 5 N. 162).

<sup>408</sup> Arrêt de la CJCE du 22.11.1978, C-33/78, Somafer SA, 1978:2183 N. 13.

<sup>409</sup> Arrêt de la CJCE du 6.4.1995, C-439/93, Lloyd's Register of Shipping, 1995:I:961 N. 20.

de son domicile contre un défendeur domicilié à l'étranger favoriserait incontestablement la mise en œuvre d'un exercice collectif des droits.

L'art. 114 LDIP détermine le for de l'action en matière de **contrats conclus avec des consommateurs**.<sup>410</sup> Le consommateur peut ainsi porter son action à choix, devant le tribunal suisse, soit de son domicile ou de sa résidence habituelle (art. 114 al. 1 let. a LDIP), soit du domicile ou à défaut de celui-ci, de la résidence habituelle du fournisseur (art. 114 al. 1 let. b LDIP). La jurisprudence et la majorité de la doctrine ne se prononcent pas sur la question de savoir si un cessionnaire qui n'est pas lui-même consommateur pourrait invoquer le for de l'art. 114 LDIP. Certains auteurs s'expriment tout de même indirectement sur la question et estiment, à notre avis à juste titre, que cette disposition ne peut être invoquée que par une personne dans sa fonction de destinataire privé de biens ou services.<sup>411</sup> En effet, en nous appuyant sur l'avis doctrinal majoritaire concernant le for du consommateur au niveau national sur la question (art. 32 CPC), nous estimons que le droit d'ouvrir action au for de son propre domicile ne constitue pas un droit accessoire transmissible par cession, mais bien un droit personnel appartenant à la personne revêtant la qualité de consommateur (cf. *supra* N. 222). Par conséquent, un demandeur collectif ne pourrait bénéficier du for du consommateur dans le cadre de l'application de l'art. 114 LDIP.

Dans la mesure où le fournisseur est domicilié dans un Etat partie à la CL et que la convention s'applique, la jurisprudence européenne répond clairement à cette problématique. En effet, en matière de **contrats conclus avec des**

---

<sup>410</sup> Afin de définir la notion évoquée, la disposition renvoie à l'art. 120 al. 1 LDIP, selon lequel il s'agit d'un contrat de consommation si celui-ci porte sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale de ce dernier. Par ailleurs, il est nécessaire que la conclusion du contrat revête un lien qualifié avec l'Etat de résidence habituelle du consommateur. Tel est le cas lorsque le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat (art. 120 al. 1 let. a), lorsque la conclusion du contrat a été précédée d'une offre ou d'une publicité dans cet Etat (art. 120 al. 1 let. b) ou lorsque le consommateur a été incité par le fournisseur de se rendre dans un Etat étranger (art. 120 al. 1 let. c).

<sup>411</sup> BSK/IPRG-BRUNNER, art. 114 N. 26 ; SCHNYDER, p. 93.

**consommateurs**,<sup>412</sup> la CJCE estime notamment qu'une société cessionnaire des droits d'un consommateur ne peut pas être considérée comme un consommateur au sens de la convention.<sup>413</sup> La définition de la notion de consommateur est donc étroite. Si le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé à ce sujet, la question a été tranchée en Autriche. Dans le cadre d'un exercice collectif des droits selon le droit autrichien, l'OGH a ainsi rappelé la jurisprudence de la Cour européenne refusant au VKI de se prévaloir du for du consommateur.<sup>414</sup> Étant donné que les notions de la convention, dont celle de « consommateur »,<sup>415</sup> doivent être interprétées de manière autonome en vue de leur application uniforme, la réponse apportée par la jurisprudence suisse le cas échéant ne saurait vraisemblablement être différente et un demandeur collectif ne saurait se prévaloir du for du consommateur en vertu de l'art. 16 al. 1 CL.

### 3.2.4. *Le for prorogé*

- 241 En vertu de l'art. 5 al. 1 LDIP, les parties peuvent élire un for pour trancher un différend dans le cadre d'un rapport de droit déterminé. Tout comme pour les affaires nationales (cf. *supra* N. 224 ss), une **prorogation de for** conclue entre les parties **engage également le cessionnaire des droits** contractuels, à moins qu'un tel transfert ait été exclu par contrat.<sup>416</sup> Si une élection de for conclue dans l'intérêt du cédant à son domicile n'oblige pas le cessionnaire dont le domicile se situe dans un autre pays,<sup>417</sup> il n'en va pas de même d'un for

---

<sup>412</sup> Par contrat conclu par un consommateur, l'on entend qu'il s'agit d'un contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle (art. 15 al. 1 CL). Davantage sur cette notion, cf. CoRo/CL- BONOMI, art. 15 N. 9 ss.

<sup>413</sup> Arrêt de la CJCE du 19.1.1993, C-89/91, Shearson, 1993:I:139 N. 14-24.

<sup>414</sup> OGH 4.3.2005, 9 Nc 4/05w.

<sup>415</sup> Arrêt de la CJCE du 19.1.1993, C-89/91, Shearson, 1993:I:139 N. 13.

<sup>416</sup> ATF 123 III 35, cons. 3c). Dans le domaine européen, cf. Arrêt de la CJCE du 19.6.1984, C-71/83, Tilly Russ, 1984:2417 N. 20 – 26.

<sup>417</sup> TF 4C.272/2002 du 14.3.2003, cons. 4.



prorogé en faveur du débiteur cédé qui pourrait s'opposer à un autre for en vertu de l'art. 169 al. 1 CO.<sup>418</sup>

En cas de prorogation de for, une partie de la doctrine estime que l'affaire est internationale au sens de la LDIP, si des parties domiciliées en Suisse conviennent d'un for à l'étranger, même s'il s'agit là du seul élément d'extranéité.<sup>419</sup> Lorsque le **for prorogé se situe à l'étranger**, le demandeur a la possibilité de se prévaloir de la **protection en cas d'abus de l'art. 5 al. 2 LDIP**. Cette disposition prévoit qu'une « élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse ». Pour que la privation d'un for en Suisse puisse relever de l'abus de droit, le fait que la clause entrave unilatéralement et sans intérêt digne de protection la mise en œuvre des droits d'une partie ou le fait qu'une partie ait pu pratiquement imposer la clause d'élection de for, constituent des éléments importants pour apprécier la situation.<sup>420</sup> Cependant, l'objectif de cette règle consiste uniquement à corriger les abus, nécessitant ainsi des circonstances d'une certaine gravité.<sup>421</sup>

Par ailleurs, soulevons que **l'al. 3 de l'art. 5 LDIP** donne le **droit au tribunal élu en Suisse de décliner sa compétence**, si aucune des parties n'est domiciliée (ou par extension, a sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton où il siège) et que le droit suisse n'est pas applicable au litige en question (let. b). La *ratio legis* de cette disposition viserait à protéger les tribunaux suisses face à une surcharge de litiges venant de l'étranger.<sup>422</sup>

---

<sup>418</sup> Pour autant que le droit suisse soit applicable à la situation en vertu des règles de droit international privé.

<sup>419</sup> BSK/IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, art. 5 N. 7 ; CoRo/LDIP-UCHER, art. 5 N. 5. *Contra*: ZK/IPRG-MÜLLER-CHEN, art. 5 N. 46.

<sup>420</sup> CoRo/LDIP-UCHER, art. 5 N. 29 ; ZK/IPRG-MÜLLER-CHEN, art. 5 N. 76.

<sup>421</sup> CHK/IPRG-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, art. 5 N 37 ; CoRo/LDIP-UCHER, art. 5 N. 29. Cf. BSK/IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, art. 5 N. 7 qui interprètent restrictivement cette règle et estiment même qu'un contrôle de la nature abusive d'une élection de for ne doit pas être admis.

<sup>422</sup> Message LDIP, ch 213.6.

- 244 L'art. 23 CL règle le sort des **conventions attributives de juridiction dans le cadre européen**. Dans ce contexte, une clause de prorogation de for est valide, à condition qu'au moins une des parties ait son domicile et que le for élu se situe dans un Etat lié par la convention (art. 23 CL). Dans la mesure où les parties ont leur domicile dans le même Etat mais que la clause de prorogation de for désigne un tribunal dans un autre Etat, l'art. 23 CL devrait être applicable à condition que le for se situe dans un autre Etat partie à la Convention.<sup>423</sup> Même si en vertu de l'art. 23 ch. 5 CL la prorogation ne peut contrevenir aux fors impératifs, notamment au for du consommateur (art. 17 CL), il n'existe pas de protection contre les abus semblables à celle statuée par la LDIP à son art. 5 al. 2.<sup>424</sup>
- 245 Un demandeur collectif sera donc contraint à agir au for convenu entre les cédants et le débiteur cédé, à condition qu'il s'agisse d'une élection identique pour toutes les prétentions issues du dommage collectif.<sup>425</sup> Si ceci devrait en principe être le cas pour un dommage collectif dans un contexte purement national (cf *supra*, N. 224 et 46), il n'est pas certain que tel soit le cas dans un contexte international où des lésées domiciliés dans des pays différents peuvent être concernés. En effet, il est envisageable dans une telle hypothèse que les conditions contractuelles aient été adaptées à chaque contexte national, résultant en des fors élus différents en fonction du pays de résidence du consommateur. Dans un tel cas de figure, le demandeur collectif serait contraint à dissocier l'exercice collectif des droits en fonction des fors prorogés.

---

<sup>423</sup> BENECKE, p. 67 ss ; CoRo/CL- BUCHER, art. 23 N. 7 ; HOFSTETTER, p. 54 ss ; KROPHOLLER, art. 23 N. 3 ; SAMTLEBEN, p. 693.

<sup>424</sup> BSK/IPRG- BRUNNER, art. 23 N. 26.

<sup>425</sup> Rappelons que bien qu'un consommateur serait protégé d'une élection de for qui le priverait du for de son domicile (art. 114 al. 2 LDIP et art. 17 CL), nous avons vu qu'un demandeur collectif ne saurait se prévaloir de cette règle réservée à la personne du consommateur (cf. *supra* N. 240).

#### 4. Un lien de connexité ?

Rappelons qu'en Autriche, l'OGH avait jugé que le cumul objectif à la suite 246 de cessions de créances était admissible à condition que les prétentions ne se fondent pas sur un état de fait identique, mais relèvent d'une cause juridique commune similaire. De surcroît, elles doivent dans l'ensemble traiter de questions de droit ou de fait communes essentielles à la résolution du litige (cf. *supra*, N. 81 ss). Comme nous l'avons expliqué, il s'agit là de critères jurisprudentiels restreignant le cumul objectif d'actions au sens du §227 al. 1 öZPO en cas d'exercice collectif des droits (cf. *supra*, N. 97 ss). En s'appuyant sur une partie de la doctrine autrichienne, **l'OGH exige une certaine connexité entre les prétentions cumulées**, sans toutefois requérir qu'elles satisfassent les conditions de connexité plus strictes de la consorité du §11 al. 2 öZPO (cf. *supra* N. 100). La raison principale pour laquelle la Cour suprême a imposé cette barrière supplémentaire au cumul objectif d'actions réside dans le fait qu'elle vise à éviter que plusieurs prétentions sans aucun lien entre elles soient cumulées à l'occasion de la même procédure. L'OGH estime que ces restrictions permettent de s'assurer à ce que l'exercice collectif des droits s'effectue dans un souci d'économie de procédure (cf. *supra* N. 84).

Les exigences de l'OGH et de la doctrine sur laquelle elle s'appuie peuvent 247 ainsi être rapprochées de la notion de connexité en procédure civile suisse, nécessaire notamment pour attirer plusieurs prétentions en vertu de l'art. 15 al. 2 CPC. Bien qu'un **lien de connexité** ne soit pas exigé pour un cumul objectif d'actions (cf. *supra* N. 213),<sup>426</sup> **devrait-il être exigé pour un cumul objectif d'actions effectué à titre d'exercice collectif des droits**, au vu de la nature d'un dommage collectif (cf. *supra* N. 46 s.) ?

---

<sup>426</sup> ATF 142 III 581 cons. 2.4.

- 248 Par lien de connexité au sens de la procédure civile suisse,<sup>427</sup> il faut comprendre **l'existence d'un lien de fait ou de droit entre les prétentions**.<sup>428</sup> La connexité entre les prétentions doit être telle qu'elle doit permettre d'éviter les jugements contradictoires.<sup>429</sup> Tel est le cas lorsque les actions se basent sur un état de fait ou une cause juridique similaire.<sup>430</sup> Les prétentions issues d'un même contrat sont ainsi connexes. La connexité est également admise lorsque les prétentions sont fondées sur des rapports juridiques ou des faits distincts, mais présentant un lien fonctionnel étroit.<sup>431</sup> Enfin, certains auteurs évoquent une connexité de prétentions lorsque celles-ci poursuivent le même objectif, tel que les mêmes intérêts économiques.<sup>432</sup>
- 249 A notre avis, il n'est **ni nécessaire ni utile de requérir un lien de connexité afin de pouvoir procéder à un exercice collectif des droits** par le biais d'un cumul objectif d'actions. En effet, l'argument avancé par l'OGH que les conditions supplémentaires imposées favorisent l'économie de procédure n'est pas convaincant. A cet égard, OBERHAMMER souligne à juste titre que le cumul objectif de prétentions originaires n'est pas systématiquement avantageux au niveau de l'économie de procédure. Ainsi, deux prétentions originaires sans aucun rapport l'une avec l'autre peuvent être cumulées par le biais d'un cumul objectif d'actions.<sup>433</sup> La situation est identique en droit suisse ; tant que les prétentions cumulées satisfont les exigences de l'art. 90 CPC, le cumul objectif d'actions est admissible, peu importe qu'il s'agisse de prétentions originaires ou dérivées. On comprend mal pourquoi un cumul de prétentions

---

<sup>427</sup> Au-delà de l'art. 15 al. 2 CPC, la connexité est un terme récurrent dans le CPC (art. 14 al. 1, 127, 227 et 376 al. 1 et 2 CPC) qui avait déjà été consacré pour d'autres questions dans la LDIP ainsi que la Convention de Lugano (art. 8 ss. LDIP et 28 ch. 3 CL) et avant l'entrée en vigueur du CPC, la LFors.

<sup>428</sup> ATF 132 III 178, cons. 3.

<sup>429</sup> ATF 132 III 178 cons. 3.1; OFK/ZPO-URBACH, art. 15 N. 13; ZK/ZPO-SUTTER-SOMM/KLINGLER, art. 15 N. 19.

<sup>430</sup> ATF 132 III 178 cons. 3.1. Cf. également ATF 129 III 230, cons. 3.1.

<sup>431</sup> GUILLAUME, p. 233.

<sup>432</sup> BSK/GestG-RUGGLE/TENCHIO-KUZMIC, art. 36 N. 18.

<sup>433</sup> OBERHAMMER, Sammelklage, p. 255.

dérivées doit recevoir un traitement inégal. La décision d'agir de façon économiquement rationnelle dans un procès se situe plutôt aux mains du demandeur, quelle que soit la nature des prétentions pour lesquelles il agit en justice.

Dans ce sens, il appartient au demandeur collectif de s'assurer à ce que les 250  
prétentions qu'il fait valoir sont issues du même dommage collectif, afin  
qu'elles soient soumises à un jugement uniforme. Dans le cas contraire, le  
demandeur collectif pourrait voir le juge, dans un but de simplifier le procès,  
diviser les causes conformément à l'art. 125 CPC.<sup>434</sup>

---

<sup>434</sup> GROBÉTY, p. 175. Tel pourrait notamment être le cas lorsqu'une partie des prétentions introduites par cumul d'actions possèdent davantage de points communs avec certaines prétentions, moins avec d'autres. Dans ces cas-ci, une subdivision en plusieurs sous-groupes pourrait s'avérer opportune. Aux États-Unis, la Rule 23 (c)(4)(B) US-FRCP prévoit une subdivision en sous-classes lorsque cela est approprié (« *when appropriate* »). A ce sujet, cf. BISOM-RAPP ; DODSON.



## §7 L'augmentation du dommage collectif en cours de procédure

Nous allons en premier lieu présenter le problème posé par ce chapitre (I.). En 251 deuxième et troisième lieu, nous traiterons de la problématique dans le cadre de la procédure de conciliation (II.) et dans celui du procès principal (III.), avant de nous intéresser en quatrième lieu au rapport avec les procédures auprès des instances de recours (IV.). Pour clôturer ce chapitre, nous thématiserons les effets qu'induit l'augmentation du dommage sur la litispendance (V.).

### I. Le problème

L'intérêt de cette thématique est de se demander si des lésés retardataires ou 252 ceux qui ne sont découverts qu'en cours de procès peuvent encore se joindre à l'exercice collectif des droits. Ce problème n'est sans doute pas sans importance dans la mesure où le fait d'introduire une action interrompt la prescription (art. 135 ch. 2 CO). Partant, si les prétentions d'un dommage collectif sont sur le point d'être prescrites, le demandeur collectif aura tout intérêt à ouvrir action, malgré le fait de ne pas s'être fait céder toutes les créances relatives au dommage collectif.

Dans ce contexte, tout lésé additionnel à l'exercice collectif des droits – pour 253 autant qu'il cède sa créance au demandeur collectif – a pour effet d'accroître les prétentions de celui-ci, ce qui le contraindra à augmenter ses conclusions. **Une augmentation des conclusions entraîne une modification de la demande**, étant donné que de nouveaux éléments sont introduits dans le procès qui ont pour conséquence que la nouvelle demande n'est plus identique à la demande initiale.<sup>435</sup> Afin de savoir si une telle démarche est possible au cours d'un procès et le cas échéant, quelles conséquences cela implique, nous allons

---

<sup>435</sup> TF 5P.241/2004 du 23.09.2004, cons. 3.1 ; GULDENER, p. 197 ss. ; MAYHALL, p. 2 s. ; ROHNER, p. 7 ss. ; VON ARX, p. 95 s. ;

procéder de manière chronologique en suivant les étapes typiques d'un litige, jusqu'à son ultime aboutissement.



## **II. En procédure de conciliation**

### **1. Remarques préliminaires**

Le CPC institue le principe de l'obligation de la tentative de conciliation avant 254 l'introduction de l'action en procédure ordinaire ou simplifiée (art. 197 CPC). Ce principe souffre deux types de dérogations, à savoir les exceptions (art. 198 CPC), ainsi que la renonciation (art. 199 CPC). La première hypothèse prévoit en particulier que la procédure sommaire est exceptée de cette obligation (art. 198 let. a CPC). La seconde hypothèse est en revanche une faculté laissée aux parties de pouvoir renoncer, unilatéralement ou d'un commun accord, à la procédure de conciliation (art. 199 CPC).<sup>436</sup>

Sauf pour les cas d'une certaine envergure, une action tendant à l'exercice 255 collectif des droits sera en principe précédée par une procédure de conciliation. Nous allons voir dans quelle mesure de nouveaux lésés peuvent se joindre à un exercice collectif des droits au stade de la conciliation et en modifier ainsi les conclusions en cours de procédure.

### **2. La modification des conclusions**

#### **2.1. Les conclusions dans la requête de conciliation**

Avant d'étudier les possibilités de modification des conclusions, nous nous 256 devons de brièvement aborder la façon dont celles-ci doivent être soumises à l'autorité de conciliation, soit en tant que partie intégrante d'une requête de conciliation. En effet, d'après l'art. 202 CPC, la procédure est introduite par la requête de conciliation (al. 1), qui doit contenir non seulement la mention

---

<sup>436</sup> Lorsqu'une valeur litigieuse de 100000 fr. au moins est en cause, les parties peuvent renoncer d'un commun accord à la procédure de conciliation (art. 199 al. 1 CPC). En outre, le demandeur peut décider de manière unilatérale de renoncer à la procédure de conciliation en particulier lorsque le domicile ou le siège du défendeur se situe à l'étranger (art. 199 al. 2 let. a CPC).

des conclusions, mais également la désignation de la partie adverse ainsi que la description de l'objet du litige (al. 2). Bien que le requérant puisse indiquer les conclusions et décrire de l'objet du litige de manière sommaire,<sup>437</sup> il est **nécessaire que les conclusions indiquent précisément ce qui est réclamé à la partie intimée**.<sup>438</sup> En conséquence, les demandes exigeant le paiement d'une somme d'argent doivent être chiffrées.<sup>439</sup> L'indication des conclusions et la description de l'objet du litige dans la requête de conciliation permettent d'identifier le litige et d'assurer une certaine prévisibilité du processus de conciliation.<sup>440</sup>

- 257 En conséquence, **un demandeur collectif doit chiffrer les conclusions** en indiquant le montant total des prétentions qu'il fait valoir à l'encontre de la partie intimée (art. 93 al. 1 CPC).

## 2.2. L'admissibilité de la modification

- 258 La réglementation sur la conciliation ne contient **aucune disposition sur la modification de la demande**. Cette hypothèse est prévue dans le cadre de la **procédure ordinaire par l'art. 227 CPC**. Il s'agit d'examiner si cette disposition devrait s'appliquer à la procédure de conciliation en vertu de l'art. 219 CPC, qui prescrit une application par analogie des dispositions de la procédure ordinaire aux autres procédures.
- 259 Si la jurisprudence fédérale a laissé la question ouverte dans un premier temps,<sup>441</sup> elle a jugé dans un second temps une application analogique (mais atténuée) de l'art. 227 CPC à la phase intermédiaire entre l'autorisation de procéder et le dépôt de la demande, en se référant à l'art. 219 CPC.<sup>442</sup> Notre

---

<sup>437</sup> Message CPC, p. 6939; BK/ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 202 N. 8 ; CoRo/CPC-BOHNET, art. 202 N. 5.

<sup>438</sup> DOLGE/INFANGER, p. 84 s.

<sup>439</sup> ATF 142 III 102, cons. 5.3.1.

<sup>440</sup> TF 5A\_588/2015 du 9.2.2016, cons. 4.3.1.

<sup>441</sup> TF 5A\_588/2015 du 9.2.2016, cons. 4.3.1.

<sup>442</sup> TF 4A\_222/2017 du 8.5.2018, cons. 4.1 et 4.2.

Haute Cour estime cependant qu'il ne s'agit pas de transposer aveuglément les règles de la procédure ordinaire aux autres, sans y apporter des adaptations en raison des particularités d'une procédure déterminée.<sup>443</sup> C'est ainsi qu'elle a jugé que la condition de connexité était entièrement applicable (art. 227 al. 1 let a CPC), tandis que celle de l'identité de la procédure ne l'était pas (art. 227 al. 1 i.i. CPC). A juste titre, elle a estimé que la question de la procédure applicable ne se posait pas au stade de la procédure de conciliation. Comme le soulève d'ailleurs HEINZMANN, il n'y a pas de nécessité de fixer le type de procédure avant le dépôt de la demande. Effectivement, l'objet du litige peut encore subir d'importantes modifications durant la procédure de conciliation (p.ex. acquiescement, désistement ou accord partiel).<sup>444</sup>

La **doctrine** quant à elle **est divisée sur la question** de savoir si l'art. 227 CPC 260 doit trouver application au cours de la procédure de conciliation. D'aucuns estiment que l'art. 227 CPC s'applique par analogie.<sup>445</sup> Une application partielle se justifie, selon BOHNET, dans la mesure où la requête de conciliation fixe d'ores et déjà la litispendance. Une autre partie de la doctrine ne partage pas cet avis, mais estime qu'une modification des conclusions peut intervenir sans égard aux conditions de l'art. 227 CPC.<sup>446</sup> Parmi ces auteurs, plusieurs avancent, à juste titre selon nous, que ces exigences ne sont pas applicables en raison que l'objet du litige n'est pas fixé par la requête en conciliation, mais au plus tôt par la délivrance de l'autorisation de procéder qui clôt cette procédure.<sup>447</sup>

A notre avis, une lecture attentive de la jurisprudence fédérale évoquée ci- 261 dessus soutient **l'admissibilité de pouvoir modifier les conclusions au cours de la procédure de conciliation en faisant fi de l'art. 227 CPC** (cf. *supra* N. 259). En effet, cet arrêt distingue clairement entre le moment qui suit le

---

<sup>443</sup> ATF 138 III 483, cons. 3.2.2.

<sup>444</sup> HEINZMANN, thèse, N. 183.

<sup>445</sup> CoRo/CPC-BOHNET, art. 202 N. 6 ; DOLGE/INFANGER, p. 84. Dans ce sens également, BSK/ZPO-INFANGER, art. 209 N. 8.

<sup>446</sup> BK/ZPO-KILIAS, art. 227 N. 19 ; BSK/ZPO-HONEGGER, art. 227 N. 13 ; SCHMID MARTIN, p. 186 ; SCHRANK, p. 84 ; SUTTER-SOMM, Schlichtungsverfahren, p. 76.

<sup>447</sup> BK/ZPO-KILIAS, art. 227 N. 19 ; BSK/ZPO-HONEGGER, art. 227 N. 13 ; SCHMID MARTIN, p. 186. Dans ce sens également, HEINZMANN, thèse, N. 183.

dépôt de la demande en justice et celui qui suit la délivrance de l'autorisation de procéder, hypothèse dans laquelle seule l'exigence de connexité de l'art. 227 CPC peut être exigée.<sup>448</sup> La jurisprudence fédérale évoque à cet égard le moment « entre la délivrance de l'autorisation de procéder et le dépôt de la demande [...] », sans toutefois thématiser le moment antérieur à la délivrance de l'autorisation de procéder. Ceci implique que **tant qu'une autorisation de procéder n'a pas été délivrée, une modification des conclusions ne doit *a fortiori* être soumise à aucune autre condition.**

- 262 Par conséquent, d'autres lésés pourraient se joindre à l'exercice collectif des droits à la suite de l'introduction de la requête de conciliation, sans que le demandeur collectif doive démontrer la satisfaction d'autres exigences, à condition que l'autorisation de procéder n'ait pas encore été délivrée. Suite à quoi et jusqu'au moment du dépôt de la demande en justice, d'autres lésés seraient tout de même admis à l'exercice collectif des droits, cette fois sous réserve de présenter un lien de connexité avec les prétentions invoquées.<sup>449</sup> Comme nous le verrons dans le chapitre abordant la modification des conclusions en procédure de fond ci-dessous (cf. *infra* N. 263 ss), la satisfaction de l'exigence de connexité ne devrait pas susciter de difficultés dans le cadre d'un exercice collectif des droits.

---

<sup>448</sup> TF 4A\_222/2017 du 8.5.2018, cons. 4.1 et 4.2.

<sup>449</sup> TF 4A\_222/2017 du 8.5.2018, cons. 4.1 et 4.2.

### III. En procédure de fond

#### 1. Remarques préliminaires

Dès l'instant où la procédure de conciliation s'est soldée par un échec et que la demande au tribunal a été introduite (art. 197 CPC) ou qu'il n'y a pas eu de conciliation (art. 198 CPC), nous allons examiner les conditions sous lesquelles le dommage collectif peut être augmenté. Tout lésé additionnel qui cède sa prétention au demandeur collectif a non seulement pour effet d'élargir le conglomerat de faits allégués, mais également et surtout d'accroître les prétentions du demandeur collectif qui devra augmenter ses conclusions, constituant ainsi une **modification de la demande**.<sup>450</sup> En effet, une modification de la demande survient lorsqu'une prétention jusqu'alors invoquée est transformée, lorsqu'une nouvelle prétention est invoquée,<sup>451</sup> ou lorsque le conglomerat de faits est élargi de façon à modifier l'objet du litige.<sup>452</sup> En augmentant ses conclusions de telle façon, le demandeur collectif introduit un ou plusieurs nouveaux objets du litige qui viennent élargir l'objet du procès (cf. *supra* N. 192 ss). Il en résulte une modification de la demande au moment du dépôt de celle-ci devant le tribunal de première instance dans la mesure où la prétention réclamée diffère de celle contenue dans l'autorisation de procéder (cf. *supra* N. 259). En revanche, il n'y a pas de modification de la demande au moment du dépôt de celle-ci dans l'hypothèse où il n'y aurait pas eu de conciliation préalable.

En procédure de fond, ceci n'est possible qu'aux conditions permettant une telle modification, soit avant la tenue des débats principaux (art. 227 CPC) ou lors de la tenue de ceux-ci jusqu'aux délibérations (art. 229 CPC).

---

<sup>450</sup> Soulevons que s'il n'y a pas de conciliation préalable, il n'y a pas de modification de la demande au moment de son dépôt.

<sup>451</sup> TF 4A\_222/2017 du 8.5.2018, cons. 4.1.1 ; 4A\_439/2014 du 16.2.2015, cons. 5.4.3.1.

<sup>452</sup> ATF 115 II 187. Cf. à ce sujet CoRo/CPC-SCHWEIZER, art. 227 N. 15.

## 2. La modification de la demande avant la tenue des débats principaux

### 2.1. Remarques générales

- 265 La **demande peut être modifiée aux conditions de l'art. 227 CPC tant que les débats principaux n'ont pas eu lieu**. Ceux-ci représentent la deuxième étape du procès en première instance et se distinguent par trois phases, à savoir les premières plaidoiries (art. 228 CPC), l'administration des preuves (art. 231 CPC) et les plaidoiries finales (art. 232 CPC). La première étape du procès quant à elle est constituée de l'échange des écritures (art. 222 s. et 225 CPC) et, le cas échéant, des débats d'instruction (art. 226 CPC).<sup>453</sup> Remarquons que cette seconde phase du procès est régie par le principe de publicité des débats (art. 6 ch. 1 CEDH, art. 30 al. 3 Cst. et art. 54 CPC), qui s'adresse autant aux parties qu'au public et à la presse,<sup>454</sup> ce qui contribue à augmenter la diffusion de l'existence d'un exercice collectif des droits, pouvant attirer davantage de lésés à partir de l'ouverture des débats (cf. *infra* N. 263 ss).
- 266 En vertu de l'art. 227 CPC, la prétention nouvelle ou modifiée doit relever de la même procédure, être soumise à la même compétence en raison de la matière et soit revêtir un lien de connexité, soit être acceptée par la partie adverse.

### 2.2. Une procédure identique pour la prétention nouvelle ou modifiée

- 267 Qu'il s'agisse de la prétention nouvelle ou celle qui doit être modifiée, l'art. 227 al. 1 CPC exige l'application de la même procédure. Tout comme l'art. 90 let. b CPC pour le cumul objectif d'actions (cf. *supra* N. 204), l'al. 1 fait référence à l'**identité de types de procédure** (*gleiche Verfahrensart* dans le texte allemand de la loi), soit la procédure ordinaire (art. 219 ss. CPC), simplifiée

---

<sup>453</sup> CoRo/CPC-TAPPY, art. 228 N. 3.

<sup>454</sup> TF 4A\_179/2019 du 24.9.2019, cons. 2.2 ; ATF 137 I 16, cons. 2.2 ; ATF 127 I 44, cons. 2e.

(art. 243 ss. CPC), sommaire (art. 248 ss. CPC) ou une des procédures spéciales (art. 271 ss. CPC). Ceci signifie que la prétention nouvelle ou modifiée ne peut conduire à un changement de procédure que celle qui est d'ores et déjà applicable au litige.<sup>455</sup>

Pour les cas où la procédure ne se baserait que sur la valeur litigieuse et que la **procédure simplifiée** serait applicable (art. 243 al. 1 CPC), une modification de la demande ne serait admissible que dans la mesure où le cumul des prétentions (art. 93 al. 1 CPC) ne dépasserait pas le montant de 30'000 fr.<sup>456</sup> Au-delà, une modification de la demande ne serait plus possible étant donné que la procédure ordinaire trouverait alors application.

Dans le cadre d'un **exercice collectif des droits**, la procédure dépend en principe de la valeur litigieuse. Ainsi, dans la mesure où la procédure simplifiée serait applicable, de nouveaux lésés ne pourraient se joindre à la procédure que jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse de 30'000 fr. Ceci ne devrait toutefois pas présenter un véritable problème en pratique, étant donné qu'une affaire à faible valeur litigieuse – soit pas au-delà de 30'000 fr. au moment du dépôt de la demande en justice – risque de faire figure d'exception (cf. *supra* N. 206). Par conséquent, le **cas régulier** – soit celui d'une valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr. au moment du dépôt de la demande en justice – **sera soumis à la procédure ordinaire** (soit une valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr.), ne posant ainsi **aucune limite quant au nombre de lésés supplémentaires pouvant se joindre** à l'exercice collectif au regard de l'al. 1 de l'art. 227 CPC.

### 2.3. Un lien de connexité ou un consentement

Avec le consentement de la partie adverse à la modification (art. 227 al. 1 let. b CPC) – occurrence vraisemblablement rare en pratique – l'exigence de connexité représente l'autre condition alternative à l'admission de la modification

---

<sup>455</sup> BSK/ZPO- WILLISEGGER, art. 227 N. 38 ; CoRo/CPC-SCHWEIZER, art. 227 N. 17.

<sup>456</sup> BK/ZPO-KILLIAS, art. 227 N. 27 ; BSK/ZPO- WILLISEGGER, art. 227 N. 38 ; DIKE/ZPO-PAHUD, art. 227 N. 7 ; ZK/ZPO-LEUENBERGER, art. 227 N. 15 ; Arrêt du TC-VD du 24.11.2015, 2015/628, cons. 3.2, reproduit dans JdT 2016 III 54.

de la demande (art. 227 al. 1 let. a CPC). Nous allons donc nous limiter à thématiser le lien de connexité.

- 271 En guise de rappel (cf *supra* N. 248), soulignons que la notion de lien de connexité au sens de la procédure civile suisse<sup>457</sup> signifie **l'existence d'un lien de fait ou de droit entre les prétentions**.<sup>458</sup> La connexité entre les prétentions doit être telle qu'elle doit permettre d'éviter des jugements contradictoires.<sup>459</sup> Tel est le cas lorsque les actions se basent sur un état de fait ou une cause juridique similaire.<sup>460</sup> Les prétentions issues d'un même contrat sont ainsi connexes. La connexité est également admise lorsque les prétentions sont fondées sur des rapports juridiques ou des faits distincts, mais présentant un lien fonctionnel étroit.<sup>461</sup> En rapport avec la modification de la demande, le Tribunal fédéral interprète la notion de connexité de manière large.<sup>462</sup>
- 272 Il importe de déterminer si, lorsqu'un demandeur collectif fait valoir une multitude de prétentions qui relèvent de questions de fait et de droit communes (cf. *supra* N. 46 s. et 248), celles-ci revêtent un lien de connexité au sens de l'art. 227 al. 1 let. a CPC. Il est vrai que le conglomerat de faits d'un dommage collectif n'est pas identique, étant donné qu'il peut comporter, pour chacune des prétentions, un dommage aux lésés par un acte juridique similaire répété (p. ex. la vente d'un même produit par un vendeur à une multitude d'acheteurs) ou un acte dommageable unique (p. ex. une panne d'électricité ayant un effet dommageable pour une multitude de clients) (cf. *supra* N. 47). Les prétentions d'un même dommage collectif se basent donc sur un conglomerat de

---

<sup>457</sup> Au-delà de l'art. 15 al. 2 CPC, la connexité est un terme récurrent dans le CPC (art. 14 al. 1, 127, 227 et 376 al. 1 et 2 CPC) qui avait déjà été consacré pour d'autres questions dans la LDIP ainsi que la Convention de Lugano (art. 8 ss. LDIP et 28 ch. 3 CL) et avant l'entrée en vigueur du CPC, la LFors.

<sup>458</sup> ATF 132 III 178, cons. 3.

<sup>459</sup> ATF 132 III 178 cons. 3.1; OFK/ZPO-URBACH, art. 15 N. 13; ZK/ZPO-SUTTER-SOMM/KLINGLER, art. 15 N. 19.

<sup>460</sup> ATF 132 III 178 cons. 3.1. Cf. également ATF 129 III 230, cons. 3.1.

<sup>461</sup> GUILLAUME, p. 233.

<sup>462</sup> TF 4A\_255/2015 du 1.10.2015, cons. 2.2.3.



faits pour le moins similaire, relèvent de questions de droit communes et présentent entre elles des liens fonctionnels étroits. Le fait de les traiter à l'occasion d'une même procédure permettra d'éviter des jugements contradictoires tout en favorisant la cohérence du traitement de questions juridiques similaires. Par conséquent, nous estimons qu'en règle générale, **les nouvelles prétentions formant la demande modifiée présentent un lien de connexité au sens de l'art. 227 al. 1 let. a CPC**, admettant la modification de la demande de ce point de vue ci.

### 3. La modification de la demande aux débats principaux

#### 3.1. Remarques générales

D'après l'art. 230 al. 1 CPC, la demande peut également être modifiée dans la 273  
seconde phase de la procédure, **au stade des débats principaux**. En d'autres termes, le demandeur a la faculté de modifier sa demande jusqu'aux plaidoiries finales (art. 232 CPC), sous réserve de procédés dilatoires contraires au principe de la bonne foi.<sup>463</sup>

L'art. 230 al. 1 CPC prescrit qu'une modification de la demande n'est admis- 274  
sible que si elle satisfait les exigences de l'art. 227 al. 1 CPC (art. 230 al. 1 let. a CPC ; cf. *supra* N. 265 ss) et repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 230 al. 1 let. b CPC). Les **faits et moyens de preuve nouveaux**<sup>464</sup> peuvent être présentés sans restriction à l'ouverture des débats principaux – à savoir au début des premières plaidoiries (art. 228 CPC)<sup>465</sup> – dans la mesure où il n'y a pas eu de second échange d'écritures (art. 225 CPC) ni de débats d'instructions (art. 226 CPC). Il s'agit du système dit du « droit à la deuxième chance » consacré par l'art. 229 al. 2 CPC, qui une fois épuisé,

---

<sup>463</sup> TF 5A\_16/2016 du 26.5.2016, cons. 5.2; 5A\_245/2017 du 4.12.2017, cons. 2.4.

<sup>464</sup> Concernant la notion des faits et moyens de preuve nouveaux, cf. BSK/ZPO-WILLISEGGER, art. 229 N. 12 ss.

<sup>465</sup> Au sujet de cette notion, cf. CoRo/CPC-TAPPY, art. 228 N. 13.

conduit à la clôture de la phase d'allégation (*Aktenschluss*).<sup>466</sup> Dans le cas contraire où le demandeur aurait eu l'occasion de compléter ses allégations avant les premières plaidoiries, l'admissibilité de nouveaux faits ou moyens de preuves aux débats principaux exigerait une invocation « sans retard »<sup>467</sup> et la satisfaction des conditions plus strictes concernant les *novas* proprement et improprement dits (art. 229 al. 1 let. a et b CPC).

## 3.2. Les *novas*

### 3.2.1. La distinction

- 275 Les **novas proprement dits** sont les faits ou les moyens de preuve qui sont survenus à la suite de l'échange d'écritures ou de la dernière audience d'instruction (art. 229 al. 1 let. a CPC). En tenant compte du « droit à la deuxième chance » (cf. *supra* N. 274), tombent sous cette définition aussi les faits postérieurs aux premières plaidoiries lorsque ni un deuxième échange d'écritures ni des débats d'instruction n'ont eu lieu.<sup>468</sup> Cette hypothèse concerne un état de fait qui se modifie en cours de procédure, telle qu'une augmentation progressive du dommage.<sup>469</sup>
- 276 En ce qui concerne les **novas improprement dits**, il s'agit de faits et de moyens de preuve qui existaient déjà avant la clôture de l'échange d'écritures ou de l'audience d'instruction, mais qui ne pouvaient être invoqués avant malgré la diligence exigible (art. 229 al. 1 let. b CPC). Il peut ainsi s'agir de faits

---

<sup>466</sup> TF 4A\_70/2019, cons. 2.5.2 ; ATF 144 III 67, cons. 2.1. Au sujet du système du droit à la deuxième chance, cf. également CoRo/CPC-TAPPY, art. 229 N. 18 s.

<sup>467</sup> Dans son arrêt TF 4A\_61/2017 du 31.08.2017, cons. 3.6, le TF a jugé que l'allégation de *novas* une trentaine de jours après la réception de la duplique ne les rendait pas encore irrecevables, puisqu'ils avaient été invoqués sans retard. CoRo/CPC-TAPPY, art. 229 N. 9 qui estime qu'il est admissible pour la partie concernée d'effectuer certaines vérifications avant d'invoquer les *novas* en procédure, sans toutefois laisser écouler plus de quelques semaines.

<sup>468</sup> Message CPC, p. 6948.

<sup>469</sup> BK/ZPO-KILLIAS, art. 229 N. 12.

connus, mais dont la pertinence n'apparaît qu'à la suite de la date limite,<sup>470</sup> ou de ceux qui n'ont été découverts qu'après l'échange d'écritures ou de la dernière audience d'instruction.<sup>471</sup> La partie invoquant ces novas doit ainsi justifier son retard, démontrant qu'elle a fait preuve de la diligence qu'on pouvait requérir d'elle. Autrement dit, il s'agit de juger du caractère excusable ou non de l'ignorance du fait en question.<sup>472</sup> Elle doit notamment avoir effectué les recherches qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle d'un point de vue objectif.<sup>473</sup>

Le critère **pour distinguer** entre un nova proprement ou improprement dit 277 repose sur **le moment du début de l'existence du nova** en question.<sup>474</sup> Par conséquent, si l'on se trouve après la clôture de la phase d'allégation, nous sommes en présence d'un nova proprement dit, alors que dans le cas contraire, nous sommes en présence d'un nova improprement dit.

### ***3.2.2. Lors de l'augmentation du dommage collectif***

Concernant l'exercice collectif des droits, nous devons déterminer **dans 278 quelle catégorie de nova il faut classer le fait qu'un lésé supplémentaire cède ses droits au demandeur collectif** une fois le système du droit à la deuxième chance épuisé. S'agit-il là d'un fait dont l'existence survient seulement lorsque le lésé cède sa prétention au demandeur collectif et dont il fait augmenter les prétentions à ce moment précis, constituant ainsi un nova proprement dit ? Ou sommes-nous en présence d'un nova improprement dit, dans le sens où la créance du lésé en question a pris naissance au même moment que

---

<sup>470</sup> TF 4A\_61/2017 du 31.8.2017, cons. 6.

<sup>471</sup> ZK/ZPO-LEUENBERGER, art. 229 N. 6. Précisons que cette hypothèse faisait partie, jusqu'avant le 1er janvier 2018, de la let. a de l'art. 229 al. 1 CPC, locution qui a été biffée par le législateur depuis, considérant qu'il s'agissait d'une erreur rédactionnelle qui devait tomber sous l'application des novas improprement dits.

<sup>472</sup> CHAIX, p. 125 ; CoRo/CPC-TAPPY, art. 229 N. 6.

<sup>473</sup> BSK/ZPO-WILLISEGGER, art. 229 N. 32 s. ; DIKE/ZPO-PAHUD, art. 229 N. 15. ZK/ZPO-LEUENBERGER, art. 229 N. 8 différencie selon l'hypothèse où une partie est ou non représentée par un avocat, dans ce dernier cas, la mesure doit être subjective.

<sup>474</sup> Cf. e.a. MORET, thèse, N. 539. Cf. également ATF 131 III 189, cons. 2.1.2 ; 126 III 353, cons. 2b)aa.

le dommage collectif et donc avant le moment déterminant ? En d'autres termes, il s'agit de déterminer si le fait pertinent est constitué par la cession de la créance du lésé (nova proprement dit) ou par la naissance de son dommage (nova improprement dit). Si ce fait est à qualifier de nova proprement dit, la demande peut alors être modifiée en conséquence. Si toutefois il était à qualifier de nova improprement dit, la condition supplémentaire du respect de diligence doit être remplie (art. 229 al. 1 let. b CPC).

- 279 Notre avis penche pour la première hypothèse. En effet, même si le dommage individuel du lésé prend naissance à la suite du fait générateur de responsabilités et non au moment de la cession, la titularité de la créance en question n'appartient pas au demandeur collectif tant que la cession n'a pas été opérée. Certes, le dommage individuel d'un lésé qui n'a pas encore été cédé aurait éventuellement pu être découvert par le demandeur collectif par une intensification de la recherche des lésés (cf. *supra* N. 170 ss). En revanche, étant donné que la faculté de céder une créance appartient uniquement à son titulaire, **l'existence du nova ne dépend pas de la volonté du demandeur collectif**. Or, la jurisprudence et la doctrine qui se prononcent sur la question estiment à juste titre que lorsque l'existence d'un nova dépend de la volonté de la partie qui s'en prévaut, le nouveau fait doit être considéré comme nova improprement dit.<sup>475</sup> A l'inverse, lorsque tel n'est pas le cas – comme évoqué dans le cadre d'un exercice collectif des droits – le fait doit être considéré comme un nova proprement dit.
- 280 Par conséquent, le demandeur collectif doit pouvoir modifier ses conclusions lors des débats principaux (art. 230 CPC) lorsque des lésés supplémentaires lui cèdent leurs droits après la clôture de la phase d'allégation **à titre de novas proprement dits** (art. 229 al. 1 let. a CPC). Le dommage individuel du lésé ne devient un fait et un moyen de preuve pertinent pour le procès au sens de l'art. 152 al. 1 CPC qu'à partir du moment où il est cédé au demandeur

---

<sup>475</sup> ATF 146 III 416 ; MORET, *Novenrecht*, p. 51 ; REUT, N 76 et 81 ss, avec références.

collectif et n'existe, en vertu de l'art. 229 al. 1 let. a CPC, qu'à partir de ce moment-là.

## IV. En procédure d'appel

### 1. Remarques préliminaires

- 281 À présent, nous allons tenter de répondre à la question de savoir si le dommage collectif peut être augmenté à l'occasion d'une procédure en deuxième instance, dans l'hypothèse où de nouveaux lésés se manifesteraient seulement à la suite du jugement de première instance. Comme pour la procédure en première instance, **un élargissement de la prétention globale représente une modification de la demande** (cf. *supra*, N. 253). Celle-ci est admissible uniquement en appel (art. 308 ss CPC),<sup>476</sup> aux conditions de **l'art. 317 al. 2 CPC**.<sup>477</sup> Elle doit, d'une part, reposer sur des faits et des moyens de preuve nouveaux (let. b) et, d'autre part, répondre aux conditions de l'art. 227 al. 1 CPC (let. a).
- 282 Bien entendu, afin d'être admis à agir en appel, il est **nécessaire** que le demandeur collectif **n'ait pas ou pas entièrement obtenu gain de cause**, dans le sens d'une lésion formelle et matérielle.<sup>478</sup> Dans le cas contraire, les lésés retardataires ne seront en mesure de se joindre à cet exercice collectif qu'à condition que le demandeur collectif introduise un appel joint en vertu de l'art. 313 CPC.<sup>479</sup> Relevons enfin que la valeur litigieuse limite de 10'000 fr. ne devrait guère faire obstacle à un appel dans le cadre d'un exercice collectif des droits où, comme nous l'avons d'ores et déjà constaté (cf. *supra* N. 206), les valeurs litigieuses se chiffrent même rarement en-deçà de 30'000 fr.

---

<sup>476</sup> Contrairement au recours (art. 319 ss CPC), cadre dans lequel une modification de la demande n'est pas admise (art. 326 CPC).

<sup>477</sup> TF 5A\_621/2012 du 20.3.2013 cons. 4.3.2. Cf. SEILER, N. 1374 ainsi que les références citées.

<sup>478</sup> TF 4A\_304/2018 du 23.10.2018, cons. 3.2.1 ; BK/ZPO-STERCHI, art. 317 N. 14.

<sup>479</sup> TF 5A\_386/2014 du 1.12.2014, cons. 6.2.

## 2. Les conditions à la modification de la demande

### 2.1. L'art. 227 CPC

En raison du renvoi de l'art. 317 al. 2 let. a CPC, les conditions de l'art. 227 283 CPC doivent être satisfaites. Même si nous avons déjà abordé ces conditions auparavant (cf. *supra* N. 265 ss), elles méritent néanmoins quelques précisions à ce stade.

En premier lieu, la demande modifiée doit tomber sous le champ d'application 284 de la **même procédure que l'ancienne demande** (art. 227 al. 1 CPC). Ainsi, les deux demandes doivent, selon les règles sur la première instance, être soumises soit à la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC), soit à la procédure simplifiée (art. 243 ss CPC), à la procédure sommaire (art. 248 ss CPC) ou aux procédures spéciales (art. 271 ss CPC).<sup>480</sup> Par conséquent, il n'est pas admis-sible de modifier ses conclusions au-delà d'une valeur litigieuse de 30'000 fr. dans la mesure où devant la première instance, la procédure simplifiée était applicable en raison d'une valeur litigieuse inférieure qui ne dépassait pas ce montant-là (art. 243 al. 1 CPC).

En second lieu, la demande modifiée doit revêtir un **lien de connexité** avec la 285 précédente (art. 227 al. 1 let. a CPC).<sup>481</sup> À cet égard, nous pouvons renvoyer le lecteur aux développements ayant traité de la thématique (cf. *supra*, N. 246 ss). À défaut de connexité, le consentement de la partie adverse est nécessaire (art. 227 al. 1 let. b CPC).

### 2.2. Nouveaux faits ou moyens de preuve

L'al. 2 let. b de l'art. 317 CPC précise qu'une modification de la demande 286 n'est acceptée qu'à condition que celle-ci repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux recevables en appel, renvoyant ainsi aux exigences de l'al. 1. En vertu de cette disposition, ils doivent être invoqués ou produits sans

---

<sup>480</sup> BK/ZPO-STERCHI, art. 317 N. N. 11a ; CoRo/CPC-JEANDIN, art. 317 N. 11 ; ZK/ZPO-REETZ/HILBER, art. 317 N. 81.

<sup>481</sup> Cf. également ZK/ZPO-REETZ/HILBER, art. 317 N. 83.

retard (let. a) et ils ne pouvaient l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

- 287 En procédure d'appel, **la notion d'invocation « sans retard »** se réfère au moment où la partie en question apprend l'existence de nouveaux faits ou moyens de preuve. Ceci coïncidera en règle générale avec l'introduction du mémoire d'appel (art. 311 CPC), respectivement avec la présentation d'un appel joint (art. 313 CPC).<sup>482</sup> Toutefois, la jurisprudence fédérale précise que pour autant que la phase de délibérations en appel n'ait pas commencé, les faits et moyens de preuve qui surviennent jusqu'à ce stade peuvent encore être introduits au procès, aux conditions de l'art. 317 al. 1 CPC.<sup>483</sup>
- 288 Une fois ce moment passé, **seule la voie de la révision** selon l'art. 328 al. 1 let. a CPC est accessible pour invoquer de nouveaux faits. Cependant, les faits et moyens de preuves qui surviendraient à la suite du début de la phase de délibération en procédure d'appel ne sont pas invoquables en procédure de révision, mais uniquement **par le biais d'une nouvelle action en justice**.<sup>484</sup>
- 289 Alors que le Tribunal fédéral admet les novas improprement dits qu'à condition que la diligence requise n'ait pas permis de les invoquer dans la procédure de première instance, **les novas proprement dits sont admis dès l'instant où ils sont invoqués ou produits sans retard**.<sup>485</sup> La seconde exigence établie par la let. b concerne donc en vérité que les novas improprement dits.<sup>486</sup> Nous avons conclu dans le chapitre précédent que le fait d'introduire de nouvelles prétentions issues de cessions de créances de la part de tiers constituait des novas proprement dits (cf. *supra*, N. 280).
- 290 En résumé, une augmentation du dommage collectif en procédure d'appel est admissible dans la mesure où la même procédure aurait été applicable en

---

<sup>482</sup> CoRo/CPC-JEANDIN, art. 317 N. 7.

<sup>483</sup> ATF 142 III 413, cons. 2.2.3-2.2.6.

<sup>484</sup> ATF 142 III 413, cons. 2.2.6.

<sup>485</sup> TF 4A\_662/2012 du 7.2.2013, cons. 3.3.

<sup>486</sup> CoRo/CPC-JEANDIN, art. 317 N. 8.



première instance à la demande modifiée, que la demande modifiée ou nouvelle dispose d'un lien de connexité avec la demande initiale et que les nouveaux faits et moyens de preuve (i.e. la cession des droits des nouveaux lésés) sont invoqués sans retard pendant la procédure d'appel.

Relevons enfin que **la demande ne peut pas faire l'objet d'une modification devant le Tribunal fédéral** (art. 99 al. 2 LTF).<sup>291</sup> Tout au plus, la demande peut être réduite par rapport à celle qui était litigieuse devant l'instance inférieure.<sup>487</sup> Par conséquent, un demandeur collectif ne peut plus accepter davantage de lésés à l'issue de la procédure en deuxième instance, à moins d'engager un deuxième exercice collectif des droits.

---

<sup>487</sup> ATF 136 II 457, cons. 4.2.

## V. Les effets de droit procédural et matériel de l'augmentation du dommage collectif

### 1. Sur la litispendance

- 292 Si la **litispendance débute avec le dépôt de la requête en conciliation ou de la demande en justice** (art. 62 al. 1 CPC), il s'agit à présent de déterminer si la litispendance pour une demande modifiée débute au moment de sa modification ou au contraire, de manière rétroactive, au moment où l'action en justice a été introduite. Cette question n'est pas sans importance puisque d'après l'art. 64 al. 2 CPC, les délais de droit privé qui se fondent sur le dépôt d'un acte introductif d'instance, comme en particulier les actes interruptifs de prescription de l'art. 135 ch. 2 CO, se calquent sur le moment équivalent au début de la litispendance au sens du CPC. Le dépôt de la requête en conciliation ou de la demande en justice conformément à l'art. 62 al. 1 CPC a donc pour effet d'interrompre les délais de prescription.<sup>488</sup>
- 293 La demande modifiée bénéficie-t-elle également du même moment de litispendance ? Le TF ne s'est pas exprimé précisément sur cette question, mais il l'a fait pour celle de l'interruption de la prescription en rapport avec une modification d'une demande, avant l'entrée en vigueur du CPC. Il a ainsi jugé que le dépôt d'une demande en justice avait interrompu la prescription à concurrence du montant réclamé à ce moment, mais non pour la part supplémentaire qui avait fait l'objet de conclusions augmentées ultérieurement.<sup>489</sup> La doctrine majoritaire semble aller dans le sens de la jurisprudence évoquée dans le sens où elle estime que **la litispendance, pour une demande modifiée,**

---

<sup>488</sup> ATF 142 III 782, cons. 3.1.3.2.

<sup>489</sup> ATF 122 III 195, cons. 9c).

**début au moment de sa modification.** Un effet rétroactif au début de la litispendance originaire est exclu.<sup>490</sup>

Par conséquent, lorsqu'une requête en conciliation ou une demande en justice 294 est modifiée par l'adjonction de nouveaux lésés dans le cadre d'un exercice collectif des droits, la litispendance débute au moment de la modification de la part modifiée.

## 2. Le début de l'interruption du délai de prescription

Nous l'avons évoqué, les actes interruptifs de prescription de l'art. 135 ch. 2 295 CO, coïncident avec le moment du début de la litispendance au sens du CPC (art. 64 al. 2 CPC). Le **dépôt de la requête en conciliation ou de la demande en justice** a donc pour effet **d'interrompre les délais de prescription**.<sup>491</sup> S'agissant de l'étendue de l'interruption, elle équivaut au montant des conclusions.<sup>492</sup>

Ainsi, lorsque le demandeur augmente ses conclusions et modifie ainsi sa de- 296 mande en cours de procédure, la doctrine qui se prononce sur la question partage l'avis de la jurisprudence discutée (cf. *supra* N. 296) et estime que **la prescription est interrompue au moment de la modification**.<sup>493</sup> Cette règle se justifie dès lors que le demandeur fait valoir ses nouvelles prétentions seulement à ce moment-là et lorsque l'interruption concorde avec le début de la litispendance d'une demande modifiée (cf. *supra* N. 293).

Par voie de conséquence, les lésés retardataires peuvent ainsi se joindre à 297 l'exercice collectif des droits en cours de procédure faisant courir la

---

<sup>490</sup> BK/ZPO-BERGER-STEINER, art. 62 N. 12 ; BSK/ZPO-INFANGER, art. 62 N. 11 ; CoRo/CPC-BOHNET, art. 62 N. 19 ; GULDENER, p. 232 ; SCHRANK, p. 559 ; ZK/ZPO-LEUENBERGER, art. 227 N. 24.

<sup>491</sup> ATF 142 III 782, cons. 3.1.3.2 ; BK/ZPO-BERGER-STEINER, art. 64 N. 34.

<sup>492</sup> ATF 133 III 675, cons. 2.3.2 ; 119 II 339, cons. 1c/aa ; BERGAMIN, N. 262 ; BSK/OR-DÄPPEN, art. 135 N. 20 ; CoRo/CO-PICHONNAZ, art. 135 N. 27..

<sup>493</sup> BERGAMIN, N. 265 ; ZK/OR-BERTI, art. 135 N. 102.

litispendance et interrompant la prescription concernant la partie de la demande modifiée à partir du moment de sa modification.

## §8 Les coûts liés à l'exercice collectif des droits

Ce paragraphe va introduire la thématique des coûts liés à l'exercice collectif des droits en exposant le problème (I.), avant de conclure par une esquisse des solutions possibles à celui-ci (II.). 298

### I. Le problème

#### 1. Les frais

##### 1.1. Le principe

La conduite d'un procès implique des frais autant pour les parties que les tribunaux. Ils sont assumés par les finances publiques des cantons et sous forme de frais par le particulier qui procède en justice. La part assumée par les justiciables se situe approximativement entre 35 et 40 % sur les dernières dix années.<sup>494</sup> **On considère en effet que le coût d'un procès pour la collectivité doit être reporté, du moins partiellement, sur les parties.**<sup>495</sup> 299

Les frais sont régis par les art. 95 ss CPC. En vertu de l'art. 95 al. 1 CPC, les frais découlant d'un procès civil comprennent les frais judiciaires (cf. *infra*, N. 302 ss) et les dépens (cf. *infra*, N. 307 ss). **Les frais**, soit les frais judiciaires et les dépens, **sont répartis entre les parties en fonction de l'issue du procès** (art. 106 CPC) et sont en principe mis à la charge de la partie succombante (al. 1). Il s'ensuit que celle-ci doit prendre à sa charge les frais judiciaires et 300

---

<sup>494</sup> D'après les statistiques de l'Administration fédérale des finances qui compare notamment les dépenses des cantons dans le domaine de la justice : <https://www.efv.admin.ch/efv/fr/home/themen/finanzstatistik/daten.html#1552802705> (consulté le 2 septembre 2021). Pour l'année 2017, ce montant se situe à 39.92%.

<sup>495</sup> CoRo/CPC-TAPPY, art. 95 N. 5.

indemniser l'autre partie à titre de dépens. Nonobstant ce principe, la partie demanderesse doit faire l'avance des frais judiciaires (art. 98 CPC) (cf. *infra*, N. 311 ss) et doit éventuellement fournir des sûretés en garantie des dépens (art. 99 CPC) (cf. *infra*, N. 314 ss).

- 301 Le **risque d'être débiteur des frais de justice** a pour objectif d'éviter des procès dépourvus de chances de succès et favoriser la disponibilité des parties pour un accord à l'amiable.<sup>496</sup> En revanche, pour des motifs de politique sociale, l'accès à la justice ne doit pas être entravé dans certains domaines, en particulier en droit du bail ou en droit du travail, raison pour laquelle il ne peut être perçu des frais judiciaires pour certaines procédures (art. 113 al. 2 CPC et art. 114 CPC).<sup>497</sup> En outre, la garantie constitutionnelle du droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 27 Cst.) permet à toute personne dépourvue de moyens financiers suffisants d'accéder à la justice en vertu de l'art. 117 CPC (cf. *infra* N. 333 ss).

## 1.2. Les frais judiciaires

- 302 Aux termes de l'**art. 95 al. 2 CPC**, les frais judiciaires comprennent en particulier, l'émolument forfaitaire de conciliation (let. a), l'émolument forfaitaire de décision (let. b) et les frais d'administration des preuves (let. c). Ces derniers ne font effectivement pas partie de l'émolument forfaitaire de décision.
- 303 Le système du CPC instaure ainsi un **système forfaitaire**, contrairement à ce qui prévalait dans certains cantons avant l'entrée en vigueur du CPC. Alors que les émoluments forfaitaires (art. 95 al. 2 let. a et b CPC) ont pour but de contribuer à la couverture du coût général de la justice, les frais spécifiques (art. 95 al. 2 let. c et d ainsi que l'art. 299 let. f CPC) sont destinés à rembourser des montants que l'Etat verse à des tiers en rapport avec un procès particulier.<sup>498</sup> Dans la mesure où une procédure de conciliation doit avoir lieu,

---

<sup>496</sup> BSK/ZPO-RÜEGG/RÜEGG, art. 95 N. 2.

<sup>497</sup> ATF 137 III 577, cons. 8.4 ; Message CPC, p. 6911.

<sup>498</sup> CoRo/CPC-TAPPY, art. 95 N. 6.

l'autorité de conciliation perçoit **l'émolument forfaitaire de conciliation** (art. 95 al. 2 let. a CPC), qui couvre en principe la totalité des frais liés à cette procédure, étant donné que les frais spécifiques (art. 95 al. 2 let c et d CPC) devraient rester exceptionnels à ce stade.<sup>499</sup> Cependant, les frais de la procédure de conciliation sont mis à la charge du demandeur dans un premier temps (art. 207 CPC). Quant à **l'émolument forfaitaire de décision** (art. 95 al. 2 let. b CPC), celui-ci correspond à l'ensemble des frais prévisibles pour la procédure de première instance. Le demandeur peut être tenu à fournir une avance – ce qui est d'ailleurs la règle dans la grande majorité des cas – jusqu'à concurrence de la totalité des frais (art. 98 CPC ; cf. *infra* N. 311).

Le **montant des frais judiciaires** est déterminé par les cantons qui fixent les 304 tarifs (art. 96 CPC). Ceux-ci doivent établir un cadre de frais comprenant des montants minimaux et maximaux.<sup>500</sup> Le Tribunal fédéral a fixé certains principes régissant le montant des frais. Dogmatiquement, ils sont définis comme des contributions causales dépendant des coûts, lesquels doivent satisfaire le principe de la couverture des frais ainsi que celui de l'équivalence.<sup>501</sup> D'après ce dernier principe, un tarif se basant uniquement sur la valeur litigieuse peut se révéler trop rigide et disproportionné, surtout lorsque celle-ci est élevée.<sup>502</sup> Toutefois, les juges de Mon-Repos n'interdisent pas pour autant que les frais judiciaires ne puissent être estimés sur la base de la valeur litigieuse. À ce titre, ils ont jugé que des frais de justice à hauteur de 160'000 fr. pour une valeur litigieuse de plus de quatre millions de fr. ne violaient pas le principe d'équivalence.<sup>503</sup> Malgré cela, les modes de calcul des tarifs doivent également se baser sur d'autres critères, tels que la difficulté de l'affaire ou encore les opérations requises.<sup>504</sup>

---

<sup>499</sup> CoRo/CPC-TAPPY, art. 95 N. 10.

<sup>500</sup> ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 96 N. 13.

<sup>501</sup> Cf. e.a. TF 4A\_624/2014 du 9.7.2015, cons. 6.1. Le TF souligne par ailleurs que le principe de la couverture des frais ne joue en général pas de rôle pour les frais judiciaires, puisque les émoluments perçus ne couvrent en règle générale pas les frais effectifs (ATF 139 III 334, cons. 3.2.3). A ce sujet, cf. également ZOTSANG, p. 57 ss.

<sup>502</sup> ATF 120 Ia 171 cons. 4 ; Message CPC, p. 6903.

<sup>503</sup> TF 4A\_680/2011 du 2.12.2011, cons. 2.2.

<sup>504</sup> Message CPC, p. 6903 ; ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 96 N. 22.

- 305 Étant donné que les frais sont soumis aux **tarifs des cantons**, ceux-là peuvent grandement varier en fonction du lieu du tribunal. À titre d'exemple, d'après une étude comparative des règlements tarifaires cantonaux, un émolument forfaitaire de conciliation peut coûter, pour une valeur litigieuse de 100'000 fr. jusqu'à 500 fr. à Bâle-Campagne<sup>505</sup>, alors qu'il peut coûter jusqu'à 10'000 fr. à Bâle-Ville<sup>506</sup>. Les émoluments forfaitaires de décision d'une procédure en première instance ne se rapprochent pas davantage et peuvent varier, pour une valeur litigieuse de 100'000 fr, d'un maximum de 4'000 fr. en Thurgovie<sup>507</sup> à un maximum (du moins théorique) de 500'000 fr. dans le canton de Fribourg<sup>508,509</sup>. Sur la base d'un sondage effectué auprès des tribunaux de première instance en Suisse, l'on constate également que les montants effectivement réclamés par ceux-ci varient fortement. En effet, pour une valeur litigieuse de 100'000 fr., les émoluments forfaitaires de décision sont en règle générale fixés entre 2'000 et 3'000 fr. dans le canton de Neuchâtel, tandis qu'ils s'élèvent à 10'000 fr. dans le canton de Schwyz.<sup>510</sup>
- 306 Bien que l'exercice collectif des droits repose sur l'idée de se regrouper afin de répartir les risques financiers encourus, la valeur litigieuse peut atteindre des montants colossaux dans certains cas importants, étant donné qu'elle se compose du cumul des prétentions (art. 93 CPC). Au vu d'une valeur litigieuse potentiellement très élevée, de la complexité inhérente d'une affaire concernant un dommage collectif et du temps que devra y consacrer le tribunal, les **frais judiciaires d'un exercice collectif des droits devraient vraisemblablement s'avérer importants**. En effet, les tarifs cantonaux se fondent sinon

---

<sup>505</sup> § 7 al. 1 let. b GebT-BL.

<sup>506</sup> § 3 al. 2 GGR-BS.

<sup>507</sup> § 11 al. 1 ch. 1.1 GebVO-TG.

<sup>508</sup> Selon l'art. 20 al. 1 RJ-FR, l'émolument forfaitaire de décision est fixé entre 100 et 500'000 fr.

<sup>509</sup> WEBER LINDA, travail de Master : Die Prozesskosten und der Zugang zum Gericht, Eine kritische Würdigung der Kostenregelung im schweizerischen Zivilprozess, p. 7 ss : [https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160908\\_Prozesskosten\\_und\\_der\\_Zugang\\_zum\\_Gericht.pdf](https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160908_Prozesskosten_und_der_Zugang_zum_Gericht.pdf) (consulté le 2 septembre 2021).

<sup>510</sup> EGGENSBERGER/FISCHER, p. 73.



essentiellement, mais bien en grande partie sur la valeur litigieuse.<sup>511</sup> Ceci nous amène à des montants se chiffrant à plusieurs dizaines, voir plusieurs centaines de milliers de fr. dès lors que la valeur litigieuse dépasse le million de fr.<sup>512</sup> D'autant plus que certains cantons prévoient que le montant maximal de l'émolument forfaitaire de décision peut être doublé pour des cas particulièrement complexes.<sup>513</sup> Pour un demandeur collectif, qui, rappelons-le, ne dispose en règle générale que de moyens financiers limités (cf. *supra* N. 116 ss et 165 ss), il ne sera vraisemblablement guère envisageable d'engager un exercice collectif des droits et de devenir ainsi potentiellement débiteur d'une somme pouvant atteindre jusqu'à plusieurs dizaines ou centaines de milliers de fr. A ce montant s'ajoute par ailleurs le risque de devoir verser à la partie défenderesse une indemnité à titre de dépens (art. 106 al. 1 CPC).<sup>514</sup>

### 1.3. Les dépens

Comme mentionné plus haut, **la partie obtenant gain de cause a le droit d'être indemnisée par l'autre partie** (cf. *supra*, N. 300). Les postes de dépenses qui donnent droit à une indemnité sont fixés par l'art. 95 al. 3 CPC. Il

---

<sup>511</sup> Ainsi, pour le canton de Fribourg, l'art. 11 RJ-FR règlement prévoit que l'émolument est fixé en tenant compte notamment de la valeur litigieuse, de la complexité de l'affaire ainsi que de la situation économique de la partie amenée à payer les frais. Dans le canton de Zurich, la détermination de l'émolument forfaitaire de décision d'une procédure en première instance se fonde principalement sur la valeur litigieuse, mais peut également tenir compte du temps consacré par le tribunal ainsi que la complexité du cas (§4 al. 2 GebV OG-ZH).

<sup>512</sup> En guise d'illustration, pour le canton de Bâle-Ville, l'émolument forfaitaire de décision va de 30000 à 60000 fr. pour une valeur litigieuse entre 1 et 5 millions de fr. (§5 GGR-BS). Pour le canton de Fribourg, comme déjà mentionné, il peut se chiffrer jusqu'à 500000 fr. (art. 20 al. 1 RJ-FR). Pour le canton de Genève, l'émolument en question peut être fixé entre 20000 à 100000 fr. pour une valeur litigieuse entre 1 et 10 millions de fr. (art. 17 RTFMC-GE). Pour le canton de Zurich, une valeur litigieuse se situant entre 1 et 10 millions de fr. exigera un émolument forfaitaire d'au moins 30750 fr. additionné d'un pour-cent de la valeur litigieuse au-delà d'un million (§4 al. 1 GebV OG-ZH).

<sup>513</sup> Tel est le cas notamment dans le canton de Bâle-Ville (§15 GGR-BS), le canton de Fribourg (art. 20 al. 2 RJ-FR), le canton de Genève (art. 6 RTFMC-GE) et le canton de Zurich (§4 al. 2 GebV OG-ZH).

<sup>514</sup> Dans ce sens, Exercice collectif, p. 44.

s'agit là des débours nécessaires (let. a), qui consistent en des paiements effectifs et nécessaires qu'une partie s'est vue contrainte à effectuer à d'autres acteurs que le tribunal ou un représentant professionnel en vue du procès.<sup>515</sup> Par ailleurs, la partie ayant obtenu gain de cause peut également exiger d'être indemnisée pour les frais qu'elle a engagés pour une représentation professionnelle au sens de l'art. 68 CPC (art. 95 al. 3 let. b CPC). Enfin, l'art. 95 al. 3 let. c CPC permet de tenir compte des démarches effectuées par une partie en lui allouant une indemnité équitable, dans la mesure où elle n'est pas représentée par un professionnel et seulement si cela apparaît justifié.

- 308 L'art. 105 al. 2 CPC prévoit que **les dépens sont fixés selon le tarif**, renvoyant ainsi à l'art. 96 CPC et au tarif cantonal. Si les cantons disposent davantage de liberté dans la détermination des frais judiciaires, ils doivent cependant respecter le cadre du droit fédéral, qui comprend notamment l'étendue et les définitions des dépens selon l'al. 3 de l'art. 95 CPC.<sup>516</sup> Contrairement aux frais judiciaires, ils ne constituent pas des contributions causales et ne sont donc ni soumis au principe de couverture des frais ni à celui d'équivalence.<sup>517</sup> Les cantons ont donc la latitude de fixer non seulement le tarif des honoraires des avocats, mais également des règles concernant les débours nécessaires ainsi qu'un cadre pour l'indemnité équitable.<sup>518</sup> Tout comme les tarifs des frais judiciaires, le montant des indemnités est déterminé selon plusieurs critères. Néanmoins, ils ne peuvent pas se fonder uniquement sur le montant de la valeur litigieuse, mais doivent également prendre en compte la difficulté de la cause ainsi que le temps que l'avocat y a consacré.<sup>519</sup>

---

<sup>515</sup> BSK/ ZPO-RÜEGG/RÜEGG, art. 95 N. 17 ; CoRo/CPC-TAPPY, art. 95 N. 23 ; ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 95 N. 31 ss.

<sup>516</sup> ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 96 N. 18 ss.

<sup>517</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, §16 N. 15.

<sup>518</sup> Cf. CoRo/CPC-TAPPY, art. 96 N. 6.

<sup>519</sup> TF 4A\_171/2017 du 26.9.2017, cons. 5.2. Cf. également Message CPC, p. 6903 ; CHEVALIER, p. 313. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, §16 N. 15 affirment que les indemnités à titre de dépens se fondent, pour les affaires patrimoniales, généralement sur la valeur litigieuse, mais que ceux-là sont dégressifs en cas de valeur litigieuse élevée.

La conséquence du système fédéral des tarifs pour les indemnités à titre de 309  
dépens résulte, à l'identique des frais judiciaires, en **une grande disparité en  
fonction du canton où l'action est introduite**.<sup>520</sup> A titre d'exemples, compa-  
rons les tarifs concernant les indemnités à titre de dépens de deux cantons  
limitrophes, Fribourg et Berne. Ainsi, le canton de Fribourg réglemente un  
cadre tarifaire pour les honoraires et débours d'avocat dus à titre de dépens  
(art. 62 ss RJ-FR). Pour une valeur litigieuse de 100'000 fr., les art. 65 s. RJ-  
FR prescrivent une fixation détaillée des honoraires et débours de l'avocat sur  
la base d'un tarif horaire de 230 fr.<sup>521</sup> Ce montant est majoré d'un certain pour-  
centage à partir d'une valeur litigieuse de 42'000 fr par tranche de 1'000 fr.  
supplémentaires. Pour une valeur litigieuse, ce taux correspond ainsi à 35.88%,  
ce qui équivaut à un tarif horaire de 312.52 fr. Estimons un travail de 20 heures  
pour l'avocat de la partie adverse, ce qui correspond à un montant total de  
6'250.40 fr. dont le demandeur risque de devenir débiteur. Dans le canton de  
Berne, le tarif vise l'indemnité à titre de dépens pour les honoraires et les dé-  
bours d'un avocat (art. 1 ss ORD-BE). En revanche, le tarif fixe les honoraires  
en fonction de la valeur litigieuse, dans une fourchette se situant entre 7900  
et 35400 fr. lorsque celle-ci se situe entre 100'000 et 300'000 fr. (art. 5 ORD-  
BE). Par ailleurs, l'honoraire peut être majoré jusqu'au double lors de procé-  
dures occasionnant notamment un travail ou un temps considérable (art. 9  
ORD-BE). Si nous prenons la valeur médiane de l'indemnité à titre de dépens  
pour les honoraires de l'avocat de la partie adverse, nous arriverons à un ré-  
sultat de 23700 fr. Rien qu'avec ces deux exemples, nous constatons que la  
disparité entre les cantons pour les dépens alloués à titre d'indemnité est con-  
sidérable. D'après une étude comparative entre les montants des indemnités  
allouables à titre dépens dans les cantons, il en ressort une valeur médiane de

---

<sup>520</sup> Et non d'après le tarif du canton de l'inscription de l'avocat selon (cf. art. 6 LLCA).

<sup>521</sup> Soulevons que le règlement en question prévoit une indemnité forfaitaire globale mais  
uniquement pour certains cas (art. 64 RJ-FR).

12'488 fr. pour une valeur litigieuse de 100'000 fr. dans le cadre d'une procédure en première instance.<sup>522</sup>

- 310 En résumé, ces exemples illustrent que les indemnités à titre de dépens ont tendance à s'avérer quelque peu plus importantes que le montant des frais judiciaires. En ajoutant au montant déjà considérable des frais judiciaires le risque de devenir débiteur des dépens de la partie adverse, la **charge financière pèse davantage encore sur le demandeur collectif**, qui ne sera que très rarement en mesure de l'assumer. Dans la mesure du possible, le demandeur collectif serait donc bien avisé de choisir le for avec soin si plusieurs fors alternatifs s'offrent à lui (cf. *supra* N. 213 ss et 227 ss).

#### 1.4. L'avance des frais judiciaires

- 311 Une avance de frais peut être exigée de la part de la partie demanderesse jusqu'à concurrence des frais judiciaires présumés (art. 98 CPC). Le versement de l'avance des frais est une condition de recevabilité (art. 59 al. 2 let. f CPC). Dans l'avance sont compris tous les frais présumés, c.à.d. que seuls sont exclus l'émolument forfaitaire de conciliation ainsi que les frais de l'administration des preuves, qui ne peuvent être exigés que par l'ordonnance de preuves (art. 102 et 154 CPC).<sup>523</sup> Même si l'art. 98 CPC est conçu comme *Kann-Vorschrift*, **l'exigence de l'avance de la totalité des frais est la règle**, tandis que la réduction ou la renonciation de l'avance, l'exception.<sup>524</sup>
- 312 Bien que le Tribunal fédéral précise que les frais ne devraient pas être fixés de sorte que l'on doive renoncer à la voie judiciaire pour des motifs de coûts,<sup>525</sup>

---

<sup>522</sup> Pour un comparatif de tous les cantons, cf. également WEBER LINDA, travail de Master : Die Prozesskosten und der Zugang zum Gericht, Eine kritische Würdigung der Kostenregelung im schweizerischen Zivilprozess, p. 14 ss : [https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160908\\_Prozesskosten\\_und\\_der\\_Zugang\\_zum\\_Gericht.pdf](https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160908_Prozesskosten_und_der_Zugang_zum_Gericht.pdf) (consulté le 2 septembre 2021).

<sup>523</sup> ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 98 N. 12.

<sup>524</sup> ATF 140 III 159 cons. 4.2.

<sup>525</sup> TF 2C\_56/2011 du 3.5.2011, cons. 2.2.2.

**le fait d'imposer en règle générale une avance de la totalité des frais judiciaires présumés peut entraver ou même empêcher l'accès au juge.**<sup>526</sup>

L'inadéquation de l'art. 98 CPC a d'ailleurs été critiquée à juste titre déjà lors des débats parlementaires,<sup>527</sup> ainsi que par une partie de la doctrine.<sup>528</sup> Le fait que la totalité des frais judiciaires présumés puisse être exigée de la part du demandeur a un effet prohibitif à l'initiation d'une procédure, car cela fait reposer la charge de l'entière des frais sur les épaules du seul demandeur. Cette règle part du principe que celui-ci est systématiquement à l'origine d'un procès. Or, tel n'est pas forcément le cas lorsque notamment un débiteur refuse systématiquement de s'exécuter.<sup>529</sup>

**L'accès au juge est rendu particulièrement difficile lorsque** – dans le cadre d'un exercice collectif des droits – nous sommes en présence d'un nombre important de dommages dispersés totalisant ensemble **une valeur litigieuse élevée** (art. 93 CPC), soit de plusieurs centaines de milliers ou même millions de fr. (cf. *supra*, N. 306). Par conséquent, le fait d'être tenu d'avancer des frais judiciaires se chiffrant à plusieurs dizaines ou même centaines de milliers de fr. peut représenter un obstacle considérable, surtout pour un demandeur collectif ne disposant pas de moyens financiers et de liquidités suffisantes (cf. *supra* N. 108 s. et 165 ss).<sup>530</sup>

### 1.5. Les sûretés en garantie du paiement des dépens

Les dépens ne sont pas compris dans l'avance des frais (art. 98 CPC). Toutefois, **le défendeur peut requérir du demandeur qu'il fournisse des sûretés en garantie du paiement des dépens** en vertu de l'art. 99 s. CPC. Les sûretés doivent être fournies pour l'indemnité à titre de dépens présumés, ce qui

---

<sup>526</sup> HABLÜTZEL, p. 299 affirme que les demandeurs disposant d'une situation financière moyenne ou même plus élevée et ne bénéficiant pas d'une assistance judiciaire gratuite ou d'une assurance juridique sont empêchés ou du moins entravés d'accéder au juge tel que définit par l'art. 6 CEDH.

<sup>527</sup> Intervention VISCHER, BO 2008 N 651.

<sup>528</sup> BK/ZPO-STERCHL, art. 98 N. 3 ss.

<sup>529</sup> GABATHULER, p. 27 s.

<sup>530</sup> Dans ce sens, Exercice collectif, p. 43.

correspond à tous les frais de l'art. 95 al. 3 CPC.<sup>531</sup> La fourniture de sûretés constitue une condition de recevabilité, le tribunal n'entrant pas en matière lorsque celles-ci ne sont pas versées (art. 101 al. 3 CPC). La partie demanderesse peut être amenée à fournir des sûretés dans les cas suivants (art. 99 al. 1 CPC) : le demandeur n'a pas de domicile ou de siège en Suisse (let. a), il paraît insolvable (let. b), est débiteur de frais de procédure antérieure (let. c), d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les dépens ne soient pas versés (let. d). Il incombe à la partie défenderesse d'alléguer et de prouver l'existence d'une raison de fournir des sûretés.<sup>532</sup>

- 315 **Lorsque le demandeur paraît insolvable**, autrement dit qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes afin de pouvoir assumer les conséquences financières du procès, il doit fournir des sûretés garantissant les dépens de la partie défenderesse (let. b).<sup>533</sup> La disposition établit trois présomptions d'insolvabilité qui fondent l'obligation de fournir des sûretés.<sup>534</sup> D'autres indices peuvent rendre l'insolvabilité vraisemblable, comme en cas de réquisitions de faillite répétées.<sup>535</sup>
- 316 **D'autres raisons** peuvent justifier la fourniture de sûretés lorsqu'ils font apparaître un **risque considérable que les dépens ne soient pas payés** (let. d). Comme l'obligation de devoir fournir des sûretés peut particulièrement entraver l'accès à la justice, les risques doivent dès lors être importants.<sup>536</sup> À ce titre, le TC fribourgeois avait estimé que le fait de devoir s'acquitter d'une

---

<sup>531</sup> Comment définir avant la fin du procès le montant de l'indemnité à titre de dépens ? Le tribunal doit procéder à une appréciation en tenant compte du tarif cantonal. Vu que les sûretés peuvent être augmentées ultérieurement (art. 100 al. 2 CPC), le tribunal doit établir le montant des sûretés avec retenue sans tenir compte de toutes les éventualités (ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 100 N. 6 ss).

<sup>532</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND p. 218.

<sup>533</sup> ATF 111 II 206 cons. 1.

<sup>534</sup> Notamment en raison d'une mise en faillite, d'une procédure concordataire en cours ou de la délivrance d'actes de défaut de biens. À ce sujet, cf. e.a. BK/ZPO-STERCHI, art. 99 N. 19 ss.

<sup>535</sup> Pour d'autres indices, cf. ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 99 N. 29 ss.

<sup>536</sup> Cf. Message CPC, p. 6906 et BK/ZPO-STERCHI, art. 99 N. 28.

avance de frais – en l'occurrence fixée à 18000 fr. – ne représentait pas un risque considérable que les dépens ne soient pas versés.<sup>537</sup> Néanmoins, des faillites répétées ou de fréquentes poursuites peuvent constituer un tel risque.<sup>538</sup>

En substance, la fourniture de sûretés peut être exigée **en cas d'indice négatif** 317 **quant à la capacité financière du demandeur**. Or, le fait de devoir avancer des frais élevés n'est, à notre avis, pas suffisant pour exiger du demandeur la fourniture de sûretés. Toutefois, si l'obligation d'avancer des frais judiciaires devait obliger un demandeur collectif à requérir sa propre faillite (art. 725 s. CO), alors il pourrait être tenu de fournir une sûreté en garantie du paiement des dépens (art. 99 al. 1 let. b CPC). La seule façon dont un demandeur collectif pourrait échapper à cette obligation (et à celle de fournir une avance des frais judiciaires) serait de pouvoir bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite (art. 118 let. a CPC), ce qui devrait s'avérer extrêmement rare en pratique (cf. *infra*, N. 333 ss). A notre avis, une sûreté pourrait être exigée dans l'hypothèse où le demandeur collectif serait une personne morale créée de manière *ad hoc*, à moins qu'il ne puisse démontrer être suffisamment capitalisé pour pouvoir assumer les frais présumés.

## 2. Les dépenses

### 2.1. En général

Aux frais déjà importants présentés ci-dessus viennent s'ajouter les **dépenses** 318 **à la charge de la partie demanderesse en vue de la préparation d'une procédure**. Il s'agit, autrement dit, de toutes démarches effectuées par la partie demanderesse en amont de la procédure envisagée qui ont eu pour conséquence une augmentation de ses passifs ou une non-augmentation de ses actifs.<sup>539</sup> Les dépenses en rapport avec la préparation d'un exercice collectif des

---

<sup>537</sup> TC/FR du 12.9.2012 (101 2012 174), cons. 2.

<sup>538</sup> BK/ZPO-STERCHI, art. 99 N. 28.

<sup>539</sup> Dans ce sens, CoRo/CPC-TAPPY, art. 95 N. 21.

droits sont multiples et peuvent globalement être classées en deux catégories distinctes.

- 319 La première catégorie, sans doute la plus importante en termes financiers, concerne les **dépenses liées à la défense professionnelle** de la partie demanderesse. Ces dépenses sont déterminées par la convention d'honoraires d'avocat, régie par le droit privé. En règle générale, ces accords prévoient que le client avancera une partie des honoraires de son avocat.<sup>540</sup> En guise d'orientation pour le coût des honoraires, nous pouvons renvoyer le lecteur aux montants des indemnités allouées à titre de dépens (cf. *supra* N. 307 ss).<sup>541</sup> En revanche, relevons que les honoraires ne sont que rarement couverts par les indemnités allouées par le tribunal, de sorte que même le demandeur ayant eu gain de cause doit en fin de compte supporter les honoraires qui sont supérieurs au tarif.<sup>542</sup> Selon la jurisprudence fédérale, la partie ayant obtenu gain de cause ne peut en règle générale pas prétendre une réparation pour le solde de ses frais d'avocat non couvert par les dépens établis sur la base d'un tarif, « sauf si un comportement particulier de la partie adverse sort des prévisions classiques et réalise les conditions d'une responsabilité délictuelle ou contractuelle ». <sup>543</sup> Le montant des honoraires constitue donc une dépense pour le moins non négligeable.
- 320 La seconde catégorie de dépenses concerne **l'ensemble des dépenses qui ne tombent pas dans la première catégorie**. Ces dépenses peuvent donc fortement varier allant des démarches effectuées en vue de rassembler des lésés, jusqu'à la correspondance avec l'auteur du dommage en vue de trouver un accord extrajudiciaire (cf. *supra*, N. 173 ss). Il s'agit donc principalement de dépenses en rapport avec une gestion administrative de l'affaire. A titre

---

<sup>540</sup> Cf. art. 20 du Code de déontologie suisse des avocats (disponible sur : <<https://www.sav-fsa.ch/fr/anwaltsrecht/berufsregeln-national.html>>, consulté: le 2 septembre 2021).

<sup>541</sup> En effet, les recommandations d'honoraires qui avaient régulièrement été publiées par les ordres des avocats cantonaux ont été jugées contraires au droit de la concurrence par le Secrétariat de la Commission de la concurrence en 2007 (ComCo 2008/1, p. 18).

<sup>542</sup> MEIER/SCHINDLER, p. 49.

<sup>543</sup> TF 4A\_76/2018 du 8.10.2018, cons. 3.3.



illustratif en Autriche, le VKI a eu des dépenses d'un montant de 19200 euros pour un cas qui avait impliqué 80 personnes lésées.<sup>544</sup> D'après les informations obtenues auprès du SKS en Suisse, une estimation des dépenses pour la gestion administrative en vue du procès dans l'affaire *Volkswagen* n'est pas possible, étant donné que celui-ci a dû recourir à l'aide de bénévoles pour mener à bien cette action.<sup>545</sup> Ceci met en exergue l'importance non négligeable des dépenses de la seconde catégorie dans un contexte d'exercice collectif des droits.

Par conséquent, l'ensemble des dépenses à prendre en charge en amont d'un 321  
procès peuvent nécessiter des moyens financiers importants et constitue déjà  
à ce stade **un obstacle économique** à l'entreprise d'un exercice collectif des  
droits.

## 2.2. Une prétention pour les dépenses en vue de la préparation d'un procès

Nonobstant cette difficulté, il existe la question de savoir **si les dépenses liées 322  
à la préparation d'un procès constituent une créance exigible de la part  
de la partie défenderesse**. En d'autres termes, est-ce que ces dépenses sont à  
considérer comme des dépens au sens de l'art. 95 al. 3 CPC, en tant que pré-  
tention de droit matériel, ou ne tombent-elles au contraire sous aucune de ces  
deux catégories ? La réponse à cette question varie en fonction du type de  
dépense dont il est question.

Lorsqu'une dépense a été faite afin de couvrir **des frais de représentation 323  
professionnelle** en amont d'un procès, ceux-ci sont en règle générale compris  
dans les dépens.<sup>546</sup> Sont ainsi couverts les frais liés à l'instruction, l'étude des  
faits et du droit, y compris la rédaction des actes et l'examen de l'éventualité  
d'un accord extrajudiciaire.<sup>547</sup> Il s'agit des actes qui étaient, au moment de la  
décision finale d'un point de vue rétrospectif, nécessaires ou utiles pour la

---

<sup>544</sup> VKI-DOCEKAL, p. 51.

<sup>545</sup> D'après l'information par courriel du 29 janvier 2020 octroyée par le SKS.

<sup>546</sup> ATF 139 III 190.

<sup>547</sup> TF 4C.55/2006 du 12.5.2006, cons. 4.1.

préparation du procès ou pour son empêchement, comme p.ex des négociations transactionnelles.<sup>548</sup> Le Tribunal fédéral a jugé que les dépenses pour la procédure de conciliation en font partie, bien que des dépens ne soient pas octroyés à cette occasion (art. 113 al. 1 CPC).<sup>549</sup>

- 324 Pour **les dépenses engagées** (c.à.d des paiements effectués à l'égard de tiers qui ne sont ni le tribunal, ni le représentant professionnel ; cf. *supra* N. 320) en vue du procès et qui ne tombent pas dans la première catégorie, elles **sont indemnisées** à titre de débours de l'art. 95 al. 3 let a CPC, **à condition d'avoir été nécessaires**.<sup>550</sup> Ceci peut être le cas pour des frais de déplacement, de téléphone, de port ou de copie.<sup>551</sup> De plus, les dépenses en rapport avec la récolte de moyens de preuve peuvent également s'avérer nécessaires.<sup>552</sup> Le critère déterminant est celui de la « nécessité », qu'il appartiendra au juge d'apprécier.<sup>553</sup>
- 325 En revanche, les tâches accomplies en dehors de ce cadre et non couvertes par les dépens **ne peuvent que faire l'objet d'une action en responsabilité pour dommages-intérêts**, à condition d'en prouver l'illicéité de manière spécifique.<sup>554</sup>
- 326 Pour un demandeur collectif en Suisse, la situation n'est donc que peu différente de celle en Autriche, où les dépenses en vue de la préparation du procès ne sont remboursées qu'à condition qu'elles soient engagées par le biais d'un avocat (cf. *supra*, N. 110). Nous estimons que lorsqu'un avocat a effectivement été mandaté par un potentiel demandeur collectif en vue de rassembler les lésés, d'évaluer des prétentions et d'effectuer des négociations extrajudiciaires avec l'auteur du dommage, ces dépenses devraient pouvoir être exigées

---

<sup>548</sup> CoRo/CPC-TAPPY, art. 95 N. 3 ; ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 95 N. 38.

<sup>549</sup> ATF 141 III 20, cons. 5.

<sup>550</sup> KuKo/ZPO-SCHMID, art. 95 N. 17 ; ZK/ZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 95 N. 31.

<sup>551</sup> Message CPC, p. 6905.

<sup>552</sup> BSK/ZPO-RÜEGG/RÜEGG, art. 95 N. 17.

<sup>553</sup> CoRo/CPC-TAPPY, art. 95 N. 24.

<sup>554</sup> TF 4A\_148/2016 du 30.08.2016, cons. 2.4. A ce sujet, cf. également BOHNET, CPC, art. 95 N. 5.

à titre de dépens au sens de l'art. 95 al. 3 let. b CPC. En effet, il s'agirait selon nous de dépenses liées à l'instruction et à l'étude des faits et du droit tel que décrit par la jurisprudence ci-dessus (cf. *supra* N. 323). En revanche, dans la mesure où ces démarches n'auraient pas été effectuées par un avocat, mais par le demandeur collectif lui-même, elles ne seraient remboursables qu'à condition d'avoir impliqué une dépense concrète à l'égard d'un tiers et d'avoir été nécessaires (art. 95 al. 3 let. a CPC). A défaut, ces dépenses peuvent être uniquement réclamées à titre de prétention de droit matériel.

## II. Les solutions de financement envisageables

### 1. Les solutions du droit de procédure

#### 1.1. L'exonération (partielle) des frais

- 327 **L'art. 98 CPC** laisse un large pouvoir d'appréciation au tribunal qui peut **renoncer à prélever une partie ou la totalité de l'avance des frais judiciaires présumés** (cf. *supra*, N. 311).<sup>555</sup> Le Conseil fédéral estime que le demandeur doit pouvoir en bénéficier pour des raisons d'équité, particulièrement lorsqu'il ne dispose que d'un revenu à peine supérieur au minimum vital et qui de ce fait ne lui permet pas de bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite.<sup>556</sup> Les débats parlementaires ont mis en exergue l'exemple d'une personne plus aisée qui pouvait également risquer de tomber en faillite par un procès particulièrement onéreux.<sup>557</sup> Afin de bénéficier de ce traitement de faveur, le demandeur doit en faire la requête et exposer les raisons pour lesquelles l'exigence de la totalité de l'avance des frais représente un cas de rigueur ou pourrait le placer dans une situation financière délicate.<sup>558</sup>
- 328 Apparemment en accord avec le Conseil fédéral et le Parlement, les juges de Mon-Repos ont estimé que lorsqu'il n'y a pas de droit à l'assistance judiciaire, il relève du pouvoir d'appréciation du tribunal de **prendre en considération la capacité financière d'une partie dans la fixation du montant de l'avance des frais judiciaires**. Dans un pareil cas, il serait conforme à la volonté du législateur de faire un usage généreux de la possibilité de dispense

---

<sup>555</sup> TF 4A\_226/2014 du 6.8.2014, cons. 2.1 ; 2C\_56/2011 du 3.5.2011, cons. 2.2.1.

<sup>556</sup> Message CPC, p. 6905.

<sup>557</sup> Vote BONHÔTE, BO 2007 E 511.

<sup>558</sup> BK/ZPO-STERCHI, art. 98 N. 8.

(partielle) du versement de l'avance. À défaut, le demandeur se verrait de fait refuser l'accès aux tribunaux.<sup>559</sup>

Ainsi, dans le cas où un demandeur collectif risquerait d'être mis en faillite en 329 devant fournir l'avance des frais judiciaires ou ne disposerait pas de liquidités suffisantes sans devoir s'endetter, il nous semblerait juste de renoncer, du moins en partie, à l'exigence de l'avance des frais. Bien que cette possibilité pourrait permettre d'atténuer quelque peu la sévérité de l'exigence de l'avance de la totalité des frais pour un demandeur collectif dans certains cas, il ne s'agit là **que d'une solution partielle** applicable à titre exceptionnel. Car comme le rappelle la jurisprudence, l'exigence d'une avance de la totalité des frais est la règle, la renonciation (partielle), l'exception.<sup>560</sup>

## 1.2. L'action partielle

En vertu de la maxime de disposition (art. 58 CPC), le demandeur a la faculté 330 de ne faire valoir qu'une partie de sa prétention.<sup>561</sup> L'exercice de l'action partielle est soumis à la seule exigence de la divisibilité de la prétention (art. 86 CPC), ce qui est systématiquement le cas pour les créances pécuniaires.<sup>562</sup> En règle générale, **la combinaison d'un cumul objectif d'actions avec une action partielle est admissible**, pour autant que les conditions du cumul objectif de l'art. 90 CPC ainsi que celles de l'action partielle de l'art. 86 CPC soient satisfaites. Cet exercice est admissible à condition que le demandeur allègue de manière suffisamment motivée qu'il a une créance d'un montant supérieur à celui réclamé et que le procédé ne soit pas abusif.<sup>563</sup>

---

<sup>559</sup> TF 4A\_356/2014 du 5.1.2015, cons. 1.2.2. Cf. cependant l'arrêt précédent : TF 4A\_186/2012 du 19.6.2012, cons. 7 qui estime qu'une exonération ne doit cependant pas avoir lieu lorsque la demande en justice paraît dépourvue de succès. Davantage à ce sujet, cf. ZOTSANG, p. 97 ss.

<sup>560</sup> ATF 140 III 159 cons. 4.2.

<sup>561</sup> TF 4A\_633/2012 du 21.2.2013, cons. 2.4.

<sup>562</sup> ATF 142 III 683, cons. 5.2.

<sup>563</sup> ATF 144 III 452, cons. 2.4. A ce sujet, cf également CURCHOD/GONCZY, p. 806 ss.

- 331 Le **principal bénéfice** de l'action partielle **consiste en la réduction des frais**, étant donné que ceux-ci se calculent régulièrement sur la base de la valeur litigieuse (cf. *supra* N. 304 s.), et que celle-ci correspond au montant effectivement déduit en justice (art. 91 al. 1 CPC).<sup>564</sup> Utiliser l'instrument de l'action partielle dans un but économique ne constitue justement pas un abus de droit.<sup>565</sup>
- 332 Si l'action partielle peut être utilisée en quelque sorte comme un « procès test »<sup>566</sup> et, en cas de gain de cause, comme un argument de poids dans des négociations futures,<sup>567</sup> **l'action partielle ne constitue pas une véritable solution** à un exercice collectif des droits. En effet, le demandeur collectif devrait soit limiter le nombre de prétentions à faire valoir et par conséquent refuser les créances de certains lésés au-delà d'un certain nombre, soit procéder à une réduction des prétentions individuelles, qui en cas de dommages dispersés ne sont déjà guère élevées. Ceci résulterait en une division du dommage collectif et potentiellement en une multiplication des actions en justice, contrecarrant ainsi justement deux des objectifs de l'exercice collectif des droits, à savoir l'économie de procédure (cf. *supra* N. 64 s.) et l'empêchement de jugements contradictoires (cf. *supra* N. 67 s.).

### 1.3. L'assistance judiciaire gratuite

- 333 Une autre solution envisageable à la problématique des frais consiste en l'assistance judiciaire gratuite en vertu des art. 117 ss CPC, qui **permet aux personnes ne disposant pas de moyens financiers suffisants d'accéder à la justice**. Lorsqu'elle est octroyée, l'assistance judiciaire gratuite permet, aux termes de l'art. 118 CPC, au requérant d'être exonéré des avances et des

---

<sup>564</sup> Dans son arrêt TF 4A\_43/2008 du 4.3.2008, cons. 3, le TF a estimé arbitraire un calcul des frais sur la base de l'intérêt économique des parties, à savoir le montant total de la prétention dont uniquement une partie était déduite en justice.

<sup>565</sup> TF 4A\_111/2016 du 24.6.2016, cons. 4.6 ; KNEZEVIC/KAMBER, p. 1039.

<sup>566</sup> HEINZMANN, L'action partielle, p. 84 qui précise que tel est souvent le cas.

<sup>567</sup> Dans ce sens, CURCHOD/GONCZY, p. 818.

sûretés (al. 1 let. a), d'être exonéré des frais judiciaires (al. 1 let. b) et d'être pourvu d'un conseil juridique commis d'office (al. 1 let. c). Le requérant n'est cependant pas dispensé du versement des dépens à la partie adverse (al. 3).

Dès lors que le demandeur collectif au sens où nous l'entendons revêt la forme 334 juridique d'une personne morale (cf. *supra*, N. 164 ss), il s'agit de savoir s'il peut en tant que tel prétendre à l'assistance judiciaire. **En principe, les personnes morales ne peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite**, car « [...] [celle-ci] relève de la solidarité sociale à l'égard de ceux qui ne pourraient assumer les frais de la procédure sans entamer les ressources qui sont nécessaires pour mener une vie décente. La situation est fondamentalement différente pour les personnes morales, lesquelles, en cas d'insolvabilité ou de surendettement sont seulement exposées à la faillite [...] ». <sup>568</sup> D'aucuns affirment à ce propos qu'il ne s'agit pas d'un devoir de l'État de garantir l'existence de personnes morales par le biais des finances publiques. <sup>569</sup>

Considérant le cas particulier des sociétés de personnes sans véritable person- 335 nalité juridique, les juges de Mon-Repos ont dans un premier temps ouvert l'assistance judiciaire aux sociétés en nom collectif et en commandite, mais uniquement lorsqu'elles-mêmes ainsi que tous leurs associés se trouvent dans le besoin. <sup>570</sup> Par la suite, le Tribunal fédéral n'a pas exclu d'accorder l'assistance judiciaire aux personnes morales, **à condition que leur seul actif soit en litige et que les personnes économiquement intéressées soient également dépourvues de ressources**. <sup>571</sup> Dans ce sens, le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé qu'il s'agissait d'un abus de droit le fait pour une personne fortunée de céder une créance à une personne indigente dans le but pour celle-ci de bénéficier de l'assistance judiciaire. <sup>572</sup> Enfin, une personne morale ne peut pas bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite lorsque la procédure pour laquelle

---

<sup>568</sup> TF 1B\_522/2011 cons. 2.1.

<sup>569</sup> TUCHSCHMID, p. 53 ; WUFFLI, N. 89.

<sup>570</sup> ATF 116 II 651 cons. 2d ; 124 I 241 cons. 4d.

<sup>571</sup> ATF 119 Ia 337, cons. 4c et e. Jurisprudence confirmée dans les arrêts suivants: ATF 131 II 306 cons. 5.2.2 ; TF\_4A\_517/2007 du 14.1.2008, cons. 3.2 ; 5A\_446/2009 du 19.4.2013, cons. 5.1. WUFFLI, N. 90 rejette cette exigence, qui revient selon lui à effectuer un *Durchgriff* de manière systématique.

<sup>572</sup> TF 5A\_270/2009 du 5.6.2009, cons. 3.3.

elle est requise ne garantit pas qu'elle continuera d'exister, notamment lorsqu'elle se trouve en liquidation.<sup>573</sup>

- 336 En résumé, les exceptions évoquées ci-dessus ne permettent que difficilement aux personnes morales de prétendre à une assistance judiciaire gratuite en vertu de l'art. 117 ss CPC. Pour un demandeur collectif, il serait nécessaire que son seul actif soit en litige et que les personnes lésées lui ayant cédé leurs créances soient également dépourvues de ressources. Par conséquent, **un demandeur collectif ne saurait bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite**, possibilité qui peut ainsi être écartée des solutions envisageables.<sup>574</sup>

## 2. Les autres solutions

### 2.1. Les contributions volontaires

- 337 Il est envisageable pour le demandeur collectif d'exiger une contribution de la part des lésés aux frais de l'exercice collectif, comme modalité contractuelle de la cession. C'est notamment une option qui a été utilisée par la FRC dans certains cas.<sup>575</sup> Toutefois, **au vu de l'apathie rationnelle** (cf. *supra*, N. 13 ss), **cette option peut s'avérer contreproductive**, en particulier du fait que cette contribution sera due indépendamment de l'issue du procès.<sup>576</sup> En effet, plus le dommage individuel des lésés est faible, moins cette option permettra de résoudre le problème des frais.
- 338 Dans la mesure où un lésé aurait conclu une **assurance de protection juridique**, cette contribution pourrait être couverte par celle-ci, en fonction des conditions générales d'assurance.<sup>577</sup> Celles-ci limitent généralement la

---

<sup>573</sup> ATF 143 I 328, cons. 3.4.

<sup>574</sup> Dans ce sens, DOMEJ, Finanzierung, p. 67.

<sup>575</sup> D'après l'information par courriel du 17 mai 2019 octroyée par la FRC.

<sup>576</sup> DOMEJ, Finanzierung, p. 70.

<sup>577</sup> Sur le rôle des assurances de protection juridique en rapport avec l'exercice collectif des droits, cf. TZANKOVA, p. 581 s.



couverture à certains domaines du droit spécifiques et fixent une limite supérieure de valeur litigieuse.<sup>578</sup> Le cœur du problème réside toutefois en le fait que le demandeur collectif n'est pas la personne assurée et ne saurait dès lors prétendre à une prise en charge par l'assurance de protection juridique.

Par conséquent, alors que les contributions volontaires ne **peuvent favoriser** 339 **uniquement en partie** la mise en œuvre d'un exercice collectif des droits, tel n'est pas le cas des assurances de protection juridique.

## 2.2. Le subventionnement public

Une autre atténuation de la problématique des frais peut exister lorsque le demandeur collectif est une **organisation** d'une certaine importance nationale dont le but statutaire est la **protection des consommateurs**. En effet, la Confédération peut accorder des aides financières à ce type d'organisations « pour l'information objective et pertinente des consommateurs par la presse ou les médias électroniques » (art. 5 al. 1 let. a LIC ; cf. *supra*, N. 166). 340

Un tel demandeur collectif pourrait certes bénéficier d'une **aide partielle** de 341 la main publique, mais uniquement en ce qui concerne les **dépenses liées à l'information des consommateurs**, ce qui pourrait couvrir les dépenses en vue de la préparation d'un procès (cf. *supra* N. 168 s.). En est cependant exclue la totalité des frais directement engendrés par un procès, à savoir les frais judiciaires, les dépens à la partie adverse et les honoraires pour son propre avocat. Cette interprétation est confirmée par la FRC (cf. *supra* N. 167). Le subventionnement public peut donc également être écarté des solutions envisageables.

---

<sup>578</sup> WEGMÜLLER, p. 237. Pour davantage de précisions, cf. LUTERBACHER, p. 292 ss.

### 3. Le financement du procès par des tiers

#### 3.1. La notion

- 342 Le mécanisme du financement du procès par des tiers est une pratique qui s'est développée ces dernières années pour pallier la problématique du financement des procès, en particulier dans les ordres juridiques qui n'admettent pas la pratique du *pactum de quota litis* pour les avocats,<sup>579</sup> dont la Suisse fait partie en vertu de l'art. 12 let. e LLCA.<sup>580</sup> La pratique du financement des procédures par des tiers a été admise il y a quelque temps déjà par le Tribunal fédéral.<sup>581</sup> D'après le Conseil fédéral, il s'agit d'**une forme de financement qui pourrait jouer un rôle important en cas d'exercices collectifs des droits**.<sup>582</sup>
- 343 En l'absence d'une définition légale, le financement du procès peut être défini comme la prise en charge de tous ou d'une partie des frais liés à un procès contentieux par un tiers en échange de laquelle celui-ci perçoit une rémunération sur le paiement alloué à la partie financée.<sup>583</sup> Ainsi se crée une relation triangulaire, d'une part par le biais d'un contrat de financement entre la partie souhaitant procéder en justice et le tiers financeur et, d'autre part à l'égard de l'avocat qui, en principe, n'est obligé qu'à l'égard de la partie au procès.<sup>584</sup>
- 344 Dans une telle configuration, **le tiers prend en charge la totalité des risques financiers du procès**, de la fourniture de l'avance sur les frais jusqu'au risque de recouvrement auprès de la partie défenderesse.<sup>585</sup> Il assume ainsi non seulement les frais judiciaires ainsi que l'éventuelle indemnité à titre de dépens

---

<sup>579</sup> Pour un aperçu de la situation du marché du financement de procès, cf. SCHUMACHER BENJAMIN, N. 16 ss.

<sup>580</sup> Au sujet de l'admissibilité de l'honoraire de résultat, cf. BOHNET, *pactum de palmario*, p. 505 ss.

<sup>581</sup> ATF 131 I 223.

<sup>582</sup> Exercice collectif, p. 45.

<sup>583</sup> VILLA, p. 208 ; WEGMÜLLER, p. 236.

<sup>584</sup> SCHUMACHER BENJAMIN, N. 15 ; WEGMÜLLER, p. 238 s.

<sup>585</sup> SCHUMACHER BENJAMIN, N. 14.

pour la partie adverse, mais également et surtout les dépenses nécessaires à la représentation par un avocat. Il peut être important de noter que d'autres postes tels que la détermination de l'état de fait ou d'autres frais antérieurs au procès peuvent également être pris en charge,<sup>586</sup> qui, comme nous l'avons vu, peuvent être considérables dans le cadre d'un exercice collectif des droits (cf *supra* N. 306). La partie financée ne s'expose donc à aucun risque financier dès lors qu'elle ne doit ni assumer les frais dans le cas où elle succomberait, ni assumer le risque de non-recouvrement en cas de gain de cause au procès.

Voici **un moyen qui pourrait permettre à un demandeur collectif de procéder à un exercice collectif des droits**, étant donné que la quasi-totalité des frais encourus serait prise en charge par un tiers.<sup>587</sup> Le mécanisme du financement de procès par un tiers vient en quelque sorte compenser, du moins en partie, les mécanismes étatiques qui ne permettent pas d'accéder à la justice. 345

### 3.2. Les conditions générales du financement

Afin que l'entreprise de financement de procès soit rentable, plusieurs exigences doivent en règle générale être remplies afin que le tiers considère la possibilité d'un financement. Partant, il est évident que le tiers financera uniquement des prétentions ayant une valeur monétaire.<sup>588</sup> Vu que sa rémunération dépend du montant effectivement recouvré par la partie financée, il va de surcroît **uniquement financer des procès à l'égard de personnes solvables et dont les perspectives de réussite paraissent bonnes**.<sup>589</sup> La hauteur de sa rémunération se calque sur le montant effectivement recouvré et se situe généralement dans les alentours de 30%.<sup>590</sup> 346

Le montant de la valeur litigieuse doit être tel que le retour espéré dépasse l'investissement. À cet effet, **le tiers financeur intervient uniquement dans des litiges dont la valeur litigieuse est plutôt élevée**. En Suisse, ce montant 347

---

<sup>586</sup> SCHUMACHER BENJAMIN, N. 37.

<sup>587</sup> Exercice collectif, p. 45 ; DOMEJ, Finanzierung, p. 73 s.

<sup>588</sup> À cet égard, cf. SCHUMACHER BENJAMIN, N. 22 ss. D'un autre avis, MEIER, Prozessfinanzierung, p. 5.

<sup>589</sup> WEGMÜLLER, p. 240.

<sup>590</sup> WEGMÜLLER, p. 241. Cf. en outre SCHUMACHER BENJAMIN, N. 30.

doit généralement être supérieur à 300'000 fr. L'investissement devient ainsi véritablement intéressant dès que la valeur litigieuse atteint au moins plusieurs centaines de milliers de francs. SCHUMACHER avance même que le montant de 500'000 fr. serait un montant généralement plus réaliste.<sup>591</sup> La réalité du marché veut qu'un tiers financeur n'intervienne qu'à la suite d'un examen approfondi de la situation, et ce dans un but spéculatif dans le cadre de litiges internationaux impliquant de gros enjeux financiers.<sup>592</sup> Il apparaît qu'un financement intervient que dans approximativement dix pour cent des cas présentés.<sup>593</sup>

- 348 Bien que ce mécanisme pourrait à l'avenir représenter un outil de financement important pour l'exercice collectif des droits, il s'avère, au vu de ce qui précède, que **le financement de procès par les tiers n'apporte pas de solution aux dommages collectifs d'une importance relativement modeste.**<sup>594</sup>

---

<sup>591</sup> SCHUMACHER BENJAMIN, N. 28.

<sup>592</sup> MEIER, Prozessfinanzierung, p. 4.

<sup>593</sup> VILLA, p. 208 s.

<sup>594</sup> Dans ce sens, VILLA, p. 210.

## §9 Les perspectives

Ce paragraphe final va présenter nos propositions *de lege ferenda* en présentant la notion de l'exercice collectif des droits (I.), pour conclure par le régime proposé à celui-ci (II.). 349

### I. La notion de l'exercice collectif des droits

Dans un premier temps, nous allons tenter de circonscrire la notion légale de l'exercice collectif des droits. Etant donné que nous ne souhaitons guère lier un tel exercice à des conditions supplémentaires par rapport au cumul objectif de l'art. 90 CPC, l'exercice collectif des droits ne fera pas l'objet d'une disposition spécifique. Tout particulièrement et contrairement à ce qui vaut en Autriche (cf. *supra* N. 97 ss), l'exigence d'un lien de connexité entre les prétentions ne nous paraît pas opportune (cf. *supra* N. 246 ss). Au contraire, la notion proposée sera utilisée de manière uniforme par toutes les dispositions en rapport avec l'exercice collectif, avec la teneur suivante : 350

« Lorsque le demandeur réunit dans la même action plusieurs prétentions dans l'intérêt de tiers au procès contre le même défendeur. » 351

L'élément important à mentionner est le fait que **le demandeur procède à un cumul objectif d'actions**. À cet effet, nous nous inspirons délibérément du libellé de l'art. 90 CPC qui définit le cumul objectif par ces termes : « le demandeur peut réunir dans la même action plusieurs prétentions contre le même défendeur [...] ». Afin de ne susciter aucun doute quant au champ d'application, nous suggérons d'utiliser la tournure identique à l'art. 90 CPC. 352

Afin de distinguer le cas d'un cumul objectif d'actions ordinaire, il y a lieu de **spécifier que celui-ci agit « dans l'intérêt de tiers »**, sans qu'il soit toutefois nécessaire de préciser l'existence de cessions de créances. À notre sens, cette expression exclut les constellations dans lesquelles un représentant agit pour plusieurs consorts, vu qu'il ne revêt pas lui-même la qualité de partie dans ces 353

cas-là (art. 72 et 68 CPC).<sup>595</sup> Afin d'agir « dans l'intérêt » d'autrui, il est nécessaire que le demandeur agisse par le biais d'une convention de fiducie, et que partant, les tiers aient un intérêt de fait à l'issue du procès. Ainsi, les constellations dans lesquelles le demandeur rachète simplement des créances au cessionnaire et n'agit plus que dans son propre intérêt devraient être exclues. Ceci revêt son importance au regard des règles que nous allons proposer sur les frais ci-après (cf. *infra*, N. 359 ss). En effet, dès l'instant où le demandeur est en mesure d'acquiescer des créances à titre onéreux, il est généralement en mesure de financer un procès et ne nécessite pas la protection que nous allons proposer.

---

<sup>595</sup> En outre, pourrait-on comprendre sous la tournure « dans l'intérêt de tiers » également la constellation dans laquelle un demandeur agit par le biais d'une substitution processuelle légale (autrement dit, une *Prozessstandschaft*) ? Il s'agit là de cas de figure dans lesquels une personne est investie de la faculté d'intenter un procès pour le compte du titulaire matériel de la prétention. En d'autres termes, celui-là dispose d'un droit d'action distinct du droit matériel. À titre illustratif cf. notamment art. 260 LP, art. 756 CO, art. 105 LFus ou d'autres exemples traités par BEINERT aux pages 43 ss.

## II. Le régime applicable à l'exercice collectif des droits

Dans la mesure du possible, le présent essai de synthèse d'un régime à l'égard d'un exercice collectif des droits reprend les dispositions du CPC. Les nouvelles dispositions proposées sont présentées dans l'ordre systématique. Si les propositions ne s'intègrent pas dans des articles actuellement en vigueur, elles sont indiquées par des lettres « a », « b », « c », etc.

Chaque article est de surcroît suivi d'un commentaire qui souligne les aspects essentiels des propositions *de lege ferenda*.

« **Art. 5** Instance cantonale unique 356

<sup>1</sup> Le droit cantonal institue la juridiction compétente pour statuer en instance cantonale unique sur :

j. un cumul objectif d'actions au sens de l'art. 90 CPC, dans la mesure où le cumul est opéré dans l'intérêt de tiers au procès.

[...] »

Dans le but de favoriser une expertise judiciaire dans le cadre d'un exercice collectif des droits, il nous semblerait utile, à l'instar de l'AP-CPC (art. 5 al. 1 let. j), de prévoir une obligation pour les cantons d'instituer une instance cantonale unique pour ces affaires.<sup>596</sup> Cette exigence peut être prévue en tant que nouvelle lettre j de l'al. 1 de l'art. 5 CPC. Les Cantons demeureraient libres d'attribuer cette compétence en faveur du Tribunal cantonal ou du Tribunal de commerce par exemple.

Cette règle permettrait en outre d'accélérer un type de procédure caractérisé généralement par une certaine complexité et donc une certaine lenteur. En effet, le nombre d'instances serait ainsi réduit de deux. Non seulement les voies de recours seraient limitées au Tribunal fédéral, mais la procédure de conciliation serait – en raison de l'art. 198 let. f CPC – également supprimée. Même

---

<sup>596</sup> Cf. également Rapport AP-CPC, p. 25.

si une procédure formalisée de conciliation devait être écartée, il n'en demeure pas moins que les parties seraient certainement intéressées à trouver un accord à l'amiable une fois la demande en justice déposée afin d'éviter trop de frais ou une décision leur étant défavorable.

359 « **Art. 114a** Procédure de décision dans le cadre d'un exercice collectif des droits

<sup>1</sup> Lorsque le demandeur, dans l'intérêt de tiers au procès, réunit dans la même action plusieurs prétentions contre un même défendeur et dont la valeur litigieuse cumulée ne dépasse pas 500000 francs sans prise en compte d'éventuelles demandes reconventionnelles, il n'est pas perçu d'avance sur les frais judiciaires, ni de sûretés à titre de garantie pour les dépens du défendeur.

<sup>2</sup> Des dépens doivent être versés par le demandeur au défendeur ayant obtenu gain de cause uniquement lorsque :

- a. la situation financière du demandeur est exceptionnellement bonne ;
- b. l'al. 1 de la présente disposition ne trouve pas application en raison de la valeur litigieuse, ou
- c. le demandeur a procédé de mauvaise foi ou de façon téméraire.

<sup>3</sup> Si le demandeur n'obtient pas gain de cause, le tribunal peut s'écarter des règles générales de répartition (art. 106) et répartir le frais selon sa libre appréciation :

- a. lorsque le demandeur a intenté le procès de bonne foi ;
- b. lorsque le comportement du défendeur justifiait l'action du demandeur ;
- c. lorsque le demandeur dispose certes des moyens requis, mais n'a pas une situation financière particulièrement bonne, ou
- d. pour autant que la prise en charge des frais par le demandeur semble inéquitable.

<sup>4</sup> Les art. 108, 109 et 116 ainsi que les dispositions concernant l'assistance judiciaire gratuite sont réservés. »



Afin de favoriser l'accès au juge à l'égard des lésés en proie à une apathie rationnelle, il nous semble opportun **d'exonérer d'une avance de frais le demandeur collectif** à un exercice collectif des droits, à l'instar de l'avant-projet du Code de procédure civile. Ce texte suggère pour sa mise en œuvre une modification du CPC par l'introduction d'une nouvelle disposition (art. 115a AP-CPC) qui non seulement exonère le demandeur d'un versement des avances (art. 98 AP-CPC), mais le dispense également de fournir des sûretés à titre de garantie pour les dépens (art. 99 AP-CPC). Le Conseil fédéral rappelle dans son rapport qu'une telle exonération supprimerait un premier obstacle pour engager un procès civil.<sup>597</sup> Afin de garantir un accès effectif au tribunal, l'exonération d'une avance de frais doit se coupler avec une dispense de fournir des sûretés à titre de garantie pour les dépens (art. 99).

À l'instar de l'avant-projet CPC, il nous semble adéquat de **limiter la portée de cette exonération à une valeur litigieuse ne dépassant pas 500000 fr.** En effet, il s'agit là d'une limite supérieure approximative à partir de laquelle le financement du procès par des tiers devient envisageable dans la pratique (cf. *supra*, N. 347). Dès le moment où des fonds peuvent être soulevés, une exonération de l'obligation de fournir une avance de frais n'est plus justifiée du fait que le demandeur peut accéder au juge et peut de ce fait se placer sur un pied d'égalité au niveau financier par rapport au défendeur.

Pour les cas où le demandeur succomberait, il nous semble opportun de prévoir, à l'instar du projet LSFIn (art. 114a CPC P-LSFin), **certaines règles particulières quant aux dépens et à la répartition des frais.** Ainsi, l'al. 2 de l'art. 114a limite la portée des règles générales de répartition des frais de l'art. 106 CPC en prévoyant trois uniques cas de figures obligeant le demandeur collectif à verser des dépens au défendeur ayant obtenu gain de cause. L'al. 3 quant à lui vient compléter les règles de répartition en équité de l'art. 107 CPC.

Les dépens constituant une charge potentiellement considérable, nous estimons opportun de prévoir la règle générale selon laquelle le versement de dépens par le demandeur au défendeur ayant obtenu gain de cause est exclu. Il existe une exception principale à cette règle lorsque la valeur litigieuse est

<sup>597</sup> Rapport AP-CPC, p. 56.

supérieure à 500'000 fr. Dans la mesure où un tiers financier aurait la possibilité d'entrer en jeu, il serait exclu de traiter le demandeur de façon plus favorable. Deux autres dérogations à cette règle sont prévues. La première se justifie lorsque la situation du demandeur est exceptionnellement bonne. Enfin, la troisième exception est légitime lorsque le demandeur a procédé de façon téméraire ou de mauvaise foi.<sup>598</sup>

- 364 Le second volet des règles particulières devrait permettre au juge de s'écarter des règles générales de répartition des frais (art. 106 CPC). Ceci permet en particulier de ne pas faire peser toute la responsabilité des frais de procédure sur les épaules du demandeur collectif, lorsque celui-ci aurait intenté le procès de bonne foi, ou qu'il semblerait inéquitable de les mettre à sa charge. Comme le rappelle l'art. 95 al. 1 let. b CPC, les frais comprennent autant les dépens qui pourraient également être répartis en dérogation à l'art. 106 CPC.

---

<sup>598</sup> Pour une précision de cette notion, cf. e.a. ATF 127 III 178 cons. 2.

## CONCLUSIONS

### Un état des lieux

Dans sa **première partie**, notre travail a présenté la problématique actuelle, à 365 savoir l'accès aux tribunaux pour les personnes ayant subi un dommage dont l'importance est jugée insuffisante pour justifier une prise de risque financière afin d'entreprendre des démarches judiciaires. Nous parlons alors d'apathie rationnelle (cf. *supra* N. 13 ss). Les personnes ainsi lésées ne peuvent *de facto* accéder aux tribunaux et sont contraintes de supporter la charge du dommage qu'ils subissent (cf. *supra* N. 19).

Fort de ce constat, nous rappelons que l'entreprise de démarches judiciaires 366 collectives, en d'autres termes l'exercice collectif des droits, pourrait remédier à ces déficits lorsque nous sommes en présence d'un dommage affectant un nombre important de personnes, à savoir un dommage collectif (cf. *supra* N. 42 ss). Ainsi, l'exercice collectif des droits permet en particulier de mettre en œuvre l'accès à la justice tout en favorisant l'économie de procédure et en empêchant le prononcé de jugements contradictoires (cf. *supra* N. 58 ss).

Nous concluons par un aperçu du système judiciaire autrichien qui a mis en 367 pratique un mécanisme permettant d'exercer les droits de façon collective. Le système en Autriche prévoit que les personnes lésées cèderont leurs prétentions à un organisme, en règle générale une association de protection des consommateurs, laquelle va agir seule en justice en procédant par un cumul objectif d'actions. C'est de cette pratique que s'inspire la solution que nous envisageons pour le droit suisse.

La **deuxième partie** de notre étude aborde la phase préparatoire à l'exercice 368 collectif des droits, soit la façon dont le demandeur collectif peut découvrir et rassembler les lésés d'un dommage collectif. Nous débutons par la présentation du demandeur collectif et des façons dont il pourrait apparaître en justice, soit en tant que simple représentant conventionnel des lésés, soit en tant que partie s'étant fait céder des droits d'action (cf. *supra* N. 120 ss). Nous écartons ces deux possibilités pour ne retenir que la forme du demandeur en tant que partie s'étant fait céder les créances des lésés aux fins d'encaissement (cf.

*supra* N. 126 ss). Pour clore la présentation du demandeur collectif, nous nous attardons brièvement sur sa personne avant de mettre en exergue que des personnes morales poursuivant un but idéal – typiquement s’engageant dans la protection des consommateurs – seront vraisemblablement à même de revêtir le rôle de demandeur collectif (cf. *supra* N. 161 ss).

- 369 Nous nous penchons ensuite sur les instruments dont dispose le potentiel demandeur collectif pour rechercher les lésés d’un dommage collectif. S’il est bien évidemment possible de découvrir les lésés de façon informelle (cf. *supra* N. 173 ss), par des moyens de publications, par la presse ou des recherches sur internet, nous constatons les limites de ces outils, ainsi que l’impossibilité d’exploiter l’instrument de la preuve à futur au sens de l’art. 158 CPC (cf. *supra* N. 178 ss).
- 370 La **troisième partie** de notre étude se consacre à la démarche judiciaire collective, qui est mise en œuvre par un cumul objectif d’actions, instrument procédural permettant de faire valoir une multitude de prétentions auprès du même tribunal lors du même procès. Afin que le cumul soit admis, les prétentions doivent être soumises à la même compétence *ratione materiae* (cf. *supra* N. 197 ss) ainsi qu’à la même procédure (cf. *supra* N. 204 ss). En outre, les règles de for influencent de manière non négligeable les possibilités d’ouverture d’une action en justice (cf. *supra* N. 213 ss), tout particulièrement lorsque des fors à l’échelle internationale sont impliqués (cf. *supra* N. 227 ss). Pour finir, nous abordons brièvement la notion de lien de connexité (cf. *supra* N. 246 ss).
- 371 Étant donné la complexité et l’importance de certains dommages collectifs, il n’est pas toujours possible de découvrir et de rassembler la totalité des lésés avant de devoir introduire une action afin de suspendre les délais de prescription. Dans ces cas-là, le demandeur collectif peut modifier sa demande à certaines conditions, et ce tout au long des différentes étapes d’un procès, au fur et à mesure que des lésés retardataires lui cèdent leurs prétentions (cf. *supra* N. 251 ss).
- 372 C’est à ce stade que nous abordons un obstacle majeur à la mise en œuvre de l’exercice collectif des droits. Il s’agit là de la problématique des coûts liés à

la procédure, en particulier l'obligation de verser une avance de frais à concurrence de la totalité des frais présumés (art. 98 CPC). Tout en n'étant pas une règle absolue, il demeure que les frais judiciaires sont déterminés principalement en fonction de l'importance de la valeur litigieuse. Or, la valeur litigieuse d'un exercice collectif des droits cumulant une multitude de prétentions (art. 93 CPC) peut rapidement se chiffrer à plusieurs dizaines de milliers de francs pour les affaires les moins importantes. Lorsqu'une association à but idéal agit en tant que demandeur collectif, elle ne sera en règle générale pas en mesure d'avancer des montants à concurrence de plusieurs milliers, voir même des dizaines de milliers de francs (cf. *supra* N. 251 ss).

Selon le droit actuellement en vigueur, plusieurs pistes de solutions s'offrent 373 à nous (cf. *supra* N. 327 ss). La première permettrait aux tribunaux d'exonérer, totalement ou en partie, les demandeurs de l'obligation d'avancer des frais (cf. *supra* N. 327 ss). La deuxième solution pourrait consister en l'utilisation de l'action partielle, ce qui néanmoins irait à l'encontre de l'économie de procédure et de l'empêchement de jugements contradictoires (cf. *supra* N. 330 ss). Quant à l'assistance judiciaire gratuite, deux problèmes se posent en présence de cette option. En premier lieu, il peut s'avérer contraire aux règles de la bonne foi de requérir l'assistance judiciaire gratuite alors que l'on s'est fait céder des prétentions par des personnes qui disposent en soi de ressources suffisantes comme le requiert l'art. 117 let. a CPC. En second lieu, l'assistance judiciaire est, à certaines exceptions près, réservée aux personnes physiques (cf. *supra* N. 333 ss). Si les contributions volontaires de la part des personnes lésées pouvaient également constituer une solution partielle, celle-ci se heurterait néanmoins à l'apathie rationnelle des personnes impliquées (cf. *supra* N. 337 ss). Les subventions des frais au bénéfice des organisations s'engageant pour la protection des consommateurs permettraient, du moins en partie, de combler les dépenses encourues par les démarches consistant à découvrir et rassembler les lésés d'un dommage collectif. En revanche, il ne s'agit pas d'une solution qui permettrait de combler la problématique des frais judiciaires (cf. *supra* N. 340 s.). Pour terminer, nous abordons la dernière option pouvant pallier le problème du financement, à savoir le financement par le biais de tiers au procès. S'il peut évidemment s'agir d'une réelle solution pour les affaires, dont la valeur litigieuse s'élevant à plusieurs centaines de milliers de francs, les tiers financeurs n'entrent pas en jeu en deçà de ces montants (cf. *supra* N. 342 ss).

- 374 Pour clore notre étude, nous effectuons une mise en perspective par le biais de plusieurs propositions *de lege ferenda* (cf. *supra* N. 349 ss). A titre liminaire, nous suggérons une définition de l'exercice collectif des droits que nous utilisons de façon uniforme pour la totalité des nouvelles dispositions (cf. *supra* N. 350 ss). Dans le vif du sujet des modifications législatives, nous estimons nécessaire de prévoir, d'une part, une instance cantonale unique qui serait compétente dans le domaine de l'exercice collectif des droits (cf. *supra* N. 356 ss), et, d'autre part, d'exonérer le demandeur collectif d'une avance de frais jusqu'à une valeur litigieuse de 500'000 fr. (cf. *supra* N 359 ss) ainsi que des règles particulières quant aux dépens et à la répartition des frais (cf. *supra* N. 362 ss).

## Constat

Notre étude nous a permis de constater qu'entre les frais judiciaires (et l'avance à verser), le risque de devoir verser une indemnité à titre de dépens (et les éventuelles sûretés à fournir) et ses propres honoraires d'avocat, **un demandeur collectif devrait régulièrement être dans l'incapacité de procéder à un exercice collectif des droits.**

Si **les outils de droit procédural**, en particulier l'exonération de l'avance des frais ou l'assistance judiciaire gratuite, peuvent remédier à l'exigence d'avance des frais, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là de **solutions ponctuelles, applicables uniquement dans des cas d'exception.** En effet, le fait que le demandeur collectif doive presque inconditionnellement avancer les frais judiciaires et que l'assistance judiciaire gratuite fasse preuve d'une pratique restrictive de la part des tribunaux a pour conséquence que la justice reste difficilement accessible pour les personnes aux ressources financières moyennes, et exclut dans la majorité des cas les personnes morales. *A fortiori*, tel est le cas pour le demandeur collectif, d'autant plus que le fait de requérir l'assistance judiciaire gratuite pourrait être considéré comme abusif pour faire valoir des créances cédées par des personnes non dépourvues de moyens financiers.

Le **financement de procès par un tiers** quant à lui pourrait constituer un réel moyen de mise en œuvre d'un exercice collectif des droits. En revanche, il s'agit d'une option envisageable pour un dommage collectif se chiffrant à plusieurs centaines de milliers de francs suisses, excluant par là les dommages collectifs qui n'atteignent pas ces montants.

Il va sans dire **qu'un obstacle certain subsiste à l'égard d'un exercice collectif** dont le dommage collectif est insuffisant pour pouvoir bénéficier d'un financement de la part d'un tiers et pour lequel l'assistance judiciaire gratuite ou l'exonération de l'avance des frais ne sont pas envisageables. L'accès au juge est ainsi entravé et la situation actuelle insatisfaisante.

## Remarques finales

- 379 La mondialisation a facilité les échanges commerciaux de grande envergure, occasionnant toutefois régulièrement des dommages à une multitude d'individus. Or, le régime juridique doit refléter ces changements et offrir aux individus des moyens de se défendre et d'obtenir réparation par voie judiciaire. Ce constat a constitué le point de départ de la discussion relative à l'exercice collectif des droits en Suisse à laquelle notre thèse s'est consacrée.
- 380 Alors que pendant l'élaboration du CPC, le législateur estimait encore que l'ordre juridique devait protéger en premier lieu les intérêts individuels, la crise financière de 2008 a opéré un changement de paradigme en politique. Les projets en cours d'élaboration pour une modification du CPC et une prise en compte des intérêts collectifs constituent un reflet de cette transformation.
- 381 Les mentalités peuvent ainsi changer. Il reste à savoir si le législateur va suivre cette tendance et la consolider en adoptant de réels instruments permettant de mettre en œuvre un exercice collectif des droits.

\* \* \* \* \*