UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes 1990

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'action de groupe en procédure civile suisse

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. L'action de groupe en procédure civile suisse. In: Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé. Montréal. Zürich : Schulthess, 1990. p. 129–155.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8250

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

L. Thévenoz

L'action de groupe en procédure civile suisse

Le procès civil reste dominé en Suisse par la conception fondamentalement libérale et individualiste de notre ordre juridique, et singulièrement de notre droit privé. *« Vigilantibus, non dormientibus jura subveniunt.»*[1] Il appartient à chacun de faire valoir ses droits ou d'y renoncer. A moins que l'intérêt public ne soit en jeu (notamment en matière d'état civil), aucune autorité, aucun tiers ne peut en principe se substituer à celui qui, par décision, par distraction ou par ignorance, omet de réclamer son dû.

C'est dans la sphère économique que le droit suisse a d'abord reconnu le rôle de groupements. En matière de brevets d'invention, de concurrence déloyale, de droit d'auteur ou de cartels, la jurisprudence ou la loi – la première précédant souvent la seconde – ont admis la qualité pour agir d'organisations économiques. La loi a même imposé des communautés de créanciers en matière d'emprunts par obligations et en droit maritime.

Vinrent les syndicats, qui furent reçus dans leur action contre un employeur ou contre une organisation patronale lorsque leur revendication met en jeu un intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. La communauté des parties à une convention collective obtint la qualité pour agir contre les employeurs et travailleurs qui ne la respecteraient pas.

Plus récemment, les organisations de consommateurs se sont vu reconnaître le droit d'agir civilement pour faire constater le caractère déloyal d'activités concurrentielles et pour les faire cesser. Et le parlement fédéral pourrait bientôt ouvrir aux organisations féminines une action tendant à faire respecter le principe «à travail égal, salaire égal».

En revanche, aucun mécanisme collectif n'a encore vu le jour qui faciliterait l'action commune de personnes qui ont subi chacune un dommage à raison d'une cause commune. Point de *class action* qui autorise par exemple un groupe

[1] *Codex Justinianeus* 7, 40, 2.

représentatif des lésés à entreprendre à ses frais une action tendant à l'indemnisation de tout le dommage qui a pu être causé par une catastrophe majeure. Par ailleurs, les institutions énumérées, si elles se prêtent à la défense d'intérêts matériels, conviennent moins bien à celle d'intérêts idéaux.

Ces diverses formes d'action civile permettent à un groupe de personnes, organisées corporativement ou non, de défendre collectivement leurs intérêts et, souvent, celui d'un groupe plus large de personnes dont cette organisation est représentative. Ce congrès, sous le terme générique d'*action de groupe,* propose aux rapporteurs francophones une notion encore inconnue du droit suisse. Ce n'est point raison de la rejeter. Elle a le mérite d'embrasser tous les types de regroupement, quelle que soit leur forme juridique.

Bien que, dans d'autres traditions juridiques, l'objet du rapport général puisse englober des procédures qui relèvent, en Suisse, du droit public, il est préférable de les mettre ici de côté. En effet, la définition de la qualité de partie et de la qualité pour recourir y est fondamentalement différente de leur équivalent en droit privé, de même que les intérêts que les procédures visent à promouvoir. L'action de groupe y connaît depuis plusieurs années une faveur et une extension bien plus importantes en matière constitutionnelle et administrative que dans les rapports de droit privé[2]. Mais si le succès qu'elle rencontre[3] indique l'intérêt que les procédures collectives peuvent avoir, la réflexion procède de tout autres catégories[4].

[2] Notamment en matière de protection de l'environnement, de droit des constructions et de l'aménagement du territoire, ainsi que dans le cadre de la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral (recours de droit public). On constate une demande marquée pour de telles procédures dans d'autres domaines (cf. not. l'initiative populaire «pour une réduction stricte et progressive des expériences sur les animaux», Feuille fédérale [abrégée FF] 1989 I 961ss, 983–985). Voir surtout la synthèse de *Jacques-Michel Grossen,* «La protection des intérêts collectifs et des intérêts dispersés dans le procès civil», Rapport suisse au II[e] Congrès international de procédure civile – Würzburg 1983, inédit.

[3] Sur une période de 11 ans, les recours au Tribunal fédéral suisse formés par les associations actives dans le domaine de la protection de l'environnement ont été admis dans 45% des cas, alors que le taux normal de succès dans ce type de procédure avoisinait 18% pendant la même période! *Riva Enrico,* Die Beschwerdebefugnis der Natur- und Heimatschutzvereinigungen im schw. Recht, thèse Berne (Stämpfli) 1980, p. 108.

[4] *Tercier Pierre,* «Die Verbandsklage der Konsumentenorganisationen im Entwurf zum neuen Konsumkreditgesetz», *Entwicklungstendenzen im schw. Konsumentenkreditrecht,* Zurich (Schulthess) 1979, p. 215–230, 222s.; *Macheret Augustin,* «La qualité pour recourir: clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral», Revue de droit suisse/Zeitschrift für Schweizerisches Recht [abrégée RDS] 94/1975 II 131–206, not. 179ss; *Kölz Alfred,* «Die Vertretung des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsrechtspflege», Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 86/1985 p. 59–62.

I. Quelques principes de procédure civile suisse

Quel législateur peut instituer une procédure collective? Dans quelles circonstances un tiers (une organisation) peut-il faire valoir des droits qui ne sont pas les siens? Quel est le sort de l'action si ces conditions ne sont pas remplies? La compréhension des formes qu'emprunte l'action de groupe suppose un bref exposé de quelques institutions de l'ordre juridique suisse.

A. Le fédéralisme suisse

La Suisse est un Etat fédéral. L'organisation des tribunaux civils et les prescriptions de procédure qui les régissent sont en principe de la compétence des Etats fédérés (les *cantons)*[5], tandis que l'Etat fédéral (la *Confédération)* institue et organise la juridiction fédérale, exercée en matière civile par le Tribunal fédéral à Lausanne[6].

La Constitution fédérale pose cependant quelques règles générales, notamment la garantie du juge naturel, l'interdiction des juridictions d'exception ainsi que la garantie du juge du domicile du défendeur solvable recherché pour une réclamation personnelle[7].

De plus, afin d'assurer une application uniforme du droit privé, qui est, lui, de la seule compétence de l'Etat fédéral[8], le législateur fédéral est intervenu de plus en plus fréquemment dans le domaine, théoriquement réservé aux cantons, de la procédure civile en imposant certains standards communs, par exemple en prescrivant la recherche d'office des faits et la libre appréciation des preuves en matière de divorce[9]; l'organisation d'une procédure simple et rapide en droit de la consommation[10], voire même gratuite pour certains litiges du travail[11]; la comparution obligatoire devant une instance de conciliation en matière de baux

[5] L'art. 64 al. 2 de la Constitution fédérale [abrégée Cst] proclame: *«L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé.»*

[6] *Poudret Jean-François,* «Droit privé fédéral et procédure cantonale: sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourment pour les juristes suisses», Revue internationale de droit comparé 1987 433–449.

[7] Art. 58 et 59 Cst.

[8] Sous réserve des rares dispositions où le droit fédéral lui-même autorise les cantons à édicter une règle, art. 5 et 6 al. 2 du Code civil [abrégé CC], Recueil systématique du droit fédéral [abrégé RS] 210.

[9] Art. 158 CC.

[10] Art. 31*sexies* al. 3 Cst.

[11] Art. 343 du Code des obligations [abrégé CO], RS 220.

à loyers immobiliers[12] ou encore l'existence d'un unique degré de juridiction cantonale en matière de propriété intellectuelle[13].

Enfin, une unification grandissante résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Au même motif de garantir la mise en oeuvre uniforme du droit privé fédéral par toutes les juridictions cantonales, notre cour suprême a dégagé des principes non écrits auxquels toutes les procédures cantonales doivent satisfaire. Il s'agit notamment de la définition de l'autorité de chose jugée et de l'intérêt pour agir, de la qualité pour introduire une action en constatation de droit, du principe *jura novit curia* ou encore du droit d'être entendu. L'énumération de ces règles continue de s'allonger avec la jurisprudence[14].

B. Une tradition individualiste

«Jus privatum est quod ad singulorum utilitatem spectat.»[15] Le droit privé laisse à chacun le soin de faire valoir ses propres droits, pour autant en tout cas qu'il en soit capable[16]. Comme on l'a déjà relevé, c'est là une manifestation fondamentale de sa tradition libérale et individualiste[17]. Parfois, lorsque certains intérêts publics sont en jeu, la loi confère à toute personne «intéressée» la qualité pour saisir un tribunal[18]. Mais ce sont autant d'exceptions, et le spectre de l'action populaire *(Popularklage)* est souvent brandi par les tribunaux ou par le législateur

[12] Art. 25 et 26 de l'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 30 juin 1972.

[13] En matière de droit d'auteur, de marques de fabrique et de commerce, de dessins et modèles industriels ainsi que de brevets d'invention.

[14] Pour une synthèse récente, cf. *Berti Stephen,* Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des schw. Bundesgerichts, thèse Zurich (Schulthess) 1989.

[15] Brocard cité par *Schnyder Bernhard,* «... jedermann, der ein Interesse hat», Festschrift Cyril Hegnauer, Berne (Stämpfli) 1986, p. 464.

[16] C'est-à-dire sous réserve de ce qu'il ne soit pas privé de l'exercice de ses droits civils, à défaut de quoi ce sera un représentant légal ordinaire (parents, tuteur) ou extraordinaire (curateur) qui mènera le procès au nom de l'incapable (cf. art. 17, 19, 304, 407ss et 418s. CC).

[17] *Tercier* (n. 4), p. 217s.

[18] Par exemple art. 49 (disparition d'une personne), 89 (dissolution d'une fondation), 108 (opposition au mariage) 121 et 122 (nullité du mariage), 260a (contestation d'une reconnaissance de paternité), 269a (annulation d'une adoption), 420, 433 et 446 (tutelle) et 482 CC (exécution d'une charge successorale). Cf. l'analyse qu'en fait *Schnyder* (n. 15), p. 453–470.

pour en limiter le nombre et l'étendue[19]. Cet individualisme marqué de notre droit et de notre procédure civils se traduit dans deux brocards, qui expriment autant de principes.

Pas d'intérêt, pas d'action. Le droit français a longuement élaboré la doctrine de l'intérêt dont un demandeur doit justifier pour être recevable dans son action[20]. Cette exigence toujours réaffirmée par la jurisprudence suisse, particulièrement en matière d'action en constatation de droit[21], a une portée générale. Elle est toujours satisfaite lorsque le plaideur prétend faire valoir un droit subjectif dont il est titulaire[22]. C'est pourquoi cette condition n'est discutée que dans les rares autres cas.

Nul ne plaide par procureur. L'identité véritable du *dominus litis* ne doit pas rester ignorée de sa partie adverse; les parties doivent s'affronter à visage découvert et elles ne sauraient se servir d'un prête-nom[23].

C. Titularité du droit, qualité pour agir

A la différence du droit romain et de la *Common Law,* tous deux modelés par le développement progressif des possibilités d'agir en justice *(actiones, causes of action),* le droit suisse, comme les autres ordres juridiques du continent européen, fait de la faculté d'agir en justice un des aspects essentiels, et donc un accessoire

[19] *«Il est étonnant de constater la fréquence (qui devient presque suspecte) avec laquelle le [Tribunal fédéral] répète dans divers types de recours et d'actions qu'il ne s'agit pas d'une action populaire. Faut-il en conclure que, s'il ne nous le disait pas, on pourrait se méprendre?! Force est de reconnaître que, même si l'action populaire reste en Suisse un épouvantail, certaines brèches ont été ouvertes dans les principes traditionnels régissant la qualité pour agir.» Grossen* (n. 2), p. 12. Cf. également *Tercier* (n. 4), p. 218 et références à sa n. 16.

[20] *Solus Henry, Perrot Roger,* Droit judiciaire privé, Paris (Sirey) 1961, t. I, n° 233ss, not. 253; *Habscheid Walther,* Droit judiciaire privé suisse, 2e éd., Genève (Georg) 1981, p. 250.

[21] ATF 110 II 357; 109 II 57, JdT 1983 I 527.

[22] Sous réserve de l'abus de droit, lorsqu'un plaideur recherche l'exécution d'un droit auquel il a perdu tout intérêt, cf. *Merz Hans,* Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, t. I, Berne (Stämpfli) 1966, n° 340–392 ad CC 2.

[23] Cour de justice de Genève, SJ 1984 578, 1987 128. Dans leur récent Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987 (Genève, Georg, 1989), *Bernard Bertossa, Louis Gaillard* et *Jacques Guyet* estiment que c'est à tort que cet adage est désormais restreint à cette dimension procédurale et qu'il pose également le principe de droit matériel que seul peut agir le titulaire d'un droit (n° 5 ad art. 1).

presque automatique, du droit subjectif lui-même[24]. L'action appartient donc au titulaire du droit, qui a toujours qualité pour agir[25, 26].

Dans certains cas exceptionnels, introduits dans la loi pour répondre à des besoins particuliers, une personne est investie du pouvoir de faire valoir *en son propre nom* certains droits dont elle n'est pas titulaire. Par exemple, la mère d'un enfant né hors mariage peut ouvrir action en paternité contre le père présumé, quand bien même le droit qu'elle déduit en justice est celui de l'enfant à créer un rapport juridique de filiation avec son père biologique[27]. La mère agit en son propre nom, et non comme représentante légale de l'enfant[28]. Mais il faut pour cela une base légale expresse[29]. Des institutions semblables sont connues depuis longtemps en matière de saisie et de faillite, de propriété commune par étages ainsi qu'en droit des successions[30].

Dans toutes ces situations exceptionnelles, on dit du tiers qu'il a *qualité pour agir* sans qu'il soit pour autant titulaire du droit. L'ordre juridique suisse[31] n'admet toutefois pas, en dehors des cas prévus par la loi[32], une dissociation

[24] *«Das Klagerecht ist nach schweizerischer Auffassung ein Ausfluss des materiellen Rechts»*, ATF 86 II 45 avec références. En règle générale, le droit d'agir ne s'éteint qu'avec le droit subjectif lui-même. Quelquefois, mais c'est l'exception, il est d'emblée (obligations imparfaites: dettes de jeu et de pari, art. 513 al. 1 CO *contra textum legis;* courtage matrimonial, art. 416 CO) ou subséquemment (créances prescrites, lorsque le débiteur fait valoir cette exception, art. 142 CO) impossible de faire valoir un droit subjectif en justice.

[25] *Prozessführungsbefugnis;* cf. *Habscheid Walther J.*, Schw. Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Zurich (Schulthess) 1986, n° 332; *Beinert Jörg*, Die Prozessstandschaft im schw. Recht, thèse Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1963, p. 24; Tribunal cantonal du Valais, Revue valaisanne de jurisprudence [abrégée RVJ] 1980 324.

[26] Celui qui a qualité pour agir mais ne dispose pas de la capacité pour agir parce qu'il est privé de l'exercice de ses droits civils est pourvu d'un représentant légal, cf. supra note 16.

[27] Art. 261 al. 1 CC.

[28] Les intérêts de la mère peuvent d'ailleurs entrer en conflit avec ceux de l'enfant, ce pourquoi celui-ci doit être pourvu d'un curateur si sa filiation paternelle n'est pas immédiatement établie (art. 309 al. 2 CC).

[29] Le Tribunal fédéral s'est écarté de cette exigence en permettant au preneur de licence expressément autorisé par son contrat avec le donneur de licence d'agir en justice contre une personne violant le droit d'auteur dont l'usage était concédé, ATF 113 II 190, 194.

[30] Administration de la faillite, cession à un créancier d'une créance de la masse; administrateur de la propriété par étages; exécuteur testamentaire, administrateur d'office et liquidateur officiel de la succession. Pour une typologie, cf. *Beinert* (n. 25), p. 43ss.

[31] A la différence par exemple du droit allemand, cf. *Habscheid* (n. 25), n° 334 et références; *Vogel Oscar*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2e éd., Berne (Stämpfli) 1988, chap. 5, n° 41.

[32] *Habscheid* (n. 20), p. 188; *Beinert* (n. 25), p. 25. Cf. toutefois supra note 29.

volontaire entre la titularité d'un droit subjectif et la qualité pour agir. *«D'une façon générale, la créance ne peut pas être scindée en une prétention de fond et un droit d'action (Klagerecht). Le droit suisse ne connaît pas une cession portant sur la seule faculté de déduire une créance en justice; il connaît seulement la cession de la créance comme telle, qui fait passer au cessionnaire la qualité pour intenter action.»*[33]

D. Conséquences procédurales de l'absence de qualité pour agir

Ce sera normalement le titulaire du droit subjectif qui le fera valoir en justice[34], exceptionnellement un tiers à qui la loi confère qualité pour agir[35]. Quid si le demandeur à l'action n'a pas cette qualité?

Il s'agit là d'une question de droit, et non de fait. *Jura novit curia:* le juge saisi l'examinera *ex officio*[36] dans le cadre des faits allégués par les parties[37]. Sa décision pourra être revue d'office à tous les degrés de juridiction, même si le défendeur ne formule pas ce grief.

Celui qui, en son propre nom, fait valoir un droit dont il se prétend à tort titulaire sera débouté par un jugement au fond. Sa demande est recevable, mais infondée, car le droit subjectif qu'il prétend déduire n'existe pas entre les parties au procès[38]. On dit du demandeur qu'il n'a pas la légitimation active.

[33] ATF 78 II 274.

[34] Sa qualité pour agir découle de sa légitimation active *(Aktivlegitimation, Sachlegitimation),* laquelle est le pendant procédural de la titularité du droit et s'examine donc au regard du droit privé fédéral: *Kummer Max,* Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne (Stämpfli) 1984, p. 66s.; *Guldener Max,* Zivilprozessrecht, 3e éd., Zurich (Schulthess) 1979, p. 139; *Habscheid* (n. 20), p. 188.

[35] *Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft;* cf. *Habscheid* (n. 25), no 332ss; *Vogel* (n. 31), 5 no 37ss; *Beinert* (n. 25), p. 24. La terminologie allemande du Tribunal fédéral est incertaine, qui parle souvent de *Aktivlegitimation* en allemand lorsqu'il écrit *qualité pour agir* en français, cf. par exemple ATF 113 II 192s. (preneur d'une licence sur droit d'auteur); 113 II 283, 291 (communauté des obligataires); 100 II 62 (gérant d'un fonds de placement). Notre Cour suprême a cependant posé avec clarté cette distinction: *«Es handelt sich demzufolge nicht um die Bejahung oder Verneinung der Sachlegitimation, sondern um die Prozessstandschaft oder die Befugnis zur Prozessführung als Partei»,* ATF 94 II 144 (exécuteur testamentaire).

[36] ATF 113 II 193; 108 II 216; 107 II 86 c. 2, JdT 1981 I 365; *Beinert* (n. 25), p. 32.

[37] A ce sujet, cf. l'article de *Ott Walter,* «Die unbestrittene Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation)», Revue suisse de jurisprudence/Schweizerische Juristen-Zeitung 78/1982 17–24.

[38] RVJ 1980 323; *Guldener* (n. 34), p. 139 et 222; *Kummer* (n. 34), p. 66s.; *Habscheid* (n. 20), p. 188; *Sträuli Hans, Messmer Georg,* Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2e éd., Zurich (Schulthess) 1982, no 6 ad § 108.

En revanche, celui qui, en son propre nom, fait valoir le droit d'un tiers en prétendant non pas qu'il en est le titulaire, mais qu'il a qualité pour agir sera, si cette qualité fait défaut, irrecevable en son action, et le tribunal n'examinera pas le bien-fondé de la demande[39]. Il en va ainsi, par exemple, de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur de la masse en faillite dont les fonctions ont cessé.

Bien que la qualité pour agir soit une condition de recevabilité de la demande, elle ne trouve pas son fondement dans les lois de procédure, cantonales ou fédérale, mais dans le droit matériel. Le Tribunal fédéral a constamment affirmé – en accord avec la doctrine – que c'est le droit privé fédéral qui octroie à une personne la qualité pour agir relativement à un droit dont elle n'a pas la titularité[40, 41].

II. Les diverses formes de l'action de groupe en droit positif

Diverses institutions s'offrent aux personnes qui veulent faire valoir ensemble leurs droits respectifs contre un ou plusieurs défendeurs communs[42].

[39] *Habscheid* (n. 25), n° 333; *Beinert* (n. 25), p. 32ss; ATF 94 II 144, précité; RVJ 1980 320. Contra *Ott* (n. 37), p. 17; *Kummer* (n. 34), p. 67; voir aussi l'opinion nuancée de *Peter Holenstein,* (Die prozessuale Stellung des gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten, thèse Zurich (Schulthess) 1976, p. 92–94), fondée sur une analyse historique.

[40] ATF 66 II 62, JdT 1940 I 313 (loi sur les brevets d'invention); 73 II 65, JdT 1948 I 11; 86 II 18 et 114 II 345 (droits de la personnalité; art. 28 CC); 78 II 274 (cession de créance, art. 164ss CO); 103 II 294 (loi sur les cartels); 113 II 190 (droit d'auteur); 100 II 169 et 113 II 283 (communauté des obligataires); 94 II 144 (exécuteur testamentaire); art. 27 ch. 2 lettre a LMF; 2 al. 3 LCD. Cf. *Beinert* (n. 25), p. 30ss.

[41] Seule exception, le traitement par les procédures cantonales de l'aliénation de l'objet litigieux en cours de procès, cf. *Vogel* (n. 31), 5 n° 102–109; *Guldener* (n. 34), p. 288ss; ATF 94 I 312; Cour de justice de Genève, Semaine judiciaire [abrégée SJ] 1984 575.

[42] La situation doit être distinguée de celle où plusieurs personnes sont titulaires ensemble d'un droit unique, que la loi leur impose en général de faire valoir en commun. Ainsi en va-t-il en cas de propriété commune (art. 228, 339, 602, 653 CC, 535 al. 3 CO) ou de copropriété (art. 647a CC), sauf pour certains actes urgents ou relevant de l'administration courante, ou encore en cas de pluralité de créanciers, sauf si leur solidarité active a été stipulée (art. 150 CO). Dans ces cas, le droit matériel impose aux cotitulaires de former entre eux une consorité nécessaire *(notwendige Streitgenossenschaft).* Cf. *Guldener* (n. 34), p. 296ss; *Habscheid* (n. 25), n° 341ss; *Vogel* (n. 31), 5 n° 50ss.

A. La consorité active facultative

La consorité active facultative, c'est-à-dire le regroupement volontaire de plusieurs demandeurs dans une seule demande, est une institution classique des pays de *Civil* autant que de *Common Law*. En Suisse, elle est réglée dans chaque loi cantonale de procédure civile ainsi que dans la loi fédérale qui règle les procès par-devant le Tribunal fédéral. En dépit de cette apparente diversité, les conditions posées sont assez homogènes: le cumul de demandeurs est autorisé lorsque leurs demandes visent le ou les mêmes défendeurs, qu'elles présentent une certaine connexité dans leur substance, qu'elles sont passibles du même genre de procédure et que le tribunal saisi est compétent pour chacune d'elles prise individuellement[43].

Dans une mesure limitée, la consorité facultative permet de compenser le déséquilibre qui peut exister dans certains procès entre un défendeur, par exemple une personne morale, souvent bien nantie en compétences et en moyens financiers pour organiser sa défense, un groupe inhomogène de demandeurs n'ayant individuellement ni un intérêt suffisant ni les ressources humaines et pécuniaires adéquates pour entreprendre une telle aventure judiciaire[44]. Mais cette forme d'action ne regroupe que les demandeurs qui sont d'accord de prendre le risque d'un procès et d'y contribuer financièrement.

Au plan juridique, les avantages tirés de la consorité facultative sont maigres. En particulier, il se forme autant de liens d'instance qu'il y a de demandeurs. Il en résulte de nombreuses cautèles au sort du procès. Si l'un des consorts fait défaut, les autres ne le représentent pas, et un jugement contumacial sera rendu à son encontre. Pour des motifs d'opportunité, le juge peut décider de disjoindre les causes qui connaîtront alors des destins séparés. De plus, si même un jugement unique est rendu en faveur de tous les consorts, le défendeur peut librement choisir d'en appeler à l'égard de quelques-uns seulement, détruisant ainsi la consorité adoptée par les demandeurs[45]. En tout état, le ou les jugements finals n'auront autorité de chose jugée *(res judicata)* qu'entre les parties au procès. Celui qui, bien que se trouvant dans la même situation matérielle, n'aura pas

[43] *Habscheid* (n. 25), n° 339ss; *Guldener* (n. 34), p. 301ss; *Vogel* (n. 31), 5 n° 59ss.

[44] Dans son rapport à la Société suisse des juristes, *Pierre Martin* parle de *«strukturelles Übergewicht des Gegners»*(«Probleme des Rechtsschutzes», RDS 1988 II 37s. et 74–76). A titre d'exemple, cf. ATF 109 II 304 (agriculteurs valaisans réclamant des dommages-intérêts à l'usine d'aluminium dont les émissions fluorées ont causé des dégâts importants aux cultures d'abricotiers).

[45] *Vogel* (n. 31), n° 62s.; *Guldener* (n. 34), p. 303s.; *Habscheid* (n. 25), n° 340; *Schüpbach Henri Robert*, «Le droit d'appel du consort simple en procédure civile genevoise», SJ 1983 177–197.

choisi d'entrée de cause de se joindre à la consorité[46] ne pourra que menacer d'un nouveau procès le défendeur réticent à lui appliquer le résultat matériel du procès.

B. Communautés de créanciers imposées par la loi

Le législateur a institué diverses communautés légales de créanciers, parmi lesquelles deux nous intéressent plus particulièrement[47]. Deux auteurs ont proposé de créer une nouvelle communauté en matière de responsabilité civile. Si l'union des demandeurs peut faire la force, le débiteur a souvent autant à gagner à une telle procédure.

i) Une *communauté des créanciers obligataires* est formée de plein droit par les souscripteurs d'un emprunt public émis par une société privée[48]. Tant que l'emprunteur ne connaît aucune difficulté, que les intérêts sont payés à l'échéance et qu'aucun événement ne vient mettre en péril les droits des créanciers, cette communauté ne revêt aucune importance. Il en va autrement lorsque ces droits paraissent mis en péril. La communauté peut alors, dans les limites de la loi, *«recourir à toutes mesures utiles pour la défense des intérêts communs»*[49]. Elle délibère en assemblée des créanciers, et certaines décisions peuvent empêcher les obligataires d'exercer individuellement leurs droits[50], moyennant l'approbation d'une autorité de surveillance[51].

Bien qu'elle soit dépourvue de la personnalité juridique, la communauté peut, par son ou ses représentants, saisir un tribunal pour faire valoir les droits des

[46] Une intervention postérieure à l'introduction de l'instance, qu'elle soit principale *(Hauptintervention:* l'intervenant conclut contre le défendeur *et contre le demandeur* à ce qu'un droit préférable lui soit reconnu sur l'objet du litige; *Guldener* (n. 34), p. 315s.; *Habscheid* (n. 25), nº 396s.; *Staehelin E.H.,* Die Nebenparteien im Zivilprozess, thèse Bâle 1979, p. 183ss) ou accessoire *(Nebenintervention:* l'intervenant ne devient pas partie au procès et il ne peut qu'appuyer les conclusions d'une partie principale, cf. *Guldener* (n. 34), p. 306–309; *Habscheid* (n. 25), nº 389ss; *Staehelin, ibid.,* p. 86ss), ne permet pas à l'intervenant de prendre des conclusions contre le demandeur à son propre profit. Tout au plus peut-il introduire une demande indépendante contre le même défendeur, cause qui pourra être jointe à la première, pour des motifs d'opportunité, si l'instruction de cette dernière n'est pas déjà trop avancée.

[47] D'autres communautés existent par exemple entre les membres d'une hoirie ou d'une indivision, entre des copropriétaires par étages, entre des propriétaires en main commune.

[48] Art. 1157 CO.

[49] Art. 1164 al. 1 CO.

[50] Art. 1164 al. 3 CO. Les décisions qu'un vote majoritaire peut imposer à tous les créanciers sont limitativement énumérées à l'art. 1170 CO.

[51] Art. 1176 al. 1 CO.

obligataires. Sa qualité pour agir est toutefois limitée aux mesures que la loi l'autorise à prendre: elle peut poursuivre le débiteur en remboursement du prêt, mais non pas rechercher en responsabilité les rédacteurs du prospectus d'émission[52].

ii) Une forme particulière de communauté est instituée par le droit maritime lorsque l'armateur ou le transporteur entend limiter sa responsabilité pour des dommages causés aux biens ou aux personnes sans faute propre[53]. Le droit international l'autorise à plafonner cette responsabilité à un montant proportionnel au tonnage du navire. Le responsable dispose du droit (mais il n'a pas l'obligation) de constituer un fonds de limitation sur lequel tous les créanciers seront désintéressés à proportion de leur créance.

Cette procédure, administrée par un commissaire et placée sous le contrôle d'un juge, est organisée par le droit suisse sur le modèle de la faillite[54]. Elle sert surtout l'intérêt du débiteur, qui limite sa responsabilité tout en canalisant les prétentions dirigées contre lui à son propre for et dans une procédure unique.

iii) Deux auteurs ont proposé une procédure semblable pour le règlement des dommages causés simultanément à un grand nombre de personnes, notamment ensuite d'une catastrophe comme celles qu'ont connues, dans un passé récent, plusieurs entreprises de production chimique ou pharmaceutique[55]. Sans qu'il s'agisse cette fois de modifier ou de limiter la responsabilité encourue, qui resterait régie par les dispositions matérielles applicables, le débiteur ou un certain nombre de créanciers pourrait exiger du juge que soit formée une communauté *ad hoc* aux fins d'une procédure de conciliation puis de jugement commune à tous les créanciers connus.

Cette procédure assurerait un traitement égalitaire des personnes lésées prenant part à la procédure[56]. Elle minimiserait les frais et les risques d'un procès pour

[52] Les obligataires doivent, dans cette seconde hypothèse, agir individuellement ou collectivement (consorité active facultative) contre les responsables, ATF 113 II 283ss, not. 289s.

[53] Convention internationale du 10 octobre 1957 sur la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer, RS 0.747.331.52, Recueil officiel des lois fédérales [abrégé RO] 1966 517, 1968 1388, 1988 922; art. 49 de la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, RS 747.30; art. 45 à 62 de son ordonnance d'application, RS 747.301.

[54] Ouverture de la procédure par décision du juge, nomination du commissaire, qui dresse un état de collocation qui peut être contesté devant le juge. Lorsque celui-ci est définitif, établissement d'un tableau de distribution, puis paiement des dividendes.

[55] *Stark Emil W., Knecht Stefan,* «Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden?», RDS 1978 I 51–80.

[56] Celles qui en auraient connaissance mais n'annonceraient pas leurs prétentions dans les six mois verraient leurs droits se périmer. Les autres verraient leur situation juridique inchangée.

chaque lésé, puisqu'un grand nombre de créanciers y participerait vraisemblablement, diluant les débours à proportion des prétentions de chacun. Elle simplifierait aussi considérablement la tâche du responsable, qui pourrait concentrer sa défense dans un seul procès à un for unique. Elle éviterait enfin la contrariété de jugements rendus aux termes de procès éparpillés.

La proposition n'envisage cependant pas une véritable *class action* sur le modèle américain, car seuls les dommages subis par les parties à la procédure collective feraient l'objet du jugement. En dépit de son intérêt, l'idée n'a pas rencontré l'oreille du législateur. Elle restera probablement lettre morte jusqu'à une (bien hypothétique) réforme du droit de la responsabilité civile[57].

C. L'action sociale (Verbandsklage)

Avec l'action sociale, nous rencontrons la première institution qui permette à une organisation, dotée de la personnalité juridique, d'agir en justice dans l'intérêt d'un groupe de personnes dont elle est représentative, tout en faisant valoir des droits subjectifs dont elle-même n'est pas titulaire[58]. Sa recevabilité ne suppose pas le consentement des intéressés. En revanche, l'action est limitée dans son objet à la constatation d'un droit ou d'une situation de droit et à la prévention ou à la cessation d'un comportement en violation de ce droit. Elle ne peut tendre à une prestation positive, par exemple au paiement de dommages-intérêts. Divers substituts à cette carence seront envisagés à la section suivante[59].

On ne saurait prétendre qu'il existe, en droit suisse, une action sociale générale, c'est-à-dire la possibilité, dans toutes les matières civiles, qu'une organisation agisse en son propre nom dans l'intérêt d'un groupe déterminé de personnes. Cette institution procédurale est née, dans des domaines particuliers, d'une lente dialectique entre le législateur et le juge. La retracer est nécessaire à la compréhension de l'institution elle-même.

[57] Voir les rapports de *François Gilliard* et d'*Emil W. Stark* à la Société suisse des juristes, RDS 1967 II 1–319.

[58] *Tercier* (n. 4), p. 219, distingue entre la situation où une association fait valoir en son propre nom l'intérêt de tous ou de certains de ses membres (ATF 103 II 294 c. 5, JdT 1979 I 223), et celle où elle fait valoir les intérêts d'un groupe plus large de personnes, dont elle est représentative parce que ses membres en forment une fraction significative (eigentliche Verbandsklage, ATF 73 II 65 c. 2, JdT 1948 I 17; 114 II 347). Je ne pense pas que la distinction revête une réelle importance du fait qu'elle ne modifie pas les conditions de recevabilité. En particulier, à moins que la loi ne dispose le contraire (art. 10 al. 2 LCD), la jurisprudence n'admet la qualité pour agir de l'organisation que si les personnes lésées auraient individuellement qualité pour agir.

[59] Infra II.D.

1. Des organisations professionnelles et économiques

L'action sociale apparaît en 1890 avec la législation fédérale protégeant les indications de provenance[60]. Celle-ci confère l'action civile et pénale non seulement aux producteurs ou commerçants lésés, mais également à toute *«collectivité de ces fabricants, producteurs ou négociants qui possède la personnalité»*[61]. Etonnamment, la carence presque complète de jurisprudence publiée semble indiquer que cette forme d'action n'a été exercée que rarement.

La loi fédérale sur les brevets d'invention de 1907[62] ouvre à *«toute personne qui justifie d'un intérêt»*[63] l'action en nullité d'un brevet. Certaines organisations du secteur industriel se fondèrent sur cette définition large de la qualité pour agir, indépendante de l'existence d'un droit subjectif, pour intenter, dans l'intérêt de leurs membres mais en leur propre nom, l'action en constatation de la nullité de certains brevets. Le Tribunal fédéral admit cette qualité, non seulement pour des associations au sens propre[64], mais aussi pour des regroupements d'industriels sous forme de sociétés de capitaux[65].

En 1943, le parlement fédéral adopta une loi sur la concurrence déloyale[66]. Son art. 2 al. 3 conférait explicitement aux *«associations professionnelles et économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts matériels de leurs membres»* qualité pour introduire toute action en *constatation* du caractère illicite d'un acte de concurrence, en *cessation* de cet acte, en *suppression* de l'état de fait qui en résulte[67]. Mais les tribunaux n'avaient pas attendu cette consécration législative pour reconnaître aux organisations professionnelles la qualité pour agir dans le domaine de la concurrence[68].

En matière d'ententes et de positions dominantes, la consécration de l'action sociale est plus récente. Bien qu'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, adoptée en 1962[69], ouvrît l'action civile à *«celui qui est atteint ou*

[60] Loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles du 26 septembre 1890 [abrégée LMF], RS 232.11.

[61] Art. 27 ch. 2 lettre a) LMF. Voir le message du Conseil fédéral du 20 septembre 1937, FF 1937 III 108, 112, quant à la qualité pour agir des collectivités étrangères sans personnalité juridique.

[62] RS 232.14.

[63] Cet art. 16 de la loi de 1907 est devenu l'art. 28 de la loi du 25 juin 1954, RS 232.14.

[64] D'où le terme *Verbandsklage*.

[65] ATF 66 II 62, JdT 1940 I 313.

[66] RS 2 945 [abrégée LCD (1943)]. Elle fut révisée en 1986, cf. infra II.C.3).

[67] Cf. *Roos G.*, Das Klagerecht der Berufs- und Wirtschaftsverbände nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, thèse Berne (Stämpfli) 1947.

[68] ATF 56 II 431; 61 II 250; 62 II 97 et 276.

[69] RO 1964 69 [abrégée LCart (1962)].

menacé dans ses intérêts par une entrave illicite à la concurrence»[70], ce ne fut qu'en 1976 que le Tribunal fédéral eut l'occasion de recevoir l'action introduite par une organisation de producteurs de films cinématographiques à l'encontre d'un cartel liant les membres d'une association de distributeurs[71].

C'est donc dans ces quatre domaines essentiels du droit économique, concurrence déloyale, cartels, brevets d'invention, marques de fabrique, que s'élabora le modèle de l'action sociale. Un groupement économique défend les intérêts matériels de ses membres. C'est là le moule dont l'empreinte se retrouve dans tous les domaines où l'action sociale fut progressivement reçue.

2. Des syndicats

Ce qui fut progressivement acquis dans les relations entre producteurs et entre négociants eut bien plus de peine à s'imposer dans celui des relations de travail. En cette même année 1943 où le législateur adoptait une loi moderne pour combattre la concurrence déloyale, ouvrant explicitement aux organisations économiques l'action civile et pénale, il refusait de consacrer dans la loi une institution essentielle au développement des conventions collectives de travail: la communauté formée par les parties à une telle convention[72]. Il revint au Tribunal fédéral de montrer le mouvement lorsque, en 1947, il accueillit l'action de deux organisations syndicales contre une organisation patronale de maîtres-coiffeurs[73].

Une disposition des statuts de l'association patronale interdisait aux patrons coiffeurs d'embaucher, moins de six mois après son congé, tout garçon coiffeur ayant travaillé dans un rayon de moins de 500 mètres. Les deux syndicats demandaient à ce que cette clause fût déclarée nulle parce que portant une atteinte illicite à la personnalité économique de leurs membres.

Or, à rigueur de son texte, la disposition applicable – l'art. 28 CC[74] – n'ouvrait action qu'à la personne individuellement lésée par une atteinte à sa personnalité. S'il est admis qu'une personne morale dispose de certains attributs de la personnalité[75], ce n'était pas *in casu* les syndicats demandeurs,

[70] Art. 6 al. 1 LCart (1962).
[71] ATF 103 II 294, JdT 1979 I 214.
[72] On examinera en plus de détails cette institution particulière, infra II.E.
[73] ATF 73 II 65, JdT 1948 I 11.
[74] L'art. 28 CC avait alors la teneur suivante: *«Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser.»* Les biens protégés sont tous les aspects essentiels de la personnalité: non seulement la vie, l'intégrité corporelle et l'honneur, mais également le droit d'exercer une activité économique. Cf. *Tercier Pierre, Le nouveau droit de la personnalité,* Zurich (Schulthess) 1984, n° 344ss et 353ss.
[75] L'honneur et le nom par exemple, mais non pas les aspects (personnalité physique et affective) qui sont indissociables de la personne humaine. Cf. *Tercier* (n. 74), n° 519ss.

mais bien les travailleurs, qui se trouvaient entravés dans leur liberté de rechercher un nouvel employeur. Les deux organisations faisaient donc valoir une atteinte à la personnalité de leurs membres ainsi qu'à celle des garçons coiffeurs non syndiqués.

Le Tribunal fédéral fut audacieux. Il constata que, même interprété, le texte de l'art. 28 CC ne conférait pas à une association le droit d'agir pour défendre les intérêts de ses membres. Il considéra ce silence comme résultant d'une lacune de la loi, et non pas comme l'expression d'un choix du législateur[76], et la combla *modo legislatoris*[77] en reconnaissant aux associations demanderesses qualité pour agir.

> *«... les associations professionnelles ... sont devenues un facteur économique et social de première importance. [... Elles] sont actuellement reconnues, d'une façon générale, spécialement en ce qui concerne la réglementation des rapports entre employeurs et employés, comme ayant voix au chapitre [mitspracheberechtigt]. Aussi faut-il les considérer comme les représentants qualifiés des intérêts communs de tous ceux qui appartiennent à une certaine profession ou à une certaine branche de l'industrie. [...] elles ont à défendre un intérêt collectif qui dépasse l'intérêt personnel de leurs membres et qui comprend aussi les intérêts de ceux qui exercent la même profession sans toutefois leur être affiliés. Cet intérêt collectif, existant à côté de l'intérêt personnel des membres, apparaît comme l'intérêt d'une certaine classe. [...] Il est par conséquent, dans la ligne de l'évolution du droit d'accorder aux associations un droit indépendant d'agir en justice, même pour donner une solution judiciaire aux différends qui surgissent dans le domaine du droit du travail.»*[78].

Outre l'existence de cet intérêt collectif, le Tribunal s'assura[79] que les associations demanderesses étaient chargées par leurs statuts de défendre les intérêts économiques de leurs membres et que ceux-ci, s'ils avaient agi à titre individuel, auraient eu qualité pour agir.

Le Tribunal fédéral eut l'occasion de confirmer ce principe[80], tout en maintenant celui qu'une association n'a pas *ipso jure* qualité pour réclamer des dommages-intérêts en réparation du dommage subi par ses membres[81]. Mais il convient de garder à l'esprit que cette jurisprudence ne concerne pour le moment

[76] Bien que le législateur ait revu récemment le droit de la personnalité, il a choisi de ne pas traiter le problème de la qualité pour agir des associations, avalisant ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral, cf. RO 1984 778; *Tercier* (n. 74), n° 809.

[77] Art. 1 al. 2 CC: *«A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.»*

[78] Traduction au JdT 1948 I 16–17, sauf pour l'expression *mitspracheberechtigt.*

[79] En s'inspirant de l'art. 2 al. 3 LCD (1943).

[80] ATF 75 II 309, JdT 1950 I 165; et tout récemment ATF 114 II 345.

[81] ATF 86 II 22.

que les atteintes à la personnalité des travailleurs[82] et que le Tribunal fédéral (hormis le domaine des conventions collectives, qui sera examiné plus loin) n'a pas, à ce jour, eu l'occasion de reconnaître ou de dénier aux syndicats la qualité pour introduire un procès relatif à d'autres intérêts individuels de salariés (salaires, vacances, etc.).

Une discussion est actuellement en cours quant aux moyens à mettre en oeuvre pour supprimer les inégalités de salaire entre hommes et femmes. En 1981, le peuple et les cantons suisses inscrivaient dans la Constitution fédérale le principe de l'égalité de salaire pour un travail de valeur égale[83]. Cette disposition constitutionnelle confère un droit individuel à chaque travailleuse, droit qu'elle peut faire valoir dans une demande civile contre son employeur[84]. La jurisprudence montre cependant que le coût et le risque de tels procès individuels sont dissuasifs: bien qu'un large potentiel d'actions judiciaires existe[85], seules quatre demandes sont actuellement connues[86].

L'administration fédérale travaille présentement à un projet de loi qui attribuera vraisemblablement aux organisations syndicales et féminines, sans le consentement de la ou des travailleuses intéressées, qualité pour agir contre l'employeur en constatation d'une discrimination salariale[87].

3. Des organisations de consommateurs

L'émergence de groupements de consommateurs amena la question de leur qualité pour agir en justice, notamment pour contester la légalité de certaines pratiques concurrentielles. Bien que la loi sur la concurrence déloyale de 1943 conférât théoriquement cette qualité à toutes les *«associations professionnelles et économiques»*, des raisons de techniques juridiques rendaient cette disposition

[82] Art. 28 CC et 328 CO.

[83] Art. 4 al. 2 Cst.

[84] ATF 113 Ia 107 et références.

[85] La différence brute entre salaires masculins et féminins est estimée à 41% environ, dont une fraction seulement peut être attribuée à une expérience professionnelle plus courte ainsi qu'à une formation et un perfectionnement professionnels moins poussés, cf. Egalité des salaires entre hommes et femmes, Rapport final du groupe de travail «Egalité des salaires» institué par le Département fédéral de justice et police, Berne: OCFIM, octobre 1988, p. 32–41; *Kugler Peter*, «Wie gross ist die Lohndiskriminierung in der Schweiz wirklich?», Wirtschaft und Recht 40/1988 299–311.

[86] Outre l'arrêt cité à la note 84, cf. *Egalité des salaires...* (n. 85), p. 74–80.

[87] Cf. *Egalité des salaires...* (n. 85), p. 135–140.

inapplicable aux organisations de consommateurs, et aucune action ne fut jamais intentée par l'une d'elles sous l'empire de l'ancienne loi[88].

Cette lacune, ainsi que de nombreuses autres en matière de protection des consommateurs, amena leurs organisations à proposer une modification de la Constitution fédérale par une initiative populaire[89, 90]. Il en résulta un texte[91], adopté en 1981, mettant notamment sur pied d'égalité les organisations de consommateurs, de producteurs et de commerçants.

Dès lors, le législateur introduisit, dans la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986[92] un art. 10 al. 1 lit. b accordant qualité pour agir aux *«organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs.»*[93] En bénéficient non seulement des associations, mais également des fondateurs[94] dans les limites de leur but statutaire. L'action sociale fondée sur cette disposition est unique, car elle est ouverte indépendamment de la qualité pour agir des consommateurs pris individuellement[95].

Ce qui fut accepté sans opposition en matière de concurrence déloyale[96] en raison d'une règle constitutionnelle claire fut, en revanche, refusé par le

[88] Les *«clients»*, c'est-à-dire les consommateurs, n'avaient qualité que pour agir en réparation du dommage subi, or la réclamation de dommages-intérêts était précisément exclue du domaine de l'action sociale, cf. *Tercier* (n. 4), p. 222. Le même problème se pose, en matière d'indications de provenance, pour l'action des *«acheteurs trompés»*, cf. *Grossen* (n. 2), p. 10.

[89] Voir notamment FF 1979 II 57ss et 713ss; 1981 II 1216.

[90] Voir aussi le message du Conseil fédéral proposant une loi sur le crédit à la consommation (FF 1978 II 481ss, not. 608–611 et 642), loi qui a finalement été refusée en vote final par la chambre haute du parlement fédéral.

[91] Art. 31*sexies* Cst.

[92] RS 241.

[93] Message du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037, 1112s. La liste des groupements voués à la défense des consommateurs dans tous les domaines de la vie économique figure dans *Martin-Achard Edmond,* La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, Lausanne (Payot) 1988, p. 95, n. 37. *Bernd Stauder* («Die AGB-Verbandsklage nach dem UWG-Entwurf», in Défense des consommateurs: Quel progrès?, Berne (Verlag volk+recht) 1985, p. 73–91, 82) mentionne à raison qu'aucun motif juridique ne permet de dénier par principe à une organisation de défense sectorielle des consommateurs (eg. enseignement par correspondance) la même qualité pour agir.

[94] Une fondation est la personnalisation d'un patrimoine, *«l'affectation de biens en faveur d'un but spécial»*, art. 80 CC.

[95] Message, FF 1983 II 1112, qui se fonde sur l'étude de *Tercier* (n. 4), p. 222.

[96] La recommandation R 81 (2), adoptée en 1981 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et concernant la protection juridique des intérêts collectifs des consommateurs, demande aux Etats membres (dont la Suisse) d'aller au-delà et de prévoir un droit général des associations de consommateurs d'ouvrir action ou d'intervenir dans un procès individuel lorsqu'un intérêt collectif est en jeu.

parlement en matière de droit *antri-trust*. Le Tribunal fédéral avait admis en 1976 l'action introduite par une organisation de producteurs contre une association de distributeurs[97]. S'écartant du projet de loi du gouvernement fédéral[98], le législateur refusa d'étendre cette qualité pour agir aux organisations de consommateurs[99]. Il considéra que, comme les consommateurs n'ont pas à titre individuel qualité pour saisir les tribunaux civils en matière d'ententes et de positions dominantes, il ne convenait pas de conférer à leurs organisations cette qualité[100]. Ces organisations sont donc renvoyées à signaler les faits à une autorité administrative, la Commission fédérale des cartels. Celle-ci, dans une procédure à laquelle l'organisation n'a pas qualité de partie, peut à son appréciation entamer une enquête, puis éventuellement formuler des recommandations, lesquelles peuvent à certaines conditions devenir obligatoires pour les intéressés[101].

Le refus d'accorder aux organisations de consommateurs une part active en cette matière dénote une méfiance certaine quant à leur rôle dans le maintien d'une concurrence efficace en même temps qu'une conception trop restrictive des buts du droit privé.

4. Défense d'intérêts idéaux

Il n'a été jusqu'à présent question que d'actions sociales tendant à la défense d'intérêts essentiellement matériels, qu'il s'agisse de ceux de fabricants, de commerçants, d'employeurs, de salariés ou encore de consommateurs. Imprégnée du caractère propre à la promotion de ces intérêts, l'action sociale n'a pas encore été transposée de façon satisfaisante dans la sphère des intérêts idéaux.

Un groupe d'officiers avait organisé un tir au pistolet sur des cibles vêtues, pour l'occasion, de photographies d'un célèbre mannequin qui, lui, ne l'était pas. Une association féminine d'importance nationale demanda en justice la condamnation des organisateurs à une indemnité pour tort moral, subsidiairement la constatation du caractère illicite de ce comportement en tant qu'il était attentatoire à la dignité humaine[102]. La Cour d'appel du canton de Berne, statuant en 1983, déclara l'association irrecevable pour défaut de qualité pour agir[103].

[97] ATF 103 II 294, JdT 1979 I 214. Cf. supra II.C.1.
[98] Message du 13 mai 1981, FF 1981 I 1296 s. et 1332.
[99] Art. 8 de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues du 20 décembre 1985, RS 251.
[100] Cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [abrégé BO] 1982 E 532 (Muheim) et 1985 N 29 (Frey).
[101] Art. 28, 29, 32 et 37 LCart (1986).
[102] Il s'agit ici encore d'une atteinte à la personnalité protégée par l'art. 28 CC.
[103] *Revue des juristes bernois* 119/1983 473. Le cas ne fut pas porté devant le Tribunal fédéral.

Après avoir rappelé qu'une association ne saurait demander l'indemnisation d'un préjudice subi par ses membres, et non par elle-même[104], les juges lui dénièrent la qualité pour demander la constatation d'une atteinte illicite au sentiment qu'ont les femmes de leur propre dignité. Considérant la nature de l'atteinte alléguée, ils estimèrent que les réactions des femmes peuvent, en cette matière, être fort diverses, ce qui exclurait le principe même d'une action sociale[105]. Le jugement mentionne également la crainte qu'admettre la recevabilité d'une telle action ouvrirait la porte à une véritable action populaire[106].

A l'inverse, le Tribunal fédéral accueillit cinq ans plus tard l'action d'un syndicat de travailleurs en constatant le caractère illicite d'une surveillance télévisuelle constante de certains postes de travail par l'employeur, surveillance dont il ordonna la cessation[107].

La comparaison de ces deux précédents met en évidence les difficultés que l'action sociale tendant à la protection d'intérêts idéaux peut susciter. Pour le Tribunal fédéral, qui avait déjà accueilli les demandes de syndicats mettant en jeu la personnalité économique de travailleurs[108], il n'y avait qu'un pas modeste à franchir pour protéger un aspect plus fondamental de cette même personnalité. De plus, le cercle des salariés atteints par la surveillance contestée était aisé à délimiter, et la nature de l'atteinte facile à percevoir. A l'inverse, il est plus difficile de déterminer si les femmes qui, informées par la presse d'une manifestation du plus mauvais goût, se sont senties humiliées dans une dimension tout aussi fondamentale de leur personnalité, ont effectivement fait l'objet d'une atteinte illicite au sens de l'art. 28 CC. Mais cette question relève du bien-fondé de la demande, et non de sa recevabilité, dès lors que l'organisation demanderesse, dans le cadre de ses statuts, prouve qu'elle regroupe un certain nombre de personnes dont chacune aurait, individuellement, qualité pour agir.

La véritable question que pose l'action sociale dans ce domaine est celle de la représentativité de l'organisation qui se porte demanderesse. Aisée lorsque les personnes atteintes sont facilement désignées, elle est plus difficile dans le cas inverse. Il appartiendra aux tribunaux de tracer une limite au fur et à mesure des causes qui leur seront portées.

[104] Cf. déjà ATF 86 II 22 et *supra* II.C.1.

[105] Quelle que soit la justesse de l'observation, le raisonnement est incorrect en ce que l'examen de la réalité de l'atteinte et sa qualification juridique suivent l'entrée en matière et ne la précèdent pas.

[106] Quant au spectre de l'action populaire comme *leitmotiv* judiciaire, cf. supra note 19.

[107] ATF 114 II 345. Le droit à la sphère privée est un autre droit de la personnalité protégé par l'art. 28 CC.

[108] Cf. supra II.C.3.

5. Résumé: l'action sociale et ses limites

De cette lente germination de l'action sociale, il convient de dégager tout à la fois ses conditions et ses limites. Les unes et les autres dépendent en particulier des intérêts en jeu et du genre d'organisations qui les défend.

Le droit privé suisse ne connaît pas l'action sociale comme institution générale. Il appartiendrait au législateur de l'instituer. Comme elle ressortit au droit privé matériel, elle est de la compétence fédérale: les cantons ne sauraient l'introduire ou l'exclure par le biais, notamment, d'une loi de procédure civile. Lorsque le droit fédéral, dûment interprété, reste muet et que ce silence ne dénote pas une décision négative du législateur, il revient au juge de combler cette lacune[109].

Tandis que le Tribunal fédéral, interprétant la loi ou la complétant, a souvent innové, en matière de brevets, de concurrence déloyale ou de cartels comme de protection de la personnalité, le parlement s'est généralement montré réticent, sauf à l'égard des organisations économiques. Il n'a octroyé la qualité pour agir aux organisations de consommateurs que lorsqu'il y fut obligé par un vote du constituant, vote qu'il a interprété de façon restrictive.

L'action sociale n'est généralement recevable que lorsque l'organisation qui l'exerce est vouée de par ses statuts à la défense des intérêts en jeu et qu'elle est représentative des personnes atteintes par l'activité prétendument illicite[110]. Sauf en matière de concurrence déloyale, la loi ou la jurisprudence exigent que les personnes ainsi représentées aient, individuellement, qualité pour introduire la même action. De plus, l'action sociale est limitée dans son objet: elle peut tendre à faire constater une activité illicite, à la prévenir ou à la faire cesser, mais non pas à obtenir une prestation, même lorsque cette prestation a un caractère indemnitaire ou restitutif. Quel que soit son objet, le jugement rendu n'aura d'effet qu'entre les parties, et son autorité de chose jugée *(res judicata)* ne s'étendra pas aux personnes dont les intérêts motivaient la demande en justice.

Dans tous les cas envisagés à ce jour, l'atteinte aux intérêts en question revêt un caractère illicite, c'est-à-dire qu'elle résulte de la violation d'un devoir général, et non simplement de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'obligations contractuelles. Cette constatation ne me paraît pas revêtir un caractère normatif. Bien que la violation, même massive, d'obligations contractuelles ne soit pas en soi illicite, je ne vois pas d'obstacle de principe à ce que les tribunaux se penchent sur la demande d'une association de consommateurs tendant à faire constater la violation répétée des obligations contractuelles d'un vendeur ou d'un commerçant, ni sur celle d'un syndicat visant à faire cesser des retenues injustifiées sur les salaires.

[109] Art. 1 al. 2 CC.

[110] Par exemple, l'art. 10 al. 2 lit. b LCD fait de *«l'importance nationale ou régionale»* de l'organisation de consommateurs le critère de sa représentativité.

D. L'action sociale tendant à une prestation

Là où elle est déjà reconnue, l'action sociale se heurte à une limitation importante dans son objet: l'organisation demanderesse ne peut pas *ipso jure* conclure à l'exécution de prestations, qu'elles soient contractuelles, indemnitaires ou fondées sur un enrichissement illégitime. Telle action *«n'appartient qu'au lésé. L'association ne peut l'exercer que si elle a obtenu du créancier les pouvoirs nécessaires ou si elle est devenue titulaire de la créance par une cession régulière.»*[111] Ce postulat revêt un caractère quasi axiomatique, et ni le législateur ni les tribunaux ne s'en sont jamais explicitement écartés.

La première voie indiquée par le Tribunal fédéral est en général sans portée pratique. Les cantons peuvent en effet restreindre la représentation des parties en justice. C'est ce qu'ils ont généralement fait en faveur de mandataires professionnellement qualifiés. Il s'agit dans la plupart des domaines des seuls avocats. Sauf dans certains cantons en matière de droit du travail et de baux immobiliers, les organisations n'ont pas ce statut. Ce serait une réforme utile de permettre à certains types d'associations (de travailleurs, de locataires, de consommateurs, de femmes, etc.) de représenter les parties dans leurs domaines de compétence respectifs.

Au surplus, trois possibilités sont ouvertes à toute organisation pour acquérir les créances qu'elle entend déduire en justice.

i) Si l'organisation entame la procédure avec l'accord des créanciers, elle peut se faire céder leurs droits. Cette cession, qui requiert la forme écrite[112], ne suppose pas le consentement du débiteur contre lequel le procès sera dirigé. Elle peut être faite à titre onéreux ou gratuit, ou assortie d'un accord fiduciaire qui prévoit, en cas de gain du procès, la restitution totale ou partielle des prestations reçues. Peuvent notamment être cédés: l'action en exécution d'un contrat, lorsque celui-ci ne stipule pas le contraire[113]; la plupart des droits résultant de la garantie du vendeur ou de l'entrepreneur[114]; les dommages-intérêts provenant d'un préjudice corporel, matériel, économique, ou encore l'action en réparation du tort moral[115].

ii) Si l'organisation qui entend mener le procès ne peut ou ne veut pas obtenir l'accord des personnes individuellement concernées, elle ne peut pas se subroger

[111] ATF 86 II 23.
[112] Art. 165 CO.
[113] Art. 164 CO.
[114] Le droit de réduire le prix ou de résoudre le contrat à raison de défauts n'est pas cessible, cf. ATF 114 II 247; *Gauch Peter,* Der Werkvertrag, 3e éd., Zurich (Schulthess) 1985, n° 1781.
[115] Art. 47 et 49 CO, ATF 95 II 503; 63 II 157.

en les indemnisant spontanément. En effet, l'intercession – c'est-à-dire le paiement de la dette en lieu et place du débiteur – n'emporte pas *ex lege* de subrogation aux droits des personnes désintéressées. Cette subrogation n'intervient que si le débiteur, c'est-à-dire le futur défendeur, a préalablement manifesté son accord à cette subrogation. L'organisation doit non seulement obtenir cet accord, mais aussi exécuter à ses risques les obligations auxquelles elle entend se subroger!

iii) Que peut faire l'association demanderesse sans devoir rechercher l'accord ni des intéressés ni de celui qu'elle assignera en justice? En payant spontanément la dette de ce dernier en main de ses créanciers, l'organisation s'appauvrit tout en enrichissant le défendeur[116], sans pourtant avoir l'intention de faire une libéralité en faveur du débiteur qu'elle décharge. Le Tribunal fédéral admet alors que l'organisation demande restitution à ce dernier au titre de l'enrichissement illégitime[117]. Le défendeur n'est pas privé de ses moyens de défense puisqu'il peut contester l'existence et l'étendue des dettes acquittées par l'organisation demanderesse dans la mesure où il aurait pu le faire contre ses précédents créanciers. Toutefois, en l'absence d'une véritable subrogation[118], l'organisation n'acquiert pas la créance pour laquelle elle intercède, et encore moins les accessoires de cette créance. Elle obtient une nouvelle créance contre le défendeur, soumise à certaines objections et exceptions supplémentaires, et notamment à la prescription annale[119]. De plus, comme dans l'hypothèse précédente, elle doit faire l'avance des fonds dont elle recherchera le recouvrement.

En résumé, lorsque l'organisation agit du consentement des personnes dont elle défend les intérêts, elle peut prendre des conclusions en paiement moyennant cession des prétentions correspondantes. En l'absence de ce consentement, l'organisation doit faire l'avance des sommes litigieuses; elle supporte alors intégralement le risque du procès. Il conviendrait de reconnaître à certains groupements le droit de représenter en justice les personnes dont ils sont les porte-parole reconnus. En revanche, le droit suisse reste étranger à une véritable *class action* au sens du droit américain: d'une manière ou d'une autre, une demande en paiement ne saurait porter sur des dommages-intérêts pour un nombre indéterminé de personnes lésées n'ayant pas donné individuellement leur consentement à une telle action!

[116] Puisqu'elle éteint les dettes de ce tiers: *Qui paie ses dettes s'enrichit.*

[117] Art. 62 al. 1, al. 2 (1e hypothèse) CO; ATF 86 II 18, 25ss; *Hofstetter Joseph,* «Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag», *Schw. Privatrecht,* t. VII/2, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1979, p. 182s.; *von Tuhr Andreas/Escher Arnold,* Allgemeiner Teil des Schw. Obligationenrechts, 3e éd., t. II, p. 27.

[118] Cf. supra *ii).*

[119] Art. 64 à 67 CO.

E. L'action de la communauté contractuelle dans la convention collective de travail

On sait l'importance en Suisse des conventions collectives de travail. Là où la législation est souvent peu audacieuse et (comparativement aux autres pays industrialisés) peu abondante, un tissu dense de conventions collectives de branches, de professions et d'entreprises améliore de façon substantielle la situation de nombreux travailleurs (durée du travail, salaires minimaux, autres conditions de travail, licenciements collectifs, etc.). Il reste cependant de vastes secteurs (commerce de détail, agriculture, personnel domestique, travail précaire) où la faible implantation des syndicats n'a pas permis le développement de cet instrumentarium contractuel.

L'on distingue, dans le contenu d'une convention collective, plusieurs types d'obligations qui diffèrent par les personnes liées. Certaines dispositions[120] obligent les seules parties signataires à la convention, en général une organisation patronale et un ou plusieurs syndicats. D'autres dispositions[121] déploient un effet direct et impératif dans les rapports de travail individuels, c'est-à-dire entre chaque employeur et chaque travailleur liés par la convention.

La pratique a rapidement montré que ces deux types d'obligations n'assurent pas à elles seules une mise en oeuvre efficace de la convention. Si un employeur n'applique pas les conditions conventionnelles à un ou plusieurs salariés, ceux-ci peuvent introduire une action devant les tribunaux; mais ils prennent le risque d'une détérioration irrévocable des rapports de travail, voire d'un licenciement[122]. L'organisation patronale, que la loi charge de veiller au respect de la convention par ses membres[123], peut certes intervenir auprès de son affilié, mais les moyens à sa disposition sont peu dissuasifs, sauf à exclure l'employeur de l'association, et donc à le soustraire ainsi à l'empire de la convention collective[124]!
C'est ainsi que, dans plusieurs branches, les partenaires sociaux *«créèrent des organes communs chargés de veiller à l'application de la convention collective et*

[120] Dites *obligationnelles;* art. 356 al. 3, 357a CO.
[121] Dites *normatives;* art. 356 al. 1 et 357 CO.
[122] Lorsqu'un salarié est licencié parce qu'il a fait valoir de bonne foi des prétentions contractuelles, l'employeur peut être astreint à payer une indemnité, mais le congé ne peut pas être annulé par un tribunal, cf. art. 336 al. 1 lit. d et 336a CO.
[123] Art. 357a al. 1 CO.
[124] A moins que celle-ci n'ait été étendue à tous les employeurs et à tous les travailleurs par une décision de l'autorité administrative conformément à la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail [abrégée LECCT], RS 221.215.311. Mais les conventions étendues sont très peu nombreuses: au 1er janvier 1988, sept avaient été étendues par le gouvernement fédéral et 9 par des gouvernements cantonaux, cf. Jahrbuch des Schw. Arbeitsrechts, Zurich (Schulthess) 1988, p. 79ss.

envers lesquels certaines obligations incomb[ent] aux travailleurs et aux employeurs pris individuellement (communauté conventionnelle). Parmi ces obligations figur[ent] notamment celles de constituer des commissions d'entreprise, d'acquitter des contributions à des caisses de vacances ou de compensation, de se plier à des contrôles, de fournir des cautions, de payer des peines conventionnelles et d'observer la paix» du travail[125].

Ces dispositions d'un type particulier[126], nées de la négociation collective, eurent d'abord un statut juridique incertain puisque, conformément au système général du droit privé suisse, deux personnes ne sauraient stipuler une obligation à charge d'un tiers sans le consentement de ce dernier. La pratique n'attendit pas la consécration législative de ce mécanisme *sui generis* pour charger un organe, souvent appelé commission paritaire, de la tâche d'agir à l'encontre des employeurs et travailleurs récalcitrants au nom de la communauté formée par les parties signataires. La commission est chargée, si elle a connaissance d'une infraction à la convention, de rappeler à l'ordre les intéressés, de leur infliger une peine conventionnelle et, si satisfaction n'est pas obtenue, d'introduire une demande devant le tribunal compétent. Il n'est pas rare que la convention institue une procédure d'arbitrage.

La sanction législative tarda. En 1943, le parlement fédéral était saisi simultanément de projets de lois en matière de concurrence déloyale et de conventions collectives. Comme on l'a déjà vu, il introduisit dans la première l'action sociale des organisations économiques en même temps qu'il refusa aux organisations syndicales et patronales un moyen équivalent dans le domaine du droit du travail[127]!

Ce n'est qu'en 1956, à la suite d'un débat houleux[128], que le parlement ouvrit à la communauté contractuelle la voie judiciaire de l'exécution commune. Le gouvernement la proposait pour éviter de confier à une autorité administrative ce que les signataires de la convention collective sont plus aptes et plus motivés

[125] *Aubert Gabriel,* L'obligation de paix du travail, thèse Genève (Georg) 1981.

[126] Dites *indirectement constitutives d'obligations.* Pour une typologie, cf. *Vischer Frank,* [Zürcher] Kommentar zum Schw. Zivilgesetzbuch, t. V.2.c, Zurich (Schulthess) 1983, n° 86–93 ad CO 356, qui critique également la terminologie (n° 61 ad CO 356).

[127] Motion *Robert,* BO 1943 N 63ss; cf. *Meyer Manfred,* «Das Verbandsklagerecht in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtes», RSJ 44/1948 185s.

[128] *«Der Präsident der Kommission hat die Vertragsgemeinschaft mit einem Homunkulus verglichen. Ein sehr unangebrachtes Diminutiv! Wenn die Vertragsgemeinschaft durchgeht, so können Sie sich rühmen, der Geburt der Hydra beigewohnt zu haben.»* Conseiller national Bösch, BO 1954 N 47.

à faire. Le projet fut toutefois profondément remanié, au point qu'il est parfois privé de son idée directrice[129].

Conformément à l'art. 357b CO[130], les parties agissent *«en commun»*. C'est pourquoi l'on parle de communauté contractuelle, bien que celle-ci soit dépourvue de la personnalité juridique[131]. L'organe *ad hoc*, la commission paritaire, ne procède pas en son propre nom, mais au nom de toutes les parties à la convention[132].

Le pouvoir d'intervention de la communauté – c'est-à-dire les conclusions qu'elle pourra prendre devant le juge ou l'arbitre – varie en fonction de la nature des obligations enfreintes.

i) Lorsque la communauté contractuelle entend réprimer une violation aux dispositions normatives de la convention collective (celles qui règlent directement et impérativement *«la conclusion, l'objet et la fin des contrats* individuels *de travail»*[133]), elle exerce une forme d'action sociale au sens défini plus haut, limitée à la constatation de cette violation. Outre la stigmatisation de l'intéressé, l'on attend de cette constatation judiciaire qu'elle contraigne, *de facto* sinon *de jure*, à la prompte exécution des obligations négligées. Mais si ce n'est pas le cas, les personnes individuellement lésées en seront réduites à mener un second procès, dans le cadre duquel le premier jugement n'aura pas autorité de chose jugée[134].

Afin de remédier à cet inconvénient, la doctrine envisage que les salariés individuellement concernés puissent autoriser[135] la communauté contractuelle à faire valoir leurs prétentions dans le cadre de la première action, qui comprendrait

[129] *Vischer* (n. 126), n° 2 ad CO 357b. Comparer le texte actuel avec le projet de loi du Conseil fédéral, FF 1954 I 1653.

[130] Qui pose trois conditions supplémentaires: les parties à la convention collective doivent être des associations (et non pas, du côté patronal, un ou plusieurs employeurs à titre individuel); la convention doit prévoir l'exécution commune; les associations doivent être autorisées à introduire cette stipulation par leurs propres statuts ou par une décision de leur organe suprême.

[131] Ce type de communauté est comparable à une société en nom collectif, qui sans acquérir la pleine personnalité juridique, *«peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnée en justice»* (art. 562 CO).

[132] Arrêt de la Cour mixte de Genève, cité par *G. Aubert in* SJ 1988 590; arrêt non publié du Tribunal fédéral du 17 décembre 1976; *Aubert* (n. 125), p. 239; *Wehrli Peter*, Die gemeinsame Durchführung des Gesamtarbeitsvertrages gemäss Art. 323ter OR, thèse Zurich 1961, p. 27.

[133] Art. 357b al. 1 lit. a, 356 al. 1 CO.

[134] Absence d'identité des parties; *Vischer* (n. 126), n° 17 ad CO 357b.

[135] Dans un cas concret, non pas de façon générale et anticipée, cf. *Wehrli* (n. 132), p. 65; *Vischer* (n. 126), n° 18 ad CO 357b.

donc également des conclusions condamnatoires[136]. Cette idée déroge au principe selon lequel *nul ne plaide par procureur*, et crée un cas de *Prozessstandschaft* volontaire[137]. Il semble plus conforme au système de la loi de voir dans ces consentements autant de cessions fiduciaires des droits litigieux, ce qui requiert bien entendu la forme écrite[138].

L'autre moyen consiste à stipuler, dans la convention collective, que la violation de l'une de ces dispositions fait encourir une peine conventionnelle. La communauté contractuelle pourra alors, sans avoir à recueillir aucune autorisation des personnes lésées, agir en exécution de la peine conventionnelle, dont elle pourra éventuellement affecter le produit à l'indemnisation des intéressés.

ii) En effet, le paiement de peines conventionnelles, la fourniture de cautionnements, le respect des procédures de contrôle, de même que le paiement de cotisations à diverses institutions sociales, la représentation des travailleurs dans l'entreprise, le maintien de la paix du travail forment un second groupe de dispositions conventionnelles pour lesquelles l'exécution commune peut être stipulée[139]. Pour les faire respecter, la communauté peut cette fois agir directement en condamnation.

Ainsi, par le truchement d'une peine conventionnelle, la communauté peut infliger une sanction pécuniaire dans le cadre des rapports individuels de travail. Rien ne s'oppose à ce que cette peine soit mesurée à l'aune du dommage infligé[140].

III. Conclusion

Si le droit suisse de la procédure civile est loin de renier son parti pris résolument individualiste, il serait inexact de prétendre qu'il ignore toute forme d'action de groupe. Plus que dans d'autres domaines du droit privé, le Tribunal fédéral a pris les devants et reconnu que les disparités entre parties (ressources, compétences, valeur litigieuse, risques du procès) interdiraient *de facto* l'accès à la justice

[136] Le gouvernement fédéral a exprimé la même idée dans une réponse au Conseiller national Jelmini, BO 1976 N 1282.

[137] Contrairement au principe énoncé par le Tribunal fédéral à l'ATF 78 II 247, cf. supra I.C.

[138] Art. 165 CO.

[139] Art. 357b al. 1 lit. b et c CO.

[140] ATF 109 II 358.

civile si celle-ci ne permettait pas à une organisation représentative de la saisir en son propre nom, à son compte et à ses risques.

Mais ces choix sont normalement ceux du législateur. Les organisations économiques furent les premières dont le rôle propre fut reconnu dans la loi. Le parlement fédéral a cependant montré plus de peine à franchir le même pas à l'égard des syndicats, puis des organisations de consommateurs. Une prochaine étape l'attend, qui lui permettrait de reconnaître aux associations féminines une fonction importante dans la mise en oeuvre du principe de l'égalité de salaire entre hommes et femmes.

Comme la définition de la qualité pour agir en droit privé est de la seule compétence fédérale, il conviendra que le parlement ne s'abrite pas derrière la souveraineté cantonale pour résoudre la question. Mais les cantons, pour leur part, peuvent aussi jouer un rôle dans ce processus en modifiant leurs lois de procédure civile de sorte à permettre aux associations représentatives de travailleurs, de consommateurs, de locataires ou de femmes de représenter ceux-ci dans les procès civils relevant de leur but statutaire.

L'inventaire des voies et moyens actuellement disponibles montre toutefois une lacune majeure. Lorsqu'un nombre substantiel de personnes subit des atteintes semblables dans leurs personnes ou dans leurs biens, aucun mécanisme ne leur permet aisément de consolider cette multitude de préjudices individuels et de la canaliser dans une action unique. Souvent, les préjudices subis individuellement sont trop peu importants pour justifier une action en justice. Dans le cas contraire, le responsable présumé doit alors faire face à de multiples procès.

Une procédure *ad hoc*, telle qu'elle a été proposée il y a deux ans à la suite de la catastrophe de Seveso (Italie)[141], conserve toute son actualité après que celles de Bhopal (Inde) et de Schweizerhalle (Suisse) nous ont montré qu'aucun pays n'est à l'abri des risques majeurs.

[141] Cf. supra II.B. *iii.*