

Document	RJN 2018 p. 15
Auteur(s)	Dario Hug
Titre	Le consommateur en procédure civile suisse
Pages	15-52
Publication	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
Maison d'édition	Tribunal cantonal (NE)

RJN 2018 p. 15

DOCTRINE

Le consommateur en procédure civile suisse

par

Dario Hug

Avocat au barreau et chargé d'enseignement en droit de la consommation à l'Université de Neuchâtel

RJN 2018 p. 15, 19

Introduction

Traiter du consommateur en procédure civile¹ suisse, c'est mettre en lumière une position procédurale qui reste bien souvent précaire, tant les obstacles à la mise en œuvre de ses droits sont, en pratique, importants. Des difficultés résultent déjà de l'asymétrie entre les coûts de la procédure et le montant généralement faible de la valeur litigieuse. En d'autres termes - mais ce n'est là rien d'inédit en la matière - cela ne vaudra souvent «pas la peine» pour le consommateur d'agir en justice contre un fournisseur de biens et services, compte tenu également de l'avantage très relatif que le premier peut espérer obtenir, même en cas de gain du procès. Aussi, la durée d'une procédure, qu'elle soit individuelle ou même collective, peut-elle être prohibitive pour le consommateur².

Cela étant, le [CPC](#) contient des aménagements en faveur de cette partie faible, particulièrement la règle de for semi-impératif de l'[art. 32 CPC](#). Pour le législateur, l'analyse de la situation du consommateur en procédure civile est d'ailleurs une thématique actuelle³. Une modification du [CPC](#) est étudiée⁴

RJN 2018 p. 15, 20

- ¹ Pour une analyse de la protection du consommateur en matière de poursuite et de faillite également, Niklaus, Quelques aspects judiciaires du droit de la protection des consommateurs, [JT 2017 II 47, p. 47 ss, p. 59 ss.](#)
- ² Bohnet, Les actions collectives, spécialement en matière de consommation, in Müller/Carron (édit.), Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis, 2013, p. 159 ss, N 41.
- ³ En décembre 2017, dans le contexte du scandale VW, la « *Stiftung für Konsumentenschutz* » a déposé une demande en paiement de dommages-intérêts auprès du Tribunal de commerce du canton de Zurich pour 6'000 personnes lésées domiciliées en Suisse, Kistler/Lisik, Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit? – Eine Analyse des bestehenden kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz, ex ante 1/2018, p. 29 ss, p. 30.
- ⁴ Pour une étude complète des dispositions de l'Avant-projet, Ceregato, Der Vorentwurf zur Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung – Übersicht und Würdigung Vorentwurf ZPO-Revision vom 2. März 2018, in Jusletter du 10 septembre 2018. Pour une analyse critique des mécanismes de réparation des dommages collectifs prévus dans l'Avant-projet, Büyüksagis, « Class action »: un Américain à Berne?, in [REAS 2018, p. 473 ss, p. 479 ss.](#) Voir encore Kistler/Lisik (n. 4), p. 39 ss.



relativement, notamment, à la mise en œuvre collective des droits des consommateurs⁵.

Au vu de la thématique de l'exposé, nous rappellerons certaines notions essentielles (I). Nous traiterons ensuite de la compétence (II), ainsi que de la mise en œuvre des droits du consommateur (III). Nous terminerons par des éléments de procédure (IV), avant de conclure.

I. Notions

1. Consommateur

En droit suisse, il n'existe pas de définition générale, ni même uniforme, du «consommateur»; en cela, notre droit se distingue, en particulier, du droit allemand (§13 BGB⁶) et du droit français (Article liminaire du Code de la Consommation⁷)⁸. Cette qualité personnelle et fonctionnelle particulière, de

RJN 2018 p. 15, 21

laquelle est tributaire l'application de règles légales protectrices, dénote une volonté du législateur de protéger «le consommateur» dans certaines situations spécifiquement identifiées (uniquement). Il existe ainsi plusieurs techniques législatives pour le définir⁹.

D'une manière générale, on peut néanmoins affirmer que le consommateur est une personne physique qui - d'une manière reconnaissable pour son partenaire contractuel - acquiert des biens ou des prestations en vue d'une consommation personnelle ou familiale, c'est-à-dire un usage privé¹⁰. Quant au professionnel (ou fournisseur), il est la partie qui, dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, offre au consommateur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux de celui-ci (cf. [art. 32 al. 2 CPC](#); *infra* II.2).

2. Contrat de consommation

Le contrat de consommation (ou contrat conclu avec un consommateur; «*Verbrauchervertrag*» ou «*Konsumentenvertrag*») ne s'intègre pas dans la typologie usuelle des contrats nommés ou innommés. L'élément de définition substantiel de ce type de contrat particulier est la finalité privée du rapport noué entre un consommateur et un fournisseur de biens et/ou de services agissant, pour sa part, à titre professionnel ou commercial (approche structuraliste téléologique)¹¹.

Cela étant, cette conception relativement vague et potentiellement large de la définition du contrat de consommation ne doit pas faire oublier que la loi décrit spécifiquement plusieurs d'entre eux. De telles définitions se retrouvent dans le contexte de règles protectrices spécifiques (par ex. [art. 40a ss CO](#), [art. 3 LCC](#), [art. 2 al. 3 LVF](#); comp. [art. 8 LCD](#)). En droit formel, l'[art. 32 CPC](#) fournit une définition matérielle restrictive du contrat conclu avec des consommateurs, qui peut avoir pour conséquence de devoir recourir

⁵ Pour des approfondissements, Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) du 02.03.2018, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vn-ber-f.pdf>> [consulté le 27.12.2018], p. 22 s.; Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral du 03.07.2013, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vn-ber-f.pdf>> [consulté le 27.12.2018], p. 25, 39 et 52. Büyüksagis (n. 5), p. 476 ss. Voir aussi Bohnet (n. 3), N 67 ss qui présente l'action de groupe par *opting in* en droit italien, le procès-pilote en droit allemand et les développements jurisprudentiels en droit autrichien. Il est à noter que la Bulgarie, le Danemark, la Finlande, la France, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal ou encore la Suède connaissent des moyens de droit de nature collective sous la forme de l'action de groupe, Kistler/Lisik (n. 4), p. 29 s.

⁶ La teneur de cette disposition est la suivante: « Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschliesst, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können ».

⁷ La définition du consommateur retenue est la suivante: « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

⁸ Sur l'approche moniste du droit (civil) suisse, Oftinger, *Handelsrecht und Zivilrecht – Monismus oder Dualismus des Privatrechts und seiner Gesetzbücher*, in SJZ/RSJ 50/1954, p. 155. En lien avec le consommateur, Hug, *La protection du consommateur face aux nouvelles technologies de la conclusion et de l'exécution des contrats*, in Müller/Carron (édit.), 3^e journée des droits de la consommation et de la distribution: Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques, N 35 s.

⁹ Marchand, *Droit de la consommation*, 2012, p. 15 ss.

¹⁰ Kramer/Probst/Perrig, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 2016, N 97.

¹¹ [ATF 121 III 336 cons. 5d](#). Comp. Hug (n. 9), N 37 s. avec les réf. citées.

aux principes relevant du droit contractuel ordinaire (ex. interprétation selon le principe de la confiance, règle de

RJN 2018 p. 15, 22

l'ambigu et règle de l'insolite), faute de règles protectrices du consommateur plus spécifiques¹².

3. Litiges et dommages «de masse»

La mise en œuvre collective des droits du consommateur s'envisage tout particulièrement en cas de litiges et de dommages dits «de masse». Ces derniers sont, pour ainsi dire, le revers de la médaille de la production et de l'offre de biens et services à large échelle et à un nombre indéterminé de personnes, caractéristiques du système consumériste actuel.

Lorsqu'il est question d'un litige «de masse», on se réfère, dans la règle, à trois types de situations. Elles ne comportent pas rarement des éléments de nature transnationale: (i) un évènement unique qui tue ou blesse concurremment de nombreux individus (ii) des morts, blessures et/ou dommages pécuniaires en série qui affectent de nombreuses victimes sur une certaine période et sont causés par un même produit ou (iii) des dommages à l'environnement affectant des individus et des biens sur un territoire donné¹³. Par leur étendue, incidence et complexité, de telles situations emportent le risque d'un engorgement des Tribunaux (cela dit infondé à ce jour en Suisse), d'un traitement inégal des victimes¹⁴ ou encore de jugements contradictoires¹⁵.

Il y a dommage collectif («*Massenschaden*») «*lorsqu'un grand nombre de personnes - non identifiées à l'origine - est touché de façon identique ou similaire par des dommages et que chacun d'entre elles est lésée par un fait ou en raison d'une activité imputable au même auteur, par exemple au même producteur*». Quant au dommage dispersé («*Streuschaden*»), il s'envisage «*lorsqu'un grand nombre de personnes est lésé, mais que les dommages subis*

RJN 2018 p. 15, 23

par chacune sont de faible valeur»¹⁶. L'élément de distinction réside donc dans l'importance du dommage subi individuellement par les consommateurs, celui-ci étant généralement plus faible en présence d'un dommage dispersé.

Du point de vue de la mise en œuvre des droits du consommateur, l'un des inconvénients majeurs de l'action d'une organisation, au sens de l'actuel [article 89 CPC](#) (*infra* III.2.B), est qu'elle ne permet pas de réclamer la réparation de dommages collectifs ou dispersés¹⁷. Une autre difficulté reste la fédération des consommateurs touchés, notamment en raison de lien sociaux faibles ou inexistantes entre eux, contrairement à des travailleurs ou à des locataires¹⁸. En matière de contrat de vente, un autre obstacle, certes situé en amont à la procédure, est le non-respect de l'incombance d'un avis des défauts exercé sans délai par chaque acheteur-consommateur en rapport avec le bien acquis (cf. [art. 201 al. 1 CO](#))¹⁹.

¹² Bohnet, Les clauses procédurales abusives, Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, 2012, p. 63 ss, N 14 s.; Niklaus, (n. 2), p. 47 s.

¹³ Bohnet (n. 3), N 54 ss; Büyüksagis, (n. 5), p. 481 s. Voir aussi Jeandin, Parties au procès: mouvement et (r)évolution, Zurich, 2013; Romy, Litiges de masse: des « class actions » aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques, Thèse, Fribourg, 1997; Stark/Knecht, Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden, in RDS 1978 51; Tercier, L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, in RDS 1990 II 73.

¹⁴ Bohnet (n. 3), N 56.

¹⁵ [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 2; Jéquier Guillaume, Tiers et procédure civile suisse, in TRA/V, 2018, p. 46 ss, N 130.

¹⁶ Büyüksagis (n. 5), p. 474 avec les réf. citées; Kistler/Lisik (n. 4), p. 29 s.

¹⁷ [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 19; Kistler/Lisik (n. 4), p. 36.

¹⁸ Bohnet (n. 3), N 41 qui relève tout de même que le développement des réseaux sociaux pourrait « combler le déficit de communication entre consommateurs ».

¹⁹ Bohnet (n. 3), N 41.

II. Compétence

1. Compétence à raison de la matière

A. Généralités

Contrairement à la compétence à raison du lieu ([art. 32 CPC](#); *infra* II.2), le [CPC](#) ne contient aucune règle particulière s'agissant des contrats conclus avec des consommateurs du point de vue de la compétence à raison de la matière. Il y a donc lieu de se référer aux différentes lois d'organisation judiciaire cantonales pour déterminer le Tribunal compétent *ratione materiae*²⁰.

Par ailleurs, lorsque la valeur litigieuse est supérieure à Fr. 100'000.-, il reste théoriquement envisageable que les parties soumettent leur litige à la compétence matérielle d'une instance cantonale unique (cf. [art. 8 CPC](#)). Les parties pourraient

RJN 2018 p. 15, 24

alors également renoncer à la procédure de conciliation ([art. 199 al. 1 CPC](#))²¹. Toutefois, il n'est pas certain que le contrat soit alors considéré comme étant toujours un contrat conclu avec un consommateur, si la valeur litigieuse est supérieure à Fr. 100'000.-. Pareille conclusion ne peut cependant être entièrement exclue, notamment en vertu de l'analyse au cas par cas qu'impose l'[art. 32 CPC](#), disposition certes relative au for (*infra* II.2)²². L'examen du caractère abusif (cf. [art. 8 LCD](#)) ou illicite d'une clause préformulée instituant²³ la compétence d'une instance cantonale unique demeure tout de même réservé²⁴.

Pour les actions fondées sur la [LCD](#) (cf. [art. 9 et 10 LCD](#)), la compétence à raison de la matière - tout comme celle à raison du lieu d'ailleurs (*infra* II.2.A) - se détermine également d'après les dispositions du [CPC](#)²⁵. Si la valeur litigieuse dépasse Fr. 30'000.- ou que l'action est introduite par la Confédération, une instance cantonale unique est obligatoirement compétente ([art. 5 al. 1 let. d CPC](#))²⁶. Cette règle impérative exclut en principe toute prorogation de compétence matérielle, notamment par une acceptation tacite²⁷.

RJN 2018 p. 15, 25

B. Tribunal de commerce?

En cas d'action du consommateur contre le fournisseur, la compétence du Tribunal de commerce - pour les quatre cantons l'ayant institué²⁸ - peut être alternativement donnée (cf. [art. 6 al. 3 CPC](#) qui n'exige pas que le demandeur soit inscrit au registre du commerce)²⁹. L'interprétation de l'[art. 6 al. 3 CPC](#) démontre que le législateur a souhaité laisser ouverte cette option pour les personnes - *a priori* physiques - non commerciales («*Nicht-Kaufleute*»)³⁰.

²⁰ Bohnet (n.13), N 16; Niklaus, (n. 2), p. 53.

²¹ [CPC-Haldy](#), art. 8 N 2 s. [CPC-Bohnet](#), art. 199 N 8 précise que, lorsqu'elle est inscrite dans un contrat préformé, la renonciation au préalable de conciliation n'est opposable à la partie n'étant pas rompue aux affaires que si elle est suffisamment mise en évidence et bien visible.

²² Niklaus, (n. 2), p. 54 s.

²³ En effet, l'[art. 8 CPC](#) « constitue la seule hypothèse de prorogation de compétence matérielle », [CPC-Haldy](#), art. 8 N 2. L'auteur relativise néanmoins son propos en soulignant qu'il incombe « au droit cantonal de déterminer si une règle de compétence matérielle est impérative ou dispositive » (cf. [ATF 141 III 137](#) et [JT 2013 III 112](#)). Voir aussi, [CPC-Haldy](#), art. 4 N 3.

²⁴ Comp. Bohnet (n. 13), N 79 et 81. Il est à noter, à notre avis également, que la protection de l'[art. 8 LCD](#) n'est pas limitée aux prestations de consommation courante (controversé), CR [LCD-Pichonnaz](#), art. 8 N 131.

²⁵ CR [LCD-Fornage/Chabloz](#), Rem. lim. aux art. 9-11, N 39 qui rappellent que la compétence internationale relève de règles particulières (pour des approfondissements, N 78 ss).

²⁶ CR [LCD-Fornage/Chabloz](#), Rem. lim. aux art. 9-11, N 42.

²⁷ [ATF 140 III 355 cons. 2.4](#) et [ATF 138 III 471 cons. 3.1](#). CR [LCD-Fornage/Chabloz](#), Rem. lim. aux art. 9-11, N 42; [CPC-Haldy](#), art. 5 N 7.

²⁸ Il s'agit des cantons d'Argovie, de Berne, de Saint-Gall et de Zurich, CR [LCD-Fornage/Chabloz](#), Rem. lim. aux art. 9-11, N 43. Les auteures précisent que ces cantons ont fait usage de la prérogative de l'[art. 6 al. 4 let. a CPC](#) en confiant les litiges relevant de la [LCD](#) à leur Tribunal de commerce.

²⁹ Niklaus, (n. 2), p. 53.

³⁰ [ATF 138 III 694 cons. 2.9](#).



Cela étant, la saisine du Tribunal de commerce n'est pas possible lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas au moins Fr. 30'000.-, soit la valeur seuil pour le recours en matière civile devant le Tribunal fédéral ([art. 6 al. 2 let. b CPC](#) en relation avec l'[art. 74 al. 1 let. b LTF](#)). Or, en matière de consommation, il n'est pas rare que le montant litigieux soit bien plus faible, à tout le moins en cas d'action individuelle d'un consommateur. Aussi, la loi n'admet-elle pas, de manière anticipée, une compétence de l'instance cantonale unique au motif de l'existence d'une question juridique de principe au sens de l'[art. 74 al. 2 let. a LTF](#)³¹. Au demeurant, le choix d'une action auprès du Tribunal de commerce emporte des inconvénients pratiques non négligeables pour le consommateur, en particulier la perte d'une instance de recours avant le Tribunal fédéral³² et un procès qui sera généralement plus cher, s'agissant d'une (première) autorité collégiale³³.

Quant à l'[art. 6 al. 3 CPC](#), il concerne uniquement l'hypothèse où le défendeur est inscrit au Registre du commerce, alors que le demandeur ne l'est pas. Lorsque seul le fournisseur-demandeur est inscrit, la voie de l'éventuel Tribunal de commerce institué par la législation cantonale n'est pas ouverte contre un

RJN 2018 p. 15, 26

consommateur. Une acceptation - tacite ou expresse - d'une telle compétence paraît également exclue (cf. [art. 59 al. 2 let. b CPC](#))³⁴.

Nous l'avons laissé entendre dans notre introduction, le [CPC](#) ne contient qu'une disposition véritablement consacrée aux litiges relatifs à un contrat conclu avec un consommateur: l'[art. 32 CPC](#). C'est l'occasion d'approfondir la compétence à raison du lieu en présence d'un tel contrat (2)³⁵.

2. Compétence à raison du lieu

A. Généralités

Lorsque le contrat de consommation porte sur une prestation de consommation courante, l'[art. 32 CPC](#)³⁶ institue un for semi-impératif en faveur du consommateur; ce dernier ne peut donc y renoncer avant la naissance du litige ou encore par acceptation tacite ([art. 35 al. 1 let. a CPC](#); comp. [art. 17 CPC](#))³⁷. En revanche, une élection de for expresse demeure possible après la naissance du litige ([art. 35 al. 2 CPC](#))³⁸. L'[art. 120 LDIP](#), auquel renvoie l'[art. 114 al. 1 LDIP](#), contient une réglementation très similaire, mais dans le contexte d'une règle de compétence de droit international privé³⁹. Le but de protection sociale visé par le législateur consiste alors à déroger au principe général selon lequel le demandeur est tenu d'agir au for du domicile du défendeur (cf. [art. 10 al. 1 let. a et b CPC](#))⁴⁰.

RJN 2018 p. 15, 27

³¹ Niklaus, (n. 2), p. 53 s.

³² Cette perte d'instance existe également en cas de litiges relatifs à la [LCD](#) lorsque la valeur litigieuse dépasse Fr. 30'000.-. Comp. [CPC-Haldy](#), art. 5 N 2 et 9.

³³ Niklaus, (n. 2), p. 54.

³⁴ Niklaus, (n. 2), p. 53.

³⁵ Bohnet (n. 3), N 6.

³⁶ L'[art. 32 CPC](#) a repris tel quel l'art. 22a LFors, Niklaus (n. 2), p. 47.

³⁷ [CPC-Haldy](#), art. 32 N 1. Pour des approfondissements, Bohnet (n. 13), N 6 ss.

³⁸ Niklaus, (n. 2), p. 50.

³⁹ Par ex. arrêt du TF du 12.10.2018 [[4A 229/2018](#)] [cons. 9](#). Il convient tout de même de relever que, contrairement à l'[art. 32 CPC](#), la lettre de l'[art. 120 LDIP](#) semble plus large et n'exige pas que la prestation du fournisseur entre dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale. Cela dit, la doctrine mentionne tout de même cette exigence pour la [LDIP](#) également, Niklaus, (n. 2), p. 50 s. avec les réf. citées.

⁴⁰ Marchand (n. 10), p. 300 précise que l'exception en faveur du consommateur consiste (i) à lui offrir un for alternatif (ii) à imposer un for exclusif au commerçant au domicile du consommateur et (iii) à exclure toute prorogation de for avant la survenance du litige.



Ainsi, le consommateur bénéficie du choix d'actionner le fournisseur de biens ou de services contractant, soit à son propre domicile⁴¹ («*Klägergerichtsstand*»), soit au domicile ou au siège du fournisseur⁴². Si le consommateur agit au domicile ou au siège de ce dernier - comme le lui permet l'[art. 32 al. 1 let. a CPC](#) - les conclusions reconventionnelles du fournisseur peuvent être prises en ce lieu⁴³. En cas d'actions conjointes de consommateurs fondées sur des prétentions présentant un lien de connexité et qui sont élevées contre un même fournisseur, les demandeurs devraient pouvoir tous agir au même for (cf. [art. 15 al. 2 CPC](#))⁴⁴.

En cas d'action du fournisseur contre le consommateur, le for est celui du domicile (voire de la résidence habituelle, [art. 11 CPC](#)) du consommateur, conformément au principe général du for du domicile (cf. [art. 10 al. 1 let. a et b CPC](#)). En cas d'action contre plusieurs consommateurs, une attraction de for au sens de l'[art. 15 al. 1 CPC](#) paraît toutefois exclue, compte tenu de l'[art. 32 CPC](#)⁴⁵, à tout le moins avant la survenance du litige.

En outre, en cas d'action fondée sur la [LCD](#) d'un consommateur final⁴⁶ ([art. 10 al. 1 LCD](#)) ou d'une organisation de défense des consommateurs ([art. 10 al. 2 let. a LCD](#)), la compétence locale se détermine d'après les prétentions invoquées⁴⁷. Pour les prétentions fondées exclusivement sur la [LCD](#), l'[art. 36 CPC](#) prévoit, alternativement, quatre fors s'agissant d'une action fondée

RJN 2018 p. 15, 28

sur un acte illicite⁴⁸. Se pose toutefois la question du rapport avec la règle de for semi-impératif de l'[art. 32 CPC](#) en cas de prétention(s) fondée(s) tant sur la [LCD](#) que sur d'autres lois fédérales⁴⁹. En présence d'une règle de for impératif et d'une règle de for dispositif, le principe veut ainsi que le for soit déterminé par la règle impérative⁵⁰. Or, l'[art. 36 CPC](#) institue un for dispositif⁵¹. Dès lors, si les conditions sont remplies, le consommateur devrait pouvoir s'appuyer sur l'[art. 32 CPC](#), en tout cas lorsque le fondement contractuel des prétentions invoquées est prédominant⁵².

Il convient également de rappeler que l'[art. 32 CPC](#) n'a aucune incidence sur le for de la poursuite. Ce dernier demeure en effet régi par les [art. 46 ss LP](#), qui fixent le principe général du for de la poursuite au domicile du débiteur (cf. [art. 46 CPC](#)). Aussi, l'[art. 32 CPC](#) ne s'applique-t-il pas à la procédure de mainlevée ([art. 84 al. 1 LP](#)) ou à l'action en libération de dettes ([art. 83 al. 2 LP](#)). Suivant les cas, le consommateur pourrait donc être tenu d'agir en mainlevée ou en libération de dette au for du domicile ou du siège du fournisseur, alors même que l'action judiciaire a pu être portée au for du domicile du consommateur (cf. [art. 32 al. 1 let. a CPC](#))⁵³.

La clé de voûte de l'[art. 32 CPC](#) - ainsi que des [art. 114 et 120 LDIP](#) - est le critère de la prestation de consommation courante (B).

41 Ce domicile se détermine d'après l'[art. 23 CC](#), mais pas d'après l'[art. 24 CC](#). En outre, une action du consommateur au lieu de sa résidence habituelle n'est pas possible, l'[art. 11 CPC](#) ne s'appliquant qu'au défendeur, non au demandeur. La résidence habituelle du consommateur pourrait toutefois être prise en compte dans le cadre de l'[art. 114 al. 1 LDIP](#), Niklaus, (n. 2), p. 49 et 51.

42 [CPC-Haldy](#), art. 32 N 2 qui évoque encore l'ouverture de l'action au lieu de la succursale du fournisseur. Voir aussi, Niklaus, (n. 2), p. 49.

43 [CPC-Haldy](#), art. 14 N 4 et 32 N 4 qui précise que cette possibilité existe « *nonobstant le texte de l'art. 32 al. 1 let. b CPC* ». Voir aussi Niklaus, (n. 2), p. 49.

44 [CPC-Haldy](#), art. 15 N 9 qui, en réf. à l'[ATF 137 III 311 cons. 4.2](#), indique qu'« *en cas de for semi-impératif, la partie faible pourra cependant utiliser la possibilité d'attraction de l'art. 15 al. 2* ». Estimant, qu'en cas d'actions conjointes, les consommateurs sont tenus d'agir au domicile ou au siège du fournisseur, Bohnet (n. 3), N 76.

45 [CPC-Haldy](#), art. 32 N 3.

46 La notion de « client » (« *Letztverbraucher* ») de l'[art. 10 al. 1 LCD](#), qui peut-être une personne physique ou morale, englobe, en particulier, le consommateur final. Ce dernier sera généralement – mais pas nécessairement (cf. [art. 2 al. 3 LVF](#) – une personne physique, CR [LCD-Fornage](#), art. 10 N 5.

47 Comp. CR [LCD-Fornage/Chabloz](#), Rem. lim. aux art. 9-11, N 67 ss.

48 CR [LCD-Fornage/Chabloz](#), Rem. lim. aux art. 9-11, N 68.

49 En effet, en cas de prétention(s) exclusivement fondée(s) sur la [LCD](#), le consommateur peut agir au Tribunal du domicile, comme le lui permet l'[art. 32 CPC](#), de sorte que cette situation n'est pas véritablement problématique.

50 CR [LCD-Fornage/Chabloz](#), Rem. lim. aux art. 9-11, N 75.

51 [CPC-Haldy](#), art. 36 N 1.

52 En rapport avec le droit du travail ([art. 34 CPC](#)), CR [LCD-Fornage/Chabloz](#), Rem. lim. aux art. 9-11, N 75 s.

53 Pour ces développements, Niklaus, (n. 2), p. 50. La portée pratique de cette affirmation doit cependant être relativisée, dans la mesure où le for de la poursuite (domicile du débiteur) et de l'action introduite contre un consommateur (domicile du défendeur) sont identiques.

RJN 2018 p. 15, 29

B. Prestation de consommation courante

a. Définition

En tant que particularité helvétique⁵⁴, le critère de la prestation de consommation courante («*Leistung des üblichen Verbrauchs*») - que l'on retrouve aux [art. 32 CPC](#), 114 et 120 [LDIP](#) - est révélateur d'une scission de la notion même de «contrat de consommation» entre le droit matériel et le droit formel. En effet, les dispositions matérielles du droit de la consommation (not. la [LCC](#) et les [art. 8 LCD](#)) n'envisagent pas ce critère de délimitation. Aussi, l'[article 32 CPC](#) doit-il être interprété restrictivement⁵⁵. Il consacre ainsi une approche étroite du contrat de consommation («*enger Verbrauchervertragsbegriff*»)⁵⁶, laquelle résulte également du for d'exception - par rapport au for général du domicile - qu'offre l'[article 32 CPC](#), lorsque ses conditions d'application sont réunies.

La notion étroite du contrat de consommation consacrée en droit de procédure n'englobe ainsi que les contrats portant sur des «affaires quotidiennes» («*Alltagsgeschäfte*»)⁵⁷. En revanche, ne sont pas de telles affaires celles qui, par leur ampleur ou leur importance dépassent ce qui est usuel et celles qui, par leur objet, ne concernent pas les besoins courants ou habituels du consommateur. Il en découle, que s'agissant de la couverture de besoins de base («*Grundbedürfnisse*»), le consommateur doit, dans la règle, bénéficier du for d'exception⁵⁸.

RJN 2018 p. 15, 30

b. Critères d'application

C'est au cas par cas que le Tribunal doit déterminer si les conditions d'un contrat de consommation au sens de l'[art. 32 CPC](#) sont réunies⁵⁹. La charge de la preuve des faits fondant une application de cette disposition incombe à la partie qui se prévaut de la qualité de consommateur⁶⁰, soit généralement à la partie faible. Par rapport à une action de nature collective, l'approche reste donc *a priori* fondée ici sur la structure traditionnellement «individualiste» du procès⁶¹.

L'élément à cet égard décisif reste que le contrat est conclu entre, d'une part, une personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale et, d'autre part, un consommateur - nécessairement une personne physique - assouvissant un besoin personnel ou familial, ledit contrat devant en outre⁶² porter sur une prestation de consommation courante d'un ménage privé⁶³. Ce contrat peut concerner des biens consommables ou non, porter sur des biens immatériels ou encore une prestation de service⁶⁴. De manière sous-jacente, on relève la condition que le

⁵⁴ Marchand (n. 10), p. 20; Niklaus, (n. 2), p. 52 rappelle que la [CL](#) n'exige pas que le contrat de consommation porte sur une prestation de consommation courante.

⁵⁵ Arrêt du Tribunal cantonal soleurois ZKBES.2017.126 du 28 novembre 2017 cons. II.5.

⁵⁶ En lien avec l'art. 22 al. 2 aLFors, arrêt du Tribunal cantonal bernois [APH 09 30](#) du 24 août 2009 cons. 3b: « Der Anwendungsbereich ist eng zu verstehen, denn der Sozialschutz beschränkt sich nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs (vgl. [BGE 132 III 268, 272](#), mit Hinweisen auf die einschlägige Lehre) ».

⁵⁷ Arrêt du Tribunal de commerce zuricois [HG150071](#) du 25 novembre 2016 cons. 2.3.2 qui rappelle les manifestations plus larges du contrat de consommation contenues aux [art. 40a al. 1 CO](#), 210 al. 4 let. b [CO](#), 3 [LCC](#), 8 [LCD](#), 15 [CL](#) et 2 let. a CVIM.

⁵⁸ Arrêt du Tribunal cantonal bernois du 24.08.2009 [[APH 09 30](#)] cons. 3d.

⁵⁹ Arrêt du TF du 11.03.2014 [[4A 573/2013](#)] cons. 2.2 qui précise que l'application de l'[art. 32 CPC](#) présuppose l'existence d'un contrat.

⁶⁰ Arrêt du TF du 11.03.2014 [[4A 575/2013](#)] cons. 2.3. [CPC](#)-Haldy, art. 32 N 4a; Niklaus, (n. 2), p. 49.

⁶¹ Bohnet (n. 3), N 53.

⁶² Comp. arrêt du TF du 12.01.2006 [[5C.222/2005](#)] cons. 2.1 (en rapport avec l'[art. 120 LDIP](#)): « Toutefois, contrairement à ce que semble penser le recourant, il ne suffit pas qu'un tel contrat remplisse le critère fonctionnel de l'usage personnel ou familial. Encore faut-il qu'il porte sur une prestation de consommation courante ».

⁶³ Comp. arrêt du TF du 12.10.2018 [[4A 229/2018](#)] cons. 9 en réf. à l'[ATF 132 III 268 cons. 2.2.4](#) (relatif à l'art. 22 al. 2 aLFors): « [...] sortent du cadre de la consommation courante d'un ménage privé, avec pour conséquence que le plaideur impliqué dans de semblables affaires ne jouit d'aucune protection spéciale concernant le for ».

⁶⁴ Arrêt du Tribunal cantonal soleurois ZKBES.2017.126 du 28 novembre 2017 cons. II.5. Comp. arrêt du TF du 11.03.2014 [[4A 575/2013](#)] cons. 2.2: « Celui-ci (i.e. le contrat) doit porter sur une prestation de consommation

RJN 2018 p. 15, 31

«consommateur» puisse se prévaloir d'un besoin de protection social particulier, ce qui n'est pas le cas lors de l'acquisition d'un bien de luxe⁶⁵.

A titre d'exemples, comme contrats portant sur une prestation de consommation courante, le message relatif à la défunte [LFors](#) mentionnait les contrats de démarchage à domicile et contrats semblables, les contrats de vente par acomptes et de vente avec paiements préalables, les contrats de crédit à la consommation, ainsi que les contrats conclus avec des voyageurs au détail selon l'ancienne loi fédérale du 4 octobre 1930 sur les voyageurs de commerce⁶⁶ et les contrats de voyage à forfait⁶⁷. Ledit message indiquait par ailleurs que «*les contestations relatives aux contrats d'assurance peuvent être considérés comme des affaires touchant les consommateurs*»⁶⁸, alors même que ce type de contrat est parfois exclu de la typicité consumériste en droit matériel (comp. [art. 40a al. 2 CO](#); exemption improprement dite) ou soumis à un régime spécial en droit international privé (cf. art. 8 ss et 15 à 17 [CL](#))⁶⁹.

C'est l'occasion de fournir un aperçu illustratif de la jurisprudence (C) plus récente traitant du critère de la «prestation de consommation courante».

C. Jurisprudence

a. Fédérale

Ont été considérés comme des contrats de consommation au sens de l'[art. 32 CPC](#) et/ou⁷⁰ des [art. 114 et 120 LDIP](#):

RJN 2018 p. 15, 32

- Un contrat d'assurance conclu pour des besoins personnels ou familiaux⁷¹;
- Une assurance ménage, une assurance responsabilité civile pour ménage privé ou pour détenteur d'un véhicule automobile privé, ainsi qu'une assurance accidents ou maladie privée⁷²;

En revanche, ne sont pas des contrats de consommation au sens de l'[art. 32 CPC](#) et/ou des [art. 114 et 120 LDIP](#):

- Un emprunt, un investissement et des services financiers relatifs à des sommes importantes⁷³;
- Un emprunt de Fr. 300'000.- pour financer l'achat d'un portefeuille de titres, l'opération s'inscrivant dans un réaménagement de la prévoyance professionnelle consécutif au passage d'un statut de salarié à celui d'indépendant⁷⁴;
- En principe, le sociétariat auprès d'une association⁷⁵;
- L'achat d'une voiture de marque Mercedes-Benz, modèle CL 600, d'une valeur de Fr. 191'300.-⁷⁶;
- L'achat d'une entreprise, respectivement de ses actions⁷⁷;

courante – soit n'importe quel type de prestations (livraison de biens ou de services) correspondant aux besoins usuels courants – destinée aux besoins personnels et familiaux ».

⁶⁵ Arrêt du Tribunal cantonal soleurois ZKBES.2017.126 du 28 novembre 2017 cons. II.6.2; arrêt du Tribunal cantonal saint-gallois BZ.2007.68 du 13 février 2008 cons. 4 (en rapport avec l'art. 22a LFors).

⁶⁶ Source abrogatoire, RO 2002 3080. Comp. la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le commerce itinérant (RS 943.1).

⁶⁷ FF 1999 2591, 2622. Arrêt du Tribunal cantonal bernois [APH 09 30](#) du 24 août 2009 cons. 3d.

⁶⁸ FF 1999 2591, 2622.

⁶⁹ Niklaus, (n. 2), p. 51.

⁷⁰ Confirmant une « *définition similaire* » entre l'[art. 32 CPC](#) et l'[art. 120 LDIP](#), arrêt du TF du 11.03.2014 [[4A 575/2013](#)] cons. 2.2.

⁷¹ Arrêts du TF du 24.02.2004 [[5C.12/2004](#)] cons. 3.3, du 4.11.2003 [[5C.181/2003](#)] cons. 2.4. Niklaus, (n. 2), p. 49.

⁷² Arrêt du TF du 11.03.2014 [[4A 575/2013](#)] cons. 2.2. Pour de telles considérations en rapport avec l'[art. 120 LDIP](#), arrêt du TF du 12.01.2006 [[5C.222/2005](#)] cons. 2.1 s.

⁷³ [ATF 132 III 268](#) cons. 2.2.4.

⁷⁴ Arrêt du TF du 12.10.2018 [[4A 229/2018](#)] cons. 9.

⁷⁵ Arrêt du TF du 11.03.2014 [[4A 575/2013](#)] cons. 2.3. Niklaus, (n. 2), p. 49. Nuancé, BK ZPO-Walther, art. 32 N 21.

⁷⁶ Arrêt du TF du 08.02.2008 [[4A 432/2007](#)] cons. 4.2.3. Niklaus, (n. 2), p. 49.

⁷⁷ Arrêt du TF du 27.11.2006 [[5P.336/2006](#)] cons. 4.2. Niklaus, (n. 2), p. 49.

⁷⁸ BK ZPO-Walther, art. 32 N 22 avec les réf. citées.

- Une assurance-vie⁷⁸, en particulier une assurance-vie mixte⁷⁹;

RJN 2018 p. 15, 33

b. Cantonale

En cas de recours en matière civile au Tribunal fédéral, compte tenu de la limite de recevabilité que consacre, en l'absence de question juridique de principe, une valeur litigieuse inférieure ou égale Fr. 30'000.- ([art. 74 al. 1 let. b LTF](#)), il reste instructif de s'intéresser à la jurisprudence cantonale. En effet, cette limite n'impliquera pas rarement que les litiges de consommation soient définitivement tranchés avant même de parvenir devant la Haute Cour.

Par exemple, ne sont pas des contrats de consommation au sens de l'[art. 32 CPC](#) et/ou des [art. 114 et 120 LDIP](#):

- Un contrat de vente portant sur l'achat d'une montre-bracelet pour un prix de Fr. 6'400.-⁸⁰;
- Un contrat conclu avec un avocat pour affaire d'une opposition à une construction⁸¹;
- La pose de dalles en marbre et en pierre naturelle sur un immeuble en propriété d'une société, ledit immeuble représentant le domicile du président du conseil d'administration de cette société⁸²;

En traitant du consommateur en procédure civile, il n'est pas possible de s'affranchir de l'examen des actions (cf. [art. 84 ss CPC](#)) à sa disposition. Elles lui permettent d'obtenir - ou à tout le moins de tenter d'obtenir - le respect effectif de ses droits (III), ce qu'il convient de préciser.

RJN 2018 p. 15, 34

III. Mise en œuvre des droits

1. Action de nature individuelle

En Suisse, y compris pour les litiges de consommation, l'action individuelle (ou à titre personnel⁸³) demeure «*le principe de base qui subordonne la possibilité de se pourvoir en justice à l'existence d'un intérêt et d'une qualité pour agir*»⁸⁴. Lors du processus d'adoption du [CPC](#), le législateur a rejeté l'introduction d'une «*class action*» («*Sammelklage*»)⁸⁵ à l'américaine. Il a ainsi écarté l'idée «*d'un exercice de droits d'un grand nombre de personnes par une seule, sans leur accord et avec effet obligatoire pour elles*», au motif que cela serait «*étranger à la tradition juridique européenne*»⁸⁶. L'approche voulue reste donc individualiste, ce qui doit être mis en relation avec la détermination, au cas par cas, de l'existence, ou non, d'un contrat portant sur une prestation de consommation courante (*supra* II.2.B.b).

Toutefois, dans le contexte d'une économie de masse et globalisée, face à des dommages collectifs ou dispersés causés par des producteurs ayant à leur disposition un service juridique et des moyens conséquents, ce paradigme traditionnel s'avère potentiellement suranné⁸⁷. Comme le rappelle très justement Bohnet, «*si la relation juridique nouée en matière de commerce de masse n'a rien de personnalisé, la mise en œuvre procédurale des droits des consommateurs ne suit pas la même logique*»⁸⁸ ou, à tout le moins, pas encore en Suisse. En tant que type particulier d'action de nature collective (cf. *supra* III.2), l'action de groupe défie précisément le système traditionnel d'un Tribunal statuant sur des

⁷⁹ Arrêt du TF du 12.01.2006 [[5C.222/2005](#)] [cons. 2.2](#).

⁸⁰ Arrêt du Tribunal cantonal soleurois du 28.11.2017 [ZKBES.2017.126], confirmé par l'arrêt du TF du 22.03.2018 [[4A_2/2018](#)] (en rapport avec l'application de l'[art. 32 CPC](#)).

⁸¹ Arrêt du Tribunal cantonal saint-gallois BZ.2007.68 du 13 février 2008.

⁸² Arrêt du Tribunal cantonal thurgovien ZBO.2003.10 du 11 septembre 2003.

⁸³ Comp. [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 19 qui, du point de vue de l'action en réparation à titre personnel, évoque le fait d'agir individuellement ou sous forme d'un cumul subjectif d'actions (consortité simple).

⁸⁴ Büyüksagis, (n. 5), p. 473 ss, p. 477. En réf. au principe «*nul ne plaide par procureur*», [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 1.

⁸⁵ [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 4.

⁸⁶ Jéquier (n. 16), N 145; Kistler/Lisik (n. 4), p. 29 s. en réf. à FF 2006 6841, 6903; BK ZPO-Markus, art. 89 N 4.

⁸⁷ Büyüksagis (n. 5), p. 477 qui relève que, pour le consommateur, les coûts d'une procédure sont «*souvent largement supérieurs aux dommages-intérêts espérés*» et que les chances de succès restent souvent relativement faibles. Voir aussi [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 2.

⁸⁸ Bohnet (n. 3), N 2.

RJN 2018 p. 15, 35

prétentions élevées par des demandeurs, ces deux derniers éléments étant (très, voire même trop?) spécifiquement définis⁸⁹.

Cela dit, d'après la conception des pays de droit civil en Europe, par opposition à la compréhension américaine⁹⁰, en particulier, le principe même de la liberté de chacun d'agir en justice subsiste pour l'essentiel toujours. Ces considérations se traduisent, pour les premiers, par le choix, dans le régime de la mise en œuvre collective des droits, du système de l'*opt-in* plutôt que de l'*opt-out*⁹¹. En Suisse, la déclaration d'adhésion à l'action en réparation d'une organisation telle que proposée par l'Avant-projet suppose dès lors la forme écrite ou tout autre moyen permettant d'établir la preuve par un texte de la part des membres d'un groupe de personnes déterminé (cf. art. 89a al. 1 let. b AP-CPC, *infra* III.2.C.a)⁹². En revanche, il est vrai, pour la transaction de groupe proposée (art. 352a ss AP-CPC; *supra* III.2.C.b), le système retenu est celui de l'*opt-out*; une fois la transaction approuvée, toutes les personnes concernées sont liées, à l'exception de celles ayant précisément déclaré, dans un certain délai, quitter le groupe (art. 352g AP-CPC)⁹³.

2. Action de nature collective

A. Instruments généraux et particuliers

De lege lata, le droit suisse connaît certains instruments de mise en œuvre collective des droits du consommateur («*Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes*»): la consorité simple ou nécessaire (art. 70 ss CPC; «*einfache und notwendige Streitgenossenschaft*»), l'action (sociale) d'une organisation (art. 89 CPC; «*Verbandsklage*»; *infra* III.2.B), le cumul objectif d'actions (art. 15 al. 2 et 90 CPC; «*objektive Klagenhäufung*») ou encore la voie particulière du procès - individuel - pilote («*Musterverfahren*») ou

RJN 2018 p. 15, 36

«*Musterprozess*»⁹⁴)⁹⁵, voire encore la jonction de causes, la suspension de la procédure et le renvoi (art. 125 let. c, 126 et 127 CPC)⁹⁶.

En outre, l'art. 10 al. 2 let. b LCD permet à une organisation d'importance nationale ou régionale, qui se consacre statutairement à la protection des consommateurs, d'agir en interdiction, en cessation ou en constatation d'une atteinte résultant d'un acte de concurrence déloyale⁹⁷. Une telle association peut donc agir en constat de la nullité d'une clause de conditions générales, au motif d'une violation de l'art. 8 LCD. En outre, elle peut intervenir dans le but de faire cesser des pratiques commerciales abusives et trompeuses au sens de l'art. 3 LCD⁹⁸. Il s'agit alors d'actions de nature patrimoniale⁹⁹. L'autorité de chose jugée du jugement prononcé en suite d'une action fondée sur l'art. 10 al. 2 let. b LCD reste toutefois limitée aux

⁸⁹ Bohnet (n. 3), N 53 qui rappelle la vision fondée sur le lien d'instance individualiste entre parties, par opposition à la vision collectiviste du procès par l'action de groupe.

⁹⁰ FF 2006 6841, 6903. Voir aussi Perucchi, Annerkennung und Vollstreckung von US class action-Urteilen und -Vergleichen in der Schweiz, thèse, Lucerne 2008; Perucchi, Class action für die Schweiz, in [PJA 2011 489](#); Romy (n. 14), p. 273 ss.

⁹¹ Bohnet (n. 3), N 65 s.; Kistler/Lisik (n. 4), p. 33.

⁹² Rapport explicatif (n. 6), p. 43. Büyüksagis (n. 5), p. 479 s.

⁹³ Büyüksagis (n. 5), p. 482

⁹⁴ Voir aussi Baur Fritz, Der « Musterprozess », Freiheit und Zwang – Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte – Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Berne 1989, p. 15 ss.

⁹⁵ Pour des approfondissements, Kistler/Lisik (n. 4), p. 34 ss. Voir aussi BSK ZPO-Klaus, art. 89 N 17 et BK ZPO-Markus, art. 89 N 4.

⁹⁶ Exercice collectif des droits en Suisse (n. 6), p. 15 ss. CPC-Jeandin, art. 89 N 3.

⁹⁷ Bohnet (n. 3), N 44. CR LCD-Fornage, art. 9 N 29 précise que les actions réparatrices de l'art. 9 al. 3 LCD ne sont ouvertes aux organisations de défense des consommateurs « *que si elles revêtent la qualité de participant ou de client, et non lorsqu'elles défendent un intérêt collectif en vertu de l'art. 10 al. 2 ou 3 LCD* ».

⁹⁸ Bohnet (n. 3), N 44.

⁹⁹ Contrairement aux actions défensives contre les atteintes à la personnalité au sens des art. 28 ss CC, les actions défensives contre la concurrence déloyale sont – exception faite de l'action de la Confédération au sens de l'art. 10 al. 3 LCD – de nature patrimoniale, CR LCD-Fornage/Chabloz, Rem. Lim. aux art. 9-11, N 44 s. en réf. à l'ATF 126 III 198 cons. 1a et à l'arrêt du TF du 29.08.2012 [5A_82/2012] cons. 1 (non publié in ATF 138 III 641). Voir aussi ATF 87 II 113 cons. 1 et ATF 82 II 77.



parties à la procédure¹⁰⁰. La disposition n'octroie cependant pas directement à l'association - c'est-à-dire sans cession des droits des consommateurs - la qualité pour agir en paiement de dommages-intérêts ou en remise du gain¹⁰¹.

Nonobstant ces outils, dont l'incidence pratique reste modeste, force est de constater que notre procédure civile n'offre aucun mécanisme légal spécifique

RJN 2018 p. 15, 37

instituant une véritable action collective, *a fortiori* en réparation, pour le consommateur¹⁰².

En particulier, le droit suisse ne connaît toujours pas¹⁰³ d'action de groupe *stricto sensu* («*echte Gruppenklage*») ¹⁰⁴. Pour le cas où plusieurs consommateurs entendent agir conjointement, ils restent dès lors tenus de se soumettre aux dispositions générales relatives à la pluralité de parties ([art. 70 ss CPC](#))¹⁰⁵. En cas de dommage similaire, excepté les hypothèses - peu adaptées au droit de la consommation¹⁰⁶ - d'un cumul d'actions subjectif ([art. 71 CPC](#); consorité simple, «*einfache Streitgenossenschaft*»¹⁰⁷), plus difficilement objectif ([art. 90 CPC](#); «*objektive Klagenhäufung*»¹⁰⁸), seules certaines dispositions légales spécifiques autorisent présentement une demande en réparation de nature collective (cf. [art. 105 LFus](#), [art. 86 LPCC](#), [art. 1157 ss CO](#) et [art. 260 LP](#))¹⁰⁹.

RJN 2018 p. 15, 38

Ailleurs en Europe, si la tendance reste certes toujours celle de permettre (de plus en plus) des actions en réparation collectives, ces moyens restent néanmoins souvent limités à des secteurs spécifiques, à savoir particulièrement aux litiges du droit de la consommation¹¹⁰.

Pour la suite de notre exposé, nous traiterons de l'actuelle action des organisations de l'[art. 89 CPC](#) (B), avant de présenter deux propositions de l'Avant-projet de modification du [CPC](#) (C) en rapport avec la mise en œuvre collective des droits du consommateur.

¹⁰⁰ Bohnet (n. 3), N 45.

¹⁰¹ Bohnet (n. 3), N 46 s.; Thévenoz Luc, L'action de groupe en procédure civile suisse, in ISDC (édit.), Rapports suisses présentés au XIII^{ème} Congrès international de droit comparé, Zurich, p. 149.

¹⁰² Bohnet (n. 3), N 4. Relevant des lacunes dans le système juridique suisse en matière de mise en œuvre collective des droits, Exercice collectif des droits en Suisse (n. 6), p. 55.

¹⁰³ Comp. Exercice collectif des droits en Suisse (n. 6). Büyüksagis (n. 5), p. 475 rappelle, qu'en 2008, lors de l'adoption du [CPC](#), le législateur avait refusé d'introduire une telle action, mais que les discussions ont néanmoins repris en 2013.

¹⁰⁴ Bohnet (n. 3), N 48 ss; Kistler/Lisik (n. 4), p. 31 et 43 ss (où les auteurs proposent l'introduction d'une telle action, sur la base du modèle suédois).

¹⁰⁵ Pour des approfondissements, Bohnet (n. 3), N 6 et 13 ss.

¹⁰⁶ Exercice collectif des droits en Suisse (n. 6), p. 22: « Dans l'ensemble, les cumuls d'actions subjectifs et objectifs se sont révélés être des instruments très mal adaptés pour l'exercice de prétentions découlant de dommages collectifs – et en particulier de dommages dispersés ». Bohnet (n. 3), N 3 qui précise que « les consommateurs ne forment pas une entité dans le procès intenté au fournisseur ». Aussi, la consorité n'entraîne – et n'exige – pas nécessairement un jugement uniforme, celui-ci pouvant donc différer d'un consort à l'autre. Malgré l'absence d'effet erga omnes, celui-ci conserve tout de même une fonction utile de précédent. Aussi, l'un des inconvénients de la consorité active simple ([art. 71 CPC](#)) reste que les valeurs litigieuses des différentes actions sont cumulées. Il en résulte un effet prohibitif s'agissant des frais judiciaires et des dépens en cas de procédure de masse. Kistler/Lisik (n. 4), p. 35 et BSK ZPO-Ruggle, art. 71 N 47.

¹⁰⁷ Kistler/Lisik (n. 4), p. 34.

¹⁰⁸ Kistler/Lisik (n. 4), p. 37 s. L'art. 90 AP-[CPC](#) propose des améliorations en lien avec le cumul objectif, rapport explicatif (n. 6), p. 46 ss.

¹⁰⁹ Büyüksagis (n. 5), p. 475 et p. 479 où, dans le prolongement de l'[ATF 133 III 81](#) (« arrêt de la cafetière »), l'auteur mentionne la [LRF](#), tout en relevant qu'elle « ne permet pas aux consommateurs ayant subi un dommage identique ou similaire de regrouper leur action »; Kistler/Lisik (n. 4), p. 30.

¹¹⁰ Büyüksagis (n. 5), p. 476 en ref. à COM(2018) 40 final du 25 janvier 2018, p. 3.

¹¹¹ Bohnet (n. 3), N 42. En droit français, pour l'action de groupe, voir les art. L623-1 ss Code de la Consommation, dans la partie consacrée aux actions en justice des associations de défense des consommateurs.

B. Action des organisations (art. 89 CPC)

L'[art. 89 CPC](#) établit l'action (sociale¹¹¹) d'une organisation agissant comme demandeur contre un défendeur. Ladite action entend protéger les intérêts d'un groupe de personnes touchées par une atteinte à la personnalité¹¹², étant précisé que l'organisation agit en son propre nom et pour faire valoir un droit propre¹¹³; les intérêts défendus restent néanmoins de nature collective, même si l'action de l'[art. 89 CPC](#) n'est pas une action de groupe au sens strict¹¹⁴. En outre, l'intérêt concerné peut être uniquement idéal et la qualité pour agir personnelle des membres du groupe déterminé n'est pas une condition¹¹⁵. Des règles spéciales coexistent à côté du régime «général» adopté par le [CPC](#), comme le rappelle la réserve de l'[art. 89 al. 3 CPC](#) (ex. [art. 9 et 10 al. 2 LCD](#) ou encore [art. 7 al. 1 LEg](#))¹¹⁶.

Les associations de protection des consommateurs peuvent être concernées par la réglementation de l'[art. 89 CPC](#). Il est toutefois nécessaire qu'elles soient d'importance nationale ou régionale, que leurs statuts les habilite à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé, qu'elles agissent en leur propre nom

RJN 2018 p. 15, 39

et en raison de l'atteinte à la personnalité des membres du groupe ([art. 89 al. 1 CPC](#)). Elles peuvent alors tenter d'obtenir l'interdiction d'une atteinte, sa cessation ou la constatation de son caractère illicite ([art. 89 al. 2 CPC](#)). Dans la mesure où des prétentions pécuniaires (cf. [art. 84 al. 2 CPC](#)) ne sont pas mentionnées à l'[art. 89 al. 2 CPC](#), l'action sociale n'autorise toutefois pas une action en réparation (dommages-intérêts, tort moral ou remise du gain)¹¹⁷. Aussi, l'organisation n'a-t-elle pas la qualité pour réclamer la réparation d'un dommage subi par l'un de ses membres à titre personnel, qui doit donc agir individuellement ou sous la forme d'un cumul subjectif d'actions (consortité simple)¹¹⁸. Pour le consommateur, une compensation financière suppose dès lors une action d'ordre individuel¹¹⁹.

La portée pratique de l'[art. 89 CPC](#) est à ce jour nulle. Depuis le 1^{er} janvier 2011, aucune action basée sur cette disposition n'a, semble-t-il, été portée devant les Tribunaux suisses¹²⁰. Plusieurs raisons l'expliqueraient, notamment le fait que l'action des organisations est limitée à l'invocation d'atteintes à la personnalité et en raison de l'impossibilité, pour les organisations, de faire valoir des prétentions pécuniaires (dommages-intérêts, tort moral, remise du gain) et d'invoquer des dommages collectifs et dispersés¹²¹. En outre, l'action sociale n'a pas d'autorité de chose jugée en rapport avec d'éventuelles actions individuelles de consommateurs «isolés»; pour le professionnel-défendeur, cela emporte d'ailleurs le risque de procès parallèles ou ultérieurs coûteux et chronophages à l'excès¹²².

C. Avant-projet de modification du CPC

L'Avant-projet de modification du [CPC](#) entend précisément remédier à certaines imperfections du droit actuel ([art. 89 AP-CPC](#) et [89a AP-CPC](#) relatif à l'action en réparation des organisations; ég. *infra* III.2.C.a). En particulier, la limitation de l'action des organisations aux atteintes à la personnalité est supprimée. Une

RJN 2018 p. 15, 40

voie d'action serait dès lors plus largement ouverte pour obtenir le respect de droits divers, par exemple pour des actes juridiques passés en matière de commerce et de services qui entraînent des dommages collectifs (prétentions contractuelles et/ou extracontractuelles; sur la notion de «litige de masse» *supra* I.3)¹²³.

¹¹² [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 4, 6 et 15.

¹¹³ Rapport explicatif (n. 6), p. 36 et 38. Voir aussi [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 15.

¹¹⁴ [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 12. Voir aussi Anne-Sylvie Dupond, Les associations en procédure civile et administrative, in Bohnet/Hari (édit.), La personne morale et l'entreprise en procédure, Neuchâtel, 2014, p. 191 ss.

¹¹⁵ FF 2006 6841, 6902. [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 13; Jéquier (n. 16), N 139.

¹¹⁶ Kistler/Lisik (n. 4), p. 36.

¹¹⁷ [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 19; Kistler/Lisik (n. 4), p. 36.

¹¹⁸ Bohnet (n. 3), N 43 en réf. aux ATF 125 III 82 cons. 1a, [114 II 345 cons. 3b et 86 II 18 cons. 2](#); [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 19.

¹¹⁹ Kistler/Lisik (n. 4), p. 36.

¹²⁰ Rapport explicatif (n. 6), p. 37. Voir aussi [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 5a et Kistler/Lisik (n. 4), p. 36 s.

¹²¹ Rapport explicatif (n. 6), p. 37. Büyüksagis (n. 5), p. 474 avec les réf. citées.

¹²² Kistler/Lisik (n. 4), p. 36.

¹²³ Rapport explicatif (n. 6), p. 38 s. et 42. Du point de vue du consommateur, le rapport explicatif donnant à cet égard



L'exigence que l'association ou l'organisation soient d'importance nationale est également supprimée (cf. cep. art. 89a al. 1 let. d ch. 1 AP-[CPC](#)), au profit d'une approche en faveur des associations et des organisations en général (art. 89 al. 1 AP-[CPC](#)). L'une des conditions, reste la poursuite d'un but non lucratif, ce qui viserait principalement les associations et les fondations. En particulier, l'introduction d'une action en réparation serait instituée par l'art. 89a AP-[CPC](#) (a).

a. Action en réparation des organisations (art. 89a AP-[CPC](#))

L'AP-[CPC](#) entend compléter l'art. 89 par l'ajout d'un nouvel art. 89a dédié à l'action en réparation des organisations (comp. art. 89 al. 2 let. d [recte b] AP-[CPC](#)).

Le but est de permettre aux organisations qualifiées en vertu de l'art. 89 AP-[CPC](#), d'agir en paiement de dommages-intérêts ou en remise du gain (comp. [art. 28a al. 3 CC](#))¹²⁴. On rappelle que cela n'est actuellement pas possible pour les organisations visées par l'[art. 89 CPC](#) (*supra* III.2.B)¹²⁵. L'invocation de prétentions fondées sur un tort moral ([art. 47 et 49 CO](#)) resterait cependant exclue de la réglementation, compte tenu du caractère «personnel» marqué de cette indemnisation¹²⁶.

En référence à la «*Prozessstandschaft*»¹²⁷, l'art. 89a AP-[CPC](#) viserait le cas où l'organisation invoque en son nom les droits matériels des personnes dont les intérêts seraient défendus par l'organisation, mais sans pour autant fonder de nouveaux droits ou créances de droit matériel. On parle aussi «d'action pour les droits d'autrui», laquelle supposerait l'autorisation de chaque membre concerné

RJN 2018 p. 15, 41

(cf. art. 89a al. 1 let. c AP-[CPC](#) pour l'exigence de la forme écrite ou textuelle s'agissant de l'habilitation; principe du consentement explicite («*opt-in*» par opposition à «*opt-out*»¹²⁸; comp. art. 89a al. 2 AP-[CPC](#))¹²⁹. Aussi, et en distinction à l'art. 89 al. 1 AP-[CPC](#), l'art. 89a al. 1 let. d AP-[CPC](#) exige des organisations agissant en réparation une certaine représentativité et expertise¹³⁰.

S'agissant des éventuelles parts en cas de gain du procès, celles-ci doivent revenir principalement au groupe de personnes déterminé ou être utilisées exclusivement dans leur intérêt (art. 89a al. 1 let. b AP-[CPC](#)). Le rapport explicatif évoque le cas de figure du financement d'actions identiques ou similaires¹³¹. La nécessité d'un consentement explicite du membre du groupe englobe également l'utilisation de cet éventuel gain du procès¹³².

Dans l'hypothèse où certains membres du groupe auraient déjà antérieurement fait valoir leur prétention en réparation par le biais d'une action individuelle, la modification projetée leur offre la possibilité de retirer leur demande; elles se joignent alors à l'action en réparation des organisations (art. 89a al. 3 AP-[CPC](#)). Cette disposition vise, d'une part, à éviter qu'un désistement ne conduise à conférer l'autorité de chose jugée à l'action individuelle retirée et d'autre part, l'avant-projet prévoit alors une répartition des frais en équité ([art. 106 al. 1 CPC](#) en lien avec le nouvel art. 107 al. 1 let. g AP-[CPC](#))¹³³.

l'exemple de clients ayant acheté un appareil électroménager présentant un défaut et ayant subi un dommage de Fr. 2'000.- (p. 17).

¹²⁴ Rapport explicatif (n. 6), p. 41 s.

¹²⁵ Büyüksagis (n. 5), p. 474.

¹²⁶ Rapport explicatif (n. 6), p. 42.

¹²⁷ Par opposition, l'actuel [art. 89 CPC](#) n'établit pas de qualité pour agir disjointe de la légitimation, [CPC-Jeandin](#), art. 89 N 15.

¹²⁸ Aux Etats-Unis, le système reste celui de l'*opt-out*, à savoir celui où les personnes susceptibles d'être dans un groupe sont réputées en faire partie, sauf refus explicite de leur part, Büyüksagis (n. 5), p. 479 qui critique la solution proposée dans l'Avant-projet.

¹²⁹ Rapport explicatif (n. 6), p. 41 ss qui précise que le consentement doit, en principe, intervenir avant l'introduction de l'action.

¹³⁰ Rapport explicatif (n. 6), p. 44.

¹³¹ Rapport explicatif (n. 6), p. 43.

¹³² Rapport explicatif (n. 6), p. 43.

¹³³ Rapport explicatif (n. 6), p. 45 s.



b. Transaction de groupe (art. 352 a ss AP-CPC)

Le but de la transaction de groupe proposée aux art. 352a ss AP-CPC est la mise en œuvre de prétentions découlant de dommages collectifs ou dispersés¹³⁴. La proposition s'inspire du modèle néerlandais¹³⁵.

RJN 2018 p. 15, 42

Le mécanisme de la transaction de groupe doit ainsi permettre aux organisations, habilitées à déposer une action sociale en vertu des art. 89 et 89a AP-CPC, de conclure un accord avec les personnes auxquelles elles reprochent une violation du droit¹³⁶. Le but est de régler les conséquences de ladite violation (art. 352a al. 1 AP-CPC)¹³⁷. La transaction peut ensuite être soumise à la «ratification» d'un Tribunal (art. 352a al. 2 et 352b AP-CPC). Fait important à rappeler (*supra* III.1), ce mécanisme est fondé sur le principe de l'*opt-out* (art. 352g al. 1 à 3 AP-CPC). Ce dernier, d'ordinaire plutôt propre au droit américain, tend également à préserver le défendeur d'actions ultérieures par des «inconnus» et pour les mêmes prétentions¹³⁸.

3. Autres modes de règlement des litiges

A. Arbitrage

L'arbitrage interne peut avoir pour objet toute prétention relevant de la libre disposition des parties (art. 354 CPC). *A priori*, la loi n'interdit donc pas que les prétentions découlant d'un contrat de consommation soient soumises à une convention d'arbitrage (clause compromissoire)¹³⁹. Cela étant, la question demeure controversée, d'aucuns considérant que le recours à une convention d'arbitrage peut être abusif dans les litiges de consommation (art. 8 LCD)¹⁴⁰. Tel pourrait être le cas lorsque ladite convention exclut l'assistance judiciaire (art. 380 CPC en relation avec l'art. 61 let. b CPC)¹⁴¹. Le consommateur, en tant que partie faible dont le droit à l'assistance judiciaire serait par hypothèse en jeu, pourrait dès lors choisir de dénoncer la convention d'arbitrage et agir devant un Tribunal étatique¹⁴².

Du point de vue de l'arbitrage international, l'art. 177 al. 2 LDIP stipule par ailleurs l'arbitrabilité de toute cause de nature patrimoniale. Ainsi, un litige de consommation paraît arbitrable sans réserve particulière, dans la mesure où

RJN 2018 p. 15, 43

les prétentions qui en résultent sont précisément souvent de nature patrimoniale¹⁴³. Sur ce point, la doctrine reste toutefois partagée¹⁴⁴. L'arbitrage est par ailleurs également exclu du champ d'application de la CL (art. 1 al. 2 let. d CL). Partant, les dispositions particulières de cette convention sur la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs sont également sans portée (art. 15 ss CL) sous l'angle de l'arbitrabilité de litiges y relatifs.

Cette admissibilité *de lege lata* large de l'arbitrabilité des litiges de consommation, tant au niveau interne qu'international, est potentiellement problématique pour la protection du consommateur. Une piste à étudier serait de proscrire la conclusion d'une convention d'arbitrage avant la naissance du litige (cf. art. 32

¹³⁴ Rapport explicatif (n. 6), p. 17 et 78 ss. Büyüksagis (n. 5), p. 476.

¹³⁵ Kistler/Lisik (n. 4), p. 42; Stadler, Kollektiver Rechtsschutz – Chancen und Risiken, in *ZHR 182 (2018)*, p. 623 ss, p. 629.

¹³⁶ Rapport explicatif (n. 6), p. 79.

¹³⁷ Kistler/Lisik (n. 4), p. 42.

¹³⁸ Kistler/Lisik (n. 4), p. 42.

¹³⁹ Niklaus, (n. 2), p. 58; BK ZPO-Pfisterer, art. 354 N 22 s.

¹⁴⁰ BSK ZPO-Weber-Stecker, art. 354 N 24 et 27. Voir aussi Bohnet (n. 38), N 82.

¹⁴¹ Niklaus, (n. 2), p. 58; BSK ZPO-Weber-Stecker, art. 354 N 27.

¹⁴² CPC-Schweizer, art. 380 N 4.

¹⁴³ Niklaus, (n. 2), p. 58; Möhler Christine, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Zurich, 2014, N 227.

¹⁴⁴ Nuancés Möhler (n. 144), N 228 ss et 390 ss et ZK IPRG-Vischer, art. 177 N 13. Voir aussi CHK IPRG-Furrer/Girsberger/Ambauen, art. 176-178 N 14c avec les réf. citées.

¹⁴⁵ Bohnet, Les conflits individuels de travail et les litiges en matière de bail et de droit de la consommation seront-ils arbitrables sous l'empire de la loi fédérale de procédure civile?, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, 2006, p. 161 ss, p. 176; Möhler (n. 144), N 394 ss.

[CPC](#))¹⁴⁵. En droit suisse, il est vrai, pareille interdiction se heurterait vraisemblablement à l'absence de définition générale, tant du consommateur que du contrat de consommation. Aussi, il n'est pas certain - mais pas nécessairement exclu - qu'un consommateur accepte une convention d'arbitrage après la survenance du litige¹⁴⁶.

B. Règlement aménagé

La mise en œuvre des droits du consommateur est parfois aménagée de manière extrajudiciaire, notamment par le recours à une clause de médiation, de conciliation et/ou à un Ombudsman dans certains domaines¹⁴⁷.

Pour juger de l'admissibilité d'une voie de résolution des litiges extrajudiciaire, il convient de s'interroger sur le caractère contraignant, ou non, de son issue pour le consommateur. Lorsque les conditions d'un for impératif ou semi-impératif,

RJN 2018 p. 15, 44

en particulier de l'[art. 32 CPC](#), sont remplies, une clause contraignant le consommateur à agir ailleurs qu'à son domicile n'est pas admissible¹⁴⁸. Une clause de conditions générales ayant pour effet d'entraver ou de supprimer le droit du consommateur de faire valoir ses droits en justice serait du reste abusive (cf. [art. 8 LCD](#) et ch. 1 let. q Directive 93/13/CEE [sur les clauses abusives])¹⁴⁹. Néanmoins, une clause de médiation ou de conciliation ne faisant que retarder - mais pas empêcher - une action du consommateur basée sur l'[art. 32 CPC](#) devrait rester admissible¹⁵⁰.

Avant de conclure, il nous reste à traiter d'éléments de procédure (IV).

IV. Procédure

1. Types de procédures

Face à un litige de consommation soumis aux dispositions du [CPC](#), tous les types de procédures sont a priori envisageables. On gardera à l'esprit que la valeur litigieuse, dans le cas d'un consommateur agissant à titre individuel, sera souvent peu élevée.

Lorsque la valeur litigieuse est égale ou inférieure Fr. 30'000.-, la procédure simplifiée s'applique ([art. 243 al. 1 CPC](#))¹⁵¹. En cas de prétention du consommateur fondée exclusivement sur la [LCD](#) ne dépassant pas cette valeur litigieuse, cette procédure s'applique également¹⁵². En matière de consommation, la procédure simplifiée reprend désormais le mandat constitutionnel de l'[art. 97 al. 3 Cst.](#), à tout le moins pour les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse

RJN 2018 p. 15, 45

précisément pas Fr. 30'000.-¹⁵³. Elle limite et simplifie les actes écrits ([art. 244 à 246 CPC](#)), favorise la résolution de la cause en une seule audience ([art. 246 al. 1 CPC](#)) et prescrit un devoir d'interpellation renforcé du Tribunal (cf. [art. 247 al. 1 CPC](#)). Ce dernier doit alors insister sur les lacunes d'un acte dans l'hypothèse où le consommateur n'est pas représenté par un avocat¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Möhler (n. 144), N 394.

¹⁴⁷ Ainsi en matière bancaire (Médiateur des Banques suisses) ou en matière de télécommunications (Ombudscom). Voir aussi Marchand (n. 10), p. 294. Lorsqu'une procédure judiciaire est pendante, l'Ombudsman décline du reste généralement sa compétence, Niklaus, (n. 2), p. 59 (en lien avec l'Ombudsman des banques suisses).

¹⁴⁸ Dans ce sens, Marchand (n. 10), p. 292 s.

¹⁴⁹ Marchand (n. 10), p. 293 qui fournit, en particulier, l'exemple d'une procédure de médiation ou de négociation trop longue et/ou trop coûteuse.

¹⁵⁰ Fornage, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant: étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand, thèse, Fribourg 2010, N 2222; Marchand (n. 10), p. 293.

¹⁵¹ Bohnet (n. 3), N 7 qui rappelle que « contrairement par exemple au contentieux en matière de loi sur l'égalité et à certains litiges relevant du droit du bail ([art. 243 al. 2 CPC](#)), le législateur n'a pas prévu d'appliquer cette procédure (i.e la procédure simplifiée) à tous les litiges en matière de consommation ».

¹⁵² CR [LCD](#)-Fornage/Chabloz, Rem. lim. aux art. 9-11, N 47.

¹⁵³ FF 2006 6841, p. 6953. Fornage (n. 151), N 1658; Hug (n. 9), N 112; Marchand (n. 10), p. 6.

¹⁵⁴ Bohnet (n. 3), N 8.



C'est en revanche, la procédure ordinaire qui s'applique lorsque la valeur litigieuse dépasse Fr. 30'000.- ([art. 219 CPC](#) en relation avec l'[art. 243 al. 1 CPC a contrario](#)) ou que le litige n'est pas de nature patrimoniale¹⁵⁵. Cela vaut également en cas de prétention fondée exclusivement sur la [LCD](#), étant précisé que le préalable de conciliation est alors exclu en raison de la compétence à raison de la matière de l'instance cantonale unique (cf. art. 5 al. 1 let. d et 198 let. f)¹⁵⁶. Pour le consommateur, le litige ne devrait toutefois qu'être exceptionnellement de nature non patrimoniale. Cela dit, l'action fondée sur l'[art. 89 CPC](#), par symétrie avec les actions découlant des [art. 28 ss CC](#)¹⁵⁷ devrait tout de même être considérée comme étant de nature non patrimoniale. En revanche, les actions fondées ou réparatrices fondées sur la [LCD](#) sont, par principe, de nature patrimoniale, exception faite de l'action introduite par la Confédération sur la base de l'[art. 10 al. 3 LCD](#), laquelle est de nature non patrimoniale¹⁵⁸. Dans leurs domaines de compétence, les cantons peuvent du reste toujours choisir réserver un sens propre à la notion d'action patrimoniale ou non patrimoniale¹⁵⁹. De telles *distinguos* ne sont pas forcément souhaitables du point de vue de la protection uniforme du consommateur en Suisse.

RJN 2018 p. 15, 46

D'autres types de «procédures» restent également envisageables en cas de litige opposant un consommateur à un professionnel. Sont à ce titre concernés la proposition de jugement ([art. 210 CPC](#)), la décision de l'autorité de conciliation ([art. 212 CPC](#)), de même que la procédure sommaire lorsque le cas est clair (art. 248 let. b et 257 [CPC](#))¹⁶⁰ et pour les mesures provisionnelles¹⁶¹ (art. 248 let. d et 261 ss [CPC](#)). Il convient également de mentionner que, si le domicile ou le siège du défendeur se trouve à l'étranger, le consommateur pourrait exceptionnellement décider unilatéralement de renoncer à la procédure de conciliation ([art. 199 al. 2 let. a CPC](#)). Une renonciation à la procédure de conciliation dans d'autres hypothèses paraît en revanche exclue, à tout le moins lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas Fr. 100'000.- (comp. *supra* II.1.A). Il est ici à noter que l'AP-[CPC](#) entend renforcer et développer la procédure de conciliation, notamment en permettant à l'autorité de conciliation de soumettre aux parties, dans les autres litiges patrimoniaux que ceux relatifs à des questions d'égalité et de bail, une proposition de décision en cas de valeur litigieuse ne dépassant pas Fr. 10'000.- (art. 210 al. 1 let. c AP-[CPC](#); cf. ég. art. 198 al. 2 et 206 al. 4 AP-[CPC](#))¹⁶².

Enfin, on rappellera le cas particulier du procès pilote qui peut, le cas échéant, entraîner une suspension des éventuelles procédures individuelles introduites par un ou plusieurs consommateurs ([art. 126 al. 1 CPC](#); comp. *supra* III.2.a)¹⁶³.

2. Représentation

En matière de représentation (cf. [art. 68 CPC](#) et 204 [CPC](#)), le [CPC](#) ne contient aucune réglementation particulière pour les contrats conclus avec des consommateurs.

Nous nous limiterons dès lors à relever que les «mandataires professionnellement qualifiés» au sens de l'[art. 68 al. 1 let. d CPC](#), ne concernent, d'après le texte légal, que ceux issus des partenaires sociaux en

RJN 2018 p. 15, 47

¹⁵⁵ [CPC](#)-Tappy, art. 219 N 4 et 7.

¹⁵⁶ [CPC](#)-Bohnet, art. 198 N 22; [CPC](#)-Haldy, art. 5 N 4; CR [LCD](#)-Fornage/Chabloz, Rem. lim. aux art. 9-11, N 48.

¹⁵⁷ CR [LCD](#)-Fornage/Chabloz, Rem. lim. aux art. 9-11, N 44; [CPC](#)-Jeandin, art. 89 N 16 ss; [CPC](#)-Tappy, art. 91 N 11.

¹⁵⁸ CR [LCD](#)-Fornage/Chabloz, Rem. lim. aux art. 9-11, N 44 s.

¹⁵⁹ Du point de vue de l'autonomie tarifaire, les cantons peuvent déterminer quels procès doivent être considérés comme étant de nature patrimoniale, par exemple pour déterminer la rémunération du conseil d'office d'une manière dépendant du montant de la valeur litigieuse, arrêt du TF du 20.04.2017 [[5A_945/2017](#)] [cons. 4.1](#); [CPC](#)-Bohnet, art. 84 N 16.

¹⁶⁰ Hug (n. 9), N 112.

¹⁶¹ Pour des approfondissements sur la procédure de mesures provisionnelles et superprovisionnelles en droit de la concurrence déloyale, CR [LCD](#)-Fornage/Chabloz, Rem. lim. aux art. 9-11, N 10 ss.

¹⁶² Rapport explicatif (n. 6), p. 2 et 19.

¹⁶³ Kistler/Lisik (n. 4), p. 38.

¹⁶⁴ [CPC](#)-Bohnet, art. 68 N 22.



matière de contrat de bail et de travail¹⁶⁴. Or, à tout le moins du point de vue de la procédure civile, les contrats conclus avec les consommateurs doivent être distingués des contrats de bail et de travail, ces derniers étant soumis à certaines règles (plus) spécifiques (cf. [art. 33 ss et art. 113 al. 2 let. c et d CPC](#))¹⁶⁵. Aussi, il ne nous paraît pas exclu que le droit cantonal habilite, le cas échéant, des agents d'affaires et juridiques brevetés à représenter à titre professionnel un consommateur, représentation qui resterait cependant limitée au territoire cantonal considéré ([art. 68 al. 2 let. b CPC](#) [autorité de conciliation, procédure simplifiée ou procédure sommaire patrimoniale ou non])¹⁶⁶.

En cas de recours au Tribunal fédéral, et lorsque la cause est un recours ordinaire en matière civile ou pénale, on rappelle toutefois que la représentation professionnelle est réservée aux avocats autorisés à pratiquer en vertu de la [LLCA](#) ou d'un traité international (cf. [art. 40 LTF](#))¹⁶⁷. Pour le consommateur, cette exigence est susceptible de limiter l'accès à la justice. En effet, le coût d'un avocat reste un facteur potentiellement prohibitif, notamment dans la mesure où le consommateur ne dispose généralement pas des connaissances suffisantes lui permettant de rédiger son propre recours avec les mêmes chances de succès.

3. Valeur litigieuse

La valeur litigieuse est un élément important en procédure (not. compétence matérielle [[art. 4 CPC](#)], détermination de la gratuité de la procédure [cf. [art. 113 al. 1 let. d et 114 al. 1 let. c CPC](#)] fixation et type de procédure [[art. 219 et 243 CPC](#)] et recevabilité de l'appel [[art. 308 al. 2 CPC](#)])¹⁶⁸. Le [CPC](#) ne contient aucune réglementation particulière s'agissant du calcul de la valeur litigieuse

RJN 2018 p. 15, 48

pour les contrats conclus avec des consommateurs¹⁶⁹. Dès lors, les dispositions générales s'appliquent ([art. 91 ss CPC](#)).

En cas de contrat de consommation prévoyant une prestation périodique pour une durée déterminée (ex. contrat de leasing), il conviendrait, en vertu du texte légal, de calculer la valeur litigieuse en fonction de la valeur du capital que représentent lesdites prestations périodiques ([art. 92 al. 1 CPC](#)). Une capitalisation n'est en revanche pas nécessaire en cas de demande partielle («*Teilklage*»)¹⁷⁰. En pratique, la méthode de l'addition serait toutefois souvent appliquée, ce qui revient en fait à ignorer l'[art. 92 al. 1 CPC](#). Cette méthode reste cependant plus simple et le demandeur chiffre habituellement ses conclusions de manière précise, lesquelles constituent alors la valeur litigieuse déterminante retenue en procédure ([art. 91 al. 1 CPC](#))¹⁷¹.

4. Frais et assistance judiciaire

Les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens ([art. 95 al. 1 CPC](#)). Les cantons fixent le tarif des frais ([art. 96 CPC](#)). En matière de consommation courante, le droit fédéral ne prévoit aucune dispense de frais, qu'il s'agisse de la conciliation ou de la procédure au fond (comp. [art. 113 et 114 CPC](#)). Par principe, la procédure judiciaire du consommateur n'est donc pas gratuite¹⁷². Les cantons sont cependant libres d'adopter des dispenses de frais supplémentaires au régime prévu par le [CPC](#) ([art. 116 al. 1 CPC](#)). La possibilité d'une dispense par le droit cantonal ne concerne pas uniquement les frais judiciaires, mais également les dépens, ce que le Tribunal fédéral a récemment confirmé¹⁷³.

¹⁶⁵ Une telle delimitation ne va pas toujours de soi. Ainsi, suivant les circonstances, la définition du consommateur du [§13 BGB](#) inclut également le travailleur Bülow Peter/Artz Markus, *Verbraucherprivatrecht*, 4^e éd., 2014, N 67.

¹⁶⁶ [CPC-Bohnet](#), art. 68 N 17 et 18a.

¹⁶⁷ Donzallaz, *Commentaire de la LTF*, 2008, art. 40 N 774 qui précise que, pour le recours constitutionnel subsidiaire ([art. 113 ss LTF](#)), la représentation est libre.

¹⁶⁸ [CPC-Tappy](#), art. 91 N 2 et 15 ss. *Comp. FF 2006 6841, 6903*.

¹⁶⁹ Niklaus, (n. 2), p. 55. Pour des approfondissements s'agissant de la détermination de la valeur litigieuse en cas de consorité et de cumul d'actions, [CPC-Tappy](#), art. 93 N 1 ss.

¹⁷⁰ Niklaus, (n. 2), p. 55; BK ZPO-Sterchi, art. 92 N 2.

¹⁷¹ Niklaus, (n. 2), p. 55 qui ajoute que le TF admettrait l'addition en droit du bail.

¹⁷² [Bohnet](#) (n. 3), N 11 et 40.

¹⁷³ [ATF 139 III 182 cons. 2. CPC-Tappy](#), art. 116 N 11.



En particulier, les cantons de Genève et de Vaud ont adopté des dispenses de frais pour les litiges résultant de contrats conclus avec des consommateurs au sens de l'[art. 32 CPC](#) (cf. *supra* II.2)¹⁷⁴. Aussi, l'art. 22 al. 5 de la loi genevoise du 11 octobre 2012 d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC, RSG E 1 05) dispose-t-il qu' « *il n'est pas prélevé de frais* »

RJN 2018 p. 15, 49

pour les litiges concernant les contrats conclus avec les consommateurs ([art. 32 CPC](#))». Quant à l'art. 37 al. 2 du Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (CDPJ, RSV 211.02), il retient qu'il n'est pas prévu de frais judiciaires pour les procédures portant sur des contrats conclus avec des consommateurs selon l'[art. 32 CPC](#) « *jusqu'aux affaires dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 10'000* » (comp. [art. 114 let. c CPC](#)). Il est intéressant de relever, qu'initialement, aucune limitation chiffrée de la valeur litigieuse n'était envisagée en droit vaudois¹⁷⁵.

A notre connaissance, à Neuchâtel, la loi ne contient pas expressément de dispense similaire pour les litiges de consommation. Cela étant, le Décret neuchâtelois du 6 novembre 2012 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (TFrais, RSN 164.1) connaît des dispositions permettant peut-être à l'autorité de s'écarter de l'émolument forfaitaire (art. 12 al. 3 [procédure ordinaire et simplifiée] et art. 13 al. 3 [procédure sommaire]). Le cas échéant, un Tribunal¹⁷⁶ pourrait donc adapter les frais en présence de ce type de litige, ce par une interprétation favorable au consommateur *in concreto* (cf. [art. 97 Cst.](#)).

Il reste finalement à relever que l'Avant-projet de modification du [CPC](#) entend supprimer certains obstacles financiers (« *paywall* »), par une division par deux des avances de frais et une adaptation des règles concernant la répartition des frais, tout en préservant la souveraineté cantonale s'agissant des tarifs de frais (cf. art. 97 et 98 AP-[CPC](#))¹⁷⁷.

5. Voies de recours

A ce stade de l'exposé, on signalera encore brièvement la thématique des voies de recours ([art. 308 ss CPC](#)). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse est d'au moins Fr. 10'000.- ([art. 309 al. 2 CPC](#));

RJN 2018 p. 15, 50

en-dessous, la voie du recours est ouverte (cf. [art. 319 let. a CPC a contrario](#))¹⁷⁸. En revanche, lorsque l'affaire est non patrimoniale, la voie de l'appel est ouverte sans restriction contre les décisions finales (et partielles), incidentes ou sur mesures provisionnelles de première instance¹⁷⁹. Selon la voie de recours applicable, les motifs ne sont pas les mêmes: violation du droit et constatation inexacte des faits pour l'appel ([art. 310 CPC](#)), violation du droit et constatation *manifestement* inexacte des faits pour le recours ([art. 320 CPC](#)).

Sans entrer dans les détails desdits motifs ici, on rappelle tout de même, qu'en matière d'interprétation du contrat, donc y compris de consommation, la jurisprudence reconnaît la priorité de l'interprétation subjective par rapport à l'interprétation objective (ces principes s'appliquent également aux conditions générales). Or, si la première est une question de fait, que le Tribunal fédéral ne revoit en principe pas, la seconde est une question de droit¹⁸⁰. Ainsi, selon la valeur litigieuse, le pouvoir d'examen exercé en fait par la seconde instance cantonale en application de l'interprétation subjective - laquelle reste parfois peu cohérente avec la nature «normative» des conditions générales - ne sera, le cas échéant, pas le même¹⁸¹. On peut d'ailleurs

¹⁷⁴ [CPC-Tappy](#), art. 116 N 6.

¹⁷⁵ Exposé des motifs et projets de loi modifiant le code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (CDPJ) et Rapport du Conseil d'Etat sur la motion Jean-Michel Dolivo et consorts pour un accès facilité des consommateurs à la justice (14_MOT_048), janvier 2017, <https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/fichiers_pdf/2012-2017/343_TexteCE.pdf> [consulté le 27.12.2018!], p. 7.

¹⁷⁶ Soulignant l'admissibilité de l'adoption par les cantons de « *larges fourchettes laissant beaucoup à l'appréciation du juge* », [CPC-Tappy](#), art. 96 N 11.

¹⁷⁷ Rapport explicatif (n. 6), p. 2 et 49.

¹⁷⁸ [CPC-Jeandin](#), art. 319 N6.

¹⁷⁹ [CPC-Jeandin](#), art. 309 N 19.

¹⁸⁰ Arrêt du TF du 09.10.2018 [[4A_488/2017 cons. 5.1](#)] avec les réf. citées. Pour des approfondissements et une critique de l'interprétation subjective et objective, BK OR-Müller, art. 18 N 59 ss et 70 ss.

¹⁸¹ Comp. BK OR-Müller, art. 18 N 60, 62, 115 et 547.



s'interroger sur la compatibilité de telles divergences conceptuelles avec le mandat constitutionnel de protection des consommateurs ([art. 97 Cst.](#)). Cela vaut d'autant plus que le principe du déséquilibre consumériste ne s'appliquerait, d'après un arrêt cantonal zurichois, qu'en cas d'accord normatif, mais pas en cas d'accord de fait¹⁸².

6. Titre authentique exécutoire?

A certaines conditions, les titres authentiques suisses relatifs à des prestations de toute nature peuvent être exécutés comme des décisions ([art. 347 CPC](#)). Toutefois, les titres relatifs à des prestations découlant de contrats conclus avec des consommateurs ne sont pas directement exécutoires ([art. 348 let. e CPC](#)). Le

RJN 2018 p. 15, 51

but de cette disposition est d'éviter qu'un titre authentique exécutoire serve à contourner les règles du procès civil social et la protection particulière du droit privé social, en particulier par la soumission, du consommateur, à une exécution directe. Cette réglementation vise ainsi à éviter des abus de position dominante sur le marché¹⁸³. Il s'agit dès lors d'une véritable règle de protection du consommateur, inscrite au Titre 10 du [CPC](#) relatif à la thématique de l'exécution ([art. 335 ss CPC](#)).

Conclusion

Dans l'ordre juridique suisse, le consommateur reste un partenaire contractuel ordinaire. En droit procédural, cela se vérifie par le maintien d'une conception du procès fondée sur une approche individualiste plutôt que collectiviste, laquelle concerne tant les règles de compétence, de mise en œuvre des droits et d'autres éléments de procédure (not. type de procédure, représentation et valeur litigieuse). Par le critère de la prestation de consommation courante, le droit procédural consacre même une approche du rapport de consommation plus restrictive que d'autres dispositions du droit de la consommation. Le recours au for protecteur de [l'art. 32 CPC](#) suppose ainsi qu'un contrat soit conclu et qu'il porte sur une affaire «courante». Or, en particulier [l'art. 8 LCD](#) relatif au contrôle de contenu des clauses abusives n'exigerait pas que le contrat analysé porte sur une telle prestation de consommation courante. Il en résulte une scission potentielle de la matière, en fonction des normes appliquées dans le cas d'espèce. Sous cet angle, on peut donc affirmer que le droit procédural confirme le caractère sectoriel - segmenté - du droit suisse de la consommation.

Actuellement, le législateur étudie par ailleurs des pistes concrètes d'améliorations de la position procédurale du consommateur, notamment en rapport avec la mise en œuvre collective de ses droits et certains obstacles financiers à la saisine des Tribunaux étatiques. L'Avant-projet de modification propose ainsi d'introduire une action en réparation collective ([art. 89a AP-CPC](#)), une transaction de groupe appliquant le principe de l'*opt-out* ([art. 352 ss AP-CPC](#)) et une division par deux des avances de frais ([art. 98 al. 1 AP-CPC](#)). A la suite de différentes prises de position, les modifications envisagées doivent cependant encore être définitivement validées. Pour l'heure, il n'est donc pas possible d'affirmer que les modifications projetées entreront, ou non,

RJN 2018 p. 15, 52

définitivement en vigueur, bien qu'elles emportent, à notre avis, un potentiel non négligeable d'amélioration de la mise en œuvre des droits du consommateur.

Enfin, mais sans multiplier à l'excès les bases légales, il nous paraît également utile d'examiner le développement de moyens d'intervention complémentaires en faveur du consommateur. A cet égard, nous saluons le choix de certains législateurs cantonaux d'accorder une dispense de frais pour les contrats conclus avec des consommateurs, fût-elle conditionnée à une valeur litigieuse maximale, à l'exemple du canton de Vaud. Enfin, il nous paraît dans tous les cas intéressant d'examiner en profondeur l'opportunité d'agir sur certaines causes même des litiges de masse, afin de les éviter autant que faire se peut; on pense en particulier à une meilleure qualité des biens de consommation. A notre avis, ce but pourrait tout particulièrement être atteint par l'adoption de dispositions contre l'obsolescence programmée, lesquelles font actuellement toujours défaut en droit suisse. Toutefois, et dans la plupart des cas, il ne sera vraisemblablement pas possible de s'affranchir d'adaptations du droit procédural, afin de permettre une mise

¹⁸² [ZR 88/1989 p. 86 cons. 1.3.2](#): « Das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip ist nicht anwendbar beim Tatbestand des tatsächlichen Sichverständlichmachens ».

¹⁸³ FF 2006 6841, 6996. Niklaus, (n. 2), p. 56. Voir aussi [CPC](#)-Jeandin, art. 347 N 5 et [CPC](#)-Jeandin, art. 348 N 4.



en œuvre collective des droits du consommateur et, partant, de «diluer» les coûts et les risques d'un procès individuel pour le consommateur.