

Les actions collectives : opting-in ou opting-out ?

MÉMOIRE

présenté

par

Tarek Patwari

sous la direction du

Professeur Jacques Haldy

Lausanne, le 25 juin 2024

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE.....	III
TABLE DES ARRÊTS.....	VIII
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	IX
I. INTRODUCTION.....	1
II. L’ACTION COLLECTIVE OU DE GROUPE, DÉFINITION ET OPPORTUNITÉ D’UN MÉCANISME PROCÉDURAL ISSU DE LA TRADITION JURIDIQUE DE COMMON LAW.....	2
A. DÉFINITION.....	2
B. ORIGINES ET DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS.....	3
C. OPPORTUNITÉ DE L’INTRODUCTION D’UNE ACTION COLLECTIVE.....	4
1. <i>Les domaines du droit potentiellement concernés.....</i>	<i>4</i>
2. <i>La problématique des dommages collectifs et des dommages dispersés.....</i>	<i>4</i>
3. <i>Les avantages associés aux actions collectives en présence de dommages collectifs et de dommages dispersés.....</i>	<i>5</i>
4. <i>Les risques associés aux actions collectives en présence de dommages collectifs et de dommages dispersés.....</i>	<i>7</i>
III. OPTING-IN ET OPTING-OUT, UNE DISTINCTION FONDAMENTALE.....	8
A. INTRODUCTION.....	8
B. LES ACTIONS COLLECTIVES DE TYPE « OPT-OUT ».....	9
1. <i>Notion.....</i>	<i>9</i>
2. <i>Opportunité du système opt-out.....</i>	<i>10</i>
a) Les avantages.....	10
b) Les risques.....	10
(i) S’agissant de la maxime de disposition.....	11
(ii) S’agissant du droit d’être entendu.....	11
(iii) S’agissant de l’extension de l’autorité de la chose jugée.....	12
(iv) S’agissant des droits du défendeur.....	13
c) Le rôle des avocats.....	14
C. LES ACTIONS COLLECTIVES DE TYPE « OPT-IN ».....	15
1. <i>Notion.....</i>	<i>15</i>
2. <i>Opportunité du système opt-in.....</i>	<i>15</i>
a) La garantie du consentement des membres du groupe.....	15
b) Un manque d’efficacité.....	15
c) L’absence de règlement global ou définitif du litige.....	16
D. QUEL CHOIX POUR LA SUISSE ?.....	16
IV. L’EXERCICE COLLECTIF DES DROITS EN DROIT PRIVÉ.....	18
A. L’ABSENCE D’ACTION COLLECTIVE OU DE GROUPE.....	18
B. LES AUTRES MÉCANISMES PERMETTANT D’EXERCER COLLECTIVEMENT SES DROITS.....	19
1. <i>Dans le Code de procédure civile.....</i>	<i>19</i>
a) La consorité simple (art. 71 CPC).....	19
b) L’action des organisations (art. 89 CPC).....	21
(i) L’action générale des organisations.....	21
(ii) Les actions spéciales des organisations.....	23
c) Le cumul objectif d’actions (art. 90 CPC).....	24

(i)	En général.....	24
(ii)	La combinaison entre cession de créance et cumul objectif d'actions.....	25
d)	La jonction de causes (art. 125 let. c CPC), la suspension de procédure (art. 126 CPC) et le renvoi pour cause de connexité (art. 127 CPC).....	26
2.	<i>Dans les autres lois fédérales</i>	27
3.	<i>Les procès modèles, tests ou pilotes</i>	27
V.	LE PROJET DE MODIFICATION DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE DU 10 DÉCEMBRE 2021.....	29
A.	UN PROJET CONTROVERSÉ ET À L'HISTOIRE MOUVEMENTÉE.....	29
B.	LES TROIS VOLETS PRINCIPAUX DU PROJET.....	30
1.	<i>L'extension du champ d'application de l'action des organisations</i>	30
2.	<i>L'introduction d'une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation</i>	32
3.	<i>L'introduction d'une réglementation sur les transactions collectives</i>	33
C.	UNE APPRÉCIATION PERSONNELLE DES INNOVATIONS PROPOSÉES PAR LE CONSEIL FÉDÉRAL.....	35
1.	<i>S'agissant de l'introduction d'une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation</i>	35
2.	<i>S'agissant de l'introduction d'une réglementation sur les transactions collectives</i>	37
VI.	CONCLUSION.....	38

Bibliographie

Ouvrages et articles

AFFERNI Giorgio, *'Opt-In' Class Actions in Italy: Why are they Failing?*, Journal of European Tort Law 2016, p. 82 ss.

BAUMGARTNER Samuel P., *Class Actions and Group Litigation in Switzerland*, Northwestern Journal of International Law & Business 2007, p. 301 ss.

BEUCHAT Alexandre, *L'action collective tarde à se concrétiser en Suisse, au grand dam des associations de consommateurs*, Le Temps 2023, disponible sous : <https://www.letemps.ch/economie/l-action-collective-tarde-a-se-concretiser-en-suisse-au-grand-dam-des-associations-de-consommateurs> (consulté le 18 mars 2024).

BOHNET François *et al.* (édits), *Code de procédure civile*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (Cité : CR CPC-AUTEUR-E, art. X, N Y).

BOHNET François, *Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: The Seven-Year Itch*, RSPC 2013, p. 439 ss (Cité : BOHNET, RSPC).

BOHNET François, *Les actions collectives, spécialement en matière de consommation*, in Carron Blaise/ Müller Christoph (édits), *Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis*, Neuchâtel 2013, p. 178 ss (Cité : BOHNET, *Actions collectives*).

BÜYÜKSAGIS Erdem, « *Class action* » : un Américain à Berne ?, REAS 2018, p. 473 ss.

BRETEL Ronan, *Recours collectifs en Europe : la transposition de la directive (UE) 2020/1828 en questions*, Dalloz actualité 2024, disponible sous : <https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/recours-collectifs-en-europe-transposition-de-directive-ue-20201828-en-question> (consulté le 18 mai 2024).

BRETSCHER Fabienne/NACHT Corinne, *Switzerland: New proposal to broaden instruments of collective redress*, Baker McKenzie 2022, disponible sous : <https://globallitigationnews.bakermckenzie.com/2022/03/03/switzerland-new-proposal-to-broaden-instruments-of-collective-redress/> (consulté le 14 avril 2024).

CHABLOZ Isabelle/DIETSCHY-MARTENET Patricia/HEINZMANN Michel, *Code de procédure civile*, Petit commentaire CPC, Bâle 2020 (cité : PC CPC- AUTEUR-E, art. X, N Y).

CHAPPUIS Benoit, *La profession d'avocat: Tome I Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^e éd., Genève 2016.

DASSER Felix/GROSS Balz/PFISTERER Stéphanie, *Verbandsklage und kollektiver Vergleich*, Homburger 2022, disponible sous : <https://www.homburger.ch/de/insights/verbandsklage-und-kollektiver-vergleich> (consulté le 20 février 2024).

DEFFAINS Bruno/DORIAT-DUBAN Myriam/LANGLAIS Éric, *Économie des actions collectives*, Paris 2008.

DODSON Scott, *An Opt-In Option for Class Actions*, Michigan Law Review 2016, p. 171 ss.

DOMEJ Tanja, *Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_43/2020 vom 16.7.2020, Stiftung A. gegen B. AG und C. AG, Forderung, Prozessfähigkeit*, AJP/PJA 2022, p. 256 ss (Cité : DOMEJ, *Urteil 4A_43/2020*).

DOMEJ Tanja, *Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?*, ZZP 2012, p. 421 ss (Cité : DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*).

EHRENZELLER Bernhard *et al.* (édits), *Die schweizerische Bundesverfassung : art. 1-72 BV*, St. Galler Kommentar, 4^e éd., Zurich 2023 (Cité : AUTEUR-E, *St. Galler Kommentar zu Art. X, N Y*).

EIZENGA Michel A/EMRYS Davis, *A History of Class Actions: Modern Lessons From Deep Roots*, The Canadian Class Action Review 2011, p. 1 ss.

FELLER Urs/HEISCH Martin, *Collective Redress – Switzerland keeps up with European developments*, Prager Dreifuss 2022, disponible sous : <https://www.prager-dreifuss.com/en/news/collective-redress—switzerland-keeps-up-with-european-developments-956> (consulté le 14 avril 2024).

FRANCEY Julien, *Le cumul d'actions en cas de prétentions soumises à une procédure différente*, Lawinside 2017, disponible sous : <http://www.lawinside.ch/373/> (consulté le 1^{er} juin 2024).

GIGON Sophie Michaud, *Action collective en Suisse: l'heure de vérité*, Le Temps 2024, disponible sous : <https://www.letemps.ch/opinions/debats/action-collective-en-suisse-1-heure-de-verite> (consulté le 27 avril 2024).

GIUDICI Paolo/ZUFFI Beatrice, *The New Italian Regulation on Class Actions*, in Fitzpatrick Brian T./Thomas Randall S. (édits), *The Cambridge Handbook of Class Actions: An International Survey*, Cambridge 2021, p. 217 ss.

GUT Susanna, *Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten*, Zurich 2014.

HABERBECK Philipp, *Gedanken zur Schliessung der Lücke im Rechtsschutzsystem der Schweiz betreffend die effektive Durchsetzung von Massen- und Streuschäden*, Jusletter 2014, disponible sous : https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2014/750/12000.html_ONCE&login=false (consulté le 20 juin 2024).

HAEBERLI David, *Le mécanisme d'action collective ne sera pas débattu avant cet automne au parlement suisse*, Le Temps 2024, disponible sous: <https://www.letemps.ch/suisse/le-mecanisme-d-action-collective-ne-sera-pas-debattu-avant-cet-automne-au-parlement-suisse> (consulté le 14 avril 2024).

HALDY Jacques, *Les actions collectives: un miroir aux alouettes*, Le Temps 2022, disponible sous : <https://www.letemps.ch/opinions/actions-collectives-un-miroir-aux-alouettes> (consulté le 15 avril 2024) (Cité : HALDY, *Actions collectives*).

HALDY Jacques, *Procédure civile suisse*, Bâle 2014 (Cité : HALDY, *Procédure civile*).

HALDY Jacques, *La nouvelle procédure civile suisse: Introduction pour les praticiens et les étudiants*, Bâle 2009 (Cité : HALDY, *Nouvelle procédure civile*).

HÄNNI Lino, *La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme*, thèse, Bâle 2017.

HENSLER Deborah R. *et al.*, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gains*, Santa Monica 2000.

HOFFMANN-NOWOTNY Urs/GROZ Philipp/PETER Matthis, *Swiss Civil Procedure Code: New Proposal to Strengthen Collective Redress*, Schellenberg Wittmer 2022, disponible sous : https://www.swlegal.com/media/filer_public/90/ad/90ad6a27-06a4-40b6-83e1-3edba26d6bd4/sw_nl_february_1_2022_english.pdf (consulté le 14 avril 2024).

HOHL Fabienne, *Procédure civile: Tome I Introduction et théorie générale*, 2^e éd., Berne 2016.

HUG Dario, *Le consommateur en procédure civile suisse*, RJN 2018, p. 15 ss.

JEANDIN Nicolas, *Parties au procès: Mouvement et (r)évolution: Précis en vue du Code de procédure civile actuellement en préparation*, Zurich 2003.

JOOS Marina, *Vers une « class action » helvétique ?*, Revue de l'avocat 2013, p. 487 ss.

KISTLER Alexander/LISIK Natalie, *Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit ? Eine Analyse des bestehenden kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz*, ex/ante 2018, p. 29 ss.

KÖLZ Christian, *Braucht es in der Schweiz Sammelklagen?*, ZBJV 2013, p. 865 ss.

LAUER Lorenz, *Kollektiver Rechtsschutz im Schweizerischen Privatrecht*, BJM 2017, p. 173 ss.

LUISONI Noé, *La capacité d'ester en justice d'une fondation dans le cadre du dieselgate*, Lawinside 2020, disponible sous : <http://www.lawinside.ch/986/> (consulté le 19 juin 2024).

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques (édits), *Constitution fédérale*, Commentaire romand, Bâle 2021 (Cité : CR Cst.-AUTEUR-E, art. X, N Y).

MOLAVI Michael, *Collective Legal Mobilisation: Exploring Class Actions in Sweden and Canada*, Nordic Journal of Human Rights 2024, p. 32 ss.

MÜLLER Karin, *Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht*, ZBJV 2015, p. 801 ss.

NESSI Sebastiano, *Introduction de la « class action » en France: une tempête dans un verre dans un verre d'eau ?*, Le Temps 2013, disponible sous : <https://www.letemps.ch/economie/finance/introduction-class-action-france-une-tempete-un-verre-deau> (consulté le 26 avril 2024).

NUSSBAUMER-LAGHZAOUI Arnaud, *La consorité simple passive (art. 71 al. 1 CPC)*, Lawinside 2016, disponible sous : <http://www.lawinside.ch/292/> (consulté le 31 mai 2024).

OBERHAMMER Paul/DOMEJ Tanja/HAAS Ulrich (édits), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Kurzkomentar ZPO, 3^e éd., Bâle 2021 (Cité : KUKO ZPO-AUTEUR-E, art. X, N Y).

PERUCCHI Leandro, *Class actions für die Schweiz*, AJP/PJA 2011, p. 489 ss.

PETER Matthis/HOFFMAN-NOWOTNY Urs, *Der ZPO-Revisionsentwurf zum kollektiven Rechtsschutz*, AJP/PJA 2022, p. 573 ss.

PETER Matthis, *Kollektiver Rechtsschutz im Vorentwurf zur Änderung der ZPO*, ZZZ 2019, p. 108 ss (Cité : PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*).

PETER Matthis, *Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren*, thèse, Zurich 2017 (Cité : PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*).

PETER-SPIESS Marie-Hélène, *La licéité du pactum de palmario*, Lawinside 2017, disponible sous : <http://www.lawinside.ch/512/> (consulté le 12 juin 2024).

PICHONNAZ Pascal/HEINZMANN Michel, *Un bon projet sur les actions collectives et les transactions de groupe*, Le Temps 2023, disponible sous : <https://www.letemps.ch/opinions/un-projet-actions-collectives-transactions-groupe> (consulté le 18 mars 2024).

RAMBAUD Thierry, *Introduction au droit comparé: Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris 2014.

ROMY Isabelle, *Class actions américaines et droit international privé suisse*, AJP/PJA 1999, p. 783 ss.

ROUVIÈRE Frédéric, *Le droit civil*, Paris 2019.

RUDOLF VON ROHR Sandrine, *Sammelklagen: Anwaltsarbeit ist keine Massenware - Wie viel kollektiver Rechtsschutz bekommt einem Land?*, Neue Zürcher Zeitung 2020, disponible sous : <https://www.nzz.ch/schweiz/sammelklagen-anwaltsarbeit-ist-keine-massenware-ld.1536584> (consulté le 20 juin 2024).

RUDOLF VON ROHR Sandrine/WIJNBERG Isabella, *Sammelklagen in der Schweiz? Ein gut zu überlegender Paradigmenwechsel*, Jusletter 2022, disponible sous : https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2022/1094/erwunschte-kommerzia_305e350d5b.html__ONCE (consulté le 20 juin 2024).

SPÜHLER Karl/TENCHIO Luca/INFANGER Dominik (édits), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (Cité : BSK ZPO-AUTEUR-E, art. X, N Y).

STADLER Astrid, *Kollektiver Rechtsschutz – Chancen und Risiken*, ZHR 2018, p. 623 ss.

STÖCKLIN Fabia, *Die Verbandsklage im ZPO-Revisionsentwurf – Eine Notwendigkeit oder toter Buchstabe?*, Jusletter 2022, disponible sous : https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2022/1122/die-verbandsklage-im-493e367ddf.html__ONCE&login=false (consulté le 20 février 2024).

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édits), *Code des obligations I : art. 1-529 CO*, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021 (Cité : CR CO I-AUTEUR-E, art. X, N Y).

THÉVENOZ Luc, *L'action de groupe en procédure civile suisse*, in Congrès international de droit comparé (édit.), *Rapports suisses présentés au XIII^{ème} Congrès international de droit comparé*, Zurich 1990.

VALTICOS Michel *et al.* (édits), *Loi sur les avocats*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2022 (Cité : CR LLCA-AUTEUR-E, art. X, N Y).

WERLEN Thomas/OPPOLZER Konstantin/HERTNER Jonas, *Collective Redress in Switzerland and the EU – Where does it stand?*, Swiss Capital Markets Law, CapLaw Editors, disponible sous : <https://caplaw.ch/2022/collective-redress-in-switzerland-and-the-eu-where-does-it-stand/> (consulté le 25 février 2024).

WIDMER LÜCHINGER Corinne/OSER David (édits), *Obligationrecht I*, Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2019 (Cité : BSK OR I-AUTEUR-E, art. X, N Y)

WOOPEN Herbert, *Verbandsklagen in der Schweiz*, SJZ 2022, p. 626 ss.

WYSS Lukas, *Mehrparteiverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz*, Jusletter 2015, disponible sous : https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2015/790/mehrparteiverfahre_4dffa4ed27.html_ON_CE&login=false (consulté le 20 juin 2024).

Documents officiels

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2607.

Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841.

Message sur une modification du code de procédure civile (Action des organisations et transaction collective) du 10 décembre 2021, FF 2021 3048.

Modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 17 mars 2023, FF 2023 786.

Motion 13.3931 « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments » du 27 septembre 2013 (Cité : Motion BIRRER-HEIMO).

Projet de modification du code de procédure civile (Action des organisations et transaction collective) du 10 décembre 2021, FF 2021 3049.

Rapport du Conseil fédéral « Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives » du 3 juillet 2013 (Cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*).

Table des arrêts

Arrêts du Tribunal fédéral

Publiés

ATF 147 III 529.

ATF 143 III 600.

ATF 142 III 788.

ATF 142 III 581.

ATF 141 III 596.

ATF 125 III 95.

ATF 125 III 82.

ATF 122 II 464.

ATF 119 Ia 136.

ATF 114 II 345.

ATF 86 II 18.

Non publiés

Arrêt du TF 4A_329/2020 du 10 février 2021.

Arrêt du TF 4A_43/2020 du 16 juillet 2020.

Arrêt du TF 4A_428/2018 du 29 août 2019.

Arrêt du TF 4A_397/2016 du 30 novembre 2016.

Arrêt du TF 4A_307/2011 du 16 décembre 2011.

Arrêt du TF 5C.253/2000 du 6 mars 2001.

Table des abréviations

AJP	<i>Aktuelle juristische Praxis</i>
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BJM	<i>Basler Juristische Mitteilungen</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
BV	<i>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101</i>
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
cf.	<i>confer</i>
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
éd.	édition
édit(s)	éditeur(s)
etc.	<i>et cetera</i>
FF	Feuille fédérale
JO	Journal officiel de l'Union européenne
KUKO	<i>Kurzkommentar</i>
LCart	Loi fédérale sur les cartels et les autres restrictions à la concurrence, RS 251
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, RS 241
LDét	Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999, RS 823.20
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1
let.	lettre(s)
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003, RS 221.301
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000, RS 935.61
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1
LPAP	Loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et des autres signes publics, RS 232.21
LParticipation	Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises, RS 822.14

LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006, RS 951.31
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992, RS 232.11
LRCN	Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 13 juin 2008, RS 732.44
LTN	Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005, RS 822.41
N	numéro(s)
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
PC	Petit commentaire
PJA	Pratique juridique actuelle
PME	Petites et moyennes entreprises
P-CPC	Projet de modification du Code de procédure civile du 10 décembre 2021 (Action des organisations et transactions collectives)
REAS	Responsabilité et Assurances
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSPC	Revue suisse de procédure civile
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
SKS	<i>Stiftung für Konsumentenschutz</i>
SR	<i>Systematische Rechtssammlung</i>
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
VKI	<i>Verein für Konsumenteninformation</i>
WCAM	<i>Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades to vergemakkelijken</i>
ZBJV	<i>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins</i>
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht</i>
ZPO	<i>Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272</i>
ZZP	<i>Zeitschrift für Zivilprozess</i>
ZZZ	<i>Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht</i>

I. Introduction

Il existe actuellement un vif débat portant sur la question de l'opportunité d'introduire l'action collective dans notre Code de procédure civile (CPC¹)². L'introduction d'un tel mécanisme dans le CPC ne va en effet pas de soi, car notre procédure civile repose traditionnellement sur l'idée d'un exercice individuel des droits par leur titulaire³. Toutefois, la manière dont les sociétés modernes sont organisées - en particulier s'agissant de la production et de la consommation de masse permise par l'industrialisation⁴ - a pour conséquence qu'un grand nombre de personnes peuvent subir un dommage issu d'un même état de fait⁵. Dans ce contexte se pose la question de l'opportunité de permettre à plusieurs personnes de se regrouper pour faire valoir ensemble leurs intérêts individuels⁶, en particulier par le biais d'une action collective.

La question de l'opportunité d'introduire une véritable action collective en droit suisse n'a en réalité rien de nouveau. Avant même l'adoption du CPC en 2008, et bien que l'action collective ne soit alors prévue dans aucun code cantonal de procédure civile⁷, certains auteurs proposaient déjà de prévoir un tel instrument dans notre ordre juridique⁸. L'opportunité de ce mécanisme se posait alors en relation avec les grands désastres pouvant causer un dommage considérable à un nombre important de personnes⁹. L'on songe par exemple à la catastrophe de *Schweizerhalle* de 1986¹⁰. Cette proposition n'a toutefois jamais fait l'unanimité dans notre pays¹¹, et en particulier s'agissant de l'introduction d'un mécanisme similaire à la *class action* américaine¹². Ainsi, lors de l'élaboration du CPC, le législateur a fait le choix de ne pas y introduire une véritable action collective¹³.

La nouveauté réside en revanche dans l'existence d'un projet¹⁴ de modification du CPC adopté par le Conseil fédéral le 10 décembre 2021, intitulé « *Action des organisations et transaction collective* ». Ce projet, qui devrait être débattu devant le Parlement au plus tôt à l'automne 2024¹⁵, propose principalement de permettre à une association ou à une organisation d'agir en justice pour demander la compensation financière de dommages subis par un groupe de personnes (art. 307b P-CPC), ainsi que la possibilité pour celles-ci de conclure une transaction collective (art. 307h et 307k P-CPC). Le projet du Conseil fédéral ne fait toutefois pas l'objet

¹ Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

² FELLER/HEISCH.

³ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 1.

⁴ MOLAVI, p. 44.

⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 2.

⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 2.

⁷ BOHNET, *Actions collectives*, p. 178-179, N 52.

⁸ BOHNET, *Actions collectives*, p. 180, N 55.

⁹ BOHNET, *Actions collectives*, p. 179, N 54 ; THÉVENOZ, p. 130.

¹⁰ BAUMGARTNER, p. 309 ; THÉVENOZ, p. 155.

¹¹ BAUMGARTNER, p. 309 ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 14.

¹² BAUMGARTNER, p. 303 ; KISTLER/LISIK, p. 30.

¹³ BÜYÜKSAGIS, p. 475 ; JOOS, p. 487 ; KISTLER/LISIK, p. 30.

¹⁴ FF 2021 3049.

¹⁵ HAEBERLI.

d'un consensus au sein de la doctrine¹⁶. Celui-ci propose en effet l'introduction de mécanismes étrangers à notre ordre juridique et qui auraient pour conséquence un changement fondamental par-rapport à la conception traditionnelle sur laquelle repose notre procédure civile.

La présente contribution tend donc vers l'examen et l'appréciation critique du projet du Conseil fédéral du 10 décembre 2021 (*infra* Chapitre V), car celui-ci concrétise le débat actuel existant en Suisse sur la question de l'opportunité d'introduire une véritable action collective dans notre ordre juridique. Pour ce faire, il sera néanmoins nécessaire de commencer par déterminer la *ratio legis* du projet du Conseil fédéral (*infra* Chapitre II) et les enjeux juridiques qui le sous-tendent (*infra* Chapitre III), ainsi que d'examiner les possibilités d'exercice collectif des droits qui existent dans le droit en vigueur (*infra* Chapitre IV).

II. L'action collective ou de groupe, définition et opportunité d'un instrument procédural issu de la tradition juridique de common law

A. Définition

Nous nous devons de commencer cette contribution en renonçant à donner une définition précise de l'action collective. En effet, les actions collectives peuvent prendre une multitude de formes différentes, en fonction de la législation de l'État qui prévoit un tel instrument procédural¹⁷. De manière générale, l'action collective (*Sammelklage*) ou action de groupe (*Gruppenklage*)¹⁸, peut néanmoins être définie comme « une procédure permettant à une ou plusieurs personnes, avec ou sans mandat, d'exercer au nom d'un groupe de personnes ayant subi, du fait d'une même personne, des préjudices identiques ayant une origine commune, une action en justice aboutissant au prononcé d'une décision ayant autorité de chose jugée à l'égard des membres du groupe »¹⁹.

L'action collective ou de groupe est donc un instrument procédural visant à traiter en une seule fois un grand nombre de prétentions présentant des caractéristiques communes²⁰, par le biais d'un représentant qui mène une procédure à la fois pour son compte et pour celui d'un groupe de personnes²¹. Ce représentant agit non seulement pour faire valoir ses propres droits, mais également pour faire valoir ceux des membres du groupe²². Toutefois, les membres du groupe, en dépit du fait que leurs droits soient invoqués en justice, ne revêtent pas formellement la qualité de partie dans le cadre de la procédure²³ et ne jouent pas de rôle actif dans le contexte de celle-ci²⁴. Et ce alors même que le jugement intervenant à l'issue de l'action collective, qu'il

¹⁶ *Pro* : PICHONNAZ/HEINZMANN ; STÖCKLIN, p. 12, N 30 ; *contra* : WOOPEN, p. 637.

¹⁷ DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 8 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 2.

¹⁸ DASSER, p. 107, N 22 ; LAUER, p. 189.

¹⁹ DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 8.

²⁰ BOHNET, *Actions collectives*, p. 183, N 62.

²¹ LAUER, p. 189.

²² KISTLER/LISIK, p. 32.

²³ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 32 ; HÄNNI, p. 337, N 915 ; KISTLER/LISIK, p. 32.

²⁴ DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 10.

soit favorable ou défavorable²⁵, déploie un effet contraignant à l'égard non seulement du représentant, mais également à l'égard de l'ensemble des membres du groupe²⁶.

B. Origines et développements récents

Bien que l'action collective puisse donner l'apparence d'être un instrument moderne, il s'agit en réalité d'un mécanisme très ancien. Ce mécanisme procédural est également étranger au continent européen. Les origines des actions collectives sont en effet à trouver du côté de l'Angleterre²⁷ dans la période qui a suivi son invasion par Guillaume le Conquérant en 1066²⁸.

L'Angleterre étant un ordre juridique de *common law*²⁹, les pays partageant une tradition juridique commune (Australie³⁰, Canada³¹, États-Unis³², etc.) sont généralement plus enclins à prévoir l'action collective dans leur législation³³. Et, pendant longtemps, l'idée de pouvoir agir en justice pour défendre des intérêts collectifs était considérée comme étant contraire à la tradition juridique civiliste³⁴, qui caractérise les pays du continent européen³⁵. Toutefois, il semble qu'il existe actuellement une tendance en faveur de l'introduction de ce mécanisme dans certains pays membres de l'Union européenne, surtout en matière de droit de la consommation³⁶. Plusieurs pays européens prévoient en effet la possibilité d'intenter une véritable action collective dans leur législation interne, parmi lesquels l'Italie³⁷, la France³⁸, le Portugal³⁹, la Suède⁴⁰ et les Pays-Bas⁴¹.

Parallèlement à l'introduction de l'action collective dans certains ordres juridiques européens, des développements ont également eu lieu au niveau de l'Union européenne. Cela a débuté en 2013 avec la recommandation 2013/396/UE de la Commission européenne⁴², par laquelle celle-ci a établi un certain nombre de principes communs non-contraignants visant à simplifier

²⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 32.

²⁶ LAUER, p. 189.

²⁷ BÜYÜKSAGIS, p. 474.

²⁸ EIZENGA/DAVIS, p. 5.

²⁹ La *common law* désigne les systèmes juridiques dans lesquels les décisions judiciaires constituent la source principale du droit (ROUVIÈRE, p. 104-105).

³⁰ BAUMGARTNER, p. 308.

³¹ BAUMGARTNER, p. 308.

³² RAMBAUD, p. 146.

³³ BAUMGARTNER, p. 308-309.

³⁴ GIUDICI/ZUFFI, p. 217.

³⁵ ROUVIÈRE, p. 104.

³⁶ HUG, p. 38.

³⁷ AFFERNI, p. 88.

³⁸ KISTLER/LISIK, p. 30 ; NESSI.

³⁹ KISTLER/LISIK, p. 30.

⁴⁰ KISTLER/LISIK, p. 32 ; MOLAVI, p. 45.

⁴¹ KISTLER/LISIK, p. 30.

⁴² Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'Union, JO L 201 du 26 juillet 2013, p. 60 (Ci-après : recommandation 2013/396/UE).

l'exercice des procédures de recours collectifs dans les États membres de l'Union européenne⁴³. Puis, en 2020, un consensus politique au niveau européen a donné naissance à la directive (UE) 2020/1828⁴⁴, qui a cette fois-ci véritablement imposé aux États membres de l'Union européenne de faire en sorte qu'« un mécanisme d'action représentative visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs [soit] disponible dans tous les États membres »⁴⁵. La directive (UE) 2020/1828 exige donc de tous les États membres de l'Union européenne qu'ils prévoient dans leur législation la possibilité pour les consommateurs européens d'obtenir la réparation de leur dommage par le biais d'une action collective⁴⁶.

C. Opportunité de l'introduction d'une action collective

1. Les domaines du droit potentiellement concernés

En Suisse, le débat actuel sur l'introduction d'une action collective est également sous-tendu par une volonté de faciliter l'accès à la justice des consommateurs⁴⁷. À cet égard, il convient de mentionner l'affaire des moteurs truqués du groupe automobile Volkswagen, dans le contexte duquel un nombre important de consommateurs suisses ont été confrontés à des difficultés pour obtenir la réparation de leur dommage⁴⁸. Ce scandale sert souvent d'illustration dans le contexte du débat sur la potentielle nécessité de renforcer les possibilités d'exercice collectif des droits en Suisse, notamment par le biais de l'introduction d'une véritable action collective dans notre ordre juridique⁴⁹.

Le droit de la consommation est certes l'un des domaines du droit dans lequel l'opportunité d'introduire une action collective se pose⁵⁰. Toutefois, de nombreux autres domaines du droit pourraient également être concernés par l'introduction d'une véritable action collective⁵¹, tels que le droit de la concurrence⁵², le droit des sociétés⁵³, le droit des marchés de capitaux⁵⁴ ou encore celui de la responsabilité civile⁵⁵.

2. La problématique des dommages collectifs et des dommages dispersés

⁴³ KISTLER/LISIK, p. 29 ; WYSS, p. 5, N 3.

⁴⁴ Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JO L 409 du 4 décembre 2020, p. 1 (Ci-après : directive (UE) 2020/1828).

⁴⁵ Art. 1 al. 1 directive (UE) 2020/1828.

⁴⁶ BRETEL.

⁴⁷ Cf. notamment HAEBERLI : « *En clair, il s'agit de donner la possibilité aux consommateurs de se grouper pour obtenir réparation* ».

⁴⁸ BEUCHAT.

⁴⁹ Cf. notamment BEUCHAT et HAEBERLI.

⁵⁰ PERUCCHI, p. 490.

⁵¹ PERUCCHI, p. 490.

⁵² PERUCCHI, p. 490 ; RUDOLF VON ROHR/WIJNBERG, p. 5, N 18 ; WYSS, p. 7, N 12.

⁵³ HÄNNI, p. 331, N 893 ; PERUCCHI, p. 490.

⁵⁴ PERUCCHI, p. 490.

⁵⁵ WYSS, p. 7, N 12.

Bien que de nombreux domaines du droit privé puissent être concernés par l'introduction d'une action collective, l'opportunité de prévoir un tel instrument dans notre législation se pose principalement en présence de dommages collectifs ou de masse (*Massenschäden*⁵⁶) et de dommages dispersés (*Streuschäden*⁵⁷)⁵⁸, touchant des individus ou des petites et moyennes entreprises (PME)⁵⁹. Les dommages collectifs se caractérisent par un grand nombre de lésés touchés de manière identique ou similaire⁶⁰, par le fait d'un même auteur⁶¹, chacune de ces personnes subissant un dommage considérable⁶². Quant aux dommages dispersés, ils se caractérisent également par un grand nombre de lésés⁶³, touchés par le fait d'un même auteur⁶⁴, chacun des lésés ne subissant toutefois qu'un dommage de faible valeur⁶⁵.

Les dommages collectifs et les dommages dispersés comportent des risques distincts⁶⁶. En cas de dommages collectifs, il existe le risque que les autorités judiciaires soient prises d'assaut par un nombre important de demandes individuelles semblables⁶⁷. En sus du risque d'engorgement des tribunaux⁶⁸, il existe également celui que les autorités judiciaires rendent alors des décisions contradictoires⁶⁹. En cas de dommages dispersés, le risque principal est que le lésé renonce à agir car le coût de l'action judiciaire peut s'avérer être plus élevé que ce qu'il peut espérer obtenir à l'issue de la procédure judiciaire⁷⁰, ce qui peut être le cas lorsque le dommage subi est de quelques centaines ou milliers de francs⁷¹. Ce risque que le lésé soit dissuadé d'agir en raison d'un faible dommage est désigné sous le terme de « *apathie rationnelle* »⁷², qui désigne la situation où il n'est pas rationnel économiquement pour le lésé d'investir du temps, de l'argent et de l'énergie pour chercher à obtenir la réparation de son dommage en justice⁷³, car celui-ci subirait une perte⁷⁴.

3. Les avantages associés aux actions collectives en présence de dommages collectifs et de dommages dispersés

⁵⁶ HABERBECK, p. 2, N 3 ; WYSS, p. 7, N 11.

⁵⁷ HABERBECK, p. 2, N 3 ; WYSS, p. 7, N 11.

⁵⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 2 ; WYSS, p. 7, N 11.

⁵⁹ WERLEN/OPPOLLER/HERTNER.

⁶⁰ WYSS, p. 7, N 11.

⁶¹ HABERBECK, p. 2, N 3.

⁶² CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 2 ; HÄNNI, p. 332, N 897 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5a ; WERLEN/OPPOLLER/HERTNER.

⁶³ KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5a ; WYSS, p. 7, N 11.

⁶⁴ HABERBECK, p. 2, N 3.

⁶⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 2 ; HÄNNI, p. 332, N 897 ; STÖCKLIN, p. 2, N 1 ; WYSS, p. 7, N 11.

⁶⁶ HÄNNI, p. 332, N 897.

⁶⁷ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 421 ; HÄNNI, p. 332, N 897.

⁶⁸ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 1.

⁶⁹ HÄNNI, p. 332, N 897 ; HUG, p. 22 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 1.

⁷⁰ HÄNNI, p. 332, N 897.

⁷¹ BOHNET, *Actions collectives*, p. 180, N 56 ; HABERBECK, p. 2-3, N 6.

⁷² DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 422 ; HABERBECK, p. 3, N 7 ; STADLER, p. 631.

⁷³ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 421.

⁷⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 22.

En réponse aux risques susmentionnés, l'action collective pourrait présenter un certain nombre d'avantages. Plus spécifiquement, en présence de dommages collectifs, l'action collective pourrait favoriser le bon fonctionnement de la justice en permettant une efficacité procédurale⁷⁵. Et, en présence de dommages dispersés, l'action collective pourrait permettre la compensation effective des lésés, ainsi que la prévention des comportements illicites⁷⁶. Il en découle qu'en cas de dommages collectifs et de dommages dispersés, les actions collectives pourraient présenter un intérêt non seulement pour les lésés, mais aussi plus largement pour le défendeur et les autorités judiciaires⁷⁷.

S'agissant pour commencer des lésés, en rendant la revendication du dommage réaliste en cas de dommages dispersés, l'action collective pourrait avoir pour conséquence de faciliter l'accès à la justice des lésés ayant subi un dommage de faible valeur⁷⁸. En effet, l'action collective pourrait permettre aux lésés de répartir entre eux les coûts résultant de l'action judiciaire⁷⁹. La fonction de prévention des comportements illicites serait alors atteinte par le fait que les lésés seraient plus souvent incités à faire valoir leur dommage, fût-il de faible valeur⁸⁰. Même en cas de dommages collectifs, où le dommage est plus important et où il existe donc une incitation suffisamment forte pour que le lésé revendique son dommage en justice, la réunion d'un grand nombre de prétentions permise par l'action collective, pourrait permettre de corriger un éventuel déséquilibre entre les lésés et le défendeur dans le cadre de la procédure judiciaire, s'agissant notamment des ressources financières à disposition et de l'expérience préalable du déroulement d'un procès⁸¹.

S'agissant ensuite du défendeur, une action collective pourrait lui permettre de se contenter de se défendre dans le cadre d'une unique procédure collective, au lieu d'une multitude de procédures individuelles⁸². Ce faisant, la gestion d'un dommage causé à un grand nombre de personnes pourrait en être facilitée⁸³. De plus, selon le type d'action collective (*opt-out* par opposition à *opt-in*, pour cette distinction : cf. *infra* Chapitre III), une action collective pourrait également permettre au défendeur de régler le litige de manière globale, à savoir à l'encontre de l'ensemble des personnes concernées par son comportement⁸⁴.

S'agissant finalement des autorités judiciaires, une action collective pourrait permettre de trancher un nombre élevé de plaintes dans le cadre d'une seule procédure⁸⁵ et par le biais d'une seule administration des preuves⁸⁶. Cela aurait non seulement pour conséquence d'alléger la

⁷⁵ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 7 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5a.

⁷⁶ KISTLER/LISIK, p. 33 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5a.

⁷⁷ HÄNNI, p. 331, N 893.

⁷⁸ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 7.

⁷⁹ PERUCCHI, p. 491.

⁸⁰ KISTLER/LISIK, p. 33.

⁸¹ KISTLER/LISIK, p. 33.

⁸² PICHONNAZ/HEINZMANN.

⁸³ BÜYÜKSAGIS, p. 479.

⁸⁴ PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 118 ; PICHONNAZ/HEINZMANN.

⁸⁵ KISTLER/LISIK, p. 33.

⁸⁶ BOHNET, *Actions collectives*, p. 183, N 62.

charge des tribunaux⁸⁷, mais également de diminuer le risque de décisions contradictoires⁸⁸. Une action collective pourrait également permettre d'éviter une congestion des tribunaux confrontés par hypothèse à un nombre très important de demandes individuelles trouvant leur source dans un même état de fait⁸⁹.

L'argument du risque d'engorgement des tribunaux n'est toutefois valable que dans l'hypothèse où, en l'absence d'action collective, il y'aurait un grand nombre de procédures individuelles qui seraient intentées⁹⁰. Cela peut être le cas en présence de dommages collectifs ou de masse, car le préjudice est suffisamment grand pour inciter les lésés potentiels à tenter une action individuelle en justice⁹¹. En revanche, en cas de dommages dispersés, cet argument nous semble être moins pertinent, car il n'y aurait potentiellement que très peu voire aucune action qui seraient introduites⁹². Il sied en outre de relever que la crainte d'engorgement des tribunaux ne semble pas se justifier en Suisse, du moins à ce jour⁹³.

4. Les risques associés aux actions collectives en présence de dommages collectifs et de dommages dispersés

Comme nous l'avons vu, une action collective pourrait présenter certains avantages en présence de dommages collectifs et de dommages dispersés. Toutefois, ce mécanisme présente également un certain nombre de risques non négligeables dans ce contexte, qu'il convient à présent d'examiner.

Les risques les plus évidents sont les potentiels abus à l'égard du défendeur. L'agrégation d'un grand nombre de plaintes dirigées contre un même défendeur peut en effet avoir pour effet de produire une pression intense sur celui-ci pour qu'il transige⁹⁴, ce qui peut s'avérer particulièrement problématique lorsque l'action collective repose sur des bases ou des preuves fragiles⁹⁵. La pression induite sur le défendeur pour transiger - même de manière induue - peut en outre être encore renforcée par le risque important d'atteinte à sa réputation⁹⁶ auquel l'action collective l'expose⁹⁷. En effet, les actions collectives supposent que le public soit informé de leur existence, pour que les lésés potentiels puissent soit adhérer soit se retirer de la procédure collective en cours (*opting-in* et *opting-out*, cf. *infra* Chapitre III)⁹⁸. Il sied encore de relever que l'action collective peut aussi avoir pour conséquence d'importantes répercussions financières sur les entreprises défenderesses, dont notamment un risque de faillite⁹⁹.

⁸⁷ BÜYÜKSAGIS, p. 478 ; HÄNNI, p. 331, N 893.

⁸⁸ HÄNNI, p. 332, N 897.

⁸⁹ JEANDIN, p. 110.

⁹⁰ PERUCCHI, p. 494.

⁹¹ JEANDIN, p. 111 ; PERUCCHI, p. 494.

⁹² PERUCCHI, p. 494.

⁹³ BOHNET, *Actions collectives*, p. 181, N 57 ; HUG, p. 22.

⁹⁴ HENSLER *et al.*, p. 106.

⁹⁵ HENSLER *et al.*, p. 108.

⁹⁶ JEANDIN, p. 137 ; STADLER, p. 643.

⁹⁷ BÜYÜKSAGIS, p. 481 ; STADLER, p. 643.

⁹⁸ STADLER, p. 643.

⁹⁹ DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 45.

De manière moins évidente, les actions collectives présentent également des risques pour les autorités judiciaires, ainsi que pour les lésés. S'agissant pour commencer des autorités judiciaires, il convient de relever qu'une action collective est une procédure intrinsèquement complexe¹⁰⁰, qui peut donc nécessiter une organisation conséquente d'un point de vue procédural pour le tribunal¹⁰¹. De plus, il s'agit d'un mécanisme dont nos juges n'ont pas fait l'expérience¹⁰². Les actions collectives peuvent donc également entraver le bon fonctionnement de la justice. S'agissant ensuite des lésés, l'argument de l'amélioration de l'accès à la justice des consommateurs (ayant subi un dommage collectif ou un dommage dispersé) est souvent mis en avant par les partisans de l'introduction d'une action collective en Suisse¹⁰³. Et il est vrai que les art. 6 par. 1 CEDH¹⁰⁴ et 29a Cst.¹⁰⁵ prévoient un droit d'accès au juge¹⁰⁶. Cette garantie d'accès au juge octroie à toute personne le droit de faire trancher un différend juridique par un tribunal¹⁰⁷ et doit exister de manière effective¹⁰⁸. Ceci posé, nous comprenons qu'il puisse être considéré comme problématique que, dans les faits, certains lésés renoncent à agir en justice lorsque le dommage qu'ils ont subi est d'un faible montant. Toutefois, comme nous le verrons (cf. *infra* Chapitre III), il convient également de prendre en considération le fait qu'une action collective peut aussi avoir pour conséquence une atteinte à leurs droits et à leur autonomie.

Nous souhaitons finalement relever que, au-delà des risques pour le défendeur, les autorités judiciaires et les lésés, les actions collectives peuvent également présenter des effets néfastes pour la société dans son ensemble. En effet, l'introduction d'une action collective dans une législation peut avoir pour conséquence d'importantes répercussions financières pour les entreprises¹⁰⁹, que celle-ci pourraient être tentées de répercuter sur les consommateurs par le biais d'une augmentation du prix des produits et des services¹¹⁰. En outre, la possibilité d'intenter une action collective peut également avoir pour conséquence une augmentation importante du contentieux judiciaire au sein d'une société¹¹¹, ce que le législateur voulait éviter lorsqu'il a élaboré le CPC¹¹².

III. Opting-in et opting-out, une distinction fondamentale

A. Introduction

¹⁰⁰ BAUMGARTNER, p. 346 ; DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 36.

¹⁰¹ KISTLER/LISIK, p. 43.

¹⁰² BOHNET, *RSPC*, p. 446.

¹⁰³ Cf. notamment GIGON : « *Après des années, on saura [...] si les membres du parlement sont enfin prêts pour discuter d'un meilleur accès à la justice pour les consommateurs et les PME en Suisse* ».

¹⁰⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101.

¹⁰⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

¹⁰⁶ CR Cst.-GRODECKI, art. 29a, N 1 et 3.

¹⁰⁷ CR Cst.-GRODECKI, art. 29a, N 20.

¹⁰⁸ BSK BV-WALDMANN, art. 29a, N 4 ; KLEY, *St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV*, N 7.

¹⁰⁹ DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 45.

¹¹⁰ HENSLER *et al.*, p. 50 et p. 81 ; RUDOLF VON ROHR.

¹¹¹ JEANDIN, p. 142.

¹¹² FF 2006 6860.

Comme nous l'avons mentionné dans le chapitre précédent, les actions collectives peuvent prendre différentes formes, en fonction de la législation du pays prévoyant un tel instrument procédural¹¹³. Néanmoins, les actions collectives se divisent principalement en deux catégories, à savoir actions collectives de type *opt-out* et actions collectives de type *opt-in*¹¹⁴. L'*opting-out* (ou option de retrait¹¹⁵) est caractéristique de la *class action* américaine¹¹⁶. Quant à l'*opting-in* (ou option d'adhésion¹¹⁷), il s'agit du système traditionnellement privilégié par les pays européens qui connaissent l'action collective dans leur ordre juridique¹¹⁸, tels que l'Italie¹¹⁹, la France¹²⁰ ou la Suède¹²¹. En 2019, les Pays-Bas ont toutefois introduit une action collective de type *opt-out* dans leur législation¹²².

Comme nous le verrons dans les sous-chapitres qui suivent, le choix entre *opting-in* et *opting-out* revêt une importance fondamentale s'agissant en particulier du respect des droits et de l'autonomie des justiciables. À cet égard, il sied déjà de relever que l'admissibilité de l'*opting-out* est débattue en Suisse¹²³.

B. Les actions collectives de type « opt-out »

1. Notion

Dans le système *opt-out*, toute personne potentiellement concernée par une action collective ou de groupe en cours est automatiquement incluse dans le groupe de demandeurs dont les droits sont invoqués en justice par le représentant¹²⁴. Un consentement préalable à être membre du groupe n'est donc pas nécessaire (consentement tacite¹²⁵)¹²⁶. Il n'est pas non plus nécessaire que les membres du groupe soient au courant qu'ils ont été inclus dans une procédure judiciaire les concernant¹²⁷. Chaque membre du groupe conserve toutefois un droit de s'en extraire¹²⁸, ce qui doit néanmoins être fait de manière expresse¹²⁹. L'exercice de ce droit de s'extraire du

¹¹³ DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 8 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 2.

¹¹⁴ BOHNET, *Actions collectives*, p. 183-184, N 63 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 151.

¹¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 32.

¹¹⁶ BOHNET, *Actions collectives*, p. 183-184, N 63 ; HÄNNI, p. 338, N 915.

¹¹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 32.

¹¹⁸ BOHNET, *Actions collectives*, p. 183-184, N 63 ; HÄNNI, p. 338, N 915.

¹¹⁹ AFFERNI, p. 88.

¹²⁰ NESSI ; WYSS, p. 19, N 53.

¹²¹ KISTLER/LISIK, p. 32 ; MOLAVI, p. 45.

¹²² PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 114.

¹²³ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 152 ; STÖCKLIN, p. 9, N 16.

¹²⁴ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 153 ; PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 111.

¹²⁵ BÜYÜKSAGIS, p. 480.

¹²⁶ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 153.

¹²⁷ STÖCKLIN, p. 9, N 16.

¹²⁸ DODSON, p. 173.

¹²⁹ BÜYÜKSAGIS, p. 479 ; DASSER, p. 107, N 22 ; DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 10 ; MOLAVI, p. 44 ; ROMY, p. 787 ; STÖCKLIN, p. 9, N 16.

groupe a pour effet de préserver le membre sortant de l'effet contraignant du jugement intervenant à l'issue de la procédure¹³⁰.

2. Opportunité du système opt-out

a) Les avantages

En comparaison avec un système où le consentement exprès des membres du groupe est nécessaire, l'action collective de type *opt-out*, en raison de l'inclusion automatique des personnes potentiellement concernées par celle-ci au groupe, ainsi que du fait qu'en pratique la très grande majorité des membres du groupe ne font pas usage de leur droit de s'en extraire¹³¹, présente l'avantage de favoriser un taux de participation élevé¹³². Certaines *class actions* américaines comportent par exemple des millions d'individus¹³³. Ce taux de participation élevé permis par l'*opting-out* peut augmenter l'impact de l'action collective sur le défendeur¹³⁴. Un grand groupe de personnes serait aussi plus à même d'équilibrer le rapport de force procédural entre les lésés potentiels et un défendeur qui disposerait par hypothèse de ressources plus importantes¹³⁵.

L'*opting-out* peut également présenter un intérêt pour le défendeur¹³⁶. L'extension de l'effet contraignant du jugement à l'égard de l'ensemble des membres du groupe, celui-ci étant constitué de l'ensemble des demandeurs potentiels, peut en effet permettre au défendeur de clôturer définitivement tous litiges potentiels concernant un comportement déterminé¹³⁷. En l'absence d'exercice du droit de retrait par l'un des membres du groupe (ce qui semble rarement être le cas en pratique¹³⁸), l'*opting-out* permet ainsi au défendeur de régler le litige de manière intégrale¹³⁹. De plus, le défendeur peut se contenter de se défendre dans le cadre d'une unique procédure collective, au lieu d'une multitude de potentielles procédures individuelles¹⁴⁰.

b) Les risques

L'*opting-out* pose toutefois de grands problèmes de compatibilité avec les principes régissant la procédure dans le continent européen¹⁴¹, ainsi qu'avec certaines garanties constitutionnelles fondamentales dans un État de droit tel que la Suisse. Ce système peut également présenter des risques importants d'abus à l'égard du défendeur¹⁴².

¹³⁰ ROMY, p. 787.

¹³¹ DODSON, p.185.

¹³² DODSON, p. 184-185 ; KÖLZ, p. 873.

¹³³ ROMY, p. 786.

¹³⁴ BOHNET, *Actions collectives*, p. 184, N 64.

¹³⁵ DODSON, p. 185.

¹³⁶ MOLAVI, p. 44 ; PERUCCHI, p. 501.

¹³⁷ MOLAVI, p. 44.

¹³⁸ DODSON, p.185 ; MOLAVI, p. 45.

¹³⁹ PICHONNAZ/HEINZMANN.

¹⁴⁰ PICHONNAZ/HEINZMANN.

¹⁴¹ BOHNET, *Actions collectives*, p. 185, N 65.

¹⁴² STÖCKLIN, p. 10, N 20.

(i) S’agissant de la maxime de disposition

Comme nous l’avons vu, dans le contexte d’une action collective de type *opt-out*, une personne est incluse de manière automatique dans une procédure judiciaire, dans laquelle un droit dont elle est titulaire est invoqué, sans que son consentement préalable ne soit nécessaire¹⁴³ et parfois sans même le savoir¹⁴⁴. Or, la maxime de disposition (art. 58 al. 1 CPC), qui est un principe fondamental de la procédure civile suisse¹⁴⁵, et plus largement de l’ordre juridique suisse¹⁴⁶ et européen¹⁴⁷, pose le principe selon lequel toute personne a le choix de faire valoir ou non une prétention en justice (*nemo invitus agere cogitur*¹⁴⁸)¹⁴⁹. Ainsi, il appartient au titulaire du droit de décider s’il souhaite ouvrir une action en justice ou non pour le faire valoir¹⁵⁰. La maxime de disposition est en outre la concrétisation procédurale de l’autonomie privée¹⁵¹, qui est aussi un principe central du droit privé suisse¹⁵².

PERUCCHI soutient que la *class action* américaine, qui repose sur l’*opting-out*, est compatible avec la maxime de disposition car les personnes concernées par l’action collective conservent le droit de s’en extraire¹⁵³. Ce faisant, elles auraient la faculté de choisir si elles souhaitent faire partie ou non de l’action judiciaire comme demandeurs¹⁵⁴. Il nous semble toutefois que cette opinion ne prend pas en compte la situation où une personne est incluse dans une procédure judiciaire sans même avoir connaissance de son existence, ce qui, comme nous l’avons précédemment évoqué, peut être le cas avec l’*opting-out*¹⁵⁵. Or, dans cette hypothèse, il est évident que celle-ci n’a pas eu un choix effectif de décider si elle souhaitait ou non faire valoir ses droits par le biais d’une action judiciaire.

(ii) S’agissant du droit d’être entendu

L’*opting-out* comporte également des risques s’agissant du droit d’être entendu. Le droit d’être entendu est une garantie conventionnelle (art. 6 par. 1 CEDH)¹⁵⁶ et constitutionnelle (art. 29 al. 2 Cst.)¹⁵⁷, qui protège le droit de toute personne dont la situation juridique risque d’être affectée par une décision¹⁵⁸, de prendre part de manière active à la procédure et de défendre son point

¹⁴³ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 153.

¹⁴⁴ BOHNET, *Actions collectives*, p. 185, N 65 ; HABERBECK, p. 6-7, N 38 ; STÖCKLIN, p. 9, N 16.

¹⁴⁵ HOHL, p. 192.

¹⁴⁶ JOOS, p. 490 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 153.

¹⁴⁷ JOOS, p. 490.

¹⁴⁸ HOHL, p. 195, N 1184 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 58, N 4.

¹⁴⁹ Arrêt du TF 4A_397/2016 du 30 novembre 2016, c. 2.1. ; Arrêt du TF 4A_307/2011 du 16 décembre 2011, c. 2.4. ; PC CPC-CHABLOZ, art. 58, N 4.

¹⁵⁰ BSK ZPO-GEHRI, art. 58, N 3 ; HOHL, p. 195, N 1184 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 153.

¹⁵¹ ATF 141 III 596, c. 1.4.5. ; Arrêt du TF 4A_428/2018 du 29 août 2019, c. 4.2.1. ; BSK ZPO-GEHRI, art. 58, N 1.

¹⁵² PC CPC-CHABLOZ, art. 58, N 5.

¹⁵³ PERUCCHI, p. 502.

¹⁵⁴ PERUCCHI, p. 502.

¹⁵⁵ BOHNET, *Actions collectives*, p. 185, N 65 ; HABERBECK, p. 6-7, N 38 ; STÖCKLIN, p. 9, N 16.

¹⁵⁶ BSK ZPO-GEHRI, art. 53, N 2 ; CR CPC-HALDY, art. 53, N 1.

¹⁵⁷ ATF 122 II 464, c. 4a) ; ATF 119 Ia 136, c. 2b) ; HALDY, *Procédure civile*, p. 52, N 176.

¹⁵⁸ BSK ZPO-GEHRI, art. 53, N 4.

de vue devant le tribunal¹⁵⁹. Cette garantie absolument fondamentale dans un État de droit¹⁶⁰ est reprise à l'art. 53 al. 1 CPC¹⁶¹, qui prévoit notamment la possibilité pour les parties de s'exprimer sur la procédure en cours¹⁶², de participer aux audiences¹⁶³ ou encore de désigner des moyens de preuve et de participer à leur administration¹⁶⁴. L'exercice des différentes composantes du droit d'être entendu suppose en outre d'être informé de l'ouverture et du déroulement de la procédure¹⁶⁵. Nous relevons finalement que le droit d'être entendu a notamment pour fonction de légitimer la décision intervenant à l'issue de la procédure judiciaire¹⁶⁶.

Une action collective - que celle-ci soit de type *opt-in* ou de type *opt-out* - s'accompagne généralement d'une restriction au droit d'être entendu des membres du groupe¹⁶⁷, dans l'intérêt de l'efficacité de la procédure collective¹⁶⁸. L'admissibilité des restrictions au droit d'être entendu devrait alors être analysée à l'aune de l'art. 36 Cst.¹⁶⁹. Il est en outre également possible pour le titulaire du droit d'être entendu de choisir de renoncer à l'exercer durant la procédure¹⁷⁰. Le respect du droit d'être entendu suppose en effet qu'il existe une possibilité effective de l'exercer, sans pour autant qu'il soit nécessaire que celle-ci soit effectivement utilisée¹⁷¹.

Dans le contexte d'une action collective de type *opt-out*, les restrictions au droit d'être entendu des membres du groupe peuvent s'avérer être particulièrement problématiques. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, dans le contexte de ce type d'action collective, il est possible que certains membres du groupe ignorent totalement qu'une procédure judiciaire les concernant soit en cours¹⁷². Or, dans cette situation, ces personnes n'ont à aucun moment une possibilité effective de participer à la procédure collective ou de choisir de renoncer à le faire. Celles-ci n'ont en outre reçu aucune information quant à l'ouverture et au déroulement de la procédure.

(iii) S'agissant de l'extension de l'autorité de la chose jugée

Comme nous l'avons préalablement mentionné, l'une des caractéristiques essentielles des actions collectives ou de groupe - que celles-ci soient de type *opt-in* ou de type *opt-out* - est que l'autorité de la chose jugée (*res iudicata*¹⁷³) déploie des effets à l'égard de l'ensemble des

¹⁵⁹ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29, N 112.

¹⁶⁰ BSK ZPO-GEHRI, art. 53, N 2.

¹⁶¹ CR CPC-HALDY, art. 53, N 3 et 4 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 53, N 1.

¹⁶² BSK ZPO-GEHRI, art. 53, N 12 ; CR CPC-HALDY, art. 53, N 4 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 53, N 17.

¹⁶³ BSK ZPO-GEHRI, art. 53, N 11.

¹⁶⁴ CR CPC-HALDY, art. 53, N 13 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 53, N 24 et 25.

¹⁶⁵ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29, N 121.

¹⁶⁶ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 53, N 3.

¹⁶⁷ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 168.

¹⁶⁸ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 170.

¹⁶⁹ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29, N 219 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 167.

¹⁷⁰ PC CPC-CHABLOZ, art. 53, N 3.

¹⁷¹ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 53, N 3.

¹⁷² BOHNET, *Actions collectives*, p. 185, N 65 ; HABERBECK, p. 6-7, N 38 ; STÖCKLIN, p. 9, N 16.

¹⁷³ BSK ZPO-GEHRI, art. 59, N 18 ; PC CPC-COPT/CHABLOZ, art. 59, N 44.

membres du groupe¹⁷⁴. L'autorité de la chose jugée est la conséquence d'un jugement entré en force¹⁷⁵, et a des incidences importantes sur la possibilité d'intenter une action individuelle. En effet, en procédure civile, l'absence de jugement entré en force dans la même cause est une condition de recevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. e CPC)¹⁷⁶.

De manière générale, cette extension des effets de l'autorité de la chose jugée à l'ensemble des membres du groupe peut poser des problèmes de compatibilité avec notre procédure civile. En effet, en procédure civile suisse, le principe est que l'autorité de la chose jugée ne déploie d'effets qu'entre les parties au procès (principe de la relativité subjective de la chose jugée¹⁷⁷)¹⁷⁸. Selon le Tribunal fédéral, la limitation de la portée de l'autorité de la chose jugée aux seules parties au procès s'explique par le fait que « [...] un jugement ne doit pas pouvoir être opposé à un tiers qui n'a pas participé au procès et n'a donc pas pu y défendre ses intérêts »¹⁷⁹. Or, dans le contexte d'une action collective, les membres du groupe ne sont pas formellement des parties à la procédure judiciaire¹⁸⁰, et leurs droits de participation y sont généralement restreints¹⁸¹.

S'agissant plus spécifiquement de l'*opting-out*, la possible extension de l'autorité de la chose jugée à l'égard d'un membre du groupe qui n'aurait pas eu connaissance de l'existence de la procédure collective apparaît à l'évidence être problématique. Celui-ci serait en effet lié par une décision judiciaire intervenue à l'issue d'une procédure au cours de laquelle il n'a eu aucune possibilité effective de prendre part ou de s'extraire.

(iv) S'agissant des droits du défendeur

De manière générale, lorsqu'une action collective est intentée, le défendeur peut s'estimer contraint de transiger dans le but de mettre un terme à la publicité négative dont il fait l'objet¹⁸² ou pour éviter le surendettement ou la faillite¹⁸³, même lorsque l'action collective ne repose pas sur des bases solides s'agissant du droit matériel¹⁸⁴. Il y'a donc un risque de chantage judiciaire (*judicial*¹⁸⁵ ou *legal*¹⁸⁶ *blackmail*) à l'égard du défendeur¹⁸⁷.

L'*opting-out* pourrait augmenter ce risque de chantage judiciaire. En effet, comme nous l'avons préalablement mentionné, l'*opting-out* favorise des taux de participation élevés en comparaison

¹⁷⁴ DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 8.

¹⁷⁵ CR CPC-BOHNET, art. 59, N 105.

¹⁷⁶ BSK ZPO-GEHRI, art. 59, N 18 ; CR CPC-BOHNET, art. 59, N 104 ; PC CPC-COPT/CHABLOZ, art. 59, N 41.

¹⁷⁷ Arrêt du TF 5C.253/2000 du 6 mars 2001, c. 4d).

¹⁷⁸ HOHL, p. 392, N 2358 ; JEANDIN, p. 143.

¹⁷⁹ Arrêt du TF 5C.253/2000 du 6 mars 2001, c. 4d).

¹⁸⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 32 ; HÄNNI, p. 337, N 915 ; KISTLER/LISIK, p. 32.

¹⁸¹ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 168.

¹⁸² RUDOLF VON ROHR/WIJNBERG, p. 7, N 34.

¹⁸³ FF 2006 6902.

¹⁸⁴ RUDOLF VON ROHR/WIJNBERG, p. 7, N 34.

¹⁸⁵ DODSON, p. 187.

¹⁸⁶ FF 2006 6902.

¹⁸⁷ DODSON, p. 187.

avec un système où le consentement exprès des membres du groupe est nécessaire¹⁸⁸. Or, plus le groupe est grand et plus la pression sur le défendeur pour transiger l'est également¹⁸⁹. En effet, une action collective comportant un nombre important de lésés potentiels est plus susceptible d'attirer l'attention du public¹⁹⁰. Ainsi, aux États-Unis, la majorité des *class actions* se terminent par des transactions, notamment en raison des risques réputationnels que la connaissance par le public d'une action collective en cours fait courir sur le défendeur¹⁹¹.

c) Le rôle des avocats

Aux États-Unis, les avocats sont considérés comme les moteurs de la *class action*¹⁹². Ceux-ci ont en effet pris l'habitude de relever les éventuelles violations de la loi et d'intenter des actions collectives pour le compte de personnes qu'ils estiment être dans une situation similaire¹⁹³, ainsi que de proposer leurs services aux lésés potentiels par le biais de spots publicitaires à la radio et à la télévision¹⁹⁴. Leur motivation principale pour adopter ce comportement actif sont les honoraires qu'ils pourraient être amenés à toucher en cas de succès de leur action¹⁹⁵. Le droit américain autorise en effet la *contingency fee*, qui permet aux avocats américains d'être payés sur un pourcentage de la somme reçue par leurs clients en cas de succès de l'action collective ou de conclusion d'une transaction collective¹⁹⁶. Or, à l'évidence, plus le nombre de demandeurs est élevé, et plus la somme qui sera allouée par le juge à l'issue de l'action collective, ou concédée par le défendeur dans le contexte d'une transaction collective, risque d'être importante.

Le comportement « *entrepreneurial* »¹⁹⁷ des avocats américains s'articule toutefois difficilement avec la législation régissant l'exercice de la profession d'avocat en Suisse, en particulier s'agissant des règles concernant la publicité (art. 12 let. d LLCA¹⁹⁸) et les honoraires (art. 12 let. e LLCA). S'agissant de la publicité, la LLCA s'oppose à ce que l'avocat contacte personnellement un lésé potentiel pour lui proposer ses services¹⁹⁹. S'agissant ensuite des honoraires, l'art. 12 let. e LLCA interdit le *pactum de quota litis*²⁰⁰, ce qui empêche de prévoir que la rémunération de l'avocat dépendra exclusivement du résultat de l'affaire²⁰¹. Quant au *pactum de palmario*, qui permet à l'avocat et à son client de convenir d'une participation au résultat en sus des honoraires de l'avocat²⁰², celui-ci ne doit notamment pas avoir pour conséquence que la part variable de la rémunération soit plus importante que celle convenue

¹⁸⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 38-39 ; DODSON, p. 184-185 ; KÖLZ, p. 873.

¹⁸⁹ DODSON, p. 187.

¹⁹⁰ DODSON, p. 185.

¹⁹¹ JEANDIN, p. 137.

¹⁹² KÖLZ, p. 872.

¹⁹³ HENSLER *et al.*, p. 71.

¹⁹⁴ HENSLER *et al.*, p. 102.

¹⁹⁵ KÖLZ, p. 872.

¹⁹⁶ HENSLER *et al.*, p. 101.

¹⁹⁷ HENSLER *et al.*, p. 72 ; MOLAVI, p. 46.

¹⁹⁸ Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA), RS 935.61.

¹⁹⁹ CHAPPUIS, p. 76.

²⁰⁰ CR LLCA-VALTICOS, p. 184, N 205.

²⁰¹ ATF 143 III 600, c. 2.6.1. ; CHAPPUIS, p. 77 ; CR LLCA-VALTICOS, p. 184, N 205 ; PETER-SPIESS.

²⁰² PETER-SPIESS.

indépendamment du résultat²⁰³. Il découle de ces considérations que, transposée dans notre ordre juridique, l'action collective de type *opt-out* pourrait être privée de sa force motrice principale, et donc possiblement de sa pertinence.

C. Les actions collectives de type « opt-in »

1. Notion

Dans le système *opt-in*, toute personne potentiellement concernée par une action collective ou de groupe en cours et qui souhaite y prendre part, doit adhérer de manière expresse à la procédure collective²⁰⁴. Un consentement explicite à faire partie du groupe, par le biais d'une déclaration d'adhésion²⁰⁵, est donc nécessaire²⁰⁶. En l'absence d'une telle déclaration d'adhésion, le lésé potentiel ne sera pas lié par la décision intervenant à l'issue de la procédure²⁰⁷.

2. Opportunité du système opt-in

a) La garantie du consentement des membres du groupe

La nécessité d'un consentement explicite des membres du groupe à prendre part à l'action collective permet de limiter certains risques précédemment évoqués s'agissant de l'action collective de type *opt-out*. S'agissant de la maxime de disposition pour commencer, l'*opting-in* préserve le choix effectif du lésé potentiel de faire valoir ou non ses droits par le biais d'une procédure judiciaire. S'agissant ensuite du droit d'être entendu, la nécessité d'une déclaration d'adhésion permet de s'assurer que les membres du groupe ont une possibilité effective d'exercer leurs droits de participation à la procédure collective tels qu'ils seraient prévus par la législation instituant l'action collective²⁰⁸. L'extension des effets de l'autorité de la chose jugée à leur égard serait aussi en conséquence plus facilement justifiable²⁰⁹.

b) Un manque d'efficacité

L'efficacité de l'*opting-in* est toutefois contestée²¹⁰. En premier lieu, il a été constaté que le taux de participation est nettement plus faible en cas de procédure *opt-in* qu'en cas de procédure *opt-out*²¹¹. Ainsi, l'action collective de type *opt-in* peut être considérée comme ayant un impact

²⁰³ ATF 143 III 600, c. 2.7.5.

²⁰⁴ MOLAVI, p. 44.

²⁰⁵ BÜYÜKSAGIS, p. 480 ; JOOS, p. 492 ; KISTLER/LISIK, p. 32.

²⁰⁶ DEFFAINS/DORIAT-DUBAN/LANGLAIS, p. 10 ; WYSS, p. 5, N 3.

²⁰⁷ DASSER/GROSS/PFISTERER ; GUT, p. 157 ; JOOS, p. 491.

²⁰⁸ PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 111.

²⁰⁹ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 153.

²¹⁰ MOLAVI, p. 45.

²¹¹ AFFERINI, p. 88 ; CONSEIL FEDERAL, *Rapport 2013*, p. 38-39 ; DODSON, p. 184 ; KÖLZ, p. 873 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 151 ; PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 111.

moindre qu'une action collective de type *opt-out*²¹². En second lieu, une partie de la doctrine met sérieusement en doute la capacité d'une action collective de type *opt-in* à permettre la réparation effective des dommages dispersés²¹³. Lorsque le dommage est de faible valeur, les personnes potentiellement lésées ne seraient en effet que rarement incitées à adhérer à une action collective en cours²¹⁴, car la faible compensation financière qu'elles pourraient espérer obtenir à l'issue de la procédure collective les dissuaderait de mettre le temps et l'énergie nécessaire à l'adoption du comportement actif qui serait nécessaire pour adhérer à l'action collective²¹⁵.

c) L'absence de règlement global ou définitif du litige

S'agissant finalement des intérêts du défendeur, contrairement à une action collective de type *opt-out*²¹⁶, l'action collective de type *opt-in* ne permet pas un règlement global ou définitif du litige. En effet, celle-ci n'inclut pas automatiquement tous les demandeurs potentiels. Le défendeur n'est donc pas à l'abri qu'une fois un jugement intervenu à l'issue d'une action collective de type *opt-in*, une ou plusieurs demandes individuelles soient introduites par des lésés potentiels n'ayant pas fait le choix d'adhérer à l'action collective²¹⁷. Ceci doit toutefois être nuancé par le fait qu'en cas d'action collective de type *opt-out*, les membres du groupe conservent également le droit de se retirer de la procédure collective²¹⁸, bien qu'en pratique il semble que cela soit rarement le cas²¹⁹.

D. Quel choix pour la Suisse ?

En 2006, dans son message²²⁰ relatif au Code de procédure civile suisse, le Conseil fédéral a explicitement rejeté la *class action* américaine - dont on rappelle qu'elle repose sur l'*opting-out*²²¹ - du projet d'unification de la procédure civile, car considérée comme incompatible avec le système juridique suisse²²². Il a aussi considéré que « *l'exercice des droits d'un grand nombre par une seule, sans leur accord et avec effet obligatoire pour elles, est étranger à la tradition juridique européenne* »²²³. À cette époque, il existait par ailleurs un consensus au sein de la doctrine selon lequel la *class action* américaine était incompatible avec notre système juridique²²⁴. En Europe également, l'on a assisté historiquement à un rejet de l'*opting-out*²²⁵.

²¹² BOHNET, *Actions collectives*, p. 184, N 64.

²¹³ AFFERNI, p. 100 ; BÜYÜKSAGIS, p. 480 ; KÖLZ, p. 873 ; PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 112.

²¹⁴ KISTLER/LISIK, p. 43.

²¹⁵ BÜYÜKSAGIS, p. 480.

²¹⁶ PICHONNAZ/HEINZMANN.

²¹⁷ HUG, p. 42.

²¹⁸ DASSER, p. 107, N 22 ; GUT, p. 141.

²¹⁹ DODSON, p.185 ; MOLAVI, p. 45.

²²⁰ FF 2006 6841.

²²¹ STÖCKLIN, p. 10, N 20.

²²² FF 2006 6844.

²²³ FF 2006 6902.

²²⁴ HALDY, *Nouvelle procédure civile*, p. 33.

²²⁵ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 152.

Il semble toutefois que la tendance récente en Europe semble aller vers une ouverture aux procédures de type *opt-out*²²⁶. En atteste notamment le fait que la directive (UE) 2020/1828 laisse à présent le choix aux États membres de l'Union européenne entre les deux systèmes²²⁷, alors que la recommandation 2013/396/UE érigeait l'*opting-in* en principe et admettait l'*opting-out* uniquement lorsque « *justifi[é] par des motifs tenant à la bonne administration de la justice* »²²⁸. En Suisse également, il semble que la question de l'admissibilité de l'*opting-out* soit aujourd'hui plus débattue²²⁹. Ainsi, PERUCCHI soutient par exemple que la *class action* américaine est compatible avec la procédure civile suisse²³⁰. En revanche, pour BOHNET, HABERBECK et HÄNNI, il faut s'en tenir à l'*opting-in*²³¹.

Pour notre part, nous nous interrogeons sérieusement sur la compatibilité de l'action collective de type *opt-out* avec notre ordre juridique et nos principes procéduraux. Ce qui nous semble particulièrement problématique, ce sont les situations où certains membres du groupe n'ont pas été informés de l'existence d'une procédure judiciaire les concernant²³². Ceux-ci se retrouvent en effet automatiquement inclus dans une procédure judiciaire, sans aucune possibilité effective de prendre part à la procédure collective ou d'exercer leur droit de retrait²³³. Et ce d'autant plus au regard de l'importance fondamentale que revêtent le droit d'être entendu et la maxime de disposition au sein de notre ordre juridique²³⁴. À cet égard, la doctrine suisse qui estime que l'*opting-out* est compatible avec notre ordre juridique n'aborde pas spécifiquement la problématique des personnes qui n'auraient pas été informées de l'existence de la procédure collective²³⁵.

Nous ne sommes également pas convaincus de l'opportunité d'introduire une action collective de type *opt-out* dans notre ordre juridique. Comme nous l'avons vu, les avocats jouent un rôle essentiel dans le contexte de la *class action* américaine²³⁶. Toutefois, la législation suisse régissant l'exercice de la profession d'avocat ne permet pas aux avocats helvétiques d'adopter un comportement comparable à celui des avocats américains. Or, privée de cette force motrice, l'on peut se demander si une action collective de type *opt-out* aurait réellement une importance pratique en Suisse. Et même dans l'hypothèse où ce rôle serait occupé par d'autres acteurs, nous ne sommes pas convaincus que l'*opting-out* soit souhaitable dans notre ordre juridique, en particulier en raison des risques importants d'abus et de la grande complexité qui semble caractériser la procédure de *class action* américaine²³⁷. Il convient également de relever que l'allocation du résultat d'une procédure de type *opt-out* peut aussi s'avérer être délicate et avoir

²²⁶ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 152.

²²⁷ Cf. considérant 43 directive (UE) 2020/1828.

²²⁸ Cf. considérant 21 recommandation 2013/396/UE.

²²⁹ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 152.

²³⁰ PERUCCHI, p. 490 ; cf. également BÜYÜKSAGIS, p. 482, se référant à la possible introduction d'une action collective en droit suisse : « [...] il serait opportun de laisser au tribunal la compétence de déterminer le type d'action (« *opt-in* » ou « *opt-out* ») sur la base des caractéristiques du litige en question » (mise en gras ajoutée).

²³¹ BOHNET, *RSPC*, p. 445 ; HABERBECK, p. 6-7, N 38 ; HÄNNI, p. 338, N 915.

²³² PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 174.

²³³ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 153.

²³⁴ BSK ZPO-GEHRI, art. 53, N 2 ; JOOS, p. 490 ; PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 153.

²³⁵ PETER, *Gruppenvergleichsverfahren*, p. 158.

²³⁶ KÖLZ, p. 872.

²³⁷ FF 2006 6902.

pour conséquence la naissance de nouveaux procès à l'issue de la procédure collective²³⁸, ce qui ne plaide pas en faveur d'un allègement de la charge des tribunaux.

Nous souhaitons finalement clore ce chapitre en relevant que, selon nous, la question du choix entre action collective de type *opt-in* et action collective de type *opt-out* doit également être analysée à la lumière des alternatives possibles à l'action collective. Il existe en effet d'autres possibilités pour exercer collectivement ses droits en Suisse. Les différents instruments pour ce faire existant dans le droit en vigueur seront examinés dans le chapitre qui suit.

IV. L'exercice collectif des droits en droit privé

A. L'absence d'action collective ou de groupe

Il n'existe, à l'heure actuelle, pas de véritable action collective ou de groupe (*echte Gruppenklage*²³⁹) en droit privé suisse²⁴⁰. Le droit privé et la procédure civile suisse se caractérisent en effet par une « *tradition individualiste* »²⁴¹, qui a pour conséquence une admission très restrictive de la capacité pour une personne d'intenter une action judiciaire en vue de faire valoir d'autres intérêts que ceux qui lui sont propres²⁴². Ainsi, en principe, les parties au procès civil font uniquement valoir leurs propres droits en justice, et non ceux de tiers (« *nul ne plaide par procureur* »)²⁴³. En conséquence, une véritable action collective ou de groupe, dans le contexte de laquelle un demandeur ferait valoir les intérêts de tiers qui ne sont pas partie au procès²⁴⁴ et avec effet contraignant pour ceux-ci²⁴⁵, est une conception étrangère à la procédure civile suisse²⁴⁶.

L'on comprend donc aisément que lors de l'élaboration du Code de procédure civile fédéral, le législateur ait fait le choix clair et sans équivoque d'écarter le mécanisme de l'action collective²⁴⁷. Le législateur a néanmoins pris en compte l'existence d'une « *volonté de protéger des intérêts collectifs* » en droit privé²⁴⁸. Il a donc prévu certains mécanismes procéduraux pour ce faire, tels que la consorité (art. 71 CPC) et l'action des organisations (art. 89 CPC)²⁴⁹, qu'il a estimé être « *suffisant[s]* »²⁵⁰. Parmi les autres mécanismes permettant un exercice collectif des droits prévus dans le CPC, l'on peut également citer le cumul objectif d'actions (art. 90 CPC), la jonction de causes (art. 125 let. c CPC), la suspension de la procédure (art. 126 CPC),

²³⁸ WYSS, p. 19, N 51.

²³⁹ HUG, p. 37 ; KISTLER/LISIK, p. 31.

²⁴⁰ BOHNET, *Actions collectives*, p. 177, N 48 ; HUG, p. 37 ; JOOS, p. 487 ; KISTLER/LISIK, p. 31.

²⁴¹ JEANDIN, p. 112 ; THÉVENOZ, p. 129 et 132.

²⁴² JEANDIN, p. 112.

²⁴³ CR CPC-BOHNET, art. 59, N 99 ; CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 1.

²⁴⁴ KISTLER/LISIK, p. 32.

²⁴⁵ LAUER, p. 189.

²⁴⁶ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 11.

²⁴⁷ BÜYÜKSAGIS, p. 475 ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 33 ; JOOS, p. 487 ; KISTLER/LISIK, p. 30.

²⁴⁸ FF 2006 6844.

²⁴⁹ FF 2006 6844.

²⁵⁰ FF 2006 6902.

et le renvoi pour cause de connexité (art. 127 CPC)²⁵¹. Ces mécanismes constituent toutefois l'exception en droit suisse²⁵².

Les possibilités d'exercer collectivement ses droits ne se limitent toutefois pas au Code de procédure civile. En sus des dispositions prévues dans le CPC, le législateur a également introduit des dispositions pour ce faire dans d'autres lois fédérales, et qui se rapprochent à certains égards d'une action collective ou de groupe²⁵³. Ces dispositions concernent toutefois des domaines spécifiques du droit privé et se limitent à certaines situations particulières. Ainsi, celles-ci ne seront pas examinées en détail. Finalement, il existe aussi en Suisse la possibilité d'intenter des procès modèles, ce qui peut présenter un intérêt en cas de dommages impliquant un grand nombre de personnes²⁵⁴.

B. Les autres mécanismes permettant d'exercer collectivement ses droits

1. Dans le Code de procédure civile

a) La consorité simple (art. 71 CPC)

La consorité simple ou cumul subjectif d'actions (art. 71 CPC)²⁵⁵, permet la réunion de plusieurs demandes en une seule procédure²⁵⁶, lorsque les droits et obligations invoqués résultent de faits ou de fondements juridiques semblables (art. 71 al. 1 CPC)²⁵⁷. Contrairement à la consorité nécessaire active, où le droit matériel oblige plusieurs demandeurs à agir ensemble²⁵⁸, la consorité simple active permet à plusieurs demandeurs de choisir d'agir ensemble en justice²⁵⁹.

Dans le contexte de l'exercice collectif des droits, la consorité simple active « *joue [...] en quelque sorte le rôle d'action collective* »²⁶⁰. En effet, celle-ci permet par exemple à plusieurs consommateurs ayant subi un dommage causé par un produit présentant un défaut, de se réunir et d'agir ensemble contre le fabricant du produit²⁶¹, ou encore à plusieurs investisseurs s'estimant lésés par la diffusion d'informations inexactes, de faire valoir en commun leurs prétentions contre la personne qu'elles estiment être responsable²⁶². De plus, la consorité simple présente des avantages proches de ceux qui peuvent accompagner l'action collective. Premièrement, elle permet aux demandeurs d'économiser des frais judiciaires, car les preuves

²⁵¹ JOOS, p. 488.

²⁵² JOOS, p. 488.

²⁵³ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 33.

²⁵⁴ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 2-3.

²⁵⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 71, N 1 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 1.

²⁵⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 71, N 1.

²⁵⁷ BSK ZPO-RUGGLE, art. 71, N 14 ; NUSSBAUMER ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 7.

²⁵⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 70 N 3 ; KISTLER/LISIK, p. 34.

²⁵⁹ ATF 147 III 529, c. 4.3.1. ; CR CPC-JEANDIN, art. 71, N 2 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 2.

²⁶⁰ PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 4.

²⁶¹ PC CPC-MAY CANELLAS, art. 72, N 4.

²⁶² HÄNNI, p. 333, N 900.

peuvent être appréciées par le biais d'une seule procédure pour l'ensemble des consorts²⁶³. Deuxièmement, la réunion des demandes en un seul procès permet non seulement de favoriser l'économie de procédure²⁶⁴, car une seule procédure probatoire est nécessaire (lorsque les faits sont identiques)²⁶⁵, mais également de limiter le risque de jugements contradictoires²⁶⁶, car les prétentions des différents consorts seront tranchées par le biais d'un unique jugement²⁶⁷. Finalement, l'ensemble des consorts simples, ou une partie d'entre eux²⁶⁸, ont également la possibilité d'agir de manière concertée par le biais d'un représentant commun qu'ils auraient préalablement désigné (art. 72 CPC)²⁶⁹, ce qui peut permettre une certaine efficacité judiciaire et une réduction des frais²⁷⁰.

Il sied également de relever que la consorité simple permet d'éviter certaines difficultés qui peuvent être associées aux actions collectives. En effet, chaque consort a la qualité de partie à la procédure²⁷¹, et demeure libre d'agir ou non en justice²⁷². Ainsi, la consorité simple ne porte pas atteinte au droit d'être entendu et à la maxime de disposition²⁷³. De plus, les effets de l'autorité de la chose jugée ne s'étendent pas à d'autres personnes que les seules parties à la procédure²⁷⁴.

La consorité connaît toutefois quelques limitations. Pour qu'une consorité simple soit possible, il est en effet nécessaire que l'ensemble des prétentions invoquées par les consorts relèvent de la même procédure (art. 71 al. 2 CPC)²⁷⁵, même dans l'hypothèse où la différence de type de procédure résulte uniquement de la valeur litigieuse des prétentions invoquées²⁷⁶. De plus, le tribunal saisi par les consorts doit être compétant *rationae materiae* pour l'ensemble des prétentions²⁷⁷.

À ces limitations, s'ajoutent également certaines difficultés pratiques, qui font dire à une partie de la doctrine que le cumul subjectif d'actions ne serait pas un instrument adapté pour faire valoir collectivement un nombre très important de prétentions individuelles²⁷⁸. Pour commencer, chaque consort peut agir indépendamment des autres dans le cadre de la procédure

²⁶³ KISTLER/LISIK, p. 35.

²⁶⁴ ATF 142 III 581, c. 2.1. ; BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 13 ; CR CPC-JEANDIN, art. 71, N 1 ; KISTLER/LISIK, p. 35 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71, N 1 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 3.

²⁶⁵ KISTLER/LISIK, p. 34-35.

²⁶⁶ ATF 142 III 581, c. 2.1. ; CR CPC-JEANDIN, art. 71, N 4 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 3.

²⁶⁷ PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 14.

²⁶⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 72, N 2.

²⁶⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 71, N 13.

²⁷⁰ LAUER, p. 185.

²⁷¹ BSK ZPO-RUGGLE, art. 71, N 2 ; LAUER, p. 184 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 4.

²⁷² FF 2006 6895 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 72, N 4.

²⁷³ KISTLER/LISIK, p. 35.

²⁷⁴ LAUER, p. 184.

²⁷⁵ ATF 142 III 581, c. 2.1. ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 71, N 3 ; CR CPC-JEANDIN, art. 71, N 8 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71, N 4 ; LAUER, p. 184 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 9.

²⁷⁶ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71, N 4.

²⁷⁷ ATF 142 III 581, c. 2.1. ; CR CPC-JEANDIN, art. 71, N 8a ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 10.

²⁷⁸ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 428 ; HÄNNI, p. 333, N 901 ; KISTLER/LISIK, p. 35 ; LAUER, p. 185 ; MÜLLER, p. 810 ; WYSS, p. 15, N 36.

(art. 71 al. 3 CPC)²⁷⁹, et le droit d'être entendu de chaque consort doit être respecté²⁸⁰. Ainsi, en présence d'un très grand nombre de consorts, la consorité simple peut engendrer des difficultés importantes pour le tribunal s'agissant de la gestion du procès²⁸¹. S'agissant des demandeurs, la consorité simple demande également un degré important d'initiative personnelle, ainsi que des efforts organisationnels pour mettre en place et coordonner la consorité²⁸². En outre, en cas de consorité simple, les prétentions des différents consorts sont additionnées pour déterminer la valeur litigieuse (art. 93 al. 1 CPC), ce qui peut avoir un effet prohibitif lorsque le nombre de prétentions individuelles est très important²⁸³. À cet égard, l'art. 106 al. 3 CPC prévoit que lorsque plusieurs personnes sont parties au procès, le juge peut tenir chacune de ces personnes pour solidairement responsable de l'ensemble des frais du procès, ce qui peut exposer chacun des consorts à des frais considérables et ainsi avoir pour conséquence de dissuader plusieurs demandeurs d'agir ensemble²⁸⁴.

b) L'action des organisations (art. 89 CPC)

(i) L'action générale des organisations

L'art. 89 CPC consacre l'action des organisations (*Verbandsklage*) ou action sociale²⁸⁵, qui permet à toute personne morale (association, fondation, société commerciale, etc.²⁸⁶), remplissant les conditions de l'art. 89 al. 1 CPC²⁸⁷, d'agir en justice en son propre nom (art. 89 al. 2 CPC)²⁸⁸, pour requérir l'interdiction, la cessation ou la constatation d'une atteinte à la personnalité subie par les membres d'un groupe déterminé (art. 89 al. 2 CPC)²⁸⁹. Contrairement à la consorité simple, il n'y a qu'un seul demandeur dans le contexte d'une action des organisations²⁹⁰. De plus, il sied également de relever que la personne morale fait valoir en justice un droit qui lui est propre²⁹¹.

La capacité d'agir de la personne morale est subordonnée à deux conditions principales (art. 89 al. 1 CPC). La première condition est que l'association ou l'organisation demanderesse doit être d'importance nationale ou régionale²⁹². Ce critère vise à éviter la constitution d'associations ou d'organisations *ad hoc*²⁹³, par quoi il faut comprendre des associations ou organisations qui seraient constituées de manière inopinée dans le but de mener une action

²⁷⁹ HÄNNI, p. 333, N 901 ; KISTLER/LISIK, p. 34 ; LAUER, p. 184 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 13.

²⁸⁰ LAUER, p. 185.

²⁸¹ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 428 ; LAUER, p. 185.

²⁸² DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 428.

²⁸³ BSK ZPO-RUGGLE, art. 71, N 47 ; KISTLER/LISIK, p. 35.

²⁸⁴ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 428 ; WYSS, p. 15, N 36.

²⁸⁵ BOHNET, *Actions collectives*, p. 174, N 42 ; CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 4 ; HUG, p. 38.

²⁸⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 4 ; PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, Art. 89, N 12.

²⁸⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 8.

²⁸⁸ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 52 ; CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 15 ; JOOS, p. 488.

²⁸⁹ BOHNET, *Actions collectives*, p. 174, N 42.

²⁹⁰ PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 8.

²⁹¹ KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 4.

²⁹² CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 10 ; PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 13.

²⁹³ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 32 ; CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 10.

sociale²⁹⁴. En revanche, l'art. 89 CPC ne fixe pas de durée minimale d'existence de l'association ou de l'organisation²⁹⁵. La seconde condition est que la personne morale doit être habilitée par ses statuts à défendre « *les intérêts d'un groupe de personnes déterminé* » (art. 89 al. 1 CPC)²⁹⁶. Les intérêts défendus doivent pouvoir être qualifiés de collectifs, ce qui suppose qu'ils concernent le groupe pris dans son ensemble²⁹⁷. Cette condition s'explique par le fait qu'il doit exister un intérêt pour la collectivité à prévoir un autre mode d'action qu'une action individuelle²⁹⁸.

L'action des organisations, bien qu'étant introduite dans l'intérêt d'autres personnes que le demandeur, ces personnes n'étant par ailleurs pas parties à la procédure et n'y prenant pas part²⁹⁹, présente l'avantage de sauvegarder les droits des personnes pour lesquelles l'association ou l'organisation agit. En effet, l'autorité de la chose jugée ne déploie d'effets qu'entre l'association demanderesse et la partie défenderesse³⁰⁰. Il n'y a donc pas d'extension de l'autorité de la chose jugée à l'égard du groupe de personnes pour lequel l'association ou l'organisation a agi³⁰¹. L'art. 89 CPC ne porte en particulier pas atteinte à la possibilité pour les membres de ce groupe d'intenter une action individuelle³⁰². À cet égard, le jugement intervenant à l'issue de la procédure peut aussi être utilisé comme un « *précédent* » dans le cadre d'actions individuelles subséquentes³⁰³.

La possibilité d'intenter une telle action est toutefois limitée aux atteintes aux droits de la personnalité³⁰⁴. L'action des organisations ne concerne donc pas l'ensemble du droit privé. De plus, il n'est pas possible pour l'association ou l'organisation de demander une réparation pécuniaire par le biais de l'action des organisations³⁰⁵. La faculté pour un lésé d'agir en vue d'obtenir la réparation d'un dommage qu'il a personnellement subi, en particulier par le biais de dommages-intérêts, est en effet un droit qui appartient au lésé, et non à l'association ou l'organisation, et qui ne peut lui être retiré³⁰⁶. Ces limitations s'expliquent notamment par les craintes que cet instrument soit utilisé à des fins abusives³⁰⁷, par la volonté que son utilisation reste l'exception³⁰⁸, ainsi que par les risques d'atteinte aux droits subjectifs des personnes concernées par l'action de l'association ou de l'organisation³⁰⁹.

²⁹⁴ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 10.

²⁹⁵ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 31 ; PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 15.

²⁹⁶ KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 13.

²⁹⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 12.

²⁹⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 12 ; JEANDIN, p. 108.

²⁹⁹ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 425.

³⁰⁰ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 15 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 21.

³⁰¹ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 425.

³⁰² CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 15 ; KUKO-ZPO-WEBER, art. 89, N 21.

³⁰³ JEANDIN, p. 99.

³⁰⁴ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 4 ; PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 110 ; STÖCKLIN, p. 3, N 3.

³⁰⁵ JOOS, p. 489 ; KISLTER/LISIK, p. 36 ; MÜLLER, p. 812.

³⁰⁶ ATF 125 III 82, c.1a) ; ATF 114 II 345, c. 3b) ; ATF 86 II 18, c. 2. ; BOHNET, *Actions collectives*, p. 174, N 43.

³⁰⁷ STÖCKLIN, p. 3, N 3.

³⁰⁸ LAUER, p. 187.

³⁰⁹ PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 110.

À ce jour, il semble toutefois que l'action des organisations n'ait eu qu'une portée pratique limitée³¹⁰. Il n'existe en effet pratiquement aucune jurisprudence portant sur l'art. 89 CPC³¹¹. S'agissant plus particulièrement de la réparation des dommages collectifs et des dommages dispersés, pour lesquels l'opportunité d'introduire une véritable action collective se pose³¹², une partie de la doctrine considère également que le fait qu'il ne soit pas possible pour l'association ou l'organisation de demander une réparation pécuniaire a pour effet d'exclure la réparation de ce type de dommages en pratique³¹³. Certains auteurs estiment aussi que l'efficacité de l'art. 89 CPC serait conditionnée à l'existence d'associations et d'organisations suffisamment solides financièrement pour prendre le risque d'assumer les frais du procès, ainsi que disposant du savoir-faire nécessaire à la mise en œuvre d'une telle action³¹⁴. Or, de telles associations ou organisations n'existeraient pas en Suisse³¹⁵.

(ii) Les actions spéciales des organisations

L'art. 89 al. 3 CPC réserve finalement les « *dispositions spéciales sur le droit d'action des organisations* ». Cet alinéa a pour effet de réserver certaines dispositions figurant dans des lois spéciales qui instituent également une action des organisations (cf. notamment les art. 7 al. 1 LEg³¹⁶, 10 al. 2 let. a et b LCD³¹⁷, 11 LDét³¹⁸, 15 LTN³¹⁹, 15 al. 2 LParticipation³²⁰, 21 LPAP³²¹, 43 al. 1 let. b et c. LCart³²², 56 LPM³²³ et 360e CO³²⁴)³²⁵, qui l'emportent donc sur l'art. 89 CPC en vertu du principe *lex specialis derogat legi generali*³²⁶.

Bien que leur champ d'application puisse être plus large (mais également plus restreint) que celui de l'action sociale des organisations³²⁷, le Conseil fédéral estime que les actions spéciales des organisations sont inadéquates pour faire valoir la réparation des dommages collectifs et des dommages dispersés, en raison du fait que celles-ci excluent généralement la possibilité

³¹⁰ BRETSCHER/NACHT ; BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 5 ; PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 2.

³¹¹ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 9 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 4a.

³¹² CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 2 ; WYSS, p. 7, N 11.

³¹³ KISTLER/LISIK, p. 36 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 4a ; WYSS, p. 16, N 41.

³¹⁴ KISTLER/LISIK, p. 36 ; LAUER, p. 187 ; WYSS, p. 16, N 41.

³¹⁵ LAUER, p. 187 ; WYSS, p. 16, N 41.

³¹⁶ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

³¹⁷ Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), RS 241.

³¹⁸ Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (LDét), RS 823.20.

³¹⁹ Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN), RS 822.41.

³²⁰ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (LParticipation), RS 822.14.

³²¹ Loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et des autres signes publics (LPAP), RS 232.21.

³²² Loi fédérale sur les cartels et les autres restrictions à la concurrence (LCart), RS 251.

³²³ Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992 (LPM), RS 232.11.

³²⁴ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

³²⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 20.

³²⁶ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 70 ; PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 34.

³²⁷ PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 34.

pour l'association ou l'organisation de demander une réparation prenant la forme de dommages-intérêts³²⁸.

S'agissant plus particulièrement de la protection des consommateurs, qui est au cœur du débat actuel sur l'introduction d'une véritable action collective en droit suisse³²⁹, l'art. 10 al. 2 let. a LCD octroie à certaines associations de consommateurs la faculté d'agir pour demander l'interdiction, la cessation ou la constatation d'une atteinte issue d'un acte de concurrence déloyale³³⁰. Cette disposition, à l'instar de l'art. 89 CPC³³¹, ne permet toutefois pas à une association de consommateurs de demander des dommages-intérêts³³². Il n'en demeure que le jugement pourrait être utilisé par les consommateurs comme un « *précédent* » dans le contexte d'actions individuelles subséquentes³³³. Il sied également de relever qu'une action en dommages-intérêts intentée par une association de protection des consommateurs est possible en droit suisse si celle-ci se fait préalablement céder les créances des consommateurs à l'égard du défendeur³³⁴. Cette possibilité sera développée plus en détail dans le sous-chapitre qui suit.

c) Le cumul objectif d'actions (art. 90 CPC)

(i) En général

Le cumul objectif d'actions (art. 90 CPC) permet à un demandeur de réunir plusieurs prétentions distinctes dans une même action³³⁵, pour les faire valoir à l'encontre d'un même défendeur³³⁶. Cette possibilité résulte de la maxime de disposition (art. 58 al. 1 CPC)³³⁷. Ainsi, l'invocation des différentes prétentions en justice de manière groupée résulte d'un choix du demandeur³³⁸. Et, en permettant le regroupement de prétentions qui auraient autrement chacune pu être invoquées séparément, le cumul objectif d'actions présente l'avantage de permettre d'éviter des jugements contradictoires³³⁹ et de favoriser une économie de procédure³⁴⁰.

Un tel cumul de prétentions est néanmoins soumis à la condition que le tribunal soit compétent à raison de la matière (art. 90 let. a CPC) et du lieu pour l'ensemble des prétentions invoquées³⁴¹. En outre, il est nécessaire que les prétentions relèvent de la même procédure (art.

³²⁸ CONSEIL FEDERAL, *Rapport 2013*, p. 26 ; JOOS, p. 489.

³²⁹ Cf. notamment HAEBERLI : « *En clair, il s'agit de donner la possibilité aux consommateurs de se grouper pour obtenir réparation* ».

³³⁰ BOHNET, *Actions collectives*, p. 175, N 44.

³³¹ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 424 ; HÄNNI, p. 334, N 903 ; HUG, p. 39.

³³² BOHNET, *Actions collectives*, p. 176, N 46 ; HUG, p. 36.

³³³ BOHNET, *Actions collectives*, p. 176, N 45.

³³⁴ BOHNET, *Actions collectives*, p. 176, N 47 ; HUG, p. 36.

³³⁵ CR CPC-BOHNET, art. 90, N 2 et 4.

³³⁶ ATF 142 III 788, c. 4.2.1. ; Arrêt du TF 4A_329/2020 du 10 février 2021, c. 4.2. ; KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 90 ZPO, N 1 ; PC CPC-GROBÉTY, art. 90, N 1.

³³⁷ CR CPC-BOHNET, art. 90, N 2 ; KISTLER/LISIK, p. 37 ; PC CPC-GROBÉTY, art. 90, N 3.

³³⁸ BSK ZPO-KLAUS, art. 90, N 30 ; PC CPC-GROBÉTY, art. 90, N 3.

³³⁹ ATF 125 III 95, c. 2a) ; KISTLER/LISIK, p. 37 ; KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 90 ZPO, N 4.

³⁴⁰ BSK ZPO-KLAUS, art. 90, N 1 et 2.

³⁴¹ BSK ZPO-KLAUS, art. 90, N 12 ; KISTLER/LISIK, p. 37 ; PC CPC-GROBÉTY, art. 90, N 8 et 9.

90 let. b CPC). Toutefois, contrairement à la consorité simple³⁴², une valeur litigieuse différente selon les prétentions invoquées n'est pas un obstacle³⁴³. En effet, la valeur litigieuse des différentes prétentions invoquées est additionnée pour déterminer le type de procédure applicable³⁴⁴. En revanche, un cumul objectif d'actions ne sera pas possible si, du fait de leur nature, les prétentions invoquées par le demandeur relèvent de procédures différentes³⁴⁵.

(ii) La combinaison entre cession de créance et cumul objectif d'actions

Le cumul objectif d'actions se révèle en outre être très intéressant dans le contexte de la thématique qui nous occupe lorsqu'il est combiné au mécanisme de la cession de créance (art. 164 CO)³⁴⁶. La cession de créance permet en effet à une personne titulaire d'une créance (le cédant) de céder celle-ci à une autre personne (le cessionnaire)³⁴⁷ par acte écrit (art. 165 al. 1 CO)³⁴⁸. Le cessionnaire, qui peut être une personne physique ou morale - par exemple une association de protection des consommateurs - peut ensuite faire valoir en justice en son propre nom les droits qui lui ont été préalablement cédés par cumul d'actions³⁴⁹. Ainsi, la combinaison entre l'art. 164 CO et l'art. 90 CPC permet d'aboutir dans les faits à un résultat comparable à celui d'une action collective de type *opt-in*³⁵⁰.

En Autriche, cette combinaison entre cession de créance et cumul objectif d'actions est pratiquée depuis plus de vingt ans³⁵¹ et est connue sous le terme de *Sammelklage nach österreichischem Recht* (ou action collective autrichienne)³⁵². Dans le contexte de cette action, un demandeur, qui est généralement l'association de consommateurs autrichienne *Verein für Konsumenteninformation* (VKI)³⁵³, se fait céder des droits individuels de même nature par le biais d'une cession de créance, avant de les faire valoir en justice de manière groupée par le biais d'un cumul d'actions³⁵⁴. Le modèle autrichien présente en outre l'avantage que seules les personnes ayant cédé leur créance sont concernées par l'autorité de la chose jugée du jugement intervenant à l'issue de la procédure intentée par le cessionnaire³⁵⁵.

³⁴² KUKO ZPO-DOMEJ, art. 71, N 4.

³⁴³ CR CPC-BOHNET, art. 90, N 8 ; KUKO ZPO-WEBER/OBERHAMMER, Art. 90 ZPO, N 5a.

³⁴⁴ BSK ZPO-Klaus, art. 90, N 24 ; CR CPC-BOHNET, art. 90, N 8 ; FRANCEY.

³⁴⁵ CR CPC-BOHNET, art. 90, N 9.

³⁴⁶ LAUER, p. 185.

³⁴⁷ CR CO I-PROBST, art. 164, N 1.

³⁴⁸ BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 165, N 2 ; CR CO I-PROBST, art. 165, N 1 ; LAUER, p. 186.

³⁴⁹ KISTLER/LISIK, p. 37 ; LAUER, p. 185.

³⁵⁰ DOMEJ, *Urteil 4A_43/2020*, p. 263 : « Dass sich mit der Bündelung abgetretener Forderungen faktisch ähnliche Effekte erreichen lassen **wie mit einer Opt-in-Gruppenklage** [...] » (mise en gras ajoutée) ; dans le même sens : BOHNET, *RSPC*, p. 445 ; BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 13.

³⁵¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 17.

³⁵² BOHNET, *Actions collectives*, p. 194, N 91 ; DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 429.

³⁵³ JOOS, p. 489-490 ; LAUER, p. 186.

³⁵⁴ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 429.

³⁵⁵ BOHNET, *Actions collectives*, p. 196, N 96.

En Suisse, en dépit du fait que la doctrine considère cette manière d'exercer collectivement ses droits comme étant admissible³⁵⁶, et que le modèle autrichien ait fait ses preuves en pratique³⁵⁷, celle-ci n'est pourtant que très peu utilisée³⁵⁸. Parmi les raisons potentielles, l'on peut mentionner l'absence d'association de consommateurs équivalentes à la VKI³⁵⁹, notamment en termes de ressources et d'expérience pratique³⁶⁰, ou encore la nécessité que la cession se fasse par écrit, proscrivant ainsi la possibilité d'opérer une cession de créance par internet³⁶¹.

S'agissant toujours de la combinaison entre cumul objectif d'actions et cession de créance, il convient finalement d'évoquer l'arrêt du TF 4A_43/2020 du 16 juillet 2020. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a nié la capacité d'ester en justice de la *Stiftung für Konsumentenschutz* (SKS), une fondation qui s'était faite céder les créances d'environ 6'000 consommateurs potentiellement lésés dans le cadre du scandale des moteurs truqués de Volkswagen, avant de les faire valoir en justice de manière groupée par le biais d'un cumul d'actions contre Volkswagen et l'importateur des véhicules du groupe automobile en Suisse³⁶². Le Tribunal fédéral a estimé que l'action intentée par la fondation dans le cas d'espèce n'était pas incluse dans son but social, et que celle-ci n'était donc pas conforme à la volonté de ses fondateurs³⁶³. Toutefois, selon DOMEJ, cet arrêt ne doit pas être compris comme mettant un coup d'arrêt à cette manière créative d'exercer collectivement ses droits³⁶⁴. Notre Haute Cour n'a en effet pas remis en cause l'admissibilité d'un exercice collectif des droits par le biais d'une combinaison entre cession de créance et cumul objectif d'actions³⁶⁵, qui demeure donc possible dans notre ordre juridique.

d) La jonction de causes (art. 125 let. c CPC), la suspension de la procédure (art. 126 CPC) et le renvoi pour cause de connexité (art. 127 CPC)

Finalement, le CPC prévoit encore trois dispositions qui peuvent être pertinentes dans le contexte de l'exercice collectif des droits. À savoir, la jonction de causes (art. 125 let. c CPC), la suspension de la procédure (art. 126 CPC) et le renvoi pour cause de connexité (art. 127 CPC)³⁶⁶. Ces mécanismes sont toutefois à considérer avant tout du point de vue des autorités judiciaires, et non de celui des parties³⁶⁷. C'est pourquoi celles-ci ne seront que brièvement abordées. Ces dispositions permettent toutefois d'éviter les décisions contradictoires et de favoriser l'économie de procédure³⁶⁸, ce qui revêt donc un intérêt certain en cas de dommages collectifs et de dommages dispersés.

³⁵⁶ BOHNET, *Actions collectives*, p. 199-200, N 105 ; BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 18 ; DOMEJ, *Urteil 4A_43/2020*, p. 261 ; MÜLLER, p. 812 ; PC CPC- HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 9.

³⁵⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 19.

³⁵⁸ DOMEJ, *Urteil 4A_43/2020*, p. 261 ; LAUER, p. 186 ; MÜLLER, p. 812.

³⁵⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 19 ; LAUER, p. 186.

³⁶⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 19.

³⁶¹ LAUER, p. 186.

³⁶² DOMEJ, *Urteil 4A_43/2020*, p. 256.

³⁶³ LUISONI.

³⁶⁴ DOMEJ, *Urteil 4A_43/2020*, p. 262.

³⁶⁵ DOMEJ, *Urteil 4A_43/2020*, p. 261.

³⁶⁶ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 13 ; CONSEIL FEDERAL, *Rapport 2013*, p. 16 ; HUG, p. 35-36.

³⁶⁷ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 13 ; CONSEIL FEDERAL, *Rapport 2013*, p. 17.

³⁶⁸ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 13.

Pour commencer, par le biais de la jonction de causes (art. 125 let. c CPC), le tribunal peut décider de joindre plusieurs causes qui sont toutes pendantes devant lui³⁶⁹, s'il estime que cela peut simplifier le procès et que celles-ci sont soumises à la même procédure³⁷⁰. Ce faisant, la jonction de causes peut permettre d'aboutir à un résultat équivalent à une consorité simple³⁷¹. Ensuite, lorsque des demandes présentant un lien de connexité ne sont pas pendantes devant le même tribunal, le renvoi pour cause de connexité permet au juge saisi en second lieu de transmettre la cause au juge saisi en premier lieu, pour autant que ce dernier soit d'accord (art. 127 al. 1 CPC)³⁷². Ce renvoi n'a pas pour effet de créer une jonction de causes³⁷³. Toutefois, le tribunal saisi en premier lieu peut décider d'ordonner une jonction de causes par la suite³⁷⁴, ce qui pourra donc avoir pour conséquence la création d'une consorité simple³⁷⁵. Finalement, par le biais de la suspension de la procédure (art. 126 CPC), le tribunal peut décider de suspendre une procédure en cours devant lui, s'il estime qu'il existe des motifs d'opportunité - en particulier le risque de décisions contradictoires - qui l'imposent³⁷⁶. Comme nous le verrons, la possibilité de suspendre une procédure joue un rôle dans le contexte des procès modèles³⁷⁷, qui sont aussi une possibilité d'exercer collectivement ses droits existant en droit privé³⁷⁸.

2. Dans les autres lois fédérales

Il existe également des dispositions permettant l'exercice collectif des droits dans d'autres lois fédérales. Nous avons déjà mentionné la cession de créance (art. 164 CO), qui nous semble revêtir un intérêt certain dans le contexte de l'exercice collectif des droits lorsqu'elle est combinée au cumul objectif d'actions (art. 90 CPC). Parmi les autres dispositions existantes, l'on peut notamment mentionner les art. 20 ss LRCN³⁷⁹, 86 LPCC³⁸⁰, 105 LFus³⁸¹, 260 LP³⁸² et 1157 ss CO. Ces dispositions se limitent toutefois à un domaine spécifique du droit et visent des situations particulières. En outre, il ne nous apparaît pas qu'une analyse détaillée de celles-ci soit nécessaire pour examiner et apprécier le projet de modification du CPC du 10 décembre 2021. Ainsi, nous nous limiterons à mentionner leur existence.

3. Les procès modèles, tests ou pilotes

³⁶⁹ KUKO ZPO-WEBER, art. 125, N 5-6.

³⁷⁰ CR CPC-HALDY, art. 125, N 6.

³⁷¹ PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, Art. 89, N 8.

³⁷² PC CPC-SCHNEUWLY, art. 127, N 1.

³⁷³ CR CPC-HALDY, art. 127, N 6 ; PC CPC-SCHNEUWLY, art. 127, N 7.

³⁷⁴ PC CPC-SCHNEUWLY, art. 127, N 7.

³⁷⁵ PC CPC-MAY CANELLAS, art. 71, N 11.

³⁷⁶ PC CPC-SCHNEUWLY, art. 126, N 6.

³⁷⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 17 et 29.

³⁷⁸ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 431.

³⁷⁹ Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 13 juin 2008 (LRCN), RS 732.44.

³⁸⁰ Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (LPCC), RS 951.31.

³⁸¹ Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus), RS 221.301.

³⁸² Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP), RS 281.1.

Il existe encore une autre possibilité notable d'exercer collectivement ses droits en droit suisse, qui prend la forme du procès modèle (aussi appelé procès test³⁸³ ou pilote³⁸⁴)³⁸⁵. Le procès modèle peut présenter un intérêt lorsqu'un grand nombre de personnes subissent un dommage issu du même état de fait³⁸⁶, en permettant d'éviter les décisions contradictoires et de favoriser une efficacité procédurale³⁸⁷. Dans le contexte de ce type de procédure, un demandeur intente une action individuelle contre un défendeur, dans le but de résoudre un point factuel ou juridique litigieux en particulier³⁸⁸. La spécificité réside dans le fait que l'issue de cette procédure individuelle est également déterminante pour d'autres personnes que les seules parties à la procédure³⁸⁹. L'objectif du procès modèle est en effet que son résultat puisse ensuite être utilisé par d'autres demandeurs dans le contexte de procédures individuelles subséquentes³⁹⁰. Dans ce contexte, l'art. 126 al. 1 CPC permet par ailleurs la suspension d'éventuelles procédures parallèles dans l'attente de l'issue du procès modèle³⁹¹.

Plus spécifiquement, une procédure modèle a pour but de produire un « *effet externe de la chose jugée* » s'agissant de certaines questions de fait ou de droit tranchées dans le contexte de la procédure modèle³⁹² à l'égard d'autres procédures individuelles³⁹³. Pour qu'un tel effet externe puisse être produit, il est toutefois nécessaire qu'il existe une base légale le permettant ou un accord privé entre le défendeur à la procédure modèle et les autres demandeurs potentiels³⁹⁴. En effet, l'autorité de la chose jugée du jugement intervenant à l'issue d'un procès modèle ne s'étend pas aux personnes qui n'en ont pas été parties³⁹⁵. Toutefois, à ce jour, il n'existe en Suisse aucune base légale permettant de produire un tel effet externe³⁹⁶. À cet égard, l'Allemagne a introduit en 2005 dans sa législation la possibilité pour un procès modèle (*Musterverfahren*) de déployer des effets externes aux seules parties à la procédure³⁹⁷. Une partie de la doctrine a aussi des doutes quant au caractère juridiquement contraignant d'un accord privé en vertu duquel l'effet contraignant d'une décision judiciaire serait étendu à l'égard d'autres personnes que les seules parties à la procédure³⁹⁸.

Il semble néanmoins que les procédures modèles n'ont pas eu un grand succès jusqu'à présent en Suisse³⁹⁹. L'une des raisons avancées par la doctrine est que le défendeur ne serait que rarement disposé à conclure une convention prévoyant l'extension de l'effet contraignant du

³⁸³ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 28.

³⁸⁴ BOHNET, *Actions collectives*, p. 181, N 56.

³⁸⁵ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 431 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5c.

³⁸⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 2 et 3.

³⁸⁷ KISTLER/LISIK, p. 38.

³⁸⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 28.

³⁸⁹ KISTLER/LISIK, p. 38 ; LAUER, p. 193.

³⁹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 28.

³⁹¹ KISTLER/LISIK, p. 38 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5c.

³⁹² KISTLER/LISIK, p. 38.

³⁹³ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 29.

³⁹⁴ KISTLER/LISIK, p. 38 ; LAUER, p. 193-194.

³⁹⁵ BAUMGARTNER, p. 342 ; KISTLER/LISIK, p. 38.

³⁹⁶ DOMEJ, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 432 ; KISTLER/LISIK, p. 38 ; LAUER, p. 193.

³⁹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 29.

³⁹⁸ BAUMGARTNER, p. 342 ; KISTLER/LISIK, p. 38.

³⁹⁹ KISTLER/LISIK, p. 38 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5c.

jugement intervenant à l'issue de la procédure modèle à d'autres procédures individuelles⁴⁰⁰. Il n'en demeure que l'on peut imaginer qu'une procédure modèle soit financée par une association de protection des consommateurs⁴⁰¹, ou qu'une telle procédure soit introduite par une telle association après que celle-ci se soit faite céder la prétention d'un consommateur, dans le but que le résultat puisse ensuite être utilisé comme un « *précédent* » par des consommateurs s'estimant lésés dans le contexte de procédures individuelles subséquentes⁴⁰².

V. Le projet de modification du Code de procédure civile du 10 décembre 2021

A. Un projet controversé et à l'histoire mouvementée

Comme nous l'avons précédemment mentionné, lors de l'élaboration du CPC, le législateur a fait le choix clair de renoncer à instaurer une véritable action collective en droit privé suisse⁴⁰³. À cette occasion, il a également estimé que la consorité (art. 71 CPC) et l'action des organisations (art. 89 CPC) étaient des mécanismes « *suffisant[s]* » pour permettre l'exercice collectif des droits en droit privé⁴⁰⁴. Comme nous l'avons vu dans le contexte du Chapitre IV, les possibilités d'exercer collectivement ses droits en droit privé ne se limitent par ailleurs pas à ces deux dispositions. Il convient aussi de relever que la jurisprudence et la doctrine n'étaient également que peu favorables à l'hypothèse d'introduire une véritable action collective ou de groupe dans notre ordre juridique⁴⁰⁵.

Toutefois, après l'entrée en vigueur du CPC, et notamment à la suite de certaines déconfitures dans le secteur bancaire, des voix se sont élevées pour demander un renforcement des possibilités d'exercer collectivement ses droits dans notre pays⁴⁰⁶. Certains auteurs ont en particulier estimé que les instruments existants dans le droit en vigueur ne permettaient pas une protection juridique effective des citoyens en cas de dommages collectifs et de dommages dispersés⁴⁰⁷. Le Conseil fédéral a également rejoint cette opinion à l'occasion d'un rapport⁴⁰⁸ publié en 2013, dans lequel celui-ci est arrivé à la conclusion qu'il existait certaines « *lacunes [...] dans le système juridique suisse* » s'agissant de la possibilité effective pour les justiciables d'obtenir la réparation des dommages collectifs et des dommages dispersés⁴⁰⁹. En parallèle, des développements ont également eu lieu au niveau du Parlement, qui ont abouti à l'adoption de

⁴⁰⁰ KISTLER/LISIK, p. 38 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5c.

⁴⁰¹ BOHNET, *RSPC*, p. 443.

⁴⁰² BOHNET, *Actions collectives*, p. 176-177, N 47.

⁴⁰³ BÜYÜKSAGIS, p. 475 ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 33 ; JOOS, p. 487 ; KISTLER/LISIK, p. 30.

⁴⁰⁴ FF 2006 6902.

⁴⁰⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 14.

⁴⁰⁶ WYSS, p. 3, N 1.

⁴⁰⁷ Cf. notamment HABERBECK, p. 3, N 8, se référant à la problématique des dommages collectifs et dispersés en 2014 : « *Aber letztlich ist es eine politische Frage, ob ein solches strukturelles Defizit bezüglich der Gewährung effektiven Rechtsschutzes bei Massen- und vor allem Streuschäden toleriert oder beseitigt werden soll* » (mise en gras ajoutée).

⁴⁰⁸ Rapport du Conseil fédéral « Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives » du 3 juillet 2013 (Cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*).

⁴⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 55.

la motion BIRRER-HEIMO⁴¹⁰ en 2014, donnant mandat au Conseil fédéral d’opérer des modifications législatives visant à améliorer l’exercice collectif des droits en Suisse, dans les situations où un nombre important de personnes sont affectées de manière comparable, et en particulier en présence de dommages collectifs et de dommages dispersés⁴¹¹.

À la suite de l’adoption de cette motion, le Conseil fédéral a élaboré des dispositions visant à donner suite à ce mandat, qu’il a ensuite mises en consultation en 2018 dans le contexte plus large d’une grande révision du CPC visant à améliorer la praticabilité et l’application du droit (projet de modification du CPC du 26 février 2020⁴¹²)⁴¹³. Les dispositions proposées par le Conseil fédéral ayant pour objet la réparation collective des dommages ont toutefois fait l’objet de vives critiques, ce qui a conduit le Conseil fédéral à retirer cet aspect du projet de modification du CPC du 26 février 2020⁴¹⁴.

Enfin, le 10 décembre 2021, le Conseil fédéral a adopté un projet⁴¹⁵ portant sur une modification du CPC, intitulé « *Action des organisations et transaction collective* ». Le projet du Conseil fédéral prévoit principalement l’extension du champ d’application de l’action des organisations (art. 89 P-CPC), l’introduction d’une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation (art. 307b P-CPC) et la possibilité de conclure une transaction collective avec force obligatoire (art. 307h et 307k P-CPC). Cette modification du CPC devrait être débattue devant le Parlement au plus tôt à l’automne 2024⁴¹⁶.

Comme nous l’avons mentionné en introduction, le projet du Conseil fédéral ne fait pas l’objet d’un consensus au sein de la doctrine⁴¹⁷. Pour comprendre les raisons de cette controverse et pouvoir donner notre appréciation critique du projet, il convient de commencer par l’examiner plus en détail. Nous nous limiterons toutefois à l’analyse de ses trois volets principaux.

B. Les trois volets principaux du projet

1. L’extension du champ d’application de l’action des organisations

Le projet de modification du CPC du 10 décembre 2021 vise tout d’abord à renforcer l’action des organisations existante, dans le but que celle-ci acquiert une importance pratique⁴¹⁸ - qui, comme nous l’avons vu, semble actuellement être limitée⁴¹⁹ - par le biais d’une extension du

⁴¹⁰ Motion 13.3931 « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments » du 27 septembre 2013 (Cité : Motion BIRRER-HEIMO).

⁴¹¹ Motion BIRRER-HEIMO.

⁴¹² FF 2020 2963.

⁴¹³ WOOPEN, p. 626-627.

⁴¹⁴ RUDOLF VON ROHR/WIJNBERG, p. 2, N 2 ; STÖCKLIN, p. 2-3, N 1 ; WOOPEN, p. 627.

⁴¹⁵ FF 2021 3049.

⁴¹⁶ HAEBERLI.

⁴¹⁷ *Pro* : PICHONNAZ/HEINZMANN ; STÖCKLIN, p. 12, N 30 ; *contra* : WOOPEN, p. 637.

⁴¹⁸ FF 2021 3048, p. 20.

⁴¹⁹ BRETSCHER/NACHT ; BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 5 ; PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 2.

champ d'application de l'art. 89 CPC⁴²⁰. L'action des organisations ne se restreindrait ainsi plus à la protection contre les atteintes à la personnalité, mais serait étendue à toutes les violations du droit privé (art. 89 al. 1 P-CPC)⁴²¹. Cette extension à l'ensemble du droit privé devrait permettre aux associations et organisations d'agir dans un grand nombre de domaines, tels que le droit de la concurrence, le droit de la concurrence déloyale, le droit de la protection des données ou encore en matière de responsabilité pour le fait des produits⁴²².

Parallèlement, la qualité pour agir des organisations ou associations au sens de l'art. 89 CPC serait définie de manière plus restrictive que dans le droit en vigueur⁴²³. Celle-ci serait ainsi subordonnée à la réalisation de quatre conditions, à savoir la poursuite d'un but non lucratif (let. a), une durée minimale d'existence de douze mois (let. b), une habilitation par les statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminées (let. c) et l'indépendance de l'association ou de l'organisation vis-à-vis du défendeur (let. d)⁴²⁴.

L'exigence d'une absence de but lucratif (let. a) vise à éviter les abus⁴²⁵, et semble marquer la volonté du Conseil fédéral de se distancer de la *class action* américaine⁴²⁶; celle-ci étant controversée en raison des abus qu'elle a pu engendrer à l'égard de certains défendeurs⁴²⁷. Cela aurait toutefois pour conséquence que les sociétés et entreprises commerciales ne pourraient plus intenter une telle action⁴²⁸, contrairement au droit en vigueur⁴²⁹. Ainsi, cette action devrait principalement être intentée par des associations et des fondations au sens du Code civil⁴³⁰. Quant à la nécessité d'une existence minimale de douze mois (let. b), celle-ci vise à éviter la création d'associations ou d'organisations *ad hoc*⁴³¹. Comme nous l'avons vu, l'art. 89 CPC dans sa teneur actuelle a également à cœur cette préoccupation⁴³², sans toutefois prévoir de condition de durée d'existence minimale⁴³³. S'agissant ensuite de l'habilitation par les statuts à défendre les intérêts du groupe (let. c), il ne s'agit pas d'une nouvelle exigence⁴³⁴. En revanche, la nécessité pour l'association ou l'organisation d'être indépendante vis-à-vis du défendeur (let. d) l'est⁴³⁵. Le but étant d'éviter une collusion entre l'association ou l'organisation et le défendeur⁴³⁶, ayant pour effet que les intérêts des personnes représentées ne soient pas - en tout ou partie - pris en considération dans le contexte de l'action sociale⁴³⁷. Enfin, il convient

⁴²⁰ FELLER/HEISCH.

⁴²¹ FF 2021 3048, p. 15.

⁴²² FELLER/HEISCH.

⁴²³ FF 2021 3048, p. 20 ; STÖCKLIN, p. 4-5, N 6.

⁴²⁴ FF 2021 3048, p. 15-16.

⁴²⁵ FF 2021 3048, p. 20.

⁴²⁶ STÖCKLIN, p. 5, N 7.

⁴²⁷ STÖCKLIN, p. 10, N 20.

⁴²⁸ FF 2021 3048, p. 20.

⁴²⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 8.

⁴³⁰ FF 2021 3048, p. 20.

⁴³¹ FF 2021 3048, p. 20.

⁴³² BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 32 ; CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 10.

⁴³³ BSK ZPO-KLAUS, art. 89, N 31 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 10.

⁴³⁴ FF 2021 3048, p. 21.

⁴³⁵ FF 2021 3048, p. 21.

⁴³⁶ STÖCKLIN, p. 5, N 7.

⁴³⁷ FF 2021 3048, p. 21.

également de relever que le Conseil fédéral a choisi de supprimer l'exigence pour l'association ou l'organisation d'être d'importance nationale ou régionale⁴³⁸, ce qui aurait pour effet d'ouvrir la possibilité à des associations ou organisations étrangères d'agir en qualité de demanderesse⁴³⁹.

S'agissant ensuite des droits d'action de l'association ou de l'organisation, l'art. 89 P-CPC permettra toujours de demander l'interdiction, la cessation ou la constatation d'une atteinte illicite, comme c'est le cas actuellement⁴⁴⁰. S'agissant de la constatation de l'illicéité d'une atteinte, il ne sera en revanche plus nécessaire que la violation continue d'avoir un effet perturbateur⁴⁴¹, contrairement au droit en vigueur⁴⁴². Ceci pourrait permettre de réduire le risque de prononcé d'irrecevabilité d'une action des organisations par les tribunaux⁴⁴³. Il sera en outre possible de demander au juge la communication de la décision à des tiers ou sa publication (art. 89 al. 3 P-CPC)⁴⁴⁴.

S'agissant finalement de la réserve de l'art. 89 al. 3 CPC, qui dans sa teneur actuelle a pour effet de réserver les dispositions contenues dans des lois spéciales instituant également une action des organisations⁴⁴⁵, celle-ci ne sera applicable que pour autant que ces dispositions spéciales autorisent l'action des organisations de manière plus large que la révision envisagée (art. 89 al. 4 P-CPC)⁴⁴⁶; ce qui concerne tant la qualité pour agir que les droits d'action⁴⁴⁷. Le but étant de favoriser « [l']uniformité et [...] la cohérence »⁴⁴⁸. En effet, comme nous l'avons vu, le champ d'application des actions représentatives spéciales peut être plus large ou plus restreint que celui de l'action générale des organisations⁴⁴⁹.

2. L'introduction d'une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation

La pièce maîtresse du projet du Conseil fédéral se trouve toutefois à l'art. 307b P-CPC⁴⁵⁰, qui prévoit la mise en place d'une nouvelle forme d'action des organisations⁴⁵¹, permettant à une association ou à une organisation de faire valoir un « *droit à réparation* » (art. 307b al. 1 P-CPC). La notion de « *droit à réparation* » couvre les prétentions en dommages-intérêts et en tort moral, ainsi que l'action en remise de gain⁴⁵². Ce faisant, cette disposition a pour but de permettre à des associations ou à des organisations d'agir en leur propre nom et à leur propre

⁴³⁸ FF 2021 3048, p. 21.

⁴³⁹ HOFFMAN-NOWOTNY/GROZ/PETER ; STÖCKLIN, p. 5, N 8.

⁴⁴⁰ FF 2021 3048, p. 16.

⁴⁴¹ DASSER/GROSS/PFISTERER ; HOFFMAN-NOWOTNY/GROZ/PETER ; STÖCKLIN, p. 5, N 9.

⁴⁴² Cf. art. 89 al. 2 let. c CPC : « [...] si le trouble [que l'atteinte] a créé *subsiste* » (mise en gras ajoutée).

⁴⁴³ STÖCKLIN, p. 5, N 9.

⁴⁴⁴ FF 2021 3048, p. 16.

⁴⁴⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 89, N 20.

⁴⁴⁶ HOFFMAN-NOWOTNY/GROZ/PETER ; STÖCKLIN, p. 4, N 5.

⁴⁴⁷ FF 2021 3048, p. 22.

⁴⁴⁸ FF 2021 3048, p. 21.

⁴⁴⁹ PC CPC-HEINZMANN/MANGUAY BENKHEDIM, art. 89, N 34.

⁴⁵⁰ STÖCKLIN, p. 6, N 11.

⁴⁵¹ FF 2021 3048, p. 22.

⁴⁵² FF 2021 3048, p. 22.

risque, pour faire valoir les prétentions pécuniaires de personnes ayant subi un dommage collectif ou un dommage dispersé⁴⁵³. Il s'agit donc d'une modification d'importance, dans la mesure où, comme nous l'avons vu dans le contexte de l'examen de l'art. 89 CPC, il n'est à l'heure actuelle pas possible pour une association ou une organisation de demander une compensation financière pour le dommage subi personnellement par un membre du groupe de personnes pour lequel elle agit en justice.

Les associations ou organisations qui auraient la possibilité d'intenter une telle action sont celles qui rempliraient les conditions permettant d'intenter une action générale des organisations (cf. art. 89 al. 1 P-CPC), ainsi que celles qui rempliraient les conditions d'une disposition légale spéciale instituant une action des organisations (cf. art. 89 al. 4 P-CPC)⁴⁵⁴. Il sera de plus nécessaire ces associations ou organisations aient été « *habilitées à agir, par écrit ou par tout autre moyen permettant d'établir la preuve de cette habilitation par un texte [...]* », et ce par dix personnes au moins (art. 307 let. b P-CPC). S'agissant finalement des prétentions invoquées dans le contexte de cette nouvelle forme d'action des organisations, celles-ci devront « *repose[r] sur des faits ou des fondements juridiques semblables* » (art. 307 let. c P-CPC).

En exigeant le consentement explicite des personnes représentées par le biais d'une déclaration d'adhésion, le Conseil fédéral a fait le choix du système *opt-in*⁴⁵⁵. Ce faisant il se distancie non seulement de la *class action* américaine, qui repose sur l'*opt-out*⁴⁵⁶, mais également de la directive (UE) 2020/1828; cette dernière laissant le choix aux États membres de l'Union européenne entre l'*opting-in* et l'*opting-out*⁴⁵⁷. Quant à la nécessité pour l'association ou l'organisation d'être habilitée par dix personnes au moins au moment où l'action est introduite, cette exigence vise à s'assurer qu'une action des organisations se justifie dans le cas d'espèce, en raison d'un nombre important de personnes touchées⁴⁵⁸. S'agissant finalement de l'exigence que les prétentions reposent sur des faits ou des fondements juridiques semblables (condition de connexité⁴⁵⁹), il s'agit de veiller à ce qu'une telle action se justifie par des considérations financières et d'économie procédurale⁴⁶⁰.

Les art. 307c-f P-CPC traitent finalement de la procédure applicable à cette nouvelle forme d'action des organisations. L'art. 307c P-CPC prévoit ainsi une procédure d'admission par le tribunal et l'art. 307d traite des possibilités et des conditions d'adhésion à l'action intentée par l'association ou l'organisation (droit d'*opt-in*). Nous relevons aussi que l'art. 307f al. 1 P-CPC précise explicitement que le jugement intervenant à l'issue d'une action intentée sur le fondement de l'art. 307b P-CPC déploie des effets contraignants à l'égard non seulement des parties au procès - à savoir l'association ou l'organisation demanderesse et le défendeur - mais également à l'égard des personnes qui ont fait le choix d'adhérer à l'action de l'organisation.

3. L'introduction d'une réglementation sur les transactions collectives

⁴⁵³ FF 2021 3048, p. 25 ; STÖCKLIN, p. 6, N 11.

⁴⁵⁴ FF 2021 3048, p. 22.

⁴⁵⁵ FF 2021 3048, p. 24.

⁴⁵⁶ STÖCKLIN, p. 10, N 20.

⁴⁵⁷ WERLEN/OPPÖLZER/HERTNER.

⁴⁵⁸ FF 2021 3048, p. 22-23.

⁴⁵⁹ FF 2021 3048, p. 23.

⁴⁶⁰ FF 2021 3048, p. 23.

L'autre grande innovation souhaitée par le Conseil fédéral consiste en l'introduction d'une réglementation sur les transactions collectives (art. 307h ss P-CPC), qui vise à compléter la nouvelle forme d'action des organisations prévue par l'art. 307b P-CPC⁴⁶¹. Cette proposition du Conseil fédéral s'explique par le fait que les expériences à l'étranger ont montré que les litiges relatifs à des dommages collectifs et dispersés se terminaient habituellement par une transaction⁴⁶², ainsi que par la volonté de prendre en compte les intérêts du défendeur⁴⁶³.

Le projet prévoit deux possibilités de conclure une transaction collective, à savoir non seulement dans le contexte d'une action intentée par une organisation (art. 307h P-CPC), mais également en l'absence de toute action préalable d'une organisation (art. 307k P-CPC). Dans les deux cas, la transaction collective doit être soumise à l'approbation du tribunal pour que celle-ci déploie des effets (art. 307h al. 1 et 2 et 307k al. 1 P-CPC), notamment en raison du fait que les membres du groupe ne participent pas personnellement aux négociations⁴⁶⁴. L'approbation du juge est soumise à cinq conditions (art. 307j al. 1 let. a-e P-CPC), parmi lesquelles l'exigence du caractère proportionné du montant transigé et de sa répartition (art. 307j al. 1 let. a P-CPC), et pourrait notamment s'expliquer par la volonté de préserver les personnes concernées par la transaction collective des conflits d'intérêts qui sont inséparables de ce type de procédure⁴⁶⁵.

Lorsque la transaction collective s'effectue dans le contexte d'une action collective intentée par une association ou une organisation (art. 307h P-CPC), il sied encore de distinguer deux situations. Dans la première situation, prévue à l'art. 307h al. 1 P-CPC, l'organisation demanderesse et le défendeur souhaitent que la transaction déploie des effets contraignants à leur égard, ainsi qu'à celui des personnes qui ont déclaré adhérer à l'action de l'organisation. Dans la deuxième situation, prévue à l'art. 307h al. 2 P-CPC, l'organisation demanderesse et le défendeur souhaitent non seulement que la transaction collective déploie des effets contraignants à leur égard, ainsi qu'à celui des personnes qui ont déclaré adhérer à l'action des organisations, mais également à l'égard de toutes les personnes ayant subi un dommage du fait du comportement du défendeur, que ces dernières aient ou non adhéré à l'action intentée par l'organisation.

Dans la première situation (art. 307h al. 1 P-CPC), l'extension des effets contraignants de la transaction à l'égard des personnes ayant déclaré adhérer à l'action des organisations consacre le choix de l'*opt-in*. En revanche, dans la deuxième situation (art. 307h al. 2 P-CPC), l'extension de l'effet contraignant de la transaction collective à l'ensemble des personnes concernées par le comportement du défendeur, celles-ci conservant un droit de se retirer de la transaction collective (cf. art. 307h al. 2 P-CPC), consacre le choix de l'*opt-out*.

L'extension de l'effet contraignant de la transaction collective à des personnes n'ayant à aucun moment fait le choix d'adhérer à l'action intentée par l'organisation qui serait permise par l'art. 307h al. 2 P-CPC est soumise à trois conditions⁴⁶⁶. Pour commencer, il est nécessaire que les

⁴⁶¹ FF 2021 3048, p. 17.

⁴⁶² FF 2021 3048, p. 26 ; PETER/HOFFMANN-NOWOTNY, p. 582.

⁴⁶³ FF 2021 3048, p. 17.

⁴⁶⁴ PETER/HOFFMANN-NOWOTNY, p. 583.

⁴⁶⁵ PETER/HOFFMANN-NOWOTNY, p. 584.

⁴⁶⁶ FF 2021 3048, p. 27-28.

personnes concernées aient leur domicile ou leur siège en Suisse (art. 307h al. 2 P-CPC). Ensuite, le dommage subi par les personnes doit être si faible qu'une action individuelle ne se justifierait pas (art. 307h al. 2 let. a P-CPC). Pour le Conseil fédéral, cela vise les dommages « *ne dépassa[nt] pas quelques centaines de francs* »⁴⁶⁷, ce qui se réfère donc aux dommages dispersés⁴⁶⁸. Finalement, il est nécessaire qu'une proportion importante des personnes concernées par le comportement du défendeur n'aient pas adhéré à l'action de l'organisation (art. 307h al. 2 let. b P-CPC). Pour le Conseil fédéral, cela suppose qu' « *au moins un tiers des personnes concernées [n'aient] pas adhéré [à l'action intentée par l'organisation]* »⁴⁶⁹.

Au début de ce sous-chapitre, nous avons mentionné que le projet du Conseil fédéral prévoit qu'une transaction collective peut être conclue non seulement dans le contexte d'une action des organisations, mais également en dehors de toute action préalable d'une association ou d'une organisation. Cette deuxième possibilité est prévue par l'art. 307k P-CPC et suppose principalement que quatre conditions soient remplies. D'abord, l'association ou l'organisation doit être habilitée à intenter une action des organisations, que ce soit sur la base de l'art. 89 al. 1 P-CPC ou d'une disposition légale spéciale réservée par l'art. 89 al. 4 P-CPC (art. 307k let. a P-CPC). Ensuite, les prétentions invoquées par l'association ou l'organisation doivent présenter un lien de connexité (art. 307k let. b P-CPC)⁴⁷⁰, et les dommages subis par les personnes représentées doivent pouvoir être qualifiés de dommages dispersés (art. 307k let. c P-CPC)⁴⁷¹. Enfin, il est nécessaire que toutes les personnes concernées par les effets de la transaction collective aient leur domicile ou leur siège en Suisse (art. 307k P-CPC). Nous relevons aussi que dans le contexte de cette transaction collective conclue en l'absence de toute action des organisations préalable, le choix fait par le Conseil fédéral est celui de l'*opting-out*⁴⁷². Ainsi, seule une transaction collective de type *opt-out* est possible dans l'hypothèse où aucune action des organisations n'a été préalablement intentée⁴⁷³.

Nous souhaitons mentionner pour finir l'existence de l'art. 307i P-CPC, prévoyant la mise en place d'un registre électronique permettant d'informer les personnes concernées de l'existence d'une demande d'approbation d'une transaction collective, et devant permettre à celles-ci de se prononcer en cas de transaction collective de type *opt-in* (art. 307h al. 1 P-CPC) ou d'exercer leur droit de retrait en cas de transaction collective de type *opt-out* (art. 307h al. 2 et 307k P-CPC).

C. Une appréciation personnelle des innovations proposées par le Conseil fédéral

1. S'agissant de l'introduction d'une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation

⁴⁶⁷ FF 2021 3048, p. 27.

⁴⁶⁸ PETER/HOFFMANN-NOWOTNY, p. 584.

⁴⁶⁹ FF 2021 3048, p. 28.

⁴⁷⁰ FF 2021 3048, p. 30.

⁴⁷¹ PETER/HOFFMANN-NOWOTNY, p. 586.

⁴⁷² Cf. art. 307k P-CPC : « *Les associations et autres organisations peuvent [...] soumettre au tribunal une demande commune visant à déclarer cette transaction de force obligatoire pour toutes les personnes concernées [...] qui n'auront pas déclaré [...] vouloir se retirer de la transaction* » (mises en gras ajoutées).

⁴⁷³ FF 2021 3048, p. 30.

Dans le contexte de la possible introduction d'une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation, le Conseil fédéral a fait le choix de l'*opt-in*. Ce choix nous paraît être judicieux car, à l'instar de ce qui nous semble être la doctrine majoritaire⁴⁷⁴, il s'agit selon nous du seul système qui devrait entrer en considération pour notre ordre juridique dans l'hypothèse où ce type d'action venait à y être introduit. Nous saluons donc le fait que le Conseil fédéral ait résisté à la tendance européenne, du moins au niveau supranational, à admettre l'action collective de type *opt-out*. Le choix du Conseil fédéral selon lequel cette action peut être intentée uniquement par une association ou une organisation, nous paraît également être un bon choix. Il nous semble en effet qu'une association ou une organisation, contrairement à toute personne s'estimant lésée, peut permettre une meilleure préservation des intérêts des membres du groupe, en raison notamment de ses ressources en personnel et de sa structure institutionnelle, ainsi que par l'acquisition éventuelle d'un savoir-faire en la matière⁴⁷⁵.

Ceci posé, nous nous interrogeons sur l'opportunité d'introduire cette nouvelle forme d'action des organisations dans notre ordre juridique. Comme nous l'avons vu, l'efficacité d'une action collective ou de groupe de type *opt-in* est en effet contestée⁴⁷⁶. Il a ainsi été constaté que généralement seule une faible proportion des personnes concernées par l'action collective faisaient le choix d'y adhérer⁴⁷⁷. Il semble de plus avéré qu'une action collective de type *opt-in* ne permet pas d'aboutir à une réparation effective des dommages de faible valeur⁴⁷⁸, en raison du fait que le montant de la réparation que les lésés peuvent espérer recevoir à l'issue de la procédure collective est trop faible pour les inciter à adopter le comportement actif nécessaire pour adhérer à l'action collective⁴⁷⁹. L'on peut donc à notre avis légitimement s'interroger sur la capacité d'une action collective de type *opt-in* à améliorer effectivement l'accès des citoyens à la justice s'agissant des dommages de faible montant ou dommages dispersés⁴⁸⁰. Cette considération nous semble importante dans la mesure où la volonté d'appréhender la problématique des dommages dispersés est l'une des principales raisons d'être de cette innovation proposée par le Conseil fédéral⁴⁸¹.

Une action collective de type *opt-in* pourrait néanmoins entrer en considération en cas de dommages plus importants touchant un grand nombre de personnes ou dommages collectifs⁴⁸². Toutefois, là encore, l'utilité pratique de l'innovation proposée par le Conseil fédéral nous semble être restreinte, dans la mesure où, en cas de dommages collectifs, les lésés ne renoncent en principe pas à agir en justice pour faire valoir leur dommage⁴⁸³. De plus, l'utilité potentielle devrait alors selon nous également être mise en balance avec la complexité et les risques - par ailleurs importants - inhérents à cet instrument inconnu de notre ordre juridique et de nos magistrats, ainsi qu'avec les alternatives existantes dans le droit en vigueur. La volonté de préserver les tribunaux d'un afflux très important de demandes individuelles en cas de

⁴⁷⁴ BOHNET, *RSPC*, p. 445 ; HABERBECK, p. 6-7, N 38 ; HÄNNI, p. 338, N 915 ; PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 111-112 ; *contra* : BÜYÜKSAGIS, p. 482 ; PERUCCHI, p. 490.

⁴⁷⁵ PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 112.

⁴⁷⁶ MOLAVI, p. 45.

⁴⁷⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 39.

⁴⁷⁸ AFFERNI, p. 99 ; BÜYÜKSAGIS, p. 480 ; KÖLZ, p. 873 ; PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 112.

⁴⁷⁹ PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 112.

⁴⁸⁰ BÜYÜKSAGIS, p. 480.

⁴⁸¹ FF 2021 3048, p. 2.

⁴⁸² BÜYÜKSAGIS, p. 482 ; PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 112.

⁴⁸³ BOHNET, *RSPC*, p. 442.

dommages collectifs, pouvant avoir selon le Conseil fédéral pour conséquence de « *mett[re] en danger le système judiciaire en raison du grand nombre de cas à traiter* »⁴⁸⁴, pourrait également être prise en compte. Cette crainte ne semble toutefois pas se justifier en Suisse, du moins à ce jour⁴⁸⁵.

2. S’agissant de l’introduction d’une réglementation sur les transactions collectives

Si l’on s’intéresse à présent à la proposition du Conseil fédéral de prévoir la possibilité pour le défendeur et l’association ou l’organisation demanderesse de conclure une transaction collective, cette proposition nous semble être cohérente avec la volonté du Conseil fédéral d’introduire une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation dans le but d’appréhender la problématique des dommages collectifs et des dommages dispersés⁴⁸⁶. En effet, en pratique, il a été constaté que la majorité des procédures collectives visant à obtenir la réparation de ces types de dommages se soldaient par une transaction collective⁴⁸⁷. Il nous semble également que la possibilité de conclure une transaction collective peut être dans l’intérêt des différentes parties en présence, dont celui de l’auteur présumé du dommage⁴⁸⁸. Il peut en particulier être avantageux pour le défendeur de conclure une transaction collective de type *opt-out*⁴⁸⁹, car celle-ci peut potentiellement lui permettre de régler le litige de manière intégrale par le biais d’une seule procédure⁴⁹⁰.

Nous souhaitons toutefois émettre certaines réserves quant à l’opportunité d’introduire un tel mécanisme dans notre ordre juridique. Les dispositions du projet du Conseil fédéral s’inspirent en effet en partie de la législation adoptée par les Pays-Bas en 2005 (la WCAM⁴⁹¹)⁴⁹², qui prévoit la possibilité pour les parties à une transaction collective de demander au juge qu’il confère à celle-ci une force obligatoire à l’égard d’un groupe de personnes⁴⁹³. La WCAM repose en outre sur l’*opting-out*⁴⁹⁴. Ainsi, le projet du Conseil fédéral prévoit - dans certains cas devant en principe rester exceptionnels⁴⁹⁵ - la possibilité pour l’association ou l’organisation demanderesse et le défendeur de conclure une transaction collective de type *opt-out* ayant force obligatoire (art. 307h al. 2 et 307k P-CPC). Bien que l’innovation néerlandaise ait connu une certaine attractivité aux Pays-Bas⁴⁹⁶, en pratique, il a également été constaté que cette procédure pouvait avoir d’importantes répercussions négatives sur les entreprises défenderesses⁴⁹⁷. Le

⁴⁸⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2013*, p. 11.

⁴⁸⁵ BOHNET, *Actions collectives*, p. 181, N 57 ; HUG, p. 22.

⁴⁸⁶ FF 2021 3048, p. 2-3.

⁴⁸⁷ PETER/HOFFMANN-NOWOTNY, p. 582.

⁴⁸⁸ FF 2021 3048, p. 17.

⁴⁸⁹ PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 118.

⁴⁹⁰ PICHONNAZ/HEINZMANN.

⁴⁹¹ *Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades to vergemakkelijken (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade)* (WCAM).

⁴⁹² FELLER/HEISCH.

⁴⁹³ RUDOLF VON ROHR/WIJNBERG, p. 2-3, N 8.

⁴⁹⁴ RUDOLF VON ROHR/WIJNBERG, p. 3, N 8.

⁴⁹⁵ FF 2021 3048, p. 3.

⁴⁹⁶ JOOS, p. 490 ; PETER, *Kollektiver Rechtsschutz*, p. 115.

⁴⁹⁷ STÖCKLIN, p. 10-11, N 22.

risque réputationnel auquel celles-ci sont exposées dans le contexte de ce type de procédures peut en effet avoir pour conséquence de les soumettre à une pression intense, pouvant avoir pour effet de les inciter à transiger même dans des situations où les prétentions invoquées collectivement ne sont pas fondées du point de vue du droit matériel⁴⁹⁸. Ce qui peut également avoir pour conséquence une répercussion des coûts sur les consommateurs par le biais d'une augmentation du prix des biens et des services⁴⁹⁹.

En outre, et bien que l'*opting-out* ne soit possible qu'en présence de dommages d'un faible montant (art. 307h al. 2 let. a et 307k let. c P-CPC), l'admission de l'*opting-out* pourrait aussi s'avérer être problématique s'agissant du respect du droit d'être entendu et de la maxime de disposition⁵⁰⁰. Nous songeons notamment à la situation où un membre du groupe se verrait opposer la force obligatoire d'une transaction collective, sans qu'il n'ait eu au préalable une possibilité effective de faire usage de son droit de se retirer de la transaction collective tel que prévu par les art. 307h al. 2 et 307k P-CPC, car il n'avait pas connaissance du fait qu'il était concerné par celle-ci⁵⁰¹. Et ce d'autant plus qu'en présence d'une transaction collective de type *opt-out*, il n'est pas possible de contester la décision par laquelle la transaction collective est approuvée et déclarée de force obligatoire (art. 307j al. 2 et 307l al. 4 P-CPC).

VI. Conclusion

Le droit privé et la procédure civile suisse ont un caractère fondamentalement individualiste⁵⁰², qui a pour conséquence qu'il est normalement de la responsabilité de chacun d'agir en justice pour faire valoir ses droits⁵⁰³. Toutefois, et notamment en raison de certains événements ayant eu pour conséquence d'occasionner un dommage à un grand nombre de personnes - dont notamment la catastrophe de *Schweizerhalle* en 1986, la faillite de la banque Lehman Brothers en 2008 et la découverte des manipulations opérées sur les moteurs de certaines voitures du groupe automobile Volkswagen en 2015 - la doctrine s'interroge depuis un certain temps sur l'opportunité d'introduire une action collective dans notre ordre juridique⁵⁰⁴. Ainsi, et bien que les raisons qui ont occasionné ces réflexions aient varié au fil du temps⁵⁰⁵, il ne s'agit pas d'une nouvelle problématique.

En revanche, l'existence d'un projet de modification du CPC visant à permettre à une association ou à une organisation d'intenter une action en justice en vue d'obtenir la réparation pécuniaire d'un dommage subi par un groupe de personnes, ainsi qu'à octroyer la possibilité à celles-ci de conclure une transaction collective dans le contexte d'une telle action ou en dehors de celle-ci, constitue une nouveauté d'importance dans le contexte du débat autour de l'introduction d'une action collective. L'analyse et l'appréciation de ce projet ne pouvait toutefois selon nous se faire dans l'abstrait. Il nous est en effet apparu nécessaire de commencer par comprendre sa raison d'être - à savoir la volonté d'appréhender la problématique des

⁴⁹⁸ HALDY, *Actions collectives* ; RUDOLF VON ROHR/WIJNBERG, p. 7, N 34.

⁴⁹⁹ HALDY, *Actions collectives*.

⁵⁰⁰ PETER/HOFFMANN-NOWOTNY, p. 585.

⁵⁰¹ PETER/HOFFMANN-NOWOTNY, p. 585.

⁵⁰² THÉVENOZ, p. 133.

⁵⁰³ JEANDIN, p. 111 ; THÉVENOZ, p. 129.

⁵⁰⁴ Cf. notamment BAUMGARTNER, p. 301 ss ; JEANDIN, p. 110 ss ; JOOS, p. 487 ss ; THÉVENOZ, p. 129 ss.

⁵⁰⁵ BOHNET, p. 181, N 57.

dommages collectifs et des dommages dispersés⁵⁰⁶ - et de déterminer ce que les notions d'*opting-in* et d'*opting-out* impliquent, ainsi que d'examiner de manière plus large les possibilités d'exercice collectif des droits existantes dans le droit en vigueur.

À l'issue de l'examen de ces différents aspects, nous avons des doutes quant à l'opportunité d'introduire une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation dans notre ordre juridique, principalement en raison d'une utilité qui nous semble être restreinte, mise en relation avec la complexité et les risques inhérents à ce mécanisme jusqu'à présent inconnu de notre ordre juridique et qui nous semblent être importants. Mais également à la lumière des possibilités d'exercice collectif des droits existantes dans le droit en vigueur précédemment examinées. À cet égard, la cession de créance combinée au cumul objectif d'actions sur la base du modèle autrichien nous paraît constituer une véritable alternative à l'introduction d'une action des organisations permettant de faire valoir un droit à réparation telle que proposée par le Conseil fédéral. Cette combinaison permet en effet d'aboutir dans les faits à un résultat comparable à celui d'une action collective de type *opt-in* par le biais d'une utilisation créative des dispositions existantes⁵⁰⁷.

Il nous semble enfin qu'il est également possible d'envisager des modifications ponctuelles des dispositions existantes de notre Code de procédure civile. À cet égard, le 1^{er} janvier 2025 entrera en vigueur une révision d'envergure du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit)⁵⁰⁸. Celle-ci prévoit notamment que, en principe, l'avance des frais judiciaires ne pourra dorénavant dépasser la moitié du montant estimé⁵⁰⁹, ce qui pourra faciliter l'accès à la justice des personnes ne pouvant bénéficier de l'assistance judiciaire car considérées comme bénéficiant de ressources suffisantes au sens de l'art. 117 let. a CPC⁵¹⁰. À l'avenir, d'autres modifications des dispositions existantes du CPC pourraient - le cas échéant - encore être envisagées pour simplifier la revendication en justice des dommages collectifs et des dommages dispersés.

⁵⁰⁶ FF 2021 3048, p. 2.

⁵⁰⁷ DOMEJ, *Urteil 4A_43/2020*, p. 263.

⁵⁰⁸ FF 2023 786.

⁵⁰⁹ Cf. l'art. 98 CPC dans sa nouvelle teneur (FF 2023 786, p. 4-5).

⁵¹⁰ FF 2020 2622.