Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 86 (1967)

Artikel: Vers l'unification du droit de la responsabilité

Autor: Gilliard, François

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896014

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

VERS L'UNIFICATION DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

Rapport présenté par

FRANÇOIS GILLIARD

Professeur à la Faculté de droit de Lausanne

AVANT-PROPOS

Le droit suisse de la responsabilité civile est le résultat d'un phénomène de sédimentation. Les art. 333 CC et 55 CO évoquent la structure monarchique de la famille, à l'aube des temps historiques. L'art. 59 CO est issu du *damnum infectum*. La responsabilité subjective (art. 41 al. 1 CO) remonte au droit romano-byzantin. Les art. 56 à 58 CO sont un legs du moyen âge. Le XIXe siècle nous a apporté la responsabilité pour risque, apparue outre-Rhin. Impressionné par le BGB, le législateur de 1911 lui a emprunté l'art. 41 al. 2 CO. Enfin, l'époque contemporaine suscite des solutions entièrement nouvelles, telle la «canalisation» de la responsabilité sur la tête de l'exploitant ou du transporteur, instituée par la LUPEA.

Jusqu'à ces dernières années, les juristes suisses n'ont guère mis en doute le caractère harmonieux de cet ensemble, malgré l'origine disparate des matériaux et les flottements de la jurisprudence. Peut-être le *Schweizerisches Haftpflichtrecht* de M. Karl Oftinger a-t-il contribué, par sa savante ordonnance, à affermir la confiance. Pourtant, un peu partout dans le monde, la responsabilité civile est en pleine évolution. C'est la jurisprudence française qui a porté le coup le plus sensible à l'héritage du passé en généralisant,

dans la seconde moitié du XIXe siècle, la responsabilité à raison des choses inanimées, sur la base d'une interprétation hardie de l'art. 1384 al. 1 CCF. Cette évolution a naturellement été suivie par les Etats qui avaient reçu le Code Napoléon. Le nouveau code civil italien de 1942, poursuivant dans la même direction, a introduit la responsabilité à raison d'une activité dangereuse (art. 2050). Quant à la République fédérale allemande, elle est engagée dans une tentative de revision qui ne semble guère progresser actuellement.

Contrairement à notre intention première, nous avons renoncé à présenter un exposé comparatif. Fort heureusement, les ouvrages étrangers relatifs à la responsabilité civile sont nombreux et donnent tous renseignements utiles. Les recherches que nous avions entreprises nous ont convaincu que trois grands problèmes se posent pour la Suisse:

1. Faut-il étendre la responsabilité objective aux dépens de la vieille responsabilité aquilienne?

2. Dans l'affirmative, une responsabilité générale à raison des choses, ou des activités dangereuses, se justifierait-elle, ou bien faut-il en rester au système actuel consistant à poser des règles spéciales tenant compte des particularités que présentent les diverses catégories de choses ou d'entreprises?

3. Quels doivent être les rapports entre l'assurance et la responsabilité civile?

Telles sont les grandes options examinées dans notre rapport. Il nous est apparu toutefois que nous devions aussi proposer des remèdes à certaines incertitudes ou à certains inconvénients de notre droit positif, de façon à donner à notre travail non pas uniquement une portée théorique, mais aussi une valeur pratique immédiate.

Ainsi définie, la matière était extrêmement étendue. Nous avons donc été contraint de faire des sacrifices nombreux et souvent déchirants. En particulier, nous avons réduit au minimum les références bibliographiques et nous nous en excusons. Que tel ouvrage ou tel article ne soit pas cité ne signifie naturellement pas que nous en méconnaissions la valeur.

En revanche, la part faite à la jurisprudence du TF est importante. En effet, plus peut-être qu'aucun autre domaine du droit, la responsabilité civile nécessite l'étude de nombreuses espèces. Les idées abstraites sont presque toujours séduisantes à première vue; seuls les cas concrets révèlent l'injustice des solutions et l'incertitude des critères.

Enfin, également dans le dessein de réduire les dimensions de notre rapport, nous avons laissé totalement de côté les relations entre la responsabilité civile et la propriété intellectuelle, nous contentant de faire quelques brèves allusions à la LCD.

Première Partie

RESPONSABILITÉ – ASSURANCE – CONSCIENCE MORALE

§ 1. Responsabilité juridique et conscience morale

Depuis la fin du XIXe siècle, la prévention des accidents (accidents de la circulation mis à part, bien entendu) a marqué de continuels progrès, surtout en ce qui concerne la protection des travailleurs. Certes, la hardiesse de certaines réalisations suscite de nouveaux dangers, telle la tragédie de Mattmark. Il n'en reste pas moins qu'aux yeux de nos contemporains un accident ordinaire (par opposition aux accidents de circulation) est présumé imputable à une faute. L'homme moderne croit que l'état des connaissances techniques doit normalement écarter tout risque; il répugne à la «fatalité». La conscience religieuse a d'ailleurs subi de profondes transformations. Alors qu'au siècle dernier l'accident était facilement tenu pour une épreuve imposée par la volonté divine, cette attitude de pure résignation choque notre sens social. En dépit des hécatombes de la seconde guerre mondiale, notre sensibilité est infiniment plus vive que celle de nos ascendants. Un accident provoque facilement une réaction indignée de l'opinion publique, et la nouvelle qu'un alpiniste est en perdition, fût-ce par sa faute, suscite instantanément la constitution d'équipes de secours, malgré tous les dangers que le sauvetage peut comporter.

La jurisprudence du TF montre parfaitement l'évolution des idées dans le domaine de la responsabilité. Ainsi, dans dame Iten-Müller c/ Hugener (RO 40 II 274 = JT 1914 I 600), notre Haute Cour avait à apprécier la responsabilité d'un agriculteur qui avait conservé des explosifs dans un papier, sur une armoire, explosifs qu'une voisine, chargée de faire

le ménage au moment du décès de la femme du défendeur, jeta par inadvertance dans le poêle. On lit dans l'arrêt: «La faute du défendeur consistant à n'avoir pas pris les précautions nécessaires pour la garde des cartouches de dynamite est relativement faible et pour qu'elle amenât l'accident, il a fallu qu'il s'y ajoutât divers événements fortuits et une certaine faute concurrente de la demanderesse.» A travers ce considérant perce le visible souci des juges de ne point faire peser sur le défendeur une responsabilité trop lourde[1]. Nous ne croyons pas nous tromper en affirmant qu'une telle mansuétude appartient au passé.

La tendance actuelle, consistant à exiger le maximum de précautions, se manifeste d'une manière particulièrement éclatante dans l'application de l'art. 58 CO aux collectivités publiques ou aux propriétaires de bâtiments fréquentés par une large clientèle. Citons à titre d'exemple Commune d'Ayent c/ les hoirs d'Adèle Aymon (RO 91 II 197 = JT 1966 I 162) et Landis c/ Crédit Suisse S.A. (RO 88 II 417).

Cette évolution s'est tout naturellement traduite par une *Gleichschaltung* de plus en plus prononcée. Jadis le Tribunal fédéral tenait largement compte des circonstances locales, et notamment des difficultés imputables aux conditions de vie du défendeur ou à sa profession. Ainsi dans Schmid c/ Capeder (RO 41 II 419 = JT 1916 I 141), où il s'agissait d'une blessure mortelle causée par une arme à feu que manipulait un adolescent entré dans sa 17e année, les Juges de Mon-Repos relevèrent: «A la montagne on est obligé de laisser une assez grande indépendance à des enfants relativement peu âgés vu les occupations auxquelles ils doivent se livrer (garde du bétail, etc.) et il n'est pas possible pour les parents de les soumettre à la surveillance qui dans d'autres classes de la population serait usuelle. Les enfants s'habituent dès lors plus tôt aux dangers qu'implique ce genre de vie, ils savent ce qu'il faut faire pour les éviter et l'on peut ainsi plus facilement les livrer à eux-mêmes. En particulier

[1] Cf. aussi Chaudet c/ Stalder (JT 1936 I 50).

dans ces contrées on laisse les garçons chasser de bonne heure et ils prennent donc l'habitude des armes.»

Au contraire, dans le fameux arrêt Déjardin c/ Aubry (RO 85 II 243), relatif au droit de parcours dans les Franches-Montagnes, le TF a jugé que les exigences de notre époque devaient l'emporter sur les coutumes locales, ajoutant que, dans la mesure où des conclusions différentes pourraient être tirées de l'arrêt La Préservatrice c/ Juillerat, du 3 décembre 1935, «il faudrait considérer cet arrêt comme dépassé et ne répondant pas aux exigences de l'intensité actuelle de la circulation». La même remarque peut être faite à propos de l'arrêt précité Commune d'Ayent c/ les hoirs d'Adèle Aymon.

Le développement des assurances a naturellement contribué à l'évolution de la sensibilité. Dans les premières décennies du XXe siècle encore, l'auteur du dommage apparaissait souvent presque aussi digne de pitié que sa victime, car la réparation intégrale du dommage risquait de provoquer sa ruine et celle de tous les siens. C'est pourquoi les tribunaux s'efforçaient fréquemment de ménager le défendeur[2]. Même les entreprises ne semblaient pas à l'abri de catastrophes financières dues à une action en responsabilité, d'où notamment certaines précautions prises dans la LIE et dans la LRC[3].

---

[2] Tel fut visiblement le cas dans dame Iten-Müller c/ Hugener précité.

La réduction de l'indemnité pour le motif que la «réparation exposerait le débiteur à la gêne» (art. 44 al. 2 CO) ne se rencontre plus guère dans la jurisprudence. La vogue croissante de l'assurance RC a évidemment modifié d'une façon profonde les données du problème, car on est tenté – à tort ou à raison – d'objecter à celui qui invoque l'art. 44 al. 2 CO le fait qu'il a négligé de s'assurer. L'art. 62 al. 2 LCR, qui prend en considération le revenu «exceptionnellement élevé» de la victime, est plus conforme aux conceptions sociales actuelles. On pourrait légitimement l'introduire dans le droit commun.

[3] Art. 29 LIE: «Les indemnités pour dommages provenant d'un incendie causé par l'exploitation d'une installation électrique sont réglées par les dispositions du code fédéral des obligations.»

L'art. 11 al. 1 LRC, tout aussi caractéristique, exclut la responsa-

Aujourd'hui la réaction est inverse. Si l'on met à part les accidents de circulation, la victime est en général plus faible économiquement que l'auteur; bien souvent, elle n'est pas assurée. La pitié engage le juge à se montrer sévère pour le défendeur et indulgent pour le demandeur. Les conséquences sont évidentes: presque toujours une faute est relevée à la charge de l'auteur.

Le désir de lutter énergiquement contre les chauffards accentue encore cette tendance, qui se manifeste même sur le plan pénal. On peut naturellement se demander si la valeur éthique et la signification sociale de la condamnation pénale ne s'en trouvent pas affectées, mais la question sort du cadre de ce rapport. Notre remarque tendait simplement à mettre en évidence l'«hypertrophie» de la responsabilité subjective.

Cette hypertrophie menace directement l'autorité morale des jugements, et cela pour cinq raisons au moins:

1. Les occasions de commettre une faute sont beaucoup plus nombreuses que par le passé, de telle sorte que la constatation judiciaire de la faute a perdu une bonne partie de son caractère infamant.

2. La puissance de la machine provoque des disproportions souvent flagrantes entre la faute et ses conséquences. Or, il est bien difficile de conserver son sang-froid et de ne pas inférer presque automatiquement, de la gravité du dommage, l'existence d'une faute sinon grave, du moins caractérisée.

3. Le temps de réflexion est, en quelque sorte, une des «dimensions» de la faute. Plus le coupable avait la possibilité de considérer tous les éléments de la situation, plus la faute est grave (toutes choses étant égales d'ailleurs). Ce temps de réflexion est réduit en raison de la vitesse des ma-

---

bilité objective pour les dommages matériels causés à des objets ne se trouvant pas sous la garde de personnes victimes d'une atteinte à l'intégrité corporelle.

chines (pas seulement dans le domaine de la circulation routière).

4. Contrairement à l'auteur de l'acte illicite, le juge a tout loisir de rechercher la conduite la plus adéquate, il connaît d'ailleurs le danger puisque le résultat s'est déjà produit. Il y a divorce entre la réalité vécue et l'image post-fabriquée qu'en donne la lourde machine judiciaire: le défendeur a le sentiment que le jugement ne tient pas suffisamment compte de l'ensemble des circonstances.

5. De plus en plus, la solution des litiges nécessite des expertises techniques. Or, le juge est souvent incapable d'en apprécier la valeur. Pourtant les experts n'ont pas toujours raison. La faute perd donc le caractère d'évidence qui donne au jugement sa pleine autorité; elle devient affaire d'opinion, conclusion d'un raisonnement ésotérique ou fragile.

Ces remarques critiques paraîtront sans doute un peu vaines. Mais on a souvent reproché à la responsabilité objective (et surtout à la responsabilité pour risque[4]) de porter atteinte aux valeurs morales que sauvegarderait – prétendument – la responsabilité subjective. Il convenait donc de montrer brièvement, d'une part que la recherche de la faute n'a pas toujours une portée éthique indiscutable, et d'autre part que le développement de la responsabilité objective s'est accompagné d'une recherche de la faute de plus en plus poussée. Nous avons déjà mis en évidence certains facteurs de cette évolution. Il en est un dernier, très important, que nous avons laissé de côté jusqu'ici, à savoir les concours et collisions de responsabilités. Dans les accidents de la circulation, dans l'application de la LRC ou de la LIE, le

---

[4] Ici, comme dans la suite de notre exposé, nous donnons à l'expression «responsabilité pour risque» le sens de *Gefährdungshaftung* par opposition à la *gewöhnliche Kausalhaftung* que nous appellerons «simple responsabilité causale» ou «responsabilité à raison d'un devoir de surveillance». Les mots «responsabilité objective» désignent une responsabilité soit pour risque, soit à raison d'un devoir de surveillance.

juge doit fréquemment examiner si la victime n'a pas commis de faute concurrente, ou si l'entreprise, le détenteur du véhicule, n'ont pas un droit de recours contre un tiers. La comparaison des fautes commises revêt ainsi une grande importance. Les moyens libératoires dont peut disposer le défendeur provoquent d'ailleurs tout naturellement un «réflexe offensif» du juge. Celui-ci se contente rarement de constater que le défendeur n'a pas rapporté la preuve libératoire qui lui incombait, mais cherche à mettre en évidence des fautes, pour fonder plus solidement encore la décision. Cela est si vrai que de nombreux litiges recevraient la même solution si l'on abolissait la responsabilité objective.

Inversement, d'ailleurs, la responsabilité subjective s'est, dans la pratique, rapprochée de la responsabilité objective en raison des exigences posées par la jurisprudence à l'égard de ceux qui exercent une activité, détiennent ou utilisent une chose, de nature à causer un dommage à autrui. Dans Steffen c/ Aisslinger (RO 57 II 165 = JT 1931 I 403), le TF parle «du principe, reconnu depuis longtemps comme une norme générale de droit non écrit, que celui qui crée un état de choses comportant une menace de dommage pour les tiers, est tenu de prendre les mesures de protection et les mesures de précaution commandées par les circonstances, pour garantir les tiers contre un dommage.» Il semble que ce principe ait été introduit dans notre droit sous l'influence de Bähr[5]. Les premiers arrêts qui le mentionnent concernent des questions touchant aux papiers-valeurs[6]. Ultérieurement il fut utilisé pour la solution des problèmes posés par la circulation routière[7]. Mais son application la plus éclatante fut sans

[5] Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Kassel 1892, 165. La référence figure dans Bär & Cie et Kutzli c/ Spar- und Leihkasse Murten, RO 21 622.

[6] Voir l'arrêt précité et Schweizerische Volksbank c/ Stahel, RO 35 II 437.

[7] Cf. dame Barruchet c/ Economo, RO 57 II 311 et Christen c/ Bourquin, RO 60 II 277 = JT 1935 I 130. Il s'agissait d'accidents survenus avant l'entrée en vigeur de la LA.

doute Blanc et Chabbey c/ Beney et Commune d'Ayent (RO 66 II 114 = JT 1940 I 502), reconnaissant la responsabilité d'un entrepreneur qui avait laissé sur une place des fûts d'essence vides, sans en visser fortement les bouchons, négligence qui incita un adolescent à y jeter une allumette.

La conséquence d'un tel principe est que la faute tend à perdre son caractère subjectif (ou que, si l'on préfère cette formule, le problème de l'imputabilité s'estompe): l'auteur de l'acte ou de l'abstention ne peut plus se libérer en établissant son manque de connaissances techniques. Ainsi, dans Epoux Forster-Anliker c/ Sievi et consorts (RO 72 II 255 = JT 1947 I 202), notre Haute Cour a dit: «Il faut poser en principe que les prescriptions légales sur la responsabilité sont applicables aux agriculteurs comme aux autres citoyens. On doit exiger également des agriculteurs, spécialement en raison de la mécanisation croissante de leur exploitation, qu'ils vouent à la préservation des dommages l'attention objectivement indiquée.» Peu importe donc, dans cette optique, que l'intéressé n'ait pas été en mesure d'apercevoir le danger, faute d'être suffisamment préparé techniquement; peu importe même qu'il n'ait pu apercevoir la nécessité d'une solide préparation technique. Qu'on veuille ou non le reconnaître, le fossé qui sépare théoriquement la responsabilité objective de la responsabilité subjective se trouve ainsi partiellement comblé.

Faut-il le regretter? Nous ne le pensons pas. Les progrès de la psychologie et de la sociologie ont clairement mis en évidence la part de mythe qui se dissimule dans la responsabilité subjective. On sait que, dans les usines, négligences et maladresses sont essentiellement le fait de certains ouvriers, qui mettent sans cesse en danger leur propre intégrité corporelle et celle de leurs camarades. Et dans un congrès tenu à Paris en novembre 1966, certains médecins ont déclaré que la moitié environ des conducteurs sont en réalité inaptes à tenir le volant!

Enfin, il faut encore rappeler que, précisément en matière

de circulation automobile, les sanctions administratives sont venues s'ajouter aux sanctions pénales, alors que l'existence de l'assurance RC enlevait presque toute efficacité aux condamnations civiles. Mais les conséquences économiques du retrait du permis sont fort différentes selon la profession du conducteur. Le rapport faute–sanction s'en trouve modifié. Alors qu'en droit privé la gravité de la sanction dépend essentiellement de la quotité du dommage et de l'existence d'une assurance RC, dans une certaine mesure aussi de la gravité de la faute, la durée du retrait de permis dépend (ou devrait dépendre) de la gravité de la faute, et ses incidences dépendent d'un élément contingent, la profession exercée par le conducteur. Il ne faut donc pas surestimer la valeur éthique de la responsabilité.

§ 2. Faut-il étendre le rôle de l'assurance en matière de responsabilité?

Nous avons examiné jusqu'ici essentiellement le problème de la répression des fautes. Il faut toutefois observer que le droit privé moderne oscille entre deux conceptions de la responsabilité, que nous appellerons la responsabilité-sanction et la responsabilité-garantie. Celle-ci tend à la réparation intégrale (ou aussi étendue que possible) du dommage, et ne prend que dans une faible mesure en considération la faute de la victime ou d'un tiers, ou l'absence de faute du défendeur; celle-là répartit le dommage selon la gravité des fautes respectives.

La tendance de notre époque est incontestablement de faire une place toujours plus large à la responsabilité-garantie, soit en multipliant les *Gefährdungshaftungen*, soit en imposant des devoirs de vigilance très étendus (tout manquement à ces devoirs étant qualifié de «faute»). Cette évolution s'explique par toute une série de facteurs. La concentration de la population dans les villes aggrave la condition des personnes physiquement handicapées, en raison de l'exi-

guïté des appartements et de l'absence de possibilités de travail adéquates (alors qu'à la campagne un handicapé trouve plus facilement à rendre quelques services, et que le coût de la nourriture et du logement sont plus supportables pour la famille). Or, les progrès de la médecine permettent de sauver un grand nombre de personnes accidentées, qui ne recouvrent cependant pas leur pleine capacité de travail. Par surcroît, les frais médicaux, pharmaceutiques, d'hospitalisation, augmentent sans cesse, à tel point que les victimes ou leurs familles ne peuvent les couvrir[8]. A la différence de ce qui était le cas autrefois, le recours à l'assistance est considéré comme dégradant. D'ailleurs, l'aide publique tend à prendre la place de l'assistance privée. C'est donc le contribuable qui couvre le dommage non réparé par l'auteur. Il apparaît plus normal, aux yeux de l'opinion, que le dommage soit couvert par l'assureur RC plutôt que par la collectivité. Mais les responsables ne sont pas tous assurés. La sévérité des tribunaux risque de les acculer à la ruine, eux et leur famille[9]. La responsabilité aquilienne est née à une époque où la vie était simple, les techniques traditionnelles, les dangers bien connus. Aujourd'hui, le progrès crée de nouvelles occasions de fautes. Il faut souvent beaucoup de temps pour que les dangers présentés par une machine ou une substance soient clairement aperçus. Parce que la science multiplie les pouvoirs de l'individu, les risques se trouvent, eux aussi, accrus. On peut donc se demander s'il ne faut pas entreprendre une réforme radicale afin de tenir compte tout à la fois des intérêts de la victime, de l'auteur, de leurs familles, et de la collectivité entière.

Telles sont les préoccupations qui ont engagé M. André

---

[8] A titre indicatif, pour certains traumatismes crâniens les frais peuvent se monter à Fr. 1000.– par jour.

[9] C'est un des principaux arguments de M. André Tunc à l'encontre de la conception actuelle de la responsabilité civile. Cf. L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, dans JCP 1966 I 1983.

TUNC à présenter un projet révolutionnaire[10], qui tend à substituer l'assurance à la responsabilité civile. Il semble que l'intention primitive de l'auteur était de proposer une solution valable pour tous les domaines de la responsabilité civile[11]. Le projet publié ne concerne toutefois que la responsabilité des propriétaires de véhicules automobiles. Cette limitation s'explique certainement par les multiples obstacles rencontrés, et aussi par le fait que M. JEAN FOYER, Garde des Sceaux, avait constitué une commission en vue de la rédaction d'une loi sur la circulation routière. Nous estimons toutefois que cette limitation est fâcheuse, du moins selon le point de vue suisse. En effet, il est paradoxal que le conducteur ne subisse presque jamais les conséquences financières de ses fautes (même graves), alors que les autres chefs de responsabilité provoquent bien souvent des catastrophes financières, les auteurs n'étant pas tous assurés (tant s'en faut). C'est précisément dans le domaine du droit commun qu'une réforme est la plus urgente au point de vue éthique, quoique, naturellement, les accidents de circulation soient incomparablement plus nombreux. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de privilégier les propriétaires et conducteurs de véhicules à moteur.

L'avant-projet TUNC est publié[12]; nous jugeons donc inutile de le reproduire ici *in extenso* et en donnerons seulement les grandes lignes.

La nouvelle assurance couvrirait sans limitation ou jusqu'à concurrence d'un certain plafond pour les gros revenus[13] tous les dommages subis par des personnes autres que le

---

[10] La sécurité routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation. Paris 1966. Cf. aussi Assurance et responsabilité civile. Un projet de réforme du système légal de l'assurance automobile, dans Revue de droit pénal et de criminologie 46/1965–66, 595–617.

[11] Cf. L'enfant et la balle.

[12] La sécurité routière, 69–71; Assurance et responsabilité, 615-617.

[13] Dans La sécurité routière, 44, M. TUNC envisage, sans la trancher, la question de la fixation d'un plafond pour l'indemnisa-

conducteur, y compris la perte de soutien et le préjudice esthétique. Toutefois, les dommages matériels ne seraient réparés que si le lésé était «extérieur au véhicule».

En revanche, en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle ou de décès du conducteur, l'indemnité ne serait calculée que sur la base du salaire déclaré, en contractant l'assurance, par le propriétaire du véhicule, à moins que l'accident n'ait fondé la condamnation d'un tiers à une peine d'emprisonnement de quinze jours au moins.

En cas de collision, les assureurs couvriraient solidairement et proportionnellement à la puissance de chacun des véhicules les dommages corporels subis par toute personne autre que les conducteurs. Les dommages matériels subis par des personnes «extérieures au véhicule» seraient couverts de la même manière. Les dommages causés aux véhicules eux-mêmes demeureraient à la charge de l'assureur du véhicule endommagé, sous déduction d'une franchise obligatoire.

Aucune indemnité ne serait due à la victime (conducteur ou non), à ses héritiers, ou aux personnes ayant perdu leur soutien, si la victime avait volontairement causé le dommage.

En cas de vol d'un véhicule, les assureurs seraient dégagés de toute responsabilité à l'égard du voleur, du receleur, et d'une manière générale de tous ceux (passagers ou conducteur) qui savaient que le véhicule avait été volé.

Les accidents de la circulation ne pourraient donner lieu entre propriétaires et conducteurs de véhicules, cyclistes et piétons, à aucune autre indemnisation que celle prévue par le projet.

Lorsqu'une personne serait, en raison de sa participation à un accident, condamnée à une peine d'emprisonnement de quinze jours au moins, le tribunal pourrait décider, compte

---

tion de l'incapacité de travail. Dans Assurance et responsabilité civile, 608, il se prononce catégoriquement en faveur d'un plafond, mais très élevé.

tenu de toutes les circonstances, y compris les charges familiales du condamné, que l'assureur ou les assureurs en cause seraient en tout ou en partie relevés de leurs obligations à son égard et fondés à lui réclamer le remboursement intégral ou partiel des sommes qu'ils auraient dû verser du fait de l'accident, dans la mesure où ses fautes auraient causé les dommages.

Tout propriétaire de véhicule qui aurait mis plusieurs fois en jeu la garantie de son assurance pour des accidents survenus dans une période d'un an serait pénalisé par un supplément de prime, à moins qu'il n'apporte au Bureau Central de Tarification la preuve que l'un des accidents qui l'aurait justifié n'était pas imputable à une faute du conducteur.

Telles sont les grandes lignes du projet Tunc. On remarquera qu'il ne prévoit pas, en cas de mort d'homme, la réparation du préjudice d'affection (disparition d'un proche). M. Tunc est en effet un adversaire convaincu de cette indemnisation[14]. De même, le projet ne prévoit pas de *pretium doloris*. L'auteur écrit à ce sujet[15]:

«Envisageons ici – et toujours aussi concrètement que possible – la situation de celui qui a été blessé, qui a souffert et qui recouvre entièrement la santé. Lorsqu'il souffrait, ce qui pouvait atténuer ses douleurs, c'était la présence de sa famille et les visites de ses amis. Le droit n'y peut rien. Que se passe-t-il à l'heure actuelle? Quelques années après que sa souffrance est passée, il obtient une indemnisation. Celle-ci n'est pas choquante. Elle n'est même pas injustifiée. Mais elle est à peu près inutile, parce qu'elle arrive trop tard.

Si l'on admet qu'une réforme peut se faire sans souci d'un relèvement des primes, on peut inclure le *pretium doloris* dans l'indemnisation. Mais s'il faut choisir afin de maintenir les primes à un niveau raisonnable, il semble beaucoup plus essentiel d'indemniser en toute hypothèse une famille privée

---

[14] Nous y reviendrons ci-dessous, quand nous examinerons la réparation du tort moral, 246 ss.

[15] La sécurité routière, 45–46.

de son chef que de verser des dommages-intérêts pour *pretium doloris* – à moins peut-être, qu'il s'agisse d'une douleur exceptionnellement grave et prolongée.»

L'adoption des propositions de M. Tunc présenterait certainement un grand nombre d'avantages évidents. En particulier, on supprimerait tous les procès entre propriétaires ou conducteurs de véhicules et victimes. Il n'y aurait même pas besoin de distinguer la faute grave de la faute légère, puisque les conséquences de l'une et de l'autre seraient identiques. Mais ces avantages s'accompagneraient d'inconvénients certains.

En premier lieu, les victimes d'accidents dus à des véhicules non identifiés sont passées sous silence. Il est probable que, dans l'esprit de M. Tunc, le fonds de garantie qui indemnise actuellement ces victimes subsisterait, mais cette dualité de régime n'est guère heureuse. Il nous paraît préférable d'assurer chaque personne comme telle (contre les accidents) plutôt que les détenteurs (pour leur responsabilité civile). La base choisie entraîne une autre conséquence: le conducteur (propriétaire ou non) peut, dans le système de l'auteur, être insuffisamment assuré, puisque le propriétaire du véhicule n'est pas tenu de souscrire en faveur du conducteur, une assurance supérieure au salaire minimum interprofessionel garanti. Ici, le but social de la loi n'est pas atteint. Par surcroît, les dangers de fraude apparaissent évidents (attribution mensongère de la qualité de conducteur à un des passagers). Il pourrait arriver en outre que le propriétaire du véhicule soit un membre de la famille ayant un salaire très bas (ou n'exerçant pas de profession), et qu'il prenne comme passager la personne qui le soutenait financièrement. La perte de soutien subie par le propriétaire serait appréciée en fonction du salaire réel du passager décédé. Ainsi, le propriétaire qui n'aurait versé qu'une prime dérisoire recevrait une grosse indemnité!

Il nous semble également fâcheux que l'issue du procès pénal ait des incidences pécuniaires si la peine est au moins

de quinze jours d'emprisonnement. La disposition pourrait inciter le juge pénal à fixer la peine en fonction de cette conséquence (soit pour éviter l'action récursoire, soit au contraire pour la rendre possible). De plus, le droit pénal a ses règles propres: les conséquences de la récidive ou du cumul sont étrangères au droit privé.

Enfin, le supplément de prime à verser en cas de pluralité d'accidents devrait être à la charge du conducteur présumé fautif, et non du propriétaire qui ne conduisait pas son véhicule.

Au moment même où M. Tunc rendait ses propositions publiques, un jeune juriste suisse, M. Gaston Bosonnet, consacrait sa thèse[16] à la question: assurance RC ou assurance-accidents? A en juger par la bibliographie, l'auteur a tout ignoré des recherches parallèles faites Outre-Jura. La confrontation est d'autant plus intéressante[17].

Comme M. Tunc, M. Bosonnet limite le champ d'application de son projet à la responsabilité à raison des véhicules automobiles. Nous avons déjà montré que cette limitation est injuste et malheureuse. Dans l'ensemble, le système qu'il propose peut se définir comme un démarquage de l'assurance obligatoire contre les accidents (organisée par la LAMA). Toutefois, selon l'auteur, il ne rendrait pas indispensable la création d'une nouvelle caisse fédérale (analogue à la CNSA), car la nouvelle assurance pourrait être réalisée en faisant appel à la coopération des compagnies privées.

Les primes seraient à la charge du détenteur du véhicule automobile[18]. Pour éviter que les primes ne soient trop élevées, les dommages matériels ne donneraient droit qu'à une indemnisation partielle, et le gain de la victime n'entre-

---

[16] Haftpflicht- oder Unfallversicherung? Ersatz der Haftpflicht des Motorfahrzeughalters durch eine generelle Unfallversicherung der Verkehrsopfer. Diss. Zürich, 1965.

[17] Soulignons que des projets analogues à ceux de MM. Tunc et Bosonnet ont été élaborés aux Etats-Unis. M. Bosonnet s'y réfère et M. Tunc en a eu certainement connaissance également.

[18] 77.

rait en considération que jusqu'à concurrence d'un maximum, lequel devrait cependant être plus élevé que le revenu pris en considération pour les prestations de la CNSA[19]. Ici apparaît nettement, à notre avis, l'inconvénient de la solution. Les personnes jouissant d'un revenu supérieur à la limite maxima se verraient contraintes – pour être entièrement couvertes – de conclure une assurance complémentaire auprès d'une compagnie privée. Comme la conclusion d'un tel contrat serait facultative, beaucoup d'intéressés négligeraient cette mesure de précaution. Les accidents de la route deviendraient ainsi un facteur important de déchéance sociale.

Le détenteur serait-il tenu de réparer les conséquences de sa faute lourde, ou la victime devrait-elle se contenter, dans tous les cas, des seules prestations de l'assurance officielle (auxquelles s'ajouteraient, éventuellement, celles de l'assureur privé) ? Sur ce point, M. Bosonnet manifeste des hésitations, mais se prononce finalement pour la responsabilité personnelle du détenteur[20] dans l'hypothèse d'une faute lourde.

Les suggestions de M. Bosonnet. comme le projet Tunc, ne manquent certainement pas d'intérêt. On peut se demander toutefois si l'objectif visé par ces deux auteurs n'est pas trop limité. Le coût de l'hospitalisation, les frais médicaux et pharmaceutiques augmentent sans cesse. Qu'on veuille ou non l'admettre, l'heure nous paraît proche, où une certaine forme de sécurité sociale devra être instituée (l'assurance-maladie et accidents est d'ailleurs déjà obligatoire dans certains cantons). Il faudra alors revoir l'ensemble des problèmes posés par l'atteinte à l'intégrité corporelle.

On pourrait cependant envisager tout d'abord la création d'une assurance-accidents obligatoire. On éviterait ainsi les

---

[19] 83–84.

[20] 92–93. M. Bosonnet ne semble pas envisager l'hypothèse d'une faute lourde commise par un conducteur non détendeur. D'une manière générale, il laisse entièrement de côté l'hypothèse où il y a concours de responsabilités objectives et subjectives.

injustices et les paradoxes de la situation actuelle. Comment justifier en effet le fait que l'employeur assuré par la CNSA ne répond pas des conséquences de sa faute légère à l'égard de ses ouvriers victimes d'une atteinte à l'intégrité corporelle (art. 129 al. 2 LAMA)? ou encore que le détenteur du véhicule automobile ne répond pratiquement même pas de sa faute lourde, la réserve de l'art. 65 *in fine* LCR n'étant guère utilisée par les compagnies, pour des raisons de propagande commerciale? qu'au contraire, s'agissant d'un accident ordinaire, le sort de l'auteur, du lésé et de leurs familles dépend, et dépendra de plus en plus, de mesures de précautions facultatives, soit de la conclusion de contrats d'assurance?

En attendant la réalisation d'une sécurité sociale plus étendue, il serait donc désirable, à notre avis, d'envisager la couverture de tous les accidents, même non imputables à des tiers. Le financement d'une telle assurance poserait assurément des problèmes délicats, mais non insurmontables. Les cotisations pourraient être perçues selon le système en vigeur pour l'AVS ou l'AI. Pour alléger les primes et tenir compte des risques créés, des cotisations supplémentaires seraient perçues des détenteurs de véhicules et des employeurs. Pour ces derniers, on pourrait par exemple adopter une clef qui tiendrait compte du nombre d'employés, de l'énergie consommée par l'entreprise, voire encore d'autres éléments.

Une franchise éliminerait les cas-bagatelles, et un plafond limiterait les prestations de l'assurance, la perte de gain ou de soutien n'étant donc couverte[21] que jusqu'à concurrence d'un certain montant. Le salaire maximum pris en considération serait toutefois beaucoup plus élevé que ne l'envisage M. Bosonnet. On pourrait le fixer – pour le niveau actuel des salaires – à Fr. 30000.– au moins par an. Les dommages

---

[21] Nous jugeons inutile d'examiner longuement ici si l'indemnité devrait être allouée sous forme de rente ou de capital. D'une façon générale, nous ne sommes guère favorable à la rente, qui se déprécie rapidement et n'engage pas l'intéressé à faire preuve d'initiative.

matériels autres qu'une perte de gain ou de soutien ne donneraient droit à aucune indemnité, et le tort moral – à l'exception du préjudice esthétique de nature à affecter sérieusement l'avenir professionnel – ne serait pas réparé. On pourrait toutefois maintenir, pour les dommages matériels, une responsabilité objective à la charge des entreprises ou des personnes physiques exerçant une activité particulièrement dangereuse (barrages, oléoducs, réacteurs atomiques, mines, usage d'explosifs, aéronefs, travaux de génie civil, etc.), ainsi que des propriétaires de terrains, de bâtiments et d'autres ouvrages.

En cas de faute légère d'un tiers l'assurance répondrait seule de l'atteinte à l'intégrité corporelle et de la perte de soutien. En revanche, le lésé aurait, comme aujourd'hui, une action contre l'auteur d'une faute lourde, lequel serait tenu de réparer la totalité du dommage, y compris la part dont l'assurance ne répondrait pas (montant de la franchise, perte de gain ou de soutien supérieure au plafond, dommages matériels ordinaires, éventuellement réparation du tort moral, au cas où cette réparation serait maintenue[22]). Le juge tiendrait naturellement compte de la faute concurrente de la victime ou d'un tiers, ou des faits dont la victime ou le tiers devraient répondre (tel le risque inhérent), mais il pourrait aussi tenir compte de la situation financière des parties, sauf en cas de faute inexcusable[23].

Les mêmes règles s'appliqueraient *mutatis mutandis* au recours de l'assurance contre l'auteur. Le prétention de celle-ci serait «postposée»: la victime devrait être entièrement indemnisée avant que l'auteur puisse être recherché par l'assurance.

Les compagnies privées seraient autorisées à couvrir les conséquences d'une faute grave, mais seulement sous déduction d'une franchise dépendant du revenu de l'assuré

---

[22] Nous discuterons la question ci-dessous.

[23] Nous empruntons ce concept aux art. 467 et 468 du Code français de la sécurité sociale.

RC; toute assurance couvrant la responsabilité civile à raison d'une faute inexcusable ne sortirait ses effets qu'à l'égard du lésé[24].

Certes, les dommages matériels causés par les collisions de véhicules poseraient un problème délicat, en raison de leur fréquence et de leur montant élevé. Mais plusieurs systèmes pourraient être envisagés, par exemple l'obligation pour le détenteur d'assurer son véhicule (sous déduction d'une franchise), ou encore une répartition du dommage entre les détenteurs des véhicules impliqués, soit par parties égales, soit au prorata de la puissance des machines, etc.

La division tripartite des fautes (faute légère, faute grave, faute inexcusable) apparaîtra sans doute criticable aux yeux de beaucoup de lecteurs. Il faut souligner toutefois que le droit suisse connaît déjà la distinction entre faute légère et faute grave (art. 44 al. 2 CO, 14 al. 2 à 4 LCA, 129 al. 2 LAMA, ainsi qu'en matière de responsabilité pour risque[25]). Nous reconnaissons volontiers que l'usage de tels concepts comporte un danger d'arbitraire, puisqu'on substitue un discontinu à un continu (les degrés, nuancés à l'infini, de la faute). Il y aura des cas douteux, des cas-victimes peut-être. Mais aucun système ne peut présenter que des avantages. Nos propositions seraient d'ailleurs plus avantageuses pour les victimes que l'art. 14 LCA actuel. En effet, nous pensons que seule une faute inexcusable de la victime devrait entraîner la déchéance du droit à l'assurance. Bien entendu, la déchéance interviendrait, en cas de faute inexcusable de la victime, même si un tiers était impliqué dans l'accident.

---

[24] Bien entendu, l'assurance RC ne couvrant que la faute grave (à l'exclusion de la faute inexcusable) devrait être prohibée, sinon le lésé serait désavantagé en cas de faute inexcusable. Mais il faudrait veiller, par des mesures appropriées, au caractère effectif du recours contre l'auteur de la faute inexcusable.

[25] En matière de responsabilité pour risque, la jurisprudence ne donne pas au concept de «faute grave» le même contenu qu'en droit commun, puisque, selon la formule volontiers employée, la faute

Pour éviter que les primes ne soient trop élevées, nous assimilerions à la faute inexcusable l'acceptation du risque (sauf pour les actions de secours) et les accidents survenus dans l'exercice d'un sport.

Mais on pourrait nous faire un autre reproche encore, celui d'obliger le juge à distinguer maladie et accident. Or, lorsque l'événement dommageable n'est pas dû à l'intervention d'un tiers (et l'assurance que nous envisageons serait une véritable assurance-accidents, non une assurance RC), il n'est pas aisé de distinguer ces deux concepts. Le reproche ne serait, certes, pas infondé, mais la jurisprudence relative à la LAMA a montré que les difficultés ne sont pas insurmontables.

En revanche, le cas des victimes domiciliées à l'étranger serait assez difficile à résoudre. Peut-être pourrait-on créer à leur intention une assurance à effets limités, ne couvrant que les frais de traitement et d'inhumation, et qu'on financerait par une modeste contribution sur les nuitées, par exemple.

La même limitation s'appliquerait aux personnes adultes sans activité lucrative (rentiers, «ménagères»), à l'exception des jeunes gens faisant encore des études ou un apprentissage, mais la cotisation serait à la charge du chef de famille ou, à défaut, de l'intéressé personnellement.

La perte d'un soutien futur ne donnerait droit à aucune indemnité. En revanche, la perte d'un gain futur devrait être prise en considération, malgré les problèmes que poseraient le calcul et la perception des cotisations, lesquelles seraient elles aussi à la charge du chef de famille ou, à défaut, de l'intéressé.

On nous objectera sans doute également que la généralisation de l'assurance-accidents compromettrait la sécurité

---

grave doit «interrompre le lien de causalité». Cf. à ce sujet Baptiste Rusconi, Quelques considérations sur l'influence de la faute et du fait du lésé dans la responsabilité causale, dans RDS N.S. 82 I,1963, 337–363.

publique parce que la faute légère n'entraînerait plus de conséquences économiques pour le coupable. L'objection ne nous semble pas fondée. Les imprudents et les négligents courraient toujours le risque que leur faute soit tenue pour grave ou même inexcusable. On pourrait d'ailleurs prévoir que les personnes dont les fautes auraient causé des dommages répétés devraient verser à l'assurance une indemnité ou un supplément de prime.

Reste le grief majeur: l'adoption de nos propositions constituerait un nouveau pas vers l'étatisation et compromettrait l'existence des compagnies privées. Il est clair, en effet, qu'une telle assurance devrait nécessairement être gérée par une caisse fédérale analogue à la CNSA. La profession médicale en serait directement affectée, bien qu'une classification des patients (telle qu'elle a été adoptée lors de la revision de la LAMA) n'apparaisse nullement inconcevable. La franchise pourrait également varier en fonction des revenus. D'autre part, il serait loisible aux intéressés de conclure des assurances complémentaires, notamment pour couvrir les frais d'hospitalisation en chambre privée, voire les honoraires de médecins désireux de rester tout à fait indépendants. Par surcroît, la caisse fédérale ne fournirait aucune prestation en cas de maladie et il y aurait peut-être lieu de prévoir une réduction de l'indemnité lorsque les conséquences de l'accident seraient aggravées par une prédisposition de la victime. Il serait donc exagéré de parler d'un risque d'étatisation de la médecine et les compagnies privées d'assurances ne se verraient pas menacées de disparition. Au contraire, l'assurance de choses connaîtrait certainement une faveur accrue.

Il est évident toutefois que l'acceptation de nos suggestions n'irait pas sans inconvénients. Mais les avantages seraient considérables. On épargnerait la plus grande partie des frais énormes que les procès en responsabilité occasionnent aujourd'hui. On éviterait de multiplier les responsabilités objectives. On résoudrait le douloureux problème que

pose l'enfant victime d'un accident dû à la fois au fait d'un tiers et au défaut de surveillance des parents – problème qui embarrasse si fort la jurisprudence oscillant entre le respect des vieux principes (qui commanderaient une réduction de l'indemnité ou sa supression) et les exigences de l'équité (qui s'opposent à ce que l'enfant pâtisse de la faute de ses parents). Enfin, et dans le même ordre d'idées, on soulagerait le chef de famille à qui l'ordre juridique impose, paradoxalement, un devoir de surveillance qu'il lui interdit simultanément d'accomplir, l'enfant passant obligatoirement à l'école ou sur le chemin de l'école le plus clair de son temps!

Nous ne nous faisons toutefois guère d'illusions. Un projet tel que celui que nous avons très sommairement esquissé est trop contraire à la tradition pour que son adoption apparaisse proche. C'est pourquoi, les pages qui précèdent ne nous dispensent pas d'étudier le régime actuel, dans l'espoir de réaliser au moins quelques améliorations, à défaut d'une véritable révolution.

Deuxième Partie

IMPERFECTIONS, LACUNES ET DÉFAUTS DE SYSTÉMATIQUE DANS LE DROIT SUISSE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Comme l'indique le titre même de notre deuxième partie, les griefs que l'on peut adresser à notre législation sont de trois ordres:

1. Certaines solutions apparaissent erronées ou ne correspondent pas aux nécessités du monde moderne.
2. Notre droit a des lacunes que la jurisprudence n'est pas toujours parvenue à combler.
3. La multiplication des lois spéciales a abouti à des différences de réglementation qui ne sont pas justifiées: la responsabilité civile souffre d'une manque de systématique.

En dépit des avantages que cela aurait présentés, nous avons dû renoncer à traiter séparément ces trois catégories de griefs. En effet, il était indispensable de procéder du général au particulier, c'est-à-dire d'étudier d'abord les questions qui se posent à la fois dans le cadre du droit commun et dans celui des lois spéciales, pour passer ensuite à ces dernières, auxquelles nous ne consacrerons d'ailleurs que quelques brefs paragraphes.

§ 1. Le for

Les art. 41 ss. CO ne contiennent aucune règle sur le for. Celui-ci est donc régi en principe par l'art. 59 al. 1 CF, aux termes duquel le débiteur solvable ayant domicile en Suisse doit être recherché devant le juge de son domicile[1]. Mais les exceptions à la règle sont nombreuses.

---

[1] Müller, RO 5 298; Stüssi, RO 7 229; Meyer, RO 7 670.

Tout d'abord, en matière intracantonale, le législateur cantonal est libre d'instituer un autre for.

D'autre part, selon la jurisprudence bien établie du TF, le juge pénal peut, s'il condamne l'accusé[2], statuer également sur l'action civile[3], à moins que l'aspect civil du litige n'ait une importance prépondérante[4].

En outre, comme les Juges de Mon-Repos l'ont rappelé récemment dans l'arrêt Devaud[5], la règle de l'art. 59 al. 1 CF souffre des exceptions en ce qui concerne le défendeur à l'action reconventionnelle[6], le débiteur recherché au for de l'établissement commercial ou de la succursale[7], et le plaideur qui a renoncé au for du domicile en signant une clause de prorogation[8] ou en plaidant sur le fond devant un juge incompétent sans faire de réserves[9].

Le législateur fédéral lui-même n'a pas hésité à écarter l'application du principe constitutionnel pour des responsabilités spéciales. Ainsi, selon l'art. 761 CO, l'action en responsabilité peut être ouverte devant le juge au siège de la société anonyme contre toutes les personnes responsables, lorsqu'un dommage a été causé à la société, à ses créanciers ou à ses actionnaires. La règle vaut aussi pour les sociétés à responsabilité limitée (l'art. 827 renvoyant à l'art. 761), les sociétés coopératives de crédit et les sociétés coopératives d'assurances concessionnaires (l'art. 920 renvoyant également à l'art. 761).

---

[2] Arrêt Meyer précité; Ulrich, RO 9 139.

[3] Schweizer, RO 23 I 531; Oberallmeind Schwyz, RO 24 I 238; Dölitzsch c/ Hauser, RO 31 I 1; Franzoni c/ Aubert, RO 53 I 51; Devaud, RO 90 I 104.

[4] Cf. les arrêts cités à la note précédente et Hochapfel c/ Romann, RO 56 II 116 = JT 1930 I 524.

[5] RO 90 I 104.

[6] Von Tobel c/ Künzle, RO 87 I 126 = JT 1961 I 573.

[7] Sartoris c/ Frischknecht, RO 77 I 121 = JT 1952 I 209; Bühler-Meyer & Co. c/ Tierzin GmbH, RO 81 I 52 = JT 1956 I 25.

[8] Roth c/ Koller, RO 87 I 53 = JT 1961 I 341.

[9] Roth c/ Koller précité; Heiniger c/ Hoegger & Co., RO 87 I 131 = JT 1961 I 581.

Les lois spéciales font en général[10] exception à l'art. 59 al. 1 CF:

Art. 19 LRC: «Les actions en indemnité peuvent être intentées au siège principal de l'entreprise ou devant le tribunal désigné par la concession ou la loi dans le canton où l'accident s'est produit . . .»

Art. 5 al. 1 et 2 LF sur les chemins de fer fédéraux, du 23 juin 1944 (en dérogation à la LRC): «Les chemins de fer fédéraux ont leur siège à Berne. – Ils peuvent être actionnés hors de leur siège au chef-lieu de chaque canton par les habitants du canton.»

Art. 4 al. 1 pr. LF sur les chemins de fer, du 20 décembre 1957 (également en dérogation à la LRC): «L'entreprise de chemins de fer peut être actionnée soit au lieu de son siège, soit, par les habitants d'un canton dont elle emprunte le territoire, devant la juridiction compétente de ce canton . . .»

Art. 5 LCD: «Si le défendeur n'a pas de domicile en Suisse, l'action peut aussi être portée devant le juge du lieu où l'acte a été commis. – S'il existe une connexité entre une action civile fondée sur la concurrence déloyale et une contestation de droit civil concernant la protection des inventions, des dessins et modèles industriels, des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et mentions de récompenses industrielles ou la protection des œuvres littéraires et artistiques, l'action en concurrence déloyale peut être également portée devant le tribunal cantonal compétent pour trancher les susdites contestations en instance cantonale unique. En pareil cas, le recours au Tribunal fédéral est recevable sans égard à la valeur litigieuse.»

Art. 67 LF sur la navigation aérienne, du 21 décembre

---

[10] Ni la LIE, ni la LF sur la chasse et la protection des oiseaux, modifiée par les LF du 23 décembre 1953 et du 23 mars 1962, n'instituent de for spécial.

1948: «Pour connaître des actions en réparation des dommages est compétent au choix du demandeur:

le tribunal du domicile du défendeur ou

le tribunal du lieu où a été causé le dommage.»

Art. 14 al. 2 et 3 LF sur la navigation maritime sous pavillon suisse, du 23 septembre 1953: «Les actions civiles se fondant sur des actes illicites commis à bord des navires suisses ainsi que toutes les autres actions civiles dérivant de la présente loi ont leur for à Bâle si elles n'ont pas d'autre for en Suisse. – Les actions dérivant de la limitation de la responsabilité de l'armateur ainsi que les demandes d'homologation de dispache en cas d'avarie commune ont leur for à Bâle.»

Art. 84 LCR: «L'action civile dérivant d'un accident causé par un véhicule automobile ou un cycle sera intentée devant le juge du lieu de l'accident. Avec le consentement de toutes les personnes lésées qui n'ont pas encore obtenu la réparation du dommage, l'action peut être ouverte au domicile de l'une des personnes civilement responsables ou, lorsque l'action est dirigée contre l'assureur, au siège social de l'entreprise d'assurances.»

Art. 26 al. 1 à 3 LUPEA: «Si le dommage est survenu par suite de l'exploitation d'une installation atomique, les actions fondées sur la présente loi seront intentées devant le juge du lieu où est située cette installation.

Si le dommage est survenu lors du transport de combustibles nucléaires ou de résidus radioactifs, l'action doit être ouverte devant le juge du lieu de l'accident. Lorsque le lieu de l'accident ne peut pas être déterminé, l'action doit être intentée:

a) Si l'exploitant de l'installation atomique est responsable, devant le juge du lieu où est située cette installation;

b) Si le bénéficiaire de l'autorisation de transport est responsable, devant le juge de son domicile.

Le bénéficiaire de l'autorisation de transport qui veut

assumer la responsabilité à la place de l'exploitant de l'installation atomique et qui n'a pas de domicile en Suisse doit, lorsqu'il sollicite l'autorisation visée par l'article 12, 4e alinéa, se soumettre par une déclaration écrite à la juridiction suisse et élire domicile en Suisse pour les actions découlant du 2e alinéa, lettre b.»

Art. 40 LITC: «Dans les cas de sinistres selon l'article 33, les actions civiles contre la personne civilement responsable, son assureur ou contre le preneur d'assurance peuvent, au choix du demandeur, être intentées au domicile du défendeur ou au lieu où le sinistre s'est produit.»

Il apparaît ainsi que le législateur fédéral a introduit de nombreuses dérogations à l'art. 59 al. 1 CF. Il l'a fait, assurément, dans les meilleures intentions, mais un juriste éprouve toujours quelque malaise devant une violation de la loi fondamentale. Il faut donc espérer qu'à l'occasion de la revision totale projetée, l'art. 59 CF sera remplacé par une disposition plus souple. A notre avis, en matière d'actes illicites, on devrait abandonner, du moins dans une certaine mesure, le principe posé dans cet article. Le principe se justifiait, à l'époque, par les difficultés de déplacement (difficultés qui pouvaient compromettre la défense), et aussi par la crainte de préventions locales: il y avait peut-être un danger que les tribunaux du *forum delicti commissi* n'admissent trop volontiers l'action lorsqu'elle était dirigée contre une personne étrangère au canton. Mais l'application de la LA (art. 45) puis de la LCR, montre que cette crainte, à supposer qu'elle ait été fondée en 1874, ne l'est certainement plus aujourd'hui. L'art. 59 al. 1 CF présente, en matière d'actes illicites, des inconvénients certains. Souvent l'inspection locale permet au juge de mieux comprendre comment le dommage s'est produit. Or les tribunaux n'aiment guère se déplacer dans un autre canton. Les témoins résident en général au lieu de commission. Leur audition par voie de commission rogatoire n'a pas la même valeur que l'interrogatoire à la barre. La connaissance des conditions et des habitudes

locales est souvent précieuse. Comme on voyage beaucoup plus que par le passé, les cas où domicile du défendeur et *forum delicti commissi* ne coïncident pas sont certainement plus fréquents que jadis. Enfin, et comme le TF l'a relevé dans l'arrêt Devaud précité, la solution actuelle oblige le demandeur, lorsqu'il y a plusieurs responsables, à agir à des fors différents. D'où des frais supplémentaires et des risques accrus de décisions contradictoires. Dans Depuoz[11], les Juges de Mon-Repos, résumant les arrêts Walther[12] et Franzoni[13], estimèrent d'ailleurs nécessaire d'apporter un correctif au principe constitutionnel et déclarèrent que les défendeurs solidaires ne sauraient se prévaloir de l'art. 59 al. 1 CF «wenn die Beklagten *notwendige* Streitgenossen, die gegen sie erhobenen Ansprüche *identisch* sind und die Vollziehung des Urteils gegen den einen daher *notwendig* auch die Verurteilung der übrigen Beklagten voraussetzt». Mais cette exception, qui ne s'appliquait de toute manière pas à des coresponsables ordinaires[14], n'est pas mentionnée dans l'arrêt Devaud.

En droit français, la demande d'indemnité peut être introduite soit devant le tribunal du domicile (ou à défaut de la résidence) du défendeur, soit devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit, au choix du demandeur[15]. Cette solution, identique à celles de la loi sur la navigation aérienne et de la LITC, nous paraît, d'une manière générale, heureuse. Elle présente toutefois des inconvénients lorsque le lieu de l'acte ou de l'abstention ne coïncide pas avec celui du résultat. Il peut en être ainsi notamment en cas de concurrence déloyale, d'atteinte à l'honneur, etc. Parfois même, le lieu du dommage sera impossible ou très difficile à loca-

---

[11] RO 69 I 5.

[12] RO 51 I 47.

[13] RO 53 I 51.

[14] Comme le dit expressément l'arrêt Franzoni.

[15] Art. 20 et 21 du décret du 22 décembre 1958, pour le Tribunal d'instance; art. 59 du Code de procédure civile, pour le Tribunal de grande instance.

liser: si une campagne de diffamation est menée au moyen de lettres adressées à des tiers, où est le «lieu du dommage»? au lieu où les lettres ont été reçues, au domicile ordinaire des destinaires, au domicile de la victime?

Les considérations qui précèdent nous engagent:

1. à adopter la solution française lorsque le dommage résulte d'une atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne ou à un bien matériel déterminé;

2. à imposer un for unique au lieu avec lequel l'acte illicite a eu le rapport le plus étroit, lorsque la nature particulière du litige exige que l'action puisse être intentée contre toutes les personnes responsables devant un seul et même tribunal[16];

3. à maintenir le for du domicile du défendeur dans tous les autres cas, les exceptions énumérées dans l'arrêt Devaud étant toutefois réservées.

Assurément, on sera tenté de nous objecter que la notion d'atteinte à un bien matériel déterminé peut prêter à contestation. Mais les hypothèses qui susciteraient des hésitations seraient certainement rares, et le lésé aurait toute latitude d'éviter une erreur en attaquant l'auteur à son domicile.

Les règles de for que nous proposons s'appliqueraient aussi aux responsabilités objectives. Toutefois, les fors institués par des lois spéciales subsisteraient dans la mesure où les divergences se justifieraient par des considérations propres aux espèces régies par ces dispositions exceptionnelles. Seules, à notre avis, les options prévues par la LF sur les chemins de fer fédéraux et par la LF sur les chemins de fer (privés) prêtent sérieusement à la critique[17]: le domicile du

---

[16] Dans notre esprit, il s'agirait de codifier ainsi, en l'étendant quelque peu, la solution de l'arrêt Depuoz. Supposons par exemple un acte de concurrence déloyale commis par un employé sur l'ordre de ses employeurs formant entre eux une société simple: les employeurs devraient être recherchés à un for unique.

[17] Pour les actions délictuelles. Nous n'envisageons pas ici le cas des actions contractuelles.

demandeur ne devrait pas entrer en ligne de compte, et les fors du siège ou du lieu de l'accident nous semblent parfaitement adéquats. Mais une tentative de réforme dans ce sens se heurterait sans doute à la force de la tradition et à des arguments sentimentaux.

§ 2. La prescription

L'art. 60 CO n'institue pas moins de quatre possibilités en ce qui concerne la prescription des actions fondées sur la responsabilité délictuelle, à savoir:

1. Une prescription annale, qui court «du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur».

2. Une prescription décennale, intervenant à défaut de la première, et à condition que le demandeur ne puisse se prévaloir de l'une ou l'autre des exceptions prévues par la loi (chiffres 3 et 4 ci-dessous).

3. L'application de la prescription de l'action (publique) pénale, à condition que l'acte (ou l'abstention) soit punissable.

4. Le principe «*quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*».

En revanche, le code ne pose aucune règle au sujet de la prescription du droit de recours en cas de responsabilité plurale. Dans CFF c/ Société d'entreprise du Tunnel du Simplon Brandt, Brandau & Cie (RO 36 II 478), le TF avait jugé que, dans le sience de la LRC, la prescription devait être acquise par l'expiration du délai ordinaire de dix ans (art. 127 CO). Mais, dans Assurance cantonale lucernoise contre l'incendie c/ Hauser (RO 55 II 118 = JT 1929 I 450), les Juges de Mon-Repos décidèrent que la prescription applicable est en principe celle qu'institue le droit qui régit l'action récur-

soire[18]. Ainsi, lorsque l'action récursoire se fonde sur la LIE, la prescription sera celle de l'art. 37 LIE. Si l'action récursoire se fonde sur un contrat, sa prescription sera régie par les règles sur la prescription des actions contractuelles (art. 127 et 128 CO). Cette solution a l'approbation de la doctrine[19]. Malheureusement, comme nous le montrerons par la suite, il semble qu'elle ne s'applique pas lorsque la personne qui exerce le recours jouit d'un droit de subrogation[20]. Par surcroît, on peut hésiter au sujet du point de départ de la prescription. Certains estiment que ce doit être le paiement effectif de l'indemnité par le responsable[21]. On doit toutefois observer que la seconde personne responsable, non recherchée par le lésé, risque ainsi d'attendre bien des années qu'il soit statué sur son sort, et de perdre, par l'écoulement du temps, des moyens de preuve à sa décharge. Par surcroît, lorsque le défendeur n'a pas pu s'acquitter entièrement à l'égard du lésé, faute de ressources suffisantes, il ne

---

[18] A vrai dire, les considérants de l'arrêt ne permettent pas de discerner avec certitude si, aux yeux du TF, il s'agissait d'un cas de subrogation ou d'un simple recours.

[19] OFTINGER I 314. HUGO OSER und WILHELM SCHÖNENBERGER, Das Obligationenrecht. I. Halbbd. 2. Auflage. Zürich 1929. (Zürcher Kommentar zum ZGB.) Rem. 10 ad art. 60. BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Allg. Teil. Zürich 1964, 426. A noter que ces auteurs ne font aucune différence entre la subrogation et le recours ordinaire. L'arrêt Täuber c/ CNSA, cité ci-dessous, semble leur avoir échappé.

[20] Dans Täuber c/ CNSA (RO 60 II 30 = JT 1934 I 268), le TF a dit: «Comme la loi n'a pas de délai de prescription pour ce droit de recours (de la CNSA, selon l'art. 100 LAMA), la Caisse nationale n'acquiert les droits de l'assuré que dans la mesure de leur existence, c'est-à-dire soumis à la prescription courante.» Notre Haute Cour appliquait donc strictement le principe de la subrogation, qui voudrait que le changement de sujet actif n'ait aucune influence sur la prescription. Nous aurons toutefois l'occasion de montrer que cette solution est inadmissible (cf. infra 286).

[21] OFTINGER, loc. cit. ANDREAS VON TUHR und ALFRED SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 2. Halbbd. 2. Auflage hrsg. von A' S'. Zürich (1944). 760 note 128.

peut exercer son droit de recours, même si le coresponsable doit, en dernier lieu, supporter le dommage en totalité. Or, il n'est pas exclu que le coresponsable ait acquitté le solde à l'insu du défendeur! Nous comprenons donc mal qu'une solution aussi fâcheuse ait été adoptée par le législateur à l'art. 83 al. 3 LCR et à l'art. 39 al. 3 LITC (où elle présente, il est vrai, moins d'inconvénients qu'en droit commun, puisque le dommage sera presque toujours couvert par une assurance). Dans l'arrêt CFF c/ Société d'entreprise du Tunnel du Simplon Brandt, Brandau & Cie, le TF avait laissé la question en suspens. En revanche, dans Assurance cantonale lucernoise contre l'incendie c/ Hauser, les Juges de Mon-Repos, tout en déclarant que la demanderesse ne pouvait exercer son recours avant d'avoir payé, semblèrent adopter comme point de départ la connaissance, par le recourant, du dommage et de son auteur.

Contrairement à l'opinion émise par le TF dans cet arrêt, il nous paraît indispensable que le responsable recherché par le lésé puisse ouvrir action au coresponsable avant d'avoir indemnisé le lésé [22]. Bien entendu, la condamnation du coresponsable sera alors conditionnelle, subordonnée, pour ses effets, au paiement, par le responsable demandeur, de l'indemnité due au lésé [23]. Si l'on nous suit sur ce point, rien ne

---

[22] Certaines institutions de procédure, telle l'évocation en garantie de droit vaudois (art. 267 ss. CPC), permettent déjà d'obtenir ce résultat en matière intracantonale, si l'on admet que le droit fédéral ne s'y oppose pas. Mais, précisément toute la question est là.

[23] Bien entendu, le jugement rendu entre le responsable recourant et le coresponsable n'aura pas force de chose jugée à l'égard du lésé.

Une solution séduisante consisterait à permettre au responsable recourant de conclure au paiement en main du lésé, par le coresponsable défendeur, de la part de l'indemnité que ce coresponsable devra supporter. Mais, sans être absolument impraticable, cette solution présenterait certains inconvénients. Nous l'avons donc écartée. Il faut reconnaître cependant que la solidarité entraîne parfois des conséquences profondément iniques. Le législateur en a été conscient lorsqu'il a rédigé la LCR et a cru devoir y remédier

s'oppose à ce que le délai de prescription parte, pour l'action récursoire, du jour où la condamnation du responsable qui recourt aura acquis force de chose jugée et, en cas de reconnaissance volontaire de la dette, dès cette reconnaissance. Cette solution présentera le grand avantage de permettre au juge du lieu où le fait dommageable s'est produit de régler simultanément toutes les conséquences juridiques de l'acte illicite. Il convient toutefois de réserver, naturellement, l'hypothèse où le responsable recherché par le lésé n'a connu que plus tard l'existence ou l'identité du coresponsable.

Nous avons déjà examiné l'art. 60 al. 3 CO dans un article antérieur[24]. Il nous suffira de nous y référer en soulignant, comme l'avait déjà fait VON TUHR[25], que cette disposition constitue une simple bévue du législateur, qui s'est inspiré, d'une manière irréfléchie, du par. 853 BGB[26]. Fort heureusement, cette disposition est restée isolée et ne se retrouve pas dans les lois spéciales. Il conviendrait, si l'on veut maintenir le principe *quae temporalia sunt ad agendum* . . ., de rédiger l'art. 60 al. 3 CO d'une façon plus précise et de l'insérer dans l'art. 31 CO.

---

en supprimant la responsabilité solidaire de la personne qui ne repond que pour faute (art. 60 al. 3 pr. LCR). La solution que nous proposons dans le texte nous semble préférable. Le responsable recherché par le lésé aura la possibilité d'emprunter en donnant en gage sa créance liquide, mais conditionnelle, contre le coresponsable.

[24] Vices du consentement et perpétuité de l'exception, dans Mélanges Roger Secrétan. Montreux 1964, 81–94. Cf. aussi ANDRÉ GRISEL, L'exception perpétuelle dérivant d'un acte illicite, dans Recueil de travaux offerts à la Société suisse des juristes... Neuchâtel 1946, 88–118.

[25] ANDREAS VON TUHR, Partie générale du Code fédéral des obligations, trad. MAURICE DE TORRENTE et EMILE THILO. T. I. 2e éd. Lausanne 1933. 279–280.

[26] Contrairement à l'opinion émise par VON TUHR, il n'est d'ailleurs pas du tout certain que le § 853 BGB se justifie dans le système du droit allemand. Mais il n'y a naturellement pas lieu de discuter la question ici.

L'art. 60 al. 2 ordonne l'application de la prescription de l'action pénale (publique) à l'action civile, lorsque le dommage a été causé par un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée. La même règle est posée à l'art. 760 al. 2 CO, à l'art. 7 al. 2 LCD, à l'art. 83 al. 1 LCR, à l'art. 17 al. 2 LUPEA[27], et à l'art. 39 al. 1 LITC[28]. On sait les difficultés que le Tribunal fédéral a rencontrées sur ce point. Dans le récent arrêt Schlotz c/ Frossard (RO 91 II 429), notre Haute Cour a repris l'examen de la question et décidé d'appliquer à la prescription de l'action civile selon l'art. 60 al. 2 CO les règles du droit privé, sauf en ce qui concerne la durée du délai. La solution adoptée ne nous paraît guère heureuse, en tous cas *de lege ferenda*. S'agissant d'actes illicites, il importe que la cause soit jugée assez rapidement, sinon les témoignages deviennent incertains, et l'inspection locale impossible. S'il est normal que le lésé conserve la faculté d'agir tant que l'auteur n'est pas assuré d'avoir échappé à toute poursuite pénale, rien ne justifie en revanche l'octroi à la victime d'un délai supérieur au délai de prescription de l'action pénale. Quoique transposé sur le plan du droit privé, ce délai ne devrait pas pouvoir être interrompu ou suspendu selon les règles du droit privé, mais seulement selon les règles du droit pénal.

Avant d'examiner les autres questions relatives à l'art. 60 CO, il convient de rappeler les délais de prescription posés par le droit des sociétés et par les lois spéciales.

Art. 760 CO (actions en responsabilité dans le cadre de la société anonyme) : « Les actions en responsabilité que régissent les dispositions qui précèdent se prescrivent par cinq

---

[27] Sur les inconvénients que présente cette règle dans le cadre de la LUPEA, cf. infra 314.

[28] Ajoutons à cette liste l'art. 23 al. 2 LR (action de la Confédération contre le fonctionnaire en réparation du dommage causé par une violation des devoirs de service). Dans notre rapport, nous laissons cette loi de côté, pour nous cantonner sur le terrain du droit privé.

ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, ainsi que de la personne responsable, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit. – Si les dommages-intérêts dérivent d'une infraction soumise par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile.»

Ces délais valent également pour l'action en responsabilité exercée dans le cadre d'une société en commandite par actions (art. 764 al. 2 CO) ou d'une société à responsabilité limitée (art. 827 CO). Pour la coopérative, il y a un article spécial, l'art. 919 CO, qui est absolument identique à l'art. 760 CO.

Art. 37 LIE: «Les actions en dommages-intérêts sont prescrites dans les deux ans à partir du jour où le dommage a été causé. L'interruption de la prescription est réglée par le code fédéral des obligations.»

Art. 14 LRC: «Les actions en indemnité dérivant de la présente loi se prescrivent par deux ans, à partir du jour de l'accident . . . – Le droit fédéral des obligations régit la suspension et l'interruption de la prescription.»

Art. 7 LCD: «Les actions se prescrivent par un an à compter du jour où celui qui a le droit de les intenter a eu connaissance de son droit et, dans tous les cas, par cinq ans dès le jour où ce droit a pris naissance. – Toutefois, s'il a été commis une infraction soumise par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique également aux actions civiles.»

Art. 68 LF sur la navigation aérienne: «Les actions se prescrivent par un an à compter du jour du dommage. Si la personne lésée prouve qu'elle n'a pas pu avoir connaissance soit du dommage, soit de son étendue, soit de l'identité de la personne responsable, la prescription commence à courir du jour où elle a pu en avoir connaissance. – Dans tous les

cas, l'action se prescrit par trois ans à partir du jour où le dommage a été causé.»

Art. 83 LCR: «Les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral qui découlent d'accidents causés par des véhicules automobiles ou des cycles se prescrivent par deux ans à partir du jour où le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne qui en est responsable, mais en tout cas par dix ans dès le jour de l'accident. Toutefois, si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile.

Lorsque la prescription est interrompue à l'égard de la personne responsable, elle l'est aussi à l'égard de l'assureur, et vice versa.

Les recours que peuvent exercer entre elles les personnes civilement responsables d'un accident de véhicules automobiles ou de cycles, ainsi que les autres droits de recours prévus par la présente loi, se prescrivent par deux ans à partir du jour où la prestation a été complètement effectuée et le responsable connu.

Pour le reste, le code des obligations est applicable.»

Art. 17 LUPEA: «Les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral fondées sur la présente loi se prescrivent par deux ans à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne qui en est responsable, mais en tout cas par dix ans dès le jour où l'influence nocive s'est produite. – Si les actions dérivent d'une infraction soumise par le droit pénal à une prescription plus longue, celle-ci est déterminante également en matière civile.»

Art. 18 de la même loi: «Après l'expiration du délai de prescription de dix ans ou, le cas échéant, après l'expiration du délai plus long prévu par le droit pénal, le lésé peut faire valoir ses prétentions en réparation de dommages corporels contre le fonds pour dommages atomiques différés. – Les

prétentions contre le fonds se prescrivent par deux ans à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne qui en est responsable.

Art. 39 LITC: «Les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral relatives à des sinistres causés par une installation de transport par conduites se prescrivent par deux ans à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne tenue à réparation, mais en tout cas par dix ans dès le jour où le sinistre s'est produit. Si l'action dérive d'un acte punissable soumis par le droit pénal à une prescription plus longue, celle-ci vaut aussi en matière civile.

La prescription interrompue contre la personne civilement responsable l'est également contre l'assureur et vice versa.

Les recours que peuvent exercer entre elles les personnes civilement responsables d'un sinistre et le recours de l'assureur se prescrivent par deux ans à partir du jour où la prestation a été complètement effectuée et où le responsable a été connu.

Pour le reste, le code des obligations est applicable.»

Ni la LF sur la chasse, ni la LF sur la navigation maritime ne posent de règles particulières sur la prescription.

En dépit des motifs légitimes que peut avoir eu le législateur, ici ou là, pour s'écarter du droit commun, le caractère hétéroclite des dispositions spéciales saute aux yeux, surtout en ce qui concerne les équivalents de la prescription annale de l'art. 60 al. 1 pr. CO. Ces délais vont de un à cinq ans. Par surcroît, lorsqu'une loi spéciale fixe un délai sans se référer au CO et sans prévoir l'application éventuelle des règles sur la prescription de l'action pénale [29], on peut raisonnablement se demander s'il ne s'agit pas d'une péremption. Dans Steiner et Fabriques de tabac réunies S.A. c/ Confédération suisse (RO 86 I 60 = JT 1960 I 624), le TF a jugé que l'art. 20 al. 1

[29] Outre la LR (pour l'action du lésé contre la Confédération), c'est le cas de la LF sur la navigation aérienne.

LR institue un délai de péremption. Nous pensons toutefois que le caractère péremptoire du délai ne doit être admis que si la loi fournit à cet égard des indices concluants. La présomption doit être en faveur de la simple prescription.

On remarquera d'autre part que seules la LCD et la LF sur la navigation aérienne ont repris la prescription annale. On ne saurait s'en étonner, car le délai d'une année est nettement trop bref. Bien souvent, en effet, la décision du lésé dépend des conclusions d'une expertise ou d'un avis de droit. Surchargés, les spécialistes tardent à donner leur réponse. L'avocat doit, à son tour, étudier la question, faire des recherches supplémentaires, consulter peut-être un second expert. Le tout en une année! Le législateur allemand a été mieux inspiré en adoptant un délai de trois ans (par. 852 al. 1 BGB), quoique ce délai soit peut-être un peu long.

Mais le critère adopté par l'art. 60 al. 1 CO (et par le par. 852 al. 1 BGB précité) pour déterminer le point de départ de la prescription nous semble lui aussi contestable. La connaissance du dommage est en effet un concept aux contours mal définis, et la jurisprudence du TF montre combien il a embarrassé notre Haute Cour. Dans Meylan c/ Baud (RO 42 II 44), les Juges de Mon-Repos s'étaient exprimés comme suit: «...ce qui, d'après la doctrine (voir Oser, Komm. ad art. 60 sub III 1 a) comme d'après la jurisprudence (RO 34 II 29 et suiv.), est décisif en pareil cas, c'est, sinon la possibilité d'apprécier le préjudice causé d'une manière absolument précise, tout au moins la circonstance que ce dommage est suffisamment grave pour justifier une action judiciaire...» En revanche, dans Zutter c/ Mischler (RO 74 II 30 = 1949 I 365), le TF rejeta expressément cette formule et se montra beaucoup moins rigoureux à l'égard du lésé: «Il faut que le lésé connaisse au moins la nature et les éléments du préjudice dont il entend demander réparation, faute de quoi il n'est pas à même d'intenter son action. Ainsi, la connaissance du dommage ne saurait se rapporter seulement à son existence, car alors elle ne viserait guère autre chose que le

fait dommageable lui-même; elle doit nécessairement se rapporter aussi – dans une certaine mesure du moins – à son étendue, le dommage répondant essentiellement à une notion de quantité. On a d'autant plus lieu de se montrer large à cet égard que la prescription du droit suisse est fort courte. Dans le bref délai d'une année, il est souvent impossible de mesurer[2] l'étendue d'un dommage, surtout lorsqu'il est sujet à modification. Le législateur ne l'ignorait pas.»

Dans Rohrbasser c/ Estoppey (RO 89 II 402 = JT 1964 I 239), la formule est encore moins rigoureuse: «Le lésé connaît le dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments essentiels, les circonstances propres à fonder et à motiver une demande en justice. Si l'ampleur du préjudice résulte d'une situation qui évolue, la prescription ne saurait courir avant le terme de l'évolution; et encore faut-il peut-être un certain temps au lésé pour apprécier le déroulement des conséquences de l'acte illicite et l'état définitif du dommage. Cette hypothèse se réalise notamment en cas de traitement médical ou lorsqu'une perte de gain s'étale dans le temps, par exemple en raison d'une incapacité de travail, passagère ou permanente...» L'arrêt Minot et consorts c/ Armbruster (RO 89 II 415 rés. JT 1964 I 428) contient des considérants analogues: «Selon la jurisprudence, le lésé connaît le dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments essentiels, les circonstances propres à fonder et à motiver, objectivement et sérieusement, une demande en justice. Si l'ampleur du préjudice résulte d'une situation qui évolue, de manière irréversible ou non – régulière ou irrégulière – la prescription ne saurait courir avant le terme de l'évolution; et encore faut-il que le lésé puisse, par lui-même ou avec l'aide d'autrui, apprécier le déroulement des conséquences du fait dommageable et l'état définitif du dommage. Il en est ainsi notamment en cas de traitement médical ou d'incapacité de travail, passagère ou permanente...»[30].

---

[30] Cf. encore dans le même sens Alex Martin S.A. c/ Association

Un critère dont la jurisprudence reconnaît le caractère quantitatif est particulièrement inadéquat pour servir de point de départ à la prescription, car celle-ci, pour remplir utilement son but, doit avoir un point de départ clair et indiscutable. On comprend donc que le législateur italien ait préféré adopter un délai de cinq ans dès le fait dommageable[31]. Ce délai nous paraît toutefois trop considérable, car un témoignage recueilli six ou sept ans après l'événement dommageable ne mérite en général guère de crédit. Nous préférons donc le système actuel du triple délai[32], mais avec quelques modifications. Notre proposition est la suivante:

1. Un délai de prescription de deux ans à compter du jour où le lésé a eu connaissance de l'existence d'un dommage et de sa nature[33], ainsi que de l'identité de l'auteur.

2. Un délai de prescription de dix ans dès le fait dommageable.

3. L'application éventuelle du délai de prescription de l'action pénale. Cette prescription ne pourrait être ni sus-

---

suisse des fabricants de cigarettes (RO 92 II 1).

[31] Art. 2947 al. 1 CCI. L'al. 2 de cette disposition réduit le délai à deux ans pour les accidents de circulation. Enfin, l'al. 3 prévoit l'application de la prescription de l'action pénale, comme en droit suisse, mais avec quelques différences de détail.

[32] Nous faisons naturellement abstraction ici de l'art. 60 al. 3 CO, pour les motifs exposés plus haut.

[33] L'ignorance de la quotité du dommage n'empêcherait pas la prescription de courir. En revanche, il faudrait que le lésé connaisse la nature du dommage: diminution de la clientèle, *impotentia generandi*, etc. Nous ne pensons pas que la sévérité apparente de ce point de départ présenterait dans la pratique des inconvénients appréciables. En effet, le lésé aurait toujours la faculté d'interrompre la prescription par un commandement de payer. En réclamant par voie de poursuite une somme tenant compte d'une possible aggravation ultérieure du dommage, il éviterait tout danger. Certes, l'auteur de l'acte illicite peut évidemment prendre l'offensive et ouvrir action en libération de dette, mais une telle réaction est peu vraisemblable et peu à craindre, puisque la loi permet au juge de réserver les conséquences d'une aggravation du dommage.

pendue, ni interrompue selon les règles du droit civil, mais seulement selon les règles du droit pénal.

Le délai de prescription de l'action récursoire d'un coresponsable contre l'autre serait fixé à deux ans dès la condamnation du demandeur, ou dès la reconnaissance par le demandeur de son obligation (ou deux ans dès le moment où le responsable recourant aurait connu l'existence et l'identité du coresponsable, dans l'hypothèse où il ne les aurait connues que plus tard). A cette «courte» prescription de deux ans se juxtaposerait une «longue» prescription de dix ans dès la condamnation du demandeur, ou dès la reconaissance par le demandeur de son obligation. Aucune différence ne serait faite entre simple droit de recours et subrogation.

Enfin, le droit du recourant d'exiger du coresponsable le versement de la contribution due se prescrirait par dix ans des le moment où le lésé aurait été complètement indemnisé.

Ces règles pourraient être appliquées également aux responsabilités régies par des lois spéciales, à l'exception toutefois des actions régies par la LUPEA[34].

Comme tout progrès technique comporte malheureusement des risques et des dangers, il n'est assurément pas exclu que les cas de dommages génétiques, de mutations, ou d'une manière générale d'atteintes non immédiatement visibles à l'intégrité corporelle se multiplient[35]. Nous avons donc songé à ajouter un quatrième délai, de péremption, en vue de protéger le lésé dans de telles hypothèses. La disposition pourrait être ainsi conçue:

«En cas d'atteinte à l'intégrité corporelle, l'action en réparation du dommage peut encore être exercée, en dérogation aux dispositions qui précèdent, tant que trente ans ne se sont pas écoulés dès le fait dommageable, à condition que

---

[34] En raison de la nature particulière du danger, qui a engagé le législateur a créer le fonds pour dommages atomiques différés.

[35] Soit en raison d'irradiations non régies par la LUPEA, soit en raison de l'ingestion de certaines substances.

le lésé établisse qu'il a agi dans l'année à compter du jour où il a été en mesure de connaître l'existence du dommage.»

Il faut reconnaître toutefois que l'adjonction de ce délai de péremption rendrait le système un peu lourd.

Nous devons examiner une dernière question. Dans les discussions qui se sont élevées en République fédérale allemande au sujet de la réforme de la responsabilité civile, on a proposé d'ajouter au par. 852 BGB un alinéa 2 ainsi conçu: «*Schweben zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Ersatzberechtigten Verhandlungen über den Schadenersatz, so ist die Verjährung gehemmt, bis ein Teil dem anderen zu erkennen gibt, daß er die Verhandlung nicht fortsetzen wolle.*» («S'il y a des pour parlersen cours entre la personne tenue à réparation et le lésé, au sujet de la réparation du dommage, la prescription est suspendue jusqu'à ce qu'une partie fasse savoir à l'autre qu'elle n'entend pas poursuivre les pourparlers»)[36].

Faut-il introduire une telle disposition en droit suisse?

En faveur d'une réponse affirmative, on peut faire valoir que la victime avec laquelle l'auteur du dommage ou son assureur ont entamé des pourparlers est portée à croire que l'écoulement du temps n'a pas d'importance puisque la partie adverse semble reconnaître en principe sa responsabilité. Il arrive aussi que des pourparlers, quoique conduits avec une parfaite bonne foi, durent assez longtemps. L'ouverture d'une action est de nature à affecter les relations entre parties, à provoquer un raidissement des positions, de telle sorte que la tentative de transaction échouera, alors qu'elle eût peut-être abouti en l'absence de procédure.

Mais il y a, à notre avis, des arguments plus forts qui militent en sens contraire: la partie qui rompt la discussion risque d'apparaître dure, inaccessible aux sentiments d'humanité;

---

[36] Cette disposition est imitée de certaines lois spéciales (§ 14 al. 2 StVG, § 6 al. 2 du Sachschadenhaftpflichtgesetz, § 39 al. 2 LuftVG, § 32 AtomG).

Les travaux préparatoires en vue d'une réforme du droit allemand de la responsabilité ne sont pas publiés.

sa position en sera affaiblie aux yeux du juge. Aussi est-il à craindre que les pourparlers ne s'éternisent. D'autre part, le concept de «pourparlers» manque de précision; les procès en responsabilité sont déjà suffisamment complexes sans qu'on y ajoute une difficulté supplémentaire. En outre, beaucoup de responsables ne cèdent que devant la menace d'un jugement. En face de tels adversaires, il n'est pas dans l'intérêt du lésé de tarder à agir judiciairement. Enfin, lorsque le délai pour ouvrir action n'est pas un délai de péremption, l'art. 135 CO est applicable; les règles qu'il pose sur l'interruption de la prescription sont suffisamment bienveillantes pour qu'il nous paraisse inutile d'ajouter un nouveau cas de suspension à ceux de l'art. 134 CO. D'ailleurs, comme l'a jugé le TF, la partie contre laquelle la prescription est invoquée peut opposer à son adversaire, le cas échéant, le moyen tiré du dol ou de l'abus de droit (Le Soleil c/ Diem, RO 42 II 674 = JT 1917 I 425; Hirt c/ Commune bourgeoisiale de Soleure, RO 76 II 113 = JT 1950 I 546; Schüpfer–Küng c/ Hoirie Schüpfer-Meier, RO 89 II 256 = JT 1964 I 151). L'abus de droit peut être opposé même si, sans mauvaise intention, la partie adverse a eu une attitude qui engageait le créancier à ne pas procéder judiciairement pendant le délai de prescription et que l'inaction de créancier, appréciée raisonnablement, se comprend d'un point de vue purement objectif (Leuppi c/ Rüttimann, RO 69 II 102 = JT 1943 I 504; Tesa S.A. c/ Miniera S.A., RO 89 II 26 = JT 1963 I 626). L'adoption de la proposition des rapporteurs allemands n'apporterait donc pas d'amélioration sensible par rapport à la situation actuelle.

§ 3. *La revision* (*Abänderung*)

En matière de lésions corporelles, l'art. 46 al. 2 CO dispose: «S'il n'est pas possible, lors du jugement, de déterminer avec une certitude suffisante les suites des lésions corporelles, le juge a le droit de réserver une revision du jugement

pendant un délai de deux ans au plus à compter du jour où il a prononcé.»

Des dispositions analogues figurent dans la LIE et dans la LRC, qui ont d'ailleurs servi de modèle sur ce point, puisqu'elles sont antérieures:

Art. 36 al. 3 LIE: «Si les conséquences de la lésion ne peuvent être exactement appréciées au moment où le jugement est rendu, le juge pourra exceptionnellement réserver une revision ultérieure de sa décision, aussi bien pour le cas de mort ou d'aggravation que pour le cas d'une amélioration de l'état du blessé. La demande en revision doit être faite dans l'année qui suit le jugement.»

Art. 10 LRC: «Lorsque les suites d'une lésion corporelle ne peuvent être exactement appréciées au moment où il statue, le juge a la faculté de réserver exceptionnellement, pour le cas de mort ou d'une aggravation notable de l'état du blessé, une revision ultérieure du jugement. – Cette réserve peut être également faite par le juge en faveur de l'entreprise, pour le cas où les suites de l'accident seraient beaucoup moins graves qu'on ne le prévoyait.»

Bien que la LCR se contente de deux renvois très généraux au CO (art. 62 al. 1 et 83 al. 4), il ne fait pas de doute que l'art. 46 al. 2 CO s'applique également en matière de circulation routière, puisqu'il en était ainsi sous l'empire de la LA (dame Weber c/ l'Union S.A., RO 86 II 385 = JT 1961 I 144; Obergericht Zürich dans BZR 51 no 117 p. 182).

Il en va de même, probablement, pour les litiges régis par la LITC, à cause du renvoi contenu à l'art. 39 al. 4. En revanche, on peut avoir des doutes sérieux en ce qui concerne la LF sur la navigation aérienne, qui ne contient aucun renvoi de ce genre. Quant à la LUPEA, nous pensons que la possibilité, pour la victime, de faire valoir ses prétentions contre le fonds pour dommages atomiques différés (art. 18) exclut toute revision fondée sur l'art. 46 al. 2 CO. Nous regrettons que ces trois lois ne règlent pas expres-

sément la question, d'autant qu'on pourrait se demander si une revision (pour évolution du dommage) fondée sur le droit de procédure cantonal est elle aussi exclue[37], ou si elle est au contraire ouverte, dans l'hypothèse où l'art. 46 al. 2 serait inapplicable.

En revanche, la LF sur la navigation maritime ne pose apparemment aucun problème, puisqu'elle se contente d'instituer une responsabilité objective, sans fixer de délai de prescription; le juge peut certainement réserver la revision sur la base de l'art. 46 al. 2 CO.

Si nous examinons maintenant le fond du problème, il nous paraît que l'art. 46 al. 2 CO n'a pas donné les résultats escomptés. Pour de multiples raisons, le juge préfère accorder d'emblée au lésé une réparation complète, même lorsqu'une amélioration peut être envisagée. Le fait que le dommage est le plus souvent supporté, en dernière analyse, par une compagnie d'assurance, joue certainement un rôle à cet égard.

Dans la mesure où il permet une revision en faveur de la personne responsable, l'art. 46 al. 2 CO constitue d'ailleurs une véritable aberration: le plus sûr moyen de mettre en danger la santé psychique de la victime, déjà compromise par l'accident, est de verser au lésé une somme qu'il devrait peut-être restituer en partie par la suite. Seule une indemnisation sous forme de rente permettrait une réduction, dont il n'y a, sauf erreur, point d'exemple dans la jurisprudence fédérale, ce qui n'a rien de surprenant.

Pourtant, l'art. 46 al. 2 CO contient une idée juste, puisque, avec les progrès de la médecine, les chances d'une amélioration de l'état de la victime sont plus grandes que celles d'une aggravation. Mais l'idée devrait être réalisée d'une autre manière. Nous proposons le texte suivant:

---

[37] Rappelons que l'application des règles de procédure cantonales ou fédérales sur la revision est en effet exclue, lorsque le moyen invoqué à l'appui de la demande de revision est une évolution de la situation dommageable (arrêt dame Weber c/ L'Union S.A. précité).

«Lorsqu'il y a des raisons précises de supposer que la situation dommageable est susceptible d'évoluer encore, le juge peut, après s'être prononcé sur le principe de la responsabilité, prononcer d'office ou à la requête d'une des parties, la suspension du procès pour une année au maximum.

A l'expiration de ce délai, le juge peut prononcer, sous les mêmes conditions, une seconde suspension.

Le juge prend, par voie de mesures provisionnelles, toutes dispositions utiles pour sauvegarder les droits des parties. Il peut notamment ordonner le versement de tout ou partie de l'indemnité qui paraît due en l'état et imposer à la personne responsable ou au lésé l'obligation de fournir des sûretés.

Aucune suspension ne peut être accordée au-delà d'un délai de cinq ans à compter de l'événement dommageable.»

Notre proposition n'appelle que quelques commentaires:

1. Il nous paraît indispensable d'obliger le juge à se prononcer sur le principe du bien-fondé de la prétention avant de prononcer la suspension[38]. En effet, on sait combien l'attente du résultat d'un procès est psychologiquement néfaste pour la victime. Le législateur de 1911 avait eu le grand mérite de le comprendre.

Pour ce motif, il faudrait que le recours en réforme au TF soit d'emblée ouvert, sans attendre la décision du premier juge sur le montant définitif de l'indemnité. Il suffirait, pour calculer la valeur litigieuse, de prendre en considération le montant probable de cette indemnité. Mais il semble peu désirable d'insérer cette disposition dans le CO; une revision partielle de la LF d'organisation judiciaire serait certainement préférable.

2. L'article que nous proposons, à la différence de l'art. 46

---

[38] Bien entendu, à l'expiration du délai de suspension, l'instruction serait reprise au sujet de la nature et de la quotité du dommage; les parties auraient toute latitude, notamment, de requérir des compléments d'expertise.

al. 2 CO actuel, s'appliquerait à toutes les actions en responsabilité, et pas seulement en cas de lésions corporelles. L'arrêt Rohrbasser c/ Estoppey (RO 89 II 402 = JT 1964 I 239) a montré en effet qu'un laps de temps assez considérable peut être nécessaire pour apprécier par exemple les conséquences économiques d'une atteinte à la réputation d'un commerçant.

La généralisation de la suspension constituerait d'ailleurs une mesure nécessaire en raison du nouveau point de départ que nous avons proposé pour la prescription (deux ans à compter du jour où le lésé a eu connaissance de l'existence du dommage et de sa nature).

3. Le dernier alinéa se justifie par le souci de dissuader une partie de freiner ou au contraire d'accélérer la marche du procès en considération d'une évolution possible du dommage. L'art. 46 al. 2 CO actuel se prête à de telles spéculations, puisque le délai part du jour où le premier jugement est devenu définitif.

Le délai de cinq ans paraîtra peut-être un peu court. Il nous a paru toutefois que celui qui a souffert pendant cinq ans d'une atteinte à son intégrité corporelle ou à son patrimoine a le droit d'obtenir réparation sur cette base, même si un espoir d'amélioration subsiste. D'ailleurs, la victime d'un accident doit être poussée à faire tout son possible pour recouvrer sa capacité de travail. L'appât d'un «bénéfice» (souvent illusoire, hélas, en raison de la baisse rapide de la valeur de l'argent) est le plus sûr garant d'un tel effort.

§ 4. La validité des conventions passées entre le lésé et la personne responsable

Le CO ne contient aucune disposition sur la matière, mis à part naturellement l'art. 21. En revanche, la LRC prévoit, à son art. 17: «Est annulable toute convention en vertu de laquelle une indemnité évidemment insuffisante aurait été

stipulée ou payée.» Cet article a servi de modèle pour la rédaction des art. 87 al. 2 LCR et 16 al. 2 LUPEA, aux termes desquels sont annulables, dans le délai d'un an à compter de leur conclusion, les conventions stipulant des indemnités manifestement insuffisantes.

Le seul fait que cette faculté d'annulation ne se rencontre que dans trois lois seulement (et non, par exemple dans la LITC) montre que notre droit ne se fonde nullement sur des principes stables. Pourtant, la solution semble heureuse, eu égard aux méthodes déplorables utilisées par certains assureurs, fort heureusement peu nombreux. Nous reprocherons seulement à ces dispositions de prêter à controverse sur un point: le délai peut-il être sauvegardé par une déclaration d'annulation soumise à réception (comme la déclaration d'invalidation de l'art. 31 al. 1 CO), ou faut-il obligatoirement une action judiciaire (sauf *contrarius consensus* des parties)?

La seconde formule, plus rigoureuse, nous paraît préférable *de lege ferenda*, parce qu'elle engage le lésé à réfléchir mûrement avant de prendre une décision aussi grave. Nous proposons donc que soit insérée dans le CO une disposition ainsi conçue:

«Lorsque le lésé a passé avec l'auteur du dommage ou avec l'assureur de celui-ci une convention fixant une indemnité manifestement insuffisante, il peut, dans le délai d'une année dès la conclusion de la convention, ouvrir action en invalidation et en paiement d'une indemnité supérieure.

Le fait que la créance fondée sur l'acte illicite se serait trouvée prescrite dans l'intervalle ne fait pas obstacle à l'ouverture de cette action.»

§ 5. L'appréciation des preuves

Art. 38 LIE: «Dans toute action en indemnité de cette nature[39], le tribunal prononce sur les faits et sur le montant de l'indemnité, en appréciant librement l'ensemble de la

[39] C'est-à-dire fondée sur la LIE.

cause, sans être lié par les règles des lois de procédure en matière de preuves.»

N'étant malheureusement guère au courant des règles cantonales sur l'appréciation des preuves, nous n'avons pas d'opinion arrêtée sur l'utilité de ces dispositions. Il est clair toutefois que si la question était sans importance, le législateur ne devait pas les insérer dans la loi, et que si, au contraire, elle avait une certaine portée pratique, le principe de la libre appréciation ne devait pas être limité à trois lois seulement. Là encore, aucune considération raisonnable ne justifie la différence de réglementation.

Dans l'hypothèse où des restrictions se rencontreraient dans des lois cantonales, il conviendrait qu'on profite de la revision projetée pour poser dans la constitution fédérale le principe de la libre appréciation des preuves. Certes, la valeur du fédéralisme doit être affirmée et sauvegardée, mais la libre appréciation des preuves correspond seule à notre niveau de civilisation. D'éventuelles règles cantonales divergentes ne peuvent être que des souvenirs historiques[40].

Mais une autre question mérite l'examen, celle de la relation entre le jugement pénal et le jugement civil. A plusieurs reprises le TF a déclaré que, si le juge civil, estimant inutile une nouvelle administration des preuves, se fonde uniquement sur le dossier pénal de l'affaire pour établir les faits, cette appréciation anticipée des preuves n'est pas contraire au droit fédéral et échappe à la censure de la juridiction de réforme (Rüedi c/ Odermatt, RO 56 II 203; Meierhofer c/ Ambühl, RO 84 II 134 rés. JT 1958 I 582; La Swissair S.A. c/ La Concorde S.A., RO 85 II 267 = JT 1960 I 172). Il semble toutefois qu'en cas d'acquittement, la jurisprudence se

---

[40] Conformément aux vues exprimées par M. Joseph Voyame, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, Basel 1961 (Rapport présenté à la Société suisse des juristes), 161–162, nous estimons qu'il faudrait non seulement imposer d'une manière générale le principe de la libre appréciation des preuves, mais également conférer au TF le droit d'examiner si tel ou tel mode de preuve est conforme à l'esprit de notre ordre juridique.

prononce pour l'entière liberté du juge civil (RO 66 II 80 = JT 1940 I 583[41]).

Ces précédents ne nous convainquent pas entièrement. D'une part, on ne voit pas très bien pourquoi on ferait une différence selon que l'inculpé a été condamné ou libéré[42]. D'autre part, la procédure pénale n'offre pas nécessairement aux parties les mêmes garanties que la procédure civile. Ce n'est pas par hasard que la compétence conférée au juge pénal en matière civile est en général fort limitée. Il serait en tous cas désirable que l'autorité de recours, et notamment le TF, puisse s'assurer que la règle *audiatur et altera pars* a été respectée dans toute la mesure exigée par l'aspect civil du procès[43]. Certes, les Juges de Mon-Repos sortiraient du rôle qui doit être le leur en réinstruisant un procès. Dans cette limite, il est juste de réserver l'appréciation des preuves au droit cantonal, mais dans cette limite seulement. Les parties doivent, malgré le cadre pénal, conserver les droits fondamentaux que comporte un procès civil, sinon elles risquent d'être victimes d'un déni de justice formel ou matériel. La limite entre appréciation des preuves et déni de justice n'est évidemment pas aisée à tracer. Le problème dépasse le cadre de notre rapport; nous nous contenterons donc de le poser. Il nous semble d'ailleurs que l'art. 4 CF soit suffisant si on l'applique, en la matière, avec une certaine rigueur.

---

[41] On peut citer également Assurance gén. des Eaux et Accidents c/ Rochat, SJ 1946 p. 571, CJC de Genève, mais ce jugement affirme la liberté d'appréciation complète du juge civil (donc également en cas de condamnation).

[42] Sauf peut-être parce qu'un fait dommageable est susceptible de constituer un délit civil bien qu'il ne tombe pas sous le coup de la loi pénale. L'argument n'est toutefois nullement décisif, puisqu'il ne s'agit pas de savoir si l'inculpé libéré au pénal se trouve par là-même libéré des fins de l'action civile (la réponse négative est évidente), mais si le juge civil est lié par l'état de fait établi par le juge pénal.

[43] Nous pensons ici à la possibilité de requérir des expertises ou des compléments d'expertise, de demander la production de pièces, de faire entendre des témoins, etc.

§ 6. *La réparation du tort moral*

Le CO contient deux dispositions sur la réparation du tort moral:

Art. 47: «Le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles ou, en cas de mort d'homme, à la famille, une indemnité équitable, à titre de réparation morale.»

Art. 49: «Celui qui subit une atteinte dans ses intérêts personnels peut réclamer en cas de faute des dommages-intérêts, et, en outre, une somme d'argent à titre de réparation morale lorsque celle-ci est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute.»

Le CC contient également trois articles qui prévoient cette réparation.

Art. 29 al. 2: «Celui qui est lésé par une usurpation de son nom peut intenter une action pour la faire cesser, sans préjudice de tous dommages-intérêts en cas de faute et d'une indemnité à titre de réparation morale si cette indemnité est justifiée par la nature du tort éprouvé.»

Par suite d'une maladresse de rédaction, cette disposition n'exige pas expressément la faute pour la réparation du tort moral. Il ne fait cependant aucun doute que la condition de la faute, posée pour les «dommages-intérêts» (c'est-à-dire la réparation du dommage matériel) concerne aussi la réparation du tort moral. En revanche, la faute *grave* n'est en aucune manière exigée. Or, s'agissant d'une atteinte illicite aux intérêts personnels, l'art. 28 al. 2 CC renvoie à l'art. 49 CO, qui subordonne la réparation à une faute grave. Rien ne justifie la différence de solution. Au contraire, l'atteinte aux intérêts personnels peut causer un tort moral beaucoup plus considérable qu'une usurpation de nom.

Pour la rupture de fiançailles, l'art. 93 al. 1 CC prévoit: «Lorsque la rupture porte une grave atteinte aux intérêts

personnels d'un fiancé sans qu'il y ait faute de sa part, le juge peut lui allouer une somme d'argent à titre de réparation morale si l'autre partie est en faute.»

Selon l'art. 151 al. 2 CC, «si les faits qui ont déterminé le divorce ont porté une grave atteinte aux intérêts personnels de l'époux innocent, le juge peut lui allouer en outre une somme d'argent à titre de réparation morale.» Cette disposition subordonne assurément la réparation à l'innocence du conjoint demandeur, mais non à une faute de la partie adverse.

La LRC règle la réparation du tort moral à son art. 8: «S'il y a eu faute de l'entreprise ou des personnes mentionnées à l'article 1er, 2e alinéa[44], le juge peut, en tenant compte des circonstances particulières, notamment quand il y a eu dol ou faute grave, allouer à la partie lésée ou, en cas de mort, à la famille de la victime une somme équitable, indépendamment de la réparation du dommage constaté.»

Les autres lois spéciales renvoient simplement au CO en ce qui concerne les conditions d'octroi de cette indemnité (LCD art. 2 al. 1 litt. e; LCR art. 83; LUPEA art. 15 al. 1; LITC art. 39) ou ne contiennent aucune disposition, ce qui aboutit au même résultat.

A la différence de l'art. 49 CO et de l'art. 7 LRC, l'art. 47 CO ne mentionne pas la faute comme condition de la réparation du tort moral. On sait que ce silence a été interprété par la jurisprudence récente en ce sens que la question de l'exigence d'une faute doit être appréciée conformément aux règles régissant la responsabilité dont il s'agit. En d'autres termes, si la responsabilité n'est engagée que pour faute, l'existence d'une faute sera exigée pour la réparation du tort moral. Si au contraire la responsabilité est objective (qu'il

---

[44] L'art. 1 al. 2 LRC dispose: «Ne sont pas considérés comme des tiers dans le sens du présent article le personnel de l'entreprise ou les personnes dont elle utilise les services pour ses transports ou pour la construction de la ligne.»

s'agisse d'un devoir de surveillance ou d'une responsabilité à raison du risque créé), une indemnité pour tort moral pourra être allouée même sans faute[45].

Le caractère illogique de la différence entre le régime du droit commun et celui de la LRC saute aux yeux. On ne voit pas pourquoi le détenteur d'un animal, souvent de condition modeste, devrait réparer le tort moral malgré l'absence de faute (c'est-à-dire simplement parce qu'il n'aurait pu rapporter la preuve libératoire de l'art. 56 al. 1 CO), alors que l'entreprise de chemins de fer ne serait tenue que si le lésé était parvenu à établir l'existence d'une faute des organes ou des employés. La différence est d'autant plus choquante que l'art. 8 LRC s'applique même lorsque la victime était au bénéfice d'un contrat, donc dans une hypothèse où, en droit commun, la faute est présumée[46]. La solution de la LRC manque d'ailleurs de clarté: la loi exige-t-elle la faute grave ou une faute légère est-elle suffisante pour justifier la réparation du tort moral? Le TF a marqué quelque hésitation dans sa jurisprudence. Brandes c/ CFF (RO 89 II 38 = JT 1964 I 67) subordonne cette réparation à un dol ou à une faute grave; il s'écarte ainsi de CFF c/ Wenger (RO 81 II 159 = JT 1956 I 51) où notre Haute Cour avait dit: « Il n'est pas nécessaire que la faute soit grave quand les circonstances spéciales du cas justifient une telle indemnité.» Une formule presque identique figurait déjà dans Emmentalbahn-Gesellschaft c/ Loosli (RO 39 II 317 = JT 1914 I 340), auquel se réfère l'arrêt Wenger.

Le silence gardé par la LIE sur la réparation du tort moral

---

[45] Richter-Steiner et consorts c/ Lienhard-Meier et consorts (RO 74 II 202 = JT 1949 I 516, homicide commis par un dément); Blaser c/ Ackermann (RO 81 II 512 = JT 1956 I 237, fillette défigurée par un chien); Daziani et Fenazzi c/ CFF et Parachini & Censi (RO 88 II 516 = JT 1963 I 331, ouvrier blessé alors qu'il travaillait à la réfection d'une voie); SJZ 1964 107 rés. JT 1964 I 450 (Obergericht Zürich).

[46] L'art. 339 CO s'applique toutefois en lieu et place de la LRC (Daziani et Fenazzi c/ CFF et Parachini & Censi précité).

est presque aussi fâcheux, car, la LRC et la LIE étant à peu près contemporaines, la tentation est forte d'appliquer les mêmes principes dans les deux cas[47].

La nécessité d'une réforme est évidente, mais dans quel sens convient-il de se diriger?

Le législateur italien (art. 2059 CCI) a très strictement limité la possibilité, pour le lésé, d'obtenir réparation du dommage non patrimonial. Cette possibilité n'existe que dans deux cas:

1. Lorsque des expressions inconvenantes ou offensantes ont été employées dans des pièces présentées au juge civil ou des discours prononcés devant lui (art. 89 Codice di procedura civile).

2. En cas de condamnation pénale (art. 185 ss. Codice pénale).

Le droit français se montre, dans l'ensemble, aussi généreux que le droit suisse en ce qui concerne la réparation du tort moral. Cette générosité n'a pas été sans susciter d'assez vives critiques en doctrine. Le Groupe II de la Conférence sur l'assurance automobile a préconisé qu'en l'absence de toute faute prouvée, c'est-à-dire en cas d'application de l'art. 1384 al. 1 CCF (responsabilité des choses inanimées), seuls soient réparables les préjudices d'ordre économique, à l'exclusion de tout préjudice moral[48].

M. André Tunc est également hostile à la réparation du tort moral[49].

---

[47] M. Oftinger (II 436) estime que, dans le cadre de la LIE, la réparation du tort moral ne peut être obtenue si l'entreprise n'a commis aucune faute. Il se fonde toutefois non sur une comparaison avec la LRC, mais sur le droit commun, qu'il interprète d'une façon contestable et en tous cas contraire à la jurisprudence.

[48] Maurice Piccard et André Besson, La Conférence sur l'assurance automobile – Questions de responsabilité, dans Revue générale des assurances terrestres 35/1964 158 note 29.

[49] Cf. supra 208–209.

La réglementation du droit allemand diffère très profondément de celle du droit suisse. La perte d'un proche ne donne droit à aucune réparation. D'autre part, si le BGB prévoit le *Schmerzensgeld* (par. 847 al. 1 BGB), cette indemnité ne peut être mise à la charge de la personne qui répondait à raison d'un risque. Sur ce dernier point, il semble que la revision projetée aboutira à une modification dans le sens de l'extension de la *Gefährdungshaftung* au tort moral.

Mais revenons au droit suisse. Il faut tout d'abord faire, à notre avis, une nette distinction entre l'art. 47 CO et l'art. 49 CO. La réparation du tort moral – d'ailleurs subordonnée à des conditions draconiennes – nous semble pleinement justifiée dans le cadre de l'art. 49. Une telle indemnité constitue probablement la seule manière de réprimer efficacement les atteintes aux intérêts personnels.

Tout au plus peut-on se demander s'il ne conviendrait pas d'introduire, à côté de la réparation «effective» du tort moral, la réparation symbolique (le «franc») connue du droit français. Le TF a eu l'occasion d'aborder la question par la bande dans Bürchler c/ Bürchler (RO 80 II 193 = JT 1955 I 487). Il s'agissait de la réparation du tort moral causé par un divorce. Notre Haute Cour a jugé que la prétention était régie exclusivement par l'art. 151 al. 2 CC et que cette disposition ne permet pas l'allocation d'une somme symbolique. L'argument n'est pas décisif, car un franc peut parfaitement être considéré comme «une somme d'argent». On ne voit pas pourquoi le conjoint innocent ne pourrait se contenter d'une réparation symbolique, car toute réparation du tort moral a, à côté de son aspect matériel, un aspect symbolique. Mais, où l'arrêt apparaît particulièrement intéressant, c'est quand il reconnaît expressément la possibilité de l'allocation du «franc» dans le cadre de l'art. 49 al. 2 (comme «autre mode de réparation»). Malheureusement, l'application de l'art. 49 al. 2 est subordonnée à la gravité particulière du préjudice subi et de la faute, comme la réparation «effective» du tort

moral. Il ne serait donc pas inutile d'ajouter à l'art. 49 CO un alinéa 3 ainsi conçu: «Lorsque les circonstances le justifient, une indemnité symbolique peut être allouée au lésé, à titre de réparation du tort moral, même si l'auteur de l'atteinte n'a commis qu'une faute légère.»

On nous objectera sans doute que l'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte tient lieu, en droit suisse, de l'indemnité symbolique, mais cette constatation n'est pas subordonnée à une faute, ce qui lui enlève une partie de sa valeur.

En revanche, l'art. 47 CO, tel qu'il est actuellement compris, ne nous semble pas satisfaisant. Le législateur exigeait des «circonstances particulières»: l'allocation d'une indemnité pour tort moral ne devait donc pas être la règle, mais l'exception. Or, la jurisprudence a fait une distinction non seulement contraire au texte légal, mais peu justifiée, entre le cas de lésions corporelles et celui de la mort d'un proche. Pour les lésions corporelles, les tribunaux continuent assez fréquemment, sinon toujours, à invoquer des circonstances spéciales (défiguration, souffrances particulières, perte d'un organe, diminution de la joie de vivre, etc.)[50]. Pour la disparition d'un proche, au contraire, la réparation du tort moral est pratiquement devenue de règle, tout au moins lorsqu'une faute peut être imputée à l'auteur: allégués de procédure et motivation spéciale (quand il y en a une) sont clauses de style. Certes, il y a des exceptions. Ainsi Dénéréaz c/ Béchir (RO 90 II 79), où le TF relève, pour l'indemnité à allouer aux enfants mineurs du disparu: «Le décès subit de leur père a été pour eux un deuil d'autant plus cruel qu'ils sont déjà orphelins de mère. L'atteinte à la vie affective et familiale est particulièrement sensible en l'espèce. La famille était très unie, selon les constatations du jugement attaqué. Que plusieurs enfants fussent encore jeunes le jour de l'ac-

---

[50] Cf. par exemple Spaini c/ Heimgartner et consorts, RO 88 II 111 = JT 1962 I 369: céphalées, vertiges, troubles de mémoire, angoisses: Fr. 10000.—.

cident, cela ne les empêchait pas de ressentir douloureusement la disparition soudaine de leur père. Sans doute les cadets ne réaliseront-ils que peu à peu, à la différence des aînés, l'importance de la perte ainsi subie par la famille. Il n'en reste pas moins qu'étant de condition modeste, tous les enfants se heurteront durant leur adolescence, c'est-à-dire pendant un temps plus ou moins long selon leur âge actuel, à des difficultés matérielles accrues, qui se joindront à leurs soucis moraux. Surtout, le défunt n'a commis aucune faute, tandis que l'auteur de l'accident est gravement fautif.» Et les Juges de Mon-Repos d'allouer à chaque enfant Fr. 5000.– à titre de réparation du tort moral.

Ce qui frappe dans ces considérants, c'est la diversité des motifs invoqués. Que la famille fût très unie n'a rien d'exceptionnel, comme aussi la minorité des enfants. En revanche, le fait que la mère était prédécédée constitue bien une «circonstance particulière». L'argument tiré des difficultés matérielles auxquelles des demandeurs devront faire face est moins surprenant qu'il ne paraît à première vue: qu'on veuille ou non le reconnaître, la réparation du prétendu «tort moral» est bien souvent en réalité un supplément d'indemnité destiné à mieux réparer le préjudice matériel. Eu égard à la dépréciation rapide de la monnaie – dépréciation contre laquelle une famille modeste ne peut guère se prémunir – un tel supplément n'a rien d'inéquitable en soi, mais il ne faut plus parler alors de «tort moral». Quant à la justification tirée de la faute grave du défendeur, elle peut s'interpréter de deux manières (qui ne s'excluent pas): soit tout simplement par une idée de vengeance, de sanction supplémentaire, soit, plus subtilement, comme la mise en évidence d'un élément de nature à aggraver la douleur des demandeurs, à savoir le fait que l'accident était parfaitement évitable, qu'il n'y entrait aucun élément de fatalité de nature à appeler la résignation.

La gravité de la faute est également invoquée dans un autre arrêt récent, veuve et enfants Marrer c/ L'Helvetia-

Accidents et consorts (RO 90 II 184). Mais, bien que les montants alloués aux enfants aient été identiques à ceux alloués dans Dénéréaz c/ Béchir, la justification est beaucoup plus sommaire, notre Haute Cour renvoyant d'ailleurs aux considérants de cet arrêt. Or, dans la cause Marrer, il manquait un élément important: la mère n'était pas prédécédée.

Nous pensons d'ailleurs que la longue motivation de Dénéréaz c/ Béchir s'expliquait surtout par la volonté du TF de réévaluer les montants traditionnellement accordés. Quoi qu'il en soit, l'octroi est demeuré ou est redevenu pratiquement automatique. La multiplicité et la diversité des arguments invoqués ne pouvait au surplus – contrairement aux apparences – que favoriser l'automatisme, car, si l'on multiple les raisons d'allouer une telle indemnité, on en trouvera facilement dans chaque espèce.

Il est significatif que, dans Guillod et Marzetti c/ Bottelli et La Générale de Berne (RO 88 II 455 rés. JT 1963 I 425), où les beaux-parents de la victime réclamaient une indemnité, notre Haute Cour ait remarqué: «...le jugement attaqué relate que l'instruction n'a pas établi des liens spécialement étroits entre les beaux-parents et la victime. S'agissant de parenté par alliance, cette constatation, bien qu'un peu brève, suffit pour justifier le refus de toute indemnité.» L'indemnité est à telle point entrée dans nos mœurs juridiques qu'on en vient à considérer que le refus doit être solidement motivé, et seul le fait qu'il s'agissait de parents par alliance a engagé les Juges de Mon-Repos à se contenter d'un refus aussi sommaire.

Le cercle des bénéficiaires éventuels est d'ailleurs très large. Non seulement les enfants, le conjoint, les père et mère, le fiancé ou la fiancée (Günther c/ Dürrenmatt et d^elle^ Feldmann, RO 57 II 53; Helvetia et Winterthur c/ Troillet et consorts et d^elle^ Défago – cas de refus en raison de circonstances spéciales – RO 66 II 206 = JT 1941 I 194), mais encore les frères et sœurs, même majeurs, y peuvent prétendre, à la condition, pour ces derniers, qu'ils fissent ménage

commun avec la victime (La Zurich c/ dame Clément-Morel et Morel, RO 63 II 219; Roh et consorts c/ La Bâloise, RO 64 II 53; Helvetia et Winterthur c/ Troillet précité; Assicuratrice italiana c/ Hoirs Kilchenmann et Haller, SJ 1953 177 CJC de Genève).

En fait, si l'on met à part les espèces où le défendeur fut libéré en raison de l'absence de faute (responsabilité objective) ou en raison de la gravité de la faute concurrente de la victime, les exemples de refus sont rarissimes[51].

Pour les lésions corporelles, la question se pose naturellement d'une manière un peu différente, car la diversité des lésions met obstacle à l'automatisme de l'octroi. Il convient toutefois de souligner que les motivations sont extrêmement variées. Le dommage esthétique est naturellement pris en considération (Blaser c/ Ackermann et CFF c/ Wenger), mais aussi la cécité, qui a brisé la carrière professionnelle du demandeur et profondément troublé la vie familiale (Besson c/ Commune de Pampigny et Zimmermann, RO 89 II 24; cf. également Gétaz c/ Chapuis et Gindroz, RO 89 II 56, perte quasi totale de la fonction visuelle de l'œil droit), les souffrances en cours du traitement (Bally c/ Rosti, RO 82 II 25 = JT 1956 I 324), le port nécessaire d'une prothèse (Kursaal Bern A.G. c/ Kappeler, RO 70 II 215 = JT 1945 I 41), des troubles psycho-somatiques accompagnés de perte de l'instinct sexuel (dame Brun-Streuli c/ Richard et Caledonian Insurance Co., RO 73 II 39 = SJ 1947 305 rés. JT 1947 I 493[52]), et naturellement l'invalidité complète (Daziani et Fenazzi c/ CFF et Parachini & Censi précité). Peut-on alors parler encore de la réparation *du* tort moral, ou ne vaudrait-il pas mieux employer le pluriel, et parler *des* torts moraux ?

Par surcroît, les arrêts Daziani et Besson marquent la même évolution que Dénéréaz, à savoir une augmentation

---

[51] On pourrait citer à titre d'exemple dame Barruchet c/ Economo (RO 57 II 311), mais le TF s'est contenté de renvoyer aux considérants des premiers juges.

[52] Le RO ne contient pas le passage qui nous intéresse ici.

considérable du montant de l'indemnité (fr. 15000.– pour l'invalide Daziani, fr. 20000.– pour l'aveugle Besson). Une telle somme correspond au gain annuel de nombreux chefs de famille. La généralisation de l'assurance RC a joué, dans cette évolution, un rôle incontestable, en libérant les tribunaux de la crainte de provoquer la ruine du responsable. Il faut d'ailleurs remarquer que, dans ces deux procès, une collectivité publique figurait parmi les défendeurs. Mais les responsables d'un accident ne sont pas toujours des assurés ou des collectivités publiques. Se justifie-t-il vraiment d'allouer des sommes aussi considérables ?

A notre avis, ce sont les conditions d'octroi, beaucoup trop imprécises, qui prêtent à la critique, plutôt que les montants eux-mêmes. Des distinctions devraient être faites entre les différentes catégories de «torts moraux».

A. D'emblée il apparaît que le préjudice esthétique mérite une place à part, en raison de son caractère mixte, à la fois pécuniaire et non pécuniaire. Il est clair en effet que l'enfant défiguré ou contraint de porter une prothèse voit ses chances d'avenir compromises. Indépendamment de la possibilité de faire un mariage avantageux (possibilité qui joue de moins en moins de rôle dans notre civilisation), restent les difficultés que l'intéressé rencontrera dans le choix et la poursuite d'une carrière. Cet élément du dommage, quoique non susceptible d'une évaluation précise, doit être traité comme un dommage matériel. Il en va de même, naturellement, lorsque la victime du préjudice esthétique est un adulte dont la réussite professionnelle est affectée par cette atteinte.

En revanche, lorsqu'il apparaît que l'atteinte n'aura pas d'incidence économique, sa réparation peut être subordonnée à une faute de l'auteur ou de ses auxiliaires, voire même à une faute grave[53].

B. Un élément de préjudice beaucoup plus complexe est

---

[53] Bien entendu, nous utilisons cette expression de «faute grave» pour désigner tant le dol que la négligence ou imprudence graves.

constitué par l'impossibilité, pour la victime, de goûter certaines joies ou certains plaisirs, de consacrer ses loisirs à telle ou telle occupation, à tel ou tel «hobby». Ainsi le lésé, devenu aveugle, qui aimait peindre, regarder des matchs, faire du ski, devra se chercher d'autres distractions, qu'il trouvera plus ou moins facilement selon sa nature, sa formation, le milieu où il vit, etc. Dans notre société «ludique», où l'occupation des loisirs est si importante, il faut reconnaître la nécessité de telles reconversions. Nous ne voyons pas pourquoi cette indemnisation serait subordonnée à une faute, en cas de responsabilité objective. Citons, à l'appui de notre point de vue, l'exemple, hélas authentique, d'une grave fracture de la colonne vertébrale rendant la victime totalement impotente. La seule joie laissée à ce malheureux est de faire de temps à autre une promenade en automobile. Prétendra-t-on qu'il se justifie de refuser une indemnité à cette fin, ou même plus simplement de la subordonner à une faute ?

La perte de la puissance sexuelle constitue, à notre avis, un préjudice analogue.

C. En revanche, nous sommes beaucoup plus réservé en ce qui concerne l'allocation d'une indemnité pour les douleurs subies en cours de traitement. Il nous paraît que la réparation devrait être modique et subordonnée à une faute grave, en cas de responsabilité subjective, et au moins à l'existence d'une faute (du défendeur ou de ses auxiliaires), en cas de responsabilité objective[54].

D. L'indemnisation du tort moral causé aux survivants nous inspire la plus grande réserve. Il faudrait la limiter aux personnes que le décès affecte très profondément (père, mère, conjoint, enfants). D'autre part, l'allocation d'une telle indemnité devrait être subordonnée à une faute grave, même si le défendeur répondait déjà de la seule causalité.

Quant au montant de la réparation, nous pensons qu'il

---

[54] Nous ne verrions aucun inconvénient à ce que la faute grave soit exigée dans tous les cas.

conviendrait de distinguer nettement deux aspects de l'indemnisation. En tant que réparation du tort moral *stricto sensu* (compensation de la douleur morale), l'indemnité ne peut être que modique. Elle doit simplement permettre à la personne ébranlée par une épreuve de s'accorder quelques semaines de loisir, ou quelques plaisirs qui favoriseront l'oubli. L'allocation d'une grosse somme à ce titre nous paraît en revanche franchement immorale.

Mais on peut aussi envisager une indemnité beaucoup plus forte, constituant en quelque sorte une surindemnisation de la perte de soutien, et subordonnée par conséquent au succès de l'action pour perte de soutien.

Il est clair, en effet, que la réparation matérielle de la perte de soutien n'est que rarement complète, et cela pour plusieurs raisons; la monnaie se déprécie rapidement, et seul un placement très judicieux du capital peut pallier – et encore pas toujours complètement – les conséquences de cette dépréciation; la disparition du chef de famille entraîne de nombreux frais supplémentaires: par exemple, la mère doit rechercher un confort plus grand, pour les vacances et même en temps ordinaire, et beaucoup de petits travaux, qu'un homme est capable d'accomplir, seront obligatoirement confiés à des tiers contre paiement, etc.

Bien entendu, une telle surindemnisation, comme la réparation du tort moral *stricto sensu*, devrait être subordonnée à une faute grave.

On nous objectera peut-être que ces deux types d'indemnités auraient un certain caractère pénal, mais l'argument ne nous paraît pas décisif. Une compensation pécuniaire peut atténuer la rancune par les satisfactions matérielles qu'elle procure et aussi par la certitude que l'auteur devra faire un lourd sacrifice pour racheter sa faute. Ce n'est sans doute pas la manifestation d'une morale très élevée, mais l'ordre juridique est contraint de tenir compte des faiblesses de la nature humaine[55].

---

[55] Sur l'aspect pénal de la réparation du tort moral et les opinions

E. La victime de lésions corporelles graves nous paraît également fondée à exiger une surindemnisation, en cas de faute lourde de l'auteur.

F. Il y a enfin un dernier problème qui mérite d'être soulevé. Dans notre droit, aucune réparation du tort moral ne peut être allouée à un tiers, dans l'hypothèse de lésions corporelles. Certes, il serait choquant qu'une épouse reçoive une indemnité pour tort moral en raison des lésions corporelles subies par son mari, et qu'elle divorce ensuite en invoquant (pourquoi pas?) le trouble apporté par ces mêmes lésions dans la vie conjugale. La femme bénéficie d'ailleurs pratiquement des indemnités versées au mari, et inversement. De même, les enfants pour les indemnités versées à leurs parents. En revanche, il serait légitime que le père et surtout la mère reçoivent une indemnité lorsque les lésions subies par leur enfant (mineur ou majeur non marié) sont telles qu'il ne pourra jamais mener une vie indépendante. Nous pensons au cas d'un enfant devenu faible d'esprit, atteint de troubles mentaux graves ou définitivement impotent à la suite d'un accident. Pour les parents, de telles situations constituent un véritable calvaire. On nous objectera sans doute que les parents profitent indirectement de l'indemnité allouée à leur enfant. Mais les autorités tutélaires doivent précisément veiller à ce que l'indemnité allouée ne soit pas utilisée par les parents à leur profit. L'allocation, à ces derniers, d'une indemnité indépendante serait donc pleinement justifiée et nous pensons qu'en cas de responsabilité objective elle ne devrait pas être subordonnée à une faute du défendeur ou de ses auxiliaires[56].

---

divergentes des auteurs, cf. notamment OFTINGER I 257–258.

[56] Les tribunaux français accordent la réparation du tort moral subi par le conjoint (du fait d'une grave atteinte à l'intégrité corporelle de l'autre conjoint) et aux parents (si une telle atteinte a été portée à leur enfant). Cf. HENRI LALOU et PIERRE AZARD, Traité pratique de la responsabilité civile. 6e éd. par P' A'. Paris 1962. N° 156 p. 100 ss.

Bien entendu, l'institution de cette réparation nécessiterait une revision de l'art. 47 CO. Il conviendrait aussi de préciser les différentes catégories de «torts moraux» et d'indiquer, pour chacune d'elles, comme nous l'avons fait ci-dessus, les conditions d'octroi (notamment l'exigence d'une faute ou d'une faute grave, en distinguant la responsabilité objective et la responsabilité aquilienne). Enfin l'art. 8 LRC devrait être abrogé.

§ 7. La solidarité parfaite et imparfaite

Une des particularités du droit suisse est qu'il distingue deux types de solidarités, la solidarité parfaite (art. 50 CO) et la solidarité imparfaite (art. 51 CO). Lorsque les défendeurs voient leur responsabilité engagée pour des causes différentes (responsabilité subjective, contractuelle, objective), aucune hésitation n'est possible[57], sauf si l'art. 60 LCR est applicable: il y a solidarité imparfaite. La solution est identique lorsque la responsabilité est engagée en vertu de contrats différents (et non sur la base d'un seul et même contrat, puisque, sauf clause contraire, les débiteurs sont conjoints, art. 143 CO). Enfin, tous les défendeurs sur lesquels pèse uniquement une responsabilité objective ne sont qu'imparfaitement solidaires (par exemple le chef de famille, art. 333 al. 1 CC, et le détenteur d'un animal, art. 56 al. 1 CO, ou l'entreprise ferroviaire). Ce dernier principe comporte toutefois deux exceptions:

1. En dérogation à l'art. 51 CO, l'art. 60 LCR institue un rapport de solidarité parfaite entre toutes les personnes responsables, lorsqu'un véhicule automobile «est en cause» dans l'accident. La disposition ne brille certainement pas par sa clarté. On peut tout d'abord se demander s'il y aurait solidarité parfaite en cas de concours de deux responsabilités objectives régies l'une par la LCR (responsabilité du déten-

---

[57] Dietrich c/ Clerc et Helvetia, RO 69 II 162.

teur), l'autre par une loi spéciale (responsabilité de l'entreprise de chemins de fer). On doit se demander également si la solidarité parfaite peut exister entre détenteurs et responsables pour faute, alors que l'art. 60 al. 3 semble exclure totalement cette solidarité[58]. Seule donc est véritablement certaine la solidarité entre détenteurs (ou personnes auxquelles la loi impose la même responsabilité qu'au détenteur, tel celui qui a soustrait le véhicule), ou entre défendeurs répondant les uns comme détenteurs, les autres à raison d'un devoir de surveillance[59].

2. Il y a également solidarité parfaite lorsqu'un même devoir de surveillance ou une même responsabilité pour risque pesait sur des personnes liées entre elles par un lien de solidarité parfaite antérieur: membres d'une société simple[60] ou d'une société en nom collectif, ou encore associés indéfiniment responsables d'une société en commandite.

Quand les personnes recherchées répondent uniquement à raison d'une faute, il est beaucoup plus difficile de décider si la solidarité est parfaite ou imparfaite. L'art. 50 al. 1 CO dispose: «Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice.» Cette disposition institue incontestablement une solidarité parfaite: jurisprudence et doctrine s'accordent sur ce point. Mais il est non moins certain que la solidarité parfaite ne saurait résulter de seul fait que les défendeurs répondent, pour faute, d'un même dommage. Certes, l'art. 51 al. 1 CO manque de clarté: «Lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de

---

[58] Notons cependant que rien ne s'oppose à ce que la personne tenue ex lege réponde pour le tout, alors que la personne tenue pour faute ne répondrait que pour sa part.

[59] Cf. Minot et consorts c/ Armbruster, RO 89 II 415.

[60] Epoux Forster-Anliker c/ Sievi et consorts, RO 72 II 255 = JT 1947 I 202.

ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie.» La parenthèse montre que, par «causes différentes», le code désigne uniquement des causes différant par leur nature juridique. On pourrait en conclure qu'il y a solidarité parfaite toutes les fois que les fondements des responsabilités ont une nature juridique identique (défendeurs tous tenus *ex delicto*, ou tous tenus *quasi ex delicto*). Mais le texte allemand de l'art. 50 al. 1 CO est beaucoup plus explicite: «*Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet* . . .» L'adverbe indique que le législateur a entendu exiger une action commune, et non une simple coïncidence. Il s'ensuit que l'art. 51 al. 1 CO a une lacune, et qu'en l'absence d'action commune les responsables *ex delicto* sont imparfaitement solidaires. Cette lacune s'explique d'ailleurs par une maladresse de rédaction: contrairement à ce que paraît dire la loi, il ne suffit pas que les causes soient de même nature juridique pour qu'il ait solidarité parfaite. Sur ces différents points, l'unanimité s'est faite depuis quelques décennies déjà.

En revanche, l'hésitation subsiste sur le sens exact de l'adverbe *gemeinsam* (français: «ensemble») à l'art. 50 al. 1 CO, car la jurisprudence du TF a été passablement ondoyante. Dans dame Häberli-Ingold c/ Flückiger (RO 55 II 310 = JT 1930 I 270, note Thilo), la Cour a estimé que l'art. 50 al. 1 exige une entreprise commune («*ein gemeinsames Unternehmen*»), c'est-à-dire une collaboration consciente des intéressés. Cette interprétation se retrouve dans Von Ins et Lüscher c/ Neuhaus et consorts (RO 62 II 138 = JT 1936 I 547): «Pour qu'il y eût rapport de solidarité parfaite, il aurait fallu une faute commune dans le sens d'une action conjuguée tendant à provoquer l'accident.» Et la jurisprudence la plus récente semble s'y conformer: Corinphila-Liga et Luder c/ Köhler (RO 82 II 544 = JT 1957 I 312) et Michelis Bank A.G. c/ Inro Corsetry Ltd (RO 89 II 239 = JT 1964 I 41).

Mais certains arrêts, plus anciens, il est vrai, que les deux derniers cités, se contentent d'une participation même involontaire: Krebs et Widmer c/ Habegger (RO 45 II 310 =

JT 1919 I 517); Frick et consorts c/ Suter (RO 57 II 420); Loriol et consorts c/ dame Hauser (RO 79 II 66, solidarité parfaite entre les membres d'un club de hockey sur glace et le club lui-même, un spectateur ayant été blessé accidentellement d'un coup de crosse); et surtout, peu auparavant, Schneider et Rey c/ Haymoz (RO 71 II 107, stand de tir improvisé dans le jardin d'une auberge): «La responsabilité est établie au même degré contre tous les participants à un acte illicite et cela aussi pour les conséquences de l'acte qui n'avaient été ni voulues ni prévues par certains d'entre eux ou par tous, dès qu'ils ont eu ou auraient dû avoir conscience du danger créé en commun. Lors donc que le coup fatal a pour auteur un des participants, tous ceux qui ne pouvaient ignorer ce risque ont l'obligation de réparer le dommage, sous réserve de leurs droits de recours réciproques. Pour qu'il puisse y avoir collaboration consciente, il n'est pas nécessaire que les participants se concertent. Il suffit qu'ils doivent reconnaître que leurs actes ou leurs omissions sont propres à causer le dommage qui se produit ensuite.»

Ces hésitations de la jurisprudence sont naturellement fâcheuses. Il convient maintenant d'en mesurer la portée pratique. Dans Minot et consorts c/ Armbruster (RO 89 II 415), auquel s'est référé ultérieurement le TF (veuve Marrer et enfants c/ Helvetia-Accidents et consorts, RO 90 II 184), le TF a affirmé que les deux formes de solidarité seraient extrêmement voisines: elles ne différeraient que sur deux points:

1. En cas de solidarité parfaite, la prescription interrompue contre l'un des débiteurs l'est également contre tous les autres, alors qu'en cas de solidarité imparfaite la prescription doit être interrompue séparément à l'encontre de chaque débiteur (dame Häberli-Ingold c/ Flückiger). Rappelons toutefois que la LCR (art. 83 al. 2) et la LITC (art. 39 al. 2) font partiellement exception, en ce sens que la prescription interrompue à l'égard de la personne responsable l'est aussi à l'égard de l'assureur, et vice versa.

2. C'est seulement en cas de solidarité parfaite que le débiteur qui paie est subrogé aux droits du créancier (art. 149 al. 1 CO). Là aussi, certaines dispositions spéciales font exception à ce principe: art. 72 al. 1 LCA, 100 LAMA, art. 49 LF du 30 septembre 1949 sur l'assurance militaire, art. 11 al. 3 LF sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959[61].

On peut se demander toutefois si la solidarité parfaite ne diffère pas de la solidarité imparfaite par d'autres traits encore. Deux questions se posent à ce sujet:

a) La première concerne les effets d'une remise de dette, d'un sursis ou d'une transaction. En cas de solidarité imparfaite, de tels actes ne profitent qu'au débiteur auquel l'avantage a été consenti par le créancier. En est-il de même en cas de solidarité parfaite? BECKER[62] se prononce pour un effet *in personam*, à moins qu'une intention contraire ne ressorte de l'acte. Telle est d'ailleurs la solution qui nous paraît se dégager de l'art. 147 al. 2 CO.

b) La deuxième question est beaucoup plus délicate, et a fortement embarrassé la jurisprudence. Il s'agit de savoir si, dans l'hypothèse où deux ou plusieurs personnes répondent soit à raison d'une faute (mais non d'une faute commune), soit «aux termes de la loi» (responsabilité objective), celle qui est recherchée avant les autres doit, comme dans le cadre de l'art. 50 al. 1 CO, supporter à l'égard du lésé les conséquences de certains éléments (gravité de la faute, risque inhérent, recherche d'un gain, etc.) réalisés uniquement dans le cadre de la «situation délictueuse» d'un coresponsable. L'arrêt dame Häberli-Ingold c/ Flückiger s'exprime ainsi: «Dans le cadre de l'art. 51, on ne peut refuser à chaque participant le droit de se prévaloir à l'encontre du lésé du fait que sa faute est plus légère que celle des autres défendeurs.»

---

[61] Cf. ci-dessous 281–283.

[62] HERMANN BECKER, Obligationenrecht. I Abt.: Allgemeine Bestimmungen. 2. Auflage. Bern 1941 (Berner Kommentar zum ZGB.) Rem. 5 ad art. 147.

Cette formule catégorique était certainement préférable aux considérants obscurs de Tschalär c/ Gruber et Caflisch (RO 36 II 18), rendu sous l'empire du CO de 1881 (lequel n'avait pas de disposition analogue à l'art. 51 actuel): le défendeur ne peut pas obtenir directement une réduction des dommages-intérêts qu'il doit. Mais on peut tenir compte de la légèreté de la faute et du rapport éloigné entre celle-ci et le dommage.

Dans l'arrêt très récent Delavy c/ Bonjean (RO 89 II 118), le TF a exprimé une opinion proche des considérants de l'arrêt Tschalär: «La victime jouit d'un concours d'actions: elle ne peut prétendre qu'une fois à la réparation, mais envers elle chacun répond en entier (RO 41 II 227–228; 55 II 87–88). Ce principe ne souffre exception que lorsque le fait du tiers interrompt la relation de causalité entre l'acte du défendeur et le dommage ou lorsque la faute concurrente fait apparaître celle du défendeur comme moins grave (RO 41 II 228 = SJ 1915 362; 54 II 368; 60 II 150)»[63].

Cet arrêt nous laisse perplexe. S'il faut examiner dans chaque cas qui a commis la faute la plus grave, on ne voit pas très bien ce que devient le principe selon lequel chaque personne répond envers le lésé de la totalité du dommage. Deuxièmement, une comparaison vraiment sérieuse des fautes est-elle possible si le coresponsable n'a pas la qualité de partie? Par surcroît, le TF se réfère à Métein c/ Pélissier (RO 41 II 223), où il était question de la faute concurrente des parents qui ont mal surveillé l'enfant; on ne saurait affirmer que les considérants pouvaient, dans l'esprit de la Cour, s'appliquer à la faute concurrente de n'importe quel tiers. D'ailleurs, le TF ajoutait que «la responsabilité du propriétaire de l'ouvrage» (recherché par le lésé) «est purement causale et que le degré de gravité de sa faute n'entre pas en considération.»

---

[63] Blanc et Chabbey c/ Beney et Commune d'Ayent (RO 66 II 114 = JT 1940 I 502) adoptait déjà la même solution que Delavy c/ Bonjean.

Dans d'autres arrêts les Juges de Mon-Repos n'ont fait aucune allusion à une possibilité de réduction pour faute concurrente d'un tiers ou fait d'un tiers: ainsi Heldner c/ Benelli (RO 77 II 148 = JT 1952 I 450), ou Minot et consorts c/ Armbruster.

Etablissement d'assurance contre l'incendie du canton de Soleure c/ Häner (RO 50 II 186 = JT 1924 I 396) est particulièrement bienveillant à l'égard du défendeur: D'après les art. 51 al. 1 ou 50 al. 2 CO, on peut aussi admettre comme motifs de réduction des circonstances qui, si l'on devait appliquer directement l'art. 41 CO, ne pourraient être prises en considération, à savoir (contrairement à l'art. 50 al. 1 CO) la faute concurrente d'un tiers, et les charges extraordinairement lourdes retombant sur le défendeur.

Dans Kägi et consorts c/ Ochsner (RO 68 II 369 = JT 1943 I 466), le TF était allé jusqu'à affirmer qu'il n'y a pas de solidarité lorsque la proportion de dommage causée par chaque responsable peut être déterminée[64].

A notre avis, les arrêts attribuant une portée différente[65] à la faute concurrente d'un tiers selon qu'il y a solidarité parfaite ou imparfaite sont mal fondés. C'est seulement dans le cadre des actions récursoires qu'il faut comparer la gravité des fautes commises par les responsables. En revanche, il est clair que la «rupture du lien de causalité» peut être invoquée dans le cadre de l'art. 51 CO. Certes, comme l'observent MM. Oftinger[66] et Rusconi[67], l'expression n'a aucune va-

---

[64] Nous reviendrons sur cet arrêt à 268–269.

[65] Précisons ici ce que nous entendons par «portée différente». Il se peut que la réparation de tel élément du préjudice (par exemple la réparation du tort moral) soit subordonnée à une faute ou à une faute grave. Le lésé ne pourra alors exiger du coresponsable n'ayant pas commis de faute ou pas commis de faute grave la réparation due de ce chef, à moins qu'il y ait solidarité parfaite. Cf. ci-dessous 275. L'affirmation contenue dans le texte ne vaut donc que si l'indemnité est due en principe par le coresponsable.

[66] I 93 note 137.

[67] 340 note 10.

leur théorique, elle n'est qu'une image. La causalité n'est pas un lien, et par conséquent on ne saurait parler de «rupture». Mais il faut entendre par là simplement que, dans certaines hypothèses, la responsabilité du tiers apparaîtra à tel point prépondérante que la condamnation du défendeur ne se justifiera plus.

Les incertitudes de la jurisprudence, que nous avons mises en évidence, rendent hautement désirable une unification du régime applicable à une pluralité de responsables. Malheureusement, l'art. 50 al. 3 CO complique encore le problème: le receleur n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération.

Cette disposition tire son origine de l'art. 1829 du CC zurichois: «*Ebenso haften die Begünstiger einer strafbaren Handlung, wenn und insoweit die Begünstigung in einem wenigstens mittelbaren Zusammenhang mit dem verursachten Schaden steht.*»

Ainsi que cela ressort du commentaire de Bluntschli[68], l'art. 1829 avait pour objet de limiter la responsabilité de celui qui aide l'auteur après la commission de l'acte principal: ce «fauteur» ne devait répondre que du dommage qu'il avait contribué à causer, et non de la totalité du dommage causé par l'auteur principal.

L'art. 1829 servit de modèle à l'art. 60 al. 3 du CO de 1881: «Le fauteur du délit perpétré n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération.»

Les raisons pour lesquelles le nouveau CO a remplacé le fauteur par le receleur sont mystérieuses[69]. Dans tous les cas,

---

[68] Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen, hrsg. von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI. Bd. III. Zürich 1855. 644.

[69] Notre assistant, M. PHILIPPE PIDOUX, a fait, sur la genèse de l'art. 50 al. 3 CO, des recherches qui, nous l'espérons, seront publiées ultérieurement. Nous en avons utilisé une partie dans notre texte.

cette substitution constituait une lourde erreur. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire Fratacchi c/ Stauffer (RO 77 II 301 rés. JT 1952 I 542): une mère avait reçu en dépôt une somme d'argent escroquée par son fils, sachant pourtant qu'il s'agissait du produit d'un acte délictueux. Ultérieurement, elle restitua à son fils les billets mêmes qu'elle avait reçus. Selon le TF, le lésé n'a ni action en enrichissement illégitime, parce que les billets reçus avaient été restitués, ni action pour acte illicite, faute pour le lésé d'avoir prouvé un préjudice, et dame Fratacchi n'ayant d'ailleurs réalisé aucun gain.

Le seul mérite de cette disposition mal conçue et injustifiable[70] est de mettre l'accent sur le problème délicat de la succession d'événements dommageables imputables à des personnes différentes. Certes, lorsque les responsables forment une bande, on ne saurait attacher la moindre importance (en ce qui concerne les rapports entre lésés et responsables) à l'ordre dans lequel les corresponsables ont participé à l'entreprise. Par exemple, si A, B et C ont frappé la victime les uns après les autres, il est indifférent que les coups de A n'aient provoqué que des blessures légères, ceux de B des lésions plus graves et ceux de C une invalidité permanente: A répond envers le lésé de l'invalidité permanente. La même solution devrait être appliquée au receleur membre d'une bande: il sera tenu de réparer les conséquences du vol, de l'escroquerie, de l'abus de confiance comme l'auteur principal. En revanche, le cas des coresponsables ne constituant pas une bande est très différent. Si le voleur prend contact, après la commission du délit, avec un receleur chez qui il dépose une partie de son butin, il n'y a aucune raison de condamner le receleur à rembourser le montant total du vol. Mais il serait inadmissible de libérer le receleur parce qu'il

---

Malheureusement, il n'a pas été possible jusqu'ici de déterminer la raison pour laquelle le receleur a été substitué au fauteur.

[70] A part Fratacchi c/ Stauffer, nous n'avons pu trouver que deux exemples jurisprudentiels où l'art. 50 al. 3 CO a été appliqué, à

a ponctuellement restitué au voleur la somme déposée et n'a reçu aucune part du gain (telle fut pourtant, on l'a vu, l'issue de la cause Fratacchi). Le receleur cause toujours un préjudice du fait de sa coopération, à moins que le produit de l'acte illicite ne soit sauvegardé par lui au profit de la victime.

On pourrait évidemment nous objecter que le dommage est déjà réalisé au moment de la commission du délit par l'auteur principal, mais il s'agit là d'une objection sans valeur. En réalité, le dommage se produit par étapes: plus le bien soustrait circule, plus il devient difficile à récupérer. Lorsque le receleur ne faisait pas partie de la bande, il doit donc néanmoins être condamné, solidairement avec les auteurs principaux, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens déposés chez lui ou acquis par lui.

Le cas du receleur (n'appartenant pas à une bande) n'est qu'un aspect particulier d'un problème plus vaste, celui de l'*überholende Kausalität* (en français «dommage médiat»). A cet égard, l'arrêt le plus fameux de la jurisprudence suisse est incontestablement Pfister c/ Société nouvelle des automobiles Martini (RO 43 II 241): dans cette affaire, la victime d'un premier accident, conduite à l'hôpital, y fut victime d'un deuxième accident, un camarade de chambre ayant mis, par négligence, le feu au bandage imbibé d'alcool entourant le bras du lésé; le TF admit que le lésé était fondé à exiger du premier auteur la réparation de la totalité du dommage.

A notre avis, les problèmes de ce genre sont trop divers et trop complexes pour qu'on puisse songer à les régler par une disposition légale: il convient d'en laisser la solution à la doctrine et à la jurisprudence.

Il en va de même de certaines difficultés que présentent parfois les dommages simultanés. On en trouve un exemple dans Kägi et consorts c/ Ochsner (RO 68 II 369 = JT 1943 I 466): un canal, recevant les eaux de fonds appartenant à

---

savoir Surema S.A. c/ Prongué, CJC de Genève, SJ 1954 208 et BZR 22/1923 n° 177 p. 353, Handelsgericht de Zurich.

plusieurs propriétaires, inonde une propriété voisine. Le TF n'admet pas la solidarité, parce qu'on pourrait déterminer la proportion dans laquelle les divers fonds ont contribué au dommage, soit à l'alimentation du canal; selon notre Haute Cour, cette solution s'imposerait d'autant plus qu'il s'agit d'une responsabilité causale [71]. Le second argument est certainement sans valeur, mais le premier ne nous convainc nullement. Un arrêt, non publié, rendu par la Chambre des recours du TC vaudois, le 13 décembre 1966, fera mieux comprendre nos objections:

Une société immobilière s'est engagée, dans les baux, à supporter les frais d'électricité relatifs aux garages. Il n'y a qu'un seul compteur. Deux locataires, abusant de la situation, consomment une quantité d'électricité anormale. L'expert mis en œuvre par le juge parvient à déterminer d'une manière approximative la consommation réelle de chacun d'eux. Y a-t-il solidarité parfaite, solidarité imparfaite ou absence de solidarité? Pour résoudre cette question, il faudrait naturellement commencer par rechercher si la responsabilité encourue est de nature exclusivement contractuelle, ou si au contraire la propriétaire peut se placer également sur le terrain délictuel. Admettons, comme hypothèse de travail, cette seconde possibilité; la solution dépendra alors de la faute commise par les locataires. Si chacun des deux preneurs a voulu profiter du fait qu'il n'y avait qu'un seul compteur (pensant ainsi que l'auteur de l'abus passerait inaperçu), la solidarité s'impose; elle sera toutefois imparfaite, les défendeurs ayant eu des intentions convergentes, mais non véritablement communes. Si en revanche un des locataires a agi par simple négligence (ayant par exemple oublié de débrancher un radiateur électrique), on ne saurait le rendre responsable de la totalité du dommage: il n'y aura pas solidarité: le juge devra déterminer la consommation

---

[71] Cf. la critique de cet arrêt par M. Oftinger (I 295 note 10) et par François Guisan au JT 1943 I 473.

imputable à chacun des deux preneurs; le cas échéant il statuera *ex aequo et bono* sur la base de l'art. 42 al. 2 CO.

Contrairement à l'opinion émise par le TF dans Kägi et consorts c/ Ochsner, la possibilité ou l'impossibilité d'établir exactement le montant du dommage causé par chacun des responsables n'a aucune importance pour la solidarité, l'art. 42 al. 2 CO permettant toujours de substituer un calcul hypothétique à l'appréciation concrète, lorsque celle-ci n'est pas possible. Seules comptent à notre avis l'indépendance des dommages ou leur interdépendance. Si les dommages causés sont totalement indépendants, il n'y a aucune raison d'admettre la solidarité, ni *de lege lata*, ni *de lege ferenda*. Si en revanche il existe une relation (autre que purement temporelle) entre les différents dommages, les défendeurs seront solidairement responsables, exactement comme dans l'hypothèse (beaucoup plus fréquente) où les fautes de plusieurs personnes – ou leur fait – provoquent un dommage unique. Donc, dans Kägi et consorts, notre Haute Cour aurait dû admettre la solidarité imparfaite, soit en raison de l'unicité du dommage (l'inondation), soit – autre motivation, à notre avis inutilement subtile – en traitant comme une pluralité de dommages interdépendants l'accumulation de l'eau provenant de fonds différents.

Nous avons ainsi mis en lumière, et peut-être résolu, certains problèmes relatifs à la pluralité de responsables. Mais la plus grosse difficulté reste encore à surmonter.

§ 8. Le recours et la subrogation

L'art. 51 al. 2 CO institue une hiérarchie: la réparation incombe en premier lieu à celui qui répond d'une faute[72], en deuxième lieu à celui qui répond en vertu d'un contrat, et en

---

[72] La loi parle improprement d'«acte illicite» pour désigner uniquement la responsabilité aquilienne, et oppose celui qui a commis un tel acte à la personne «tenue aux termes de la loi», c'est-à-dire dont la responsabilité est objective.

troisième lieu à celui dont la responsabilité est objective. On admet d'ailleurs qu'il faut faire une distinction au sein de cette dernière catégorie, le dommage devant être supporté par la personne recherchée à raison d'un risque inhérent (*Gefährdungshaftung*) de préférence au responsable tenu à raison d'un simple devoir de surveillance (*gewöhnliche Kausalhaftung*)[73].

D'autre part, selon l'art. 72 al. 1 LCA, si le lésé avait conclu une assurance contre les dommages, l'assureur qui a versé une indemnité est subrogé au lésé pour les prétentions qu'il peut avoir contre des tiers à raison d'actes illicites, ceci jusqu'à concurrence de l'indemnité payée. Cette disposition a été interprétée par le TF dans le même sens que l'art. 51 al. 2 CO, en ce sens que l'assureur n'est pas subrogé dans les droits du lésé contre la personne tenue en raison d'une responsabilité objective (Emmenthalische Mobiliarversicherungsgesellschaft c/ Bernische Kraftwerke, RO 45 II 638; La Neuchâteloise c/ Gini et Durlemann, RO 80 II 247[74]).

Loin de supprimer les difficultés, cette jurisprudence en a fait surgir de nouvelles.

Tout d'abord, il faut se demander si la personne qui avait un devoir de surveillance échappe à la responsabilité aquilienne, quelle que soit la gravité du manquement commis. Sur ce point, le TF s'est montré hésitant. Brandversicherungsanstalt des Kantons Luzern c/ Herzog (RO 77 II 243 = JT 1952 I 69), Fabrique d'emballages métalliques S.A. c/ d^elle^ Monney (RO 81 II 223 rés. JT 1956 I 541) et Walo Bertschinger & Cie S.A. et consorts c/ Rey et consorts (RO 87 II 184 = JT 1962 I 4) admettent expressément la possi-

---

[73] Tel est le principe, mais en pratique la jurisprudence a tendance à traiter le manquement à un devoir de surveillance comme une faute (cf. ci-dessous) ou à considérer que ce manquement est la seule cause (ou la cause principale) du dommage.

[74] Citons encore Ripari c/ Assurance mutuelle vaudoise, CJC de Genève, SJ 1963 384.

Sur ces questions, on pourra consulter WALTER YUNG, Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu

bilité d'une faute personnelle de l'employeur. CFF c/ Wenger (RO 81 II 159 = JT 1956 I 51) va dans le même sens, puisqu'il fait état de la faute des parents. En revanche, La Neuchâteloise c/ Gini et Durlemann semble adopter le point de vue contraire: celui qui manquerait à un devoir de surveillance engagerait uniquement sa responsabilité légale. Le TC du Valais a retenu la faute d'un propriétaire ayant longtemps négligé de réparer un ouvrage (Bonjean c/ Commune de Vouvry, Rapp. du TC 1964 42 rés. JT 1965 I 388) et le TC du Tessin celle d'un détenteur d'animal (RGP 1963 65 = SJZ 1965 no 58 p. 96 rés. JT 1965 I 444).

Mais, si l'on admet que l'existence d'un devoir de surveillance n'exclut pas la responsabilité aquilienne, quel est alors le critère permettant de distinguer la faute du simple manquement objectif? Ne risque-t-on pas de transformer systématiquement les devoirs de surveillance en responsabilité avec présomption de faute?

Lorsque la responsabilité est engagée à raison du risque inhérent (*Gefährdungshaftung*), il est en général plus aisé de distinguer la faute du simple «fait» illicite, bien qu'il puisse y avoir des cas prêtant à l'hésitation: ainsi lorsque le détenteur confie le véhicule automobile à un conducteur trop fatigué, ou porté à des excès de boisson (dans des circonstances telles qu'on peut présumer qu'il sera tenté d'en consommer). Mais une autre difficulté surgit: les lois spéciales font supporter à la personne qui répond du risque les conséquences de la faute de ses auxiliaires (Selon la LCR, le détenteur répond de la faute du conducteur, d'un passager, voire de celui qui a chargé le véhicule; les entreprises de chemins de fer répondent du personnel de l'entreprise et des personnes dont elles utilisent les services pour les transports

---

d'un contrat, dans Recueil de travaux publiés à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes, Genève 1952 (Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, 9), 226–227; et Marc-Henri Chaudet, Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage. Thèse Lausanne, 1966. Passim.

ou pour la construction de la ligne; les exploitants d'installations électriques répondent de toutes les personnes qu'ils emploient; l'exploitant d'un oléoduc également, etc.). Or, dans Assurance mutuelle vaudoise c/ CFF (RO 76 II 387 rés. JT 1951 I 571), où il s'agissait d'un accident imputable à la négligence d'une garde-barrière, le TF a jugé qu'une compagnie d'assurance qui répond en vertu d'un contrat ne possède «l'action récursoire que contre la personne qui a provoqué le dommage par sa faute personnelle» et que, «si cette personne est une personne morale, seule peut entrer en ligne de compte à cet égard une faute de ses organes, et non une faute de ses employés». En d'autres termes, notre Haute Cour a estimé que les dispositions spéciales en vertu desquelles une personne répond de la faute de ses auxiliaires sans possibilité d'exonération dérogent bien à l'art. 55 al. 1 CO, mais non aux art. 51 al. 2 CO et 72 al. 1 LCA. Cette décision est vivement critiquée par MM. CHAUDET[75] et PORTMANN[76]. Certes, la rédaction de l'arrêt n'est pas toujours heureuse: par exemple, le considérant 2 affirme que la hiérarchie des responsabilités selon l'art. 51 al. 2 CO lie le juge, alors que le considérant 4 déclare le contraire. Mais la solution nous paraît conforme au droit en vigueur. Malheureusement, on trouve des décisions en sens opposé: dans CFF c/ Wenger, la faute de l'entreprise a été admise sans que le manquement ait été imputé expressément à un organe; de même dans Daves c/ CFF, TC du Valais, Rapp. 1964 57 rés. JT 1965 I 440.

D'autre part, il convient de souligner que le problème posé par la faute de l'auxiliaire dans le cadre des lois spéciales présente en réalité un quadruple aspect: il faut considérer en effet les relations entre le lésé et le responsable du risque,

---

[75] MARC-HENRI CHAUDET, Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage. Thèse Lausanne, 1966. 154.

[76] PETER PORTMANN, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht. Bern 1958. (Abhandlungen zum Schweiz. Recht, N.F. 335.) 150 note 2.

entre le responsable du risque et son employé, entre un coresponsable et le responsable du risque, et entre l'assureur (assurance-dommages du lésé) et le responsable du risque. Il ne semble pas que, ni le législateur, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'aient prêté à cette distinction toute l'attention désirable.

De lege ferenda il serait tout-à-fait normal que le lésé puisse obtenir du responsable pour risque[77] une réparation du dommage aussi complète que si la faute avait été commise non par l'auxiliaire du responsable, mais par ce dernier personnellement. Ainsi, non seulement la preuve libératoire de l'art. 55 al. 1 CO ne serait pas ouverte (telle est déjà la solution de nos lois spéciales), mais encore le responsable devrait par exemple réparer le tort moral comme s'il avait lui-même commis une faute (le cas échéant une faute grave). La LUPEA a sans doute franchi ce pas, puisque, en raison de la «canalisation», le lésé ne peut attaquer que l'exploitant (ou le transporteur) et son assureur. Une réglementation identique aurait dû être adoptée chaque fois que le lésé ne peut attaquer l'auxiliaire en raison du statut de la fonction publique. On ne voit pas en effet pourquoi le lésé devrait obtenir plus difficilement la réparation du tort moral lorsque l'activité dangereuse est exercée par la collectivité. Or, les lois spéciales se contentent de priver le responsable pour risque des fins de non-recevoir de l'art. 55 al. 1 CO. Elles ne vont pas au-delà (la LUPEA exceptée): comme l'a jugé le TF dans le cadre de la LRC (Daziani c/ CFF et Parachini & Censi, RO 88 II 516 = JT 1963 I 331), la faute de l'auxiliaire n'est pas considérée comme la faute de la personne qui l'employait, au point de vue de la réparation du tort moral.

En droit commun (et le droit commun est applicable même aux responsabilités pour risque, sauf disposition exceptionnelle), il faut faire une double distinction. D'une part,

---

[77] Nous ne verrions au demeurant aucun inconvénient à ce que cette solution soit étendue à quiconque répond d'un auxiliaire.

et comme on l'a vu [78], la réparation du tort moral est actuellement soumise aux règles qui régissent la responsabilité engagée. Rien ne s'oppose donc théoriquement à ce que l'employeur doive réparer le tort moral bien qu'aucune faute ne puisse être retenue à sa charge. D'autre part, lorsque la solidarité est parfaite, il nous paraît normal que chaque coresponsable soit obligé de réparer la totalité du dommage. En revanche, lorsque la solidarité est imparfaite, nous doutons que la réparation du tort moral soit due par tous les coresponsables, sans égard à leur absence de faute. Notons que, dans le cadre de la LCR, le détenteur du véhicule automobile répond de la réparation du tort moral, même sans faute personnelle, en raison de la solidarité parfaite instituée par l'art. 60 [79].

Le recours du responsable pour risque contre son auxiliaire est toujours régi par le droit commun (sauf dans le cadre de la LUPEA, art. 13 al. 1). Il ne présente donc aucune difficulté particulière.

En revanche, on peut se demander si un coresponsable (autre que l'auxiliaire lui-même, bien entendu) a parfois contre le responsable pour risque un recours aussi étendu (en ce qui concerne la réparation du tort moral) que si la faute de l'auxiliaire avait été commise par le responsable pour risque. En droit commun, cela nous paraît totalement exclu : l'action du lésé épuise en quelque sorte les effets de la solidarité, à moins qu'il y ait subrogation (auquel cas le recours est traité comme une action directe). Nous croyons en revanche que, dans le cadre de la LCR, le détenteur répond de la faute de l'auxiliaire justifiant la réparation du tort moral.

---

[78] Cf. 247–248.

[79] Nous admettons que l'art. 60 al. 3 LCR ne supprime la solidarité parfaite qu'en ce qui concerne la personne responsable pour faute, et non en ce qui concerne le détenteur.

D'autre part, nous n'attachons aucune importance à la formule imagée de l'art. 58 al. 4 : « Le détenteur répond de la faute du conducteur et des auxiliaires au service du véhicule comme de sa propre faute. » Les travaux préparatoires montrent en effet que le législateur

Reste enfin le recours de l'assureur du lésé (assurance-dommages). Il nous paraît que l'art. 72 al. 1 LCA doit ici s'appliquer: la faute de l'auxiliaire n'est pas considérée comme une faute du responsable pour risque et la subrogation ne se produit pas. Les conséquences qui en découlent sont particulièrement fâcheuses lorsque l'assureur ne peut attaquer la personne fautive (ainsi dans le cadre de la LUPEA ou quand le statut de la fonction publique y met obstacle). Mais le droit commun prête également à la critique. L'assureur ne peut attaquer l'employeur qui n'a pas commis de faute (Brandversicherungsanstalt des Kantons Luzern c/ Herzog, RO 77 II 243 = JT 1952 I 69). C'est donc l'employé qui risque de supporter la rigueur dont la loi fait preuve à l'égard de l'assureur, à moins que le juge ne tienne compte de l'ensemble des circonstances et notamment des faibles ressources de l'employé pour rejeter le recours de l'assureur ou réduire sa prétention.

La position de l'assureur n'est pas plus enviable lorsque l'employeur répond *ex contractu*. Dans La Neuchâteloise c/ Gini et Durlemann (RO 80 II 247), où l'assureur attaquait l'entrepreneur, le TF a dit: «Cette disposition (l'art. 72 LCA), il est vrai, n'excluait que la subrogation légale de l'assureur dans les droits qu'avait le lésé contre la personne tenue du préjudice en vertu d'un contrat; elle permettait en revanche la cession d'une telle prétention, ce dont les compagnies d'assurances usaient abondamment. Mais l'art. 51 CO règle maintenant le droit de recours en le soustrayant à la volonté du lésé. Or, vu la tendance qu'avait le législateur lorsqu'il a édicté cette disposition, on ne saurait admettre en définitive, à titre de solution légale, un droit de recours que l'art. 72 LCA n'accordait pas lui-même à l'assureur. Certes, cette considération ne permet pas, si l'on tient compte qu'une cession était possible autrefois, d'exclure tout droit de l'as-

---

entendait simplement priver le détenteur des fins de non-recevoir de l'art. 55 al. 1 CO. Il n'a nullement songé à la réparation du tort moral.

sureur contre la personne responsable du dommage pour inexécution de ses obligations conventionnelles. Mais elle oblige à garder une certaine mesure dans l'octroi de ce recours. En tout cas, il s'impose de le refuser lorsque le tiers répond seulement d'une faute contractuelle légère, qu'il l'ait commise lui-même ou qu'elle soit le fait de ses employés.» Et la Cour d'invoquer en faveur de cette solution Brandversicherungsanstalt des Kantons Luzern c/ Hauser (RO 55 II 118 = JT 1929 I 450), d'où elle tire l'argument suivant: «Aux termes de l'art. 14 al. 4 LCA, la responsabilité de l'assureur demeure entière même si le sinistre est dû à une faute légère du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. Dès lors, l'assureur tient compte, en calculant la prime, de l'augmentation du risque provoquée par cette disposition. Mais, si la compagnie d'assurances ne peut réduire sa prestation en raison d'une négligence légère commise par le lésé, on ne voit pas pour quel motif il en serait autrement lorsque ce même lésé a chargé un tiers de s'occuper de sa chose et que celui-ci a fait une faute contractuelle légère.»

L'argument selon lequel l'entrepreneur «s'occupait» de la chose ne résiste pas à l'examen, à notre avis du moins[80]. Un maître d'état exécute des travaux que, normalement, l'assuré n'accomplirait pas lui-même, et qui comportent des risques particuliers (y compris des risques de fautes, de malfaçon). A notre avis, il conviendrait, *de lege ferenda*, de distinguer deux hypothèses. S'agissant d'un contrat passé à titre gratuit, l'assureur ne devrait avoir un droit de recours que dans la mesure où il aurait été fondé à refuser sa prestation sur la base de l'art. 14 LCA. En d'autres termes, le tiers serait traité exactement comme s'il avait été lui-même le preneur d'assurance, pour apprécier l'existence ou l'inexistence du droit de recours. Mais la prétention de l'assureur contre le tiers pourrait, suivant les circonstances, être réduite, tant sur la base de l'art. 99 al. 2 CO que sur celle de

---

[80] Il n'a pas non plus convaincu M. CHAUDET, 190.

l'art. 14 al. 2 et 3 LCA. S'agissant en revanche d'un contrat à titre onéreux, le recours serait la règle, et une convention contraire contenue dans le contrat passé entre le lésé et le tiers ne devrait pas être opposable à l'assureur. Là encore, naturellement, les prétentions de l'assureur pourraient être réduites dans certaines circonstances (ainsi lorsqu'un cas fortuit aurait joué un certain rôle dans la survenance du sinistre).

Le système que nous proposons a le mérite de la simplicité. Il nous semble, pour ce motif déjà, préférable aux propositions de MM. YUNG[81] et CHAUDET[82], et plus équitable que la solution préconisée par JAEGER (*de lege lata*) et consistant à refuser tout recours[83]. Il laisse toutefois subsister une difficulté: comment l'appliquer dans l'hypothèse où le fait du tiers constituerait également un acte illicite? La manière la plus aisée de surmonter cette difficulté serait d'empêcher l'assureur d'obtenir, en se plaçant sur le terrain délictuel, un droit de recours dont il aurait été privé s'il s'était placé sur le terrain contractuel[84]. Cette limitation peut, à première

---

[81] Nous nous permettrons de renvoyer le lecteur à l'article cité, 252 ss.

[82] La solution de M. CHAUDET consiste à admettre en principe le recours lorsque le tiers contractant a commis une faute, même s'il s'agit d'un contrat à titre gratuit. Toutefois, hormis le cas de dommage intentionnel, l'assureur devrait prendre à sa charge une partie du dommage (190).

[83] HANS ROELLI und CARL JAEGER, Kommentar zum Schweiz. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908. Bd. III. Bern 1933. Rem. 8 ad art. 103. JAEGER se fondait sur l'arrêt Assurance cantonale bernoise contre l'incendie c/ Hauser, RO 55 II 118 = JT 1929 I 450.

Dans Brandversicherungsanstalt des Kantons Luzern c/ Herzog (RO 77 II 243 = JT 1952 I 69), le TF avait déclaré, curieusement, que l'art. 51 al. 2 ne s'appliquait pas, puisque l'assureur et l'entrepreneur répondaient en vertu d'une même cause, à savoir un contrat, et qu'en conséquence le juge était libre d'accorder ou de refuser le droit de recours. La Cour put toutefois se dispenser de trancher la question *in casu*.

[84] Bien entendu, cette prohibition ne concernerait que le principe

vue, paraître trop rigoureuse; nous la croyons toutefois équitable. En effet, les tiers liés au lésé par un contrat sont davantage exposés au risque de commettre une faute que ceux qui ne sont pas liés par un contrat. Il est donc normal que, dans l'exécution de leurs obligations contractuelles, leur responsabilité soit moins lourde, surtout s'il s'agissait d'un contrat à titre gratuit.

Les hypothèses dans lesquelles les responsabilités contractuelle et délictuelle sont remplacées par une responsabilité unique, à raison du risque créé, seraient réglées conformément aux principes régissant le concours de l'assureur et de la personne tenue à raison d'un risque. Nous y reviendrons un peu plus loin[85].

Pour les assurances de personnes régies par la LCA, les art. 72 al. 1 LCA et 51 al. 1 CO sont inapplicables car, selon la jurisprudence constante du TF, fondée d'ailleurs sur le texte même de l'art. 96 LCA, le lésé peut cumuler les indemnités[86]: en dépit du versement, par l'assureur, de la prestation promise, l'ayant droit conserve en principe son action contre le tiers, que ce dernier réponde *ex contractu*, *ex delicto* ou *quasi ex delicto*. Bien que cette solution ait été souvent critiquée, nous jugeons inutile de revenir longuement sur la question. Disons simplement que le problème est plus complexe que ne l'affirment communément les adversaires du cumul. Il n'y a

---

même du recours, ainsi que les réductions prévues à l'art. 14 al. 2 et 3 LCA. Elle n'empêcherait en revanche pas l'assureur d'obtenir le remboursement des sommes versées par lui au titre de réparation morale, ou en couverture de la perte de soutien.

[85] Cf. infra 284 ss.

[86] Stadtgemeinde Zürich c/ Unfallversicherungsverband Schw. Metzgermeister (RO 63 II 143 = JT 1937 I 522); Inselmini c/ La Bâloise (RO 70 II 229 = JT 1945 I 109); dame Brun-Streuli c/ Richard et Caledonian Insurance Co. (RO 73 II 39 = JT 1947 I 365; CFF c/ Wenger (RO 81 II 159 = JT 1956 I 51).

Sur cette question, cf. encore notamment WILHELM STAUFFER, Von der Heilungskostenversicherung, dans SJZ 59/1963, 177; OFTINGER I 340–342; CHAUDET 50–56.

aucune raison d'imposer, *de lege ferenda*, le double remboursement des frais de pharmacie, des honoraires de médecins, masseurs, chiropracticiens, etc. En revanche, contrairement à l'opinion émise par la CJC de Genève dans Union Suisse c/ Bâloise-Incendie (SJ 1965 76 rés. JT 1965 I 447), l'argument ne vaut pas pour les frais d'hospitalisation. Le cumul peut permettre à la victime d'échapper à la promiscuité de la chambre commune, de prolonger un séjour de convalescence, de couvrir le manque à gagner dont elle n'aura peut-être pas obtenu, du responsable *ex delicto*, la couverture complète, etc. D'autre part, les cliniques et hôpitaux manquant de place pour loger les malades, il n'y a guère de risques de fraude. *De lege ferenda*, la solution la plus équitable serait donc, à notre avis, d'admettre la subrogation (ou le recours) de l'assureur, mais seulement jusqu'à concurrence des frais de traitement, à l'exclusion de frais d'hospitalisation et, bien entendu, de la perte de gain[87]. Même lorsque l'assureur verse une somme forfaitaire journalière, cette distinction ne présenterait pas de difficultés insurmontables.

Signalons que, dans dame Brun-Streuli c/ Richard et Caledonian Insurance Co. (RO 73 II 39 = JT 1947 I 365), le TF semble avoir voulu réserver les clauses particulières du contrat d'assurance qui assimileraient certaines prestations dues en vertu d'une assurance de personnes à des prestations dues en vertu d'une assurance-dommages. Effectivement, on rencontre parfois, dans la pratique, des clauses prévoyant qu'en cas de pluralité d'assureurs, les frais de guérison ne seront payés qu'une seule fois, les prestations des assureurs devant être, le cas échéant, réduites selon la proportion existant entre la somme assurée par chacun d'eux

---

[87] En effet, selon la jurisprudence du TF, la perte de gain est assimilée aux prestations d'une assurance de personnes (cf. notamment dame Brun-Streuli c/ Richard et Caledonian Insurance Co.).

La majorité des auteurs voudraient au contraire appliquer l'art. 72 al. 1 LCA non seulement aux frais de guérison, mais encore à l'indemnité pour perte de gain (cf. les références dans OFTINGER I 341 note 17.

et le montant total des sommes assurées[88]. La validité de telles clauses nous laisse sceptique, mais on pourrait les admettre *de lege ferenda*.

L'art. 51 al. 1 CO n'est pas applicable à l'assurance vieillesse et survivants, qui ne bénéficie ni d'un recours, ni d'une subrogation. Il en va de même pour l'assurance-invalidité, sous cette réserve toutefois qu'elle est subrogée dans les droits du lésé contre le tiers responsable, lorsque le dommage est survenu à l'occasion d'une mesure de réadaptation (art. 11 al. 3 de la LF du juin 1959).

Selon l'art. 49 de la LF du 30 septembre 1949 sur l'assurance militaire, «l'assurance est subrogée, pour le montant des prestations qui lui incombent, aux droits de l'assuré ou de ses survivants contre tout tiers civilement responsable de l'affection ou de la mort de l'assuré».

L'art. 64 al. 7 du Règlement des employés de la Confédération, du 1er avril 1947, et l'art. 73 al. 7 du Règlement des ouvriers de la Confédération du 28 décembre 1950, prévoient également la subrogation.

L'art. 100 LAMA, auquel nous consacrerons une subdivision spéciale[89], prévoit que la Caisse nationale est subrogée pour le montant de ses prestations, aux droits de l'assuré ou des survivants contre tout tiers responsable de l'accident, et contre l'assureur du motocycliste (art. 78 LCR).

Les subrogations instituées par ces lois spéciales dérogent non seulement à l'art. 96 LCA, mais encore aux principes généraux de notre ordre juridique, puisque l'établissement d'assurance peut exercer l'action récursoire même contre une personne qui répond seulement *quasi ex delicto*.

En revanche, aucune subrogation n'est prévue en faveur des caisses reconnues, malgré la revision du 13 mars 1964. Le nouvel article 26 ne règle en effet que les rapports entre la caisse et une autre caisse, un assureur soumis à la LCA ou la CNSA.

---

[88] Cf. CHAUDET 60 note 173.

[89] Cf. infra 292 ss.

Il est intéressant de relever que le projet du Conseil fédéral du 10 décembre 1906 contenait un art. 72 prévoyant la subrogation de l'établissement fédéral envisagé aux droits de l'assuré ou des survivants contre tout tiers civilement responsable de l'accident. Le projet fut rejeté et la préférence fut donnée à un système mixte: une caisse unique, la CNSA, pour l'assurance obligatoire des ouvriers, une pluralité de caisses reconnues pour l'assurance facultative. La Commission du Conseil national se préoccupa alors (en date du 11 octobre 1910) des problèmes résultant de l'affiliation d'un même assuré à plusieurs caisses: telle fut l'origine de l'art. 26 ancien. Mais on perdit complètement de vue la question du recours éventuel de la caisse reconnue contre le tiers responsable. Certaines caisses furent ainsi amenées à refuser purement et simplement leurs prestations, lorsque le tiers admettait le principe de sa responsabilité: on trouvera un exemple dans CFF c/ Wenger (RO 81 II 159 = JT 1956 I 51). Selon l'arrêt précité, la validité d'une telle clause serait douteuse quand le tiers répond *quasi ex delicto*, parce qu'il y aurait dérogation à l'art. 51 CO. M. Oftinger estime lui aussi que l'art. 51 CO s'applique en principe aux caisses reconnues[90]. Nous ne sommes pas convaincu. En effet, l'auteur reconnaît lui-même que la personne responsable «en vertu de la loi» qui a réparé le dommage n'a aucun recours contre la caisse reconnue. Le lésé peut ainsi déterminer, par sa seule volonté, le sort du tiers responsable. L'absurdité (*de lege ferenda*) d'une telle solution saute aux yeux. Par surcroît, on est fondé à douter qu'en droit strict une caisse reconnue réponde d'un dommage dont la réparation incomberait à un tiers tenu *ex delicto*[91]. Enfin, l'art. 26 nouveau prévoit que la caisse n'a pas à servir ses prestations lorsque la victime peut obtenir complète réparation d'un autre

---

[90] Oftinger I 363.

[91] Telle n'est pas, apparemment, l'opinion de M. Oftinger (I 362–363), lequel admet toutefois la validité des clauses statutaires de subsidiarité.

assureur soumis à la LCA[92], ou d'une assurance fédérale.

A notre avis, la loi devrait accorder aux caisses reconnues un droit de recours à l'encontre de tout autre responsable (y compris les assurances d'Etat), mais les soumettre en revanche au régime de la solidarité.

Les assurances-incendies obligatoires organisées par les cantons sont assimilées aux assurances privées contre les dommages: Brandversicherungsanstalt des Kantons Bern c/ Confédération (RO 47 II 408 = JT 1922 I 84); Gebäudebrandversicherungsanstalt des Kantons Solothurn c/ Häner (RO 50 II 186 = JT 1924 I 396); Brandversicherungsanstalt des Kantons Luzern c/ Herzog (RO 77 II 243 = JT 1952 I 69). Notre Haute Cour avait même déclaré que les relations entre l'assuré et l'établissement sont contractuelles, parce que l'assuré paie des primes. Cette justification, au sujet de laquelle les Juges de Mon-Repos ont d'ailleurs exprimé certains doutes dans le dernier arrêt cité, nous paraît très contestable, mais la solution se justifie pour des raisons d'équité. L'assurance-incendie officielle doit permettre non seulement de couvrir l'assuré lui-même, mais encore de libérer de leur responsabilité les tiers dont la responsabilité est purement objective: il arrive en effet très souvent que l'incendie soit imputable à un enfant mal surveillé, ou à l'imprudence d'un employé.

L'art. 72 LCA ne s'applique pas à l'assureur RC. En effet, ce dernier ne couvre pas le dommage subi par le lésé, mais bien les conséquences de la responsabilité. L'assureur RC doit donc être placé dans la même position que la personne assurée: Helvetia c/ Oppliger (RO 79 II 407 = RBA 11 no 59 p. 342 rés. JT 1954 I 459; Ripari c/ La Mutuelle vaudoise (CJC de Genève, SJ 1963 384). Cette solution ne nous paraît pas prêter à la critique.

En revanche, les solutions légales et jurisprudentielles concernant le recours ou la subrogation dans le cadre de l'as-

---

[92] Y compris l'assureur RC.

surance contre les dommages ne nous convainquent en aucune manière, et nous ne parvenons pas à comprendre que MM. YUNG et CHAUDET s'y rallient[93], sous certaines réserves. L'argumentation de la sous-commission juridique chargée d'élaborer un projet de LCA[94], selon lequel il se justifie de refuser à l'assureur tout recours contre le tiers responsable *quasi ex delicto*, parce que l'assureur en retirerait un bénéfice et n'abaisserait pas les primes pour autant, est révélateur de l'état d'esprit dans lequel l'art. 72 al. 1 LCA, puis l'art. 51 al. 2 CO ont été élaborés.

Le plus grave inconvénient du régime actuel est d'obliger le juge à rechercher si la personne qui répondait déjà en vertu de la loi a commis une faute au sens de l'art. 41 CO. Instinctivement, le tribunal protégera le petit patron, le chef de famille aux dépens de l'assureur. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi celui qui commet une faute légère (et n'est pas assuré) doit supporter en dernière analyse le dommage, alors qu'une grande entreprise dont la responsabilité est engagée à raison des ouvriers qu'elle emploie – certainement assurée et pour laquelle, par surcroît, l'accident est un élément prévu dans les frais généraux – peut se libérer en invoquant la hiérarchie des responsabilités instituées par l'art. 51 al. 2.

Il est significatif d'ailleurs que, dans l'hypothèse d'un concours entre une personne qui répond *ex delicto* et une personne qui répond du risque (*Gefährdungshaftung*), les lois spéciales et la jurisprudence admettent que, sauf faute grave de la personne responsable *ex delicto* équivalant à une «interruption du lieu de causalité», une part au moins du dommage doit être supportée par la personne qui répond du risque. Il y a donc en réalité dans notre ordre juridique deux hiérarchies antinomiques, celle des art. 51 al. 2 CO et 72 al. 1 LCA d'une

---

[93] YUNG 249 ss.; CHAUDET 190–191.

[94] Protokoll der juristischen Subkommission zur Beratung des Entwurfs von Prof. Dr. ROELLI zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. S.l.n.d.

part, celle des lois spéciales, telles quelles ont été interprétées par la jurisprudence, d'autre part.

En outre, la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO empêche pratiquement toute simplification du régime légal. En effet, on voit mal comment on pourrait admettre que l'interruption ou la suspension de la prescription à l'encontre d'une personne responsable pour faute ou «en vertu de la loi» pourrait sortir ses effets à l'encontre de celui qui répond *ex contractu*.

Mais un autre obstacle encore se dresse sur la voie d'une réforme: l'opposition recours–subrogation. Dans notre législation, la subrogation s'explique à la fois par des considérations téléologiques et par des raisons purement historiques, à savoir le souvenir du *beneficium cedendarum actionum* reconnu par les jurisconsultes romains aux débiteurs corréaux. Comme le droit de recours n'existait à Rome que dans des hypothèses très particulières, le *beneficium* constituait un avantage indiscutable. Au contraire, dans notre système, la subrogation ne présente d'intérêt pratique que dans trois cas, à savoir:

1. Lorsque le lésé avait déjà fait reconnaître judiciairement sa créance contre le coresponsable à l'encontre duquel la subrogation est accordée. Le subrogé peut se prévaloir en effet – à notre avis du moins – de la chose jugée, sauf naturellement en ce qui concerne le principe même de la subrogation.

2. Lorsqu'un des coresponsables avait fourni des sûretés au lésé. Cette hypothèse ne se rencontre presque jamais dans le domaine de la responsabilité délictuelle.

3. Lorsqu'un des responsables était assuré contre les conséquences de sa responsabilité, parce que le bénéficiaire de la subrogation acquiert ainsi le droit de gage légal institué par l'art. 60 al. 1 LCA (Suval c/ Pochelon, Eberhart et Alpina S.A., RO 84 II 393 rés. JT 1959 I 253; CNSA c/ Zurich et consorts, RBA 7 464).

Il est clair qu'accorder ces avantages à la personne responsable *ex delicto* lorsqu'il y a eu volonté commune d'accomplir l'acte dommageable (art. 50 al. 1 CO), et les lui refu-

ser lorsqu'il n'y a pas eu volonté commune (art. 51) constitue une véritable aberration législative.

Mais il convient de rechercher également quelles sont les incidences de la subrogation sur la prescription de l'action récursoire. Dans Täuber c/ Suval (RO 60 II 30 = JT 1934 I 268), le TF a dit: «Comme la loi n'a pas de délai de prescription pour ce droit de recours (de la CNSA, selon l'art. 100 LAMA), la Caisse nationale n'acquiert les droits de l'assuré que dans la mesure de leur existence, c'est-à-dire soumis à la prescription courante». Cette décision respectait l'essence de la subrogation, qui opère simplement un changement de sujet actif, en laissant subsister le lien de droit primitif pour le surplus. Mais la solution est, en équité, inacceptable, puisque le lésé pourrait, par son inaction, compromettre la position du futur subrogé. Dès lors, de deux choses l'une: ou bien l'on admet l'existence, à côté de la subrogation, d'un droit de recours indépendant; ou bien on attache à la subrogation, au point de vue de la prescription, les mêmes effets qu'à un simple droit de recours. Dans Brandversicherungsanstalt des Kantons Luzern c/ Hauser (RO 55 II 118 = JT 1929 I 450), le TF semble s'être prononcé implicitement pour la seconde solution, qui est effectivement la plus simple.

Par souci de ne pas modifier inutilement le droit en vigueur, on pourrait laisser subsister la subrogation (sans lui attacher de conséquences au point de vue de la prescription) en faveur de l'assureur (y compris les établissements fédéraux d'assurance et les caisses reconnues, dont le statut est aujourd'hui incertain à cet égard, comme nous l'avons montré). En revanche, rien ne justifie la subrogation entre responsables *ex delicto*. La généralisation de l'action directe contre l'assureur RC, que nous proposons plus loin [95], enlèverait d'ailleurs à l'opposition subrogation–simple recours presque toute sa portée. Ainsi se trouverait surmonté un des obstacles qui empêchent l'unification de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite. Il y en a toutefois un

---

[95] Cf. infra 290 ss.

autre. Selon l'art. 136 al. 1 CO, la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires l'est également contre tous les autres. Cette disposition ne s'applique qu'en cas de solidarité parfaite. Mais il n'y aurait aucun inconvénient à admettre qu'en cas de pluralité de responsables répondant à raison d'une faute, d'un devoir de surveillance ou d'un risque, la prescription interrompue contre l'un des obligés l'est également contre tous les autres. On ne ferait exception qu'à l'égard des responsables *ex contractu* (et naturellement pas lorsqu'ils seraient recherchés pour un délit commis dans l'exécution du contrat), ainsi qu'en faveur des établissements d'assurance dont les relations avec la victime n'ont pas le caractère contractuel (ainsi l'AI ou l'assurance militaire). Toutefois, il faudrait à notre avis limiter le principe de l'interruption *erga omnes* à la seule interruption de la prescription civile. La prolongation de la prescription en cas d'infraction pénale, ainsi que les éventuelles interruptions ou suspensions de cette prescription, ne seraient opposables qu'à la personne susceptible d'encourir la condamnation, non aux autres responsables. Le droit de recours contre les coresponsables subsisterait toutefois en faveur de l'auteur du délit, puisque la prescription de l'action récursoire serait totalement indépendante de la prescription de l'action directe.

Bien entendu, les dispositions des lois spéciales, étendant à l'assureur les effets de l'interruption de la prescription, seraient réservées.

Il nous reste à examiner quels devraient être les effets d'une remise de dette partielle ou totale consentie par le lésé. Plusieurs systèmes peuvent être envisagés:

1. Une remise de dette est sans effet sur le droit de recours (ou la subrogation), le bénéficiaire de la remise de dette n'ayant aucune action contre le lésé si, dans le cadre d'un recours, il doit finalement supporter les conséquences du dommage.

2. Une remise de dette est sans effet sur le droit de recours

(ou la subrogation), mais le bénéficiaire de la remise de dette a une action si, dans le cadre d'un recours, il doit supporter les conséquences du dommage malgré la remise.

3. Une remise de dette peut être invoquée par son bénéficiaire même à l'encontre de celui qui exerce un droit de recours, mais le lésé répond du préjudice qu'il a ainsi causé au titulaire du droit de recours.

4. Une remise de dette peut être invoquée par tous les responsables qui auraient eu un droit de recours contre le bénéficiaire de la remise de dette.

5. Combinaison des systèmes 2 et 4: Si les autres responsables n'ont pas eu connaissance de la remise de dette – par une notification du lésé ou du bénéficiaire – avant d'acquitter leurs obligations, ils peuvent exercer leur droit de recours contre le bénéficiaire sans que ce dernier soit fondé à leur opposer une fin de non-recevoir. Il appartient alors au bénéficiaire de se retourner contre le lésé. Si au contraire les autres responsables ont eu connaissance de la remise de dette – par une notification du lésé ou du bénéficiaire – avant de réparer le dommage, ils ont à la fois le droit et le devoir de l'invoquer à l'encontre du lésé. Une connaissance fortuite, un simple ouï-dire ne tiendraient pas lieu de notification.

C'est ce dernier système qui nous paraît le meilleur *de lege ferenda.*

Les considérations qui précèdent expliquent et justifient la hiérarchie des responsables que nous proposons, à savoir:

1. responsables pour faute (même s'ils répondaient déjà pour risque ou à raison d'un devoir de surveillance);

2. responsables pour risque (les personnes qui répondent d'un risque pouvant d'ailleurs être condamnées à supporter une part du dommage ou même la totalité, bien que des responsabilités *ex delicto* soient engagées, conformément à la jurisprudence actuelle et aux dispositions des lois spéciales);

3. responsables en vertu d'un devoir de surveillance (le manquement à un devoir de surveillance ne fondant une responsabilité aquilienne que s'il fut grave);

4. responsables en vertu d'un contrat à titre onéreux (sauf si l'inexécution constitue simultanément un acte illicite, auquel cas le lésé peut invoquer la responsabilité *ex delicto* ou *quasi ex delicto*[96]);

5. assureur[97]);

6. responsables en vertu d'un contrat à titre gratuit (sauf si l'inexécution constitue simultanément un acte illicite, auquel cas le lésé peut invoquer la responsabilité *ex delicto* ou *quasi ex delicto).*

Le problème de la répartition du dommage en cas de pluralité de responsables *ex contractu* doit être réglé en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Le plus important critère sera toutefois le caractère gratuit ou onéreux du contrat. Quant à la pluralité d'assureurs, elle ne présente pas de difficultés particulières; quand le cumul des prestations est prohibé, il est normal que, sauf disposition contraire de la loi (en faveur des établissements d'Etat et des caisses reconnues), chaque assureur réponde du dommage selon le rapport existant entre la valeur de la prestation qu'il doit et le total des prestations dues par les assureurs.

Nous pensons enfin que le juge devrait pouvoir déroger à la hiérarchie proposée, dans des circonstances exceptionnelles, comme l'affirme, pour l'art. 51 al. 2 CO actuel, le considérant 4 d'Assurance mutuelle vaudoise c/ CFF (RO 76 II 387 = JT 1951 I 571). La solidarité entre responsables devrait

---

[96] Sur la position de l'assureur lorsque le responsable *ex contractu* a commis, du fait de l'inexécution du contrat, un acte illicite cf. supra 278–279.

[97] Y compris les établissements fédéraux d'assurance, mais non compris l'assureur RC, qui occupe dans la hiérarchie la même place que son assuré.

avoir une signification éthique. Il peut arriver qu'une faute légère, commise par une personnes sans grandes ressources, cause un dommage considérable. Dans une telle hypothèse, il se justifie de répartir le dommage sinon nécessairement entre tous les coresponsables, du moins entre certains d'entre eux. Peut-être même pourrait-on prévoir que, lorsque les ressources de la personne recherchée apparaissent d'emblée insuffisantes pour couvrir le dommage, le juge peut, à titre exceptionnel, refuser au lésé le bénéfice de la solidarité, et fixer directement le montant qui doit incomber à la personne recherchée. Telles sont d'ailleurs les considérations qui ont inspiré au législateur l'art. 60 al. 3 LCR.

§ 9. Action directe du lésé contre l'assureur RC, ou droit de gage légal?

Trois lois spéciales récentes prévoient la possibilité pour le lésé d'ouvrir action directement contre l'assureur RC: l'art. 65 LCR, l'art. 24 LUPEA, l'art. 37 LITC. Au contraire, l'art. 60 al. 1 LCA ne confère qu'un simple droit de gage légal. Les travaux préparatoires ne permettent pas de discerner pourquoi le législateur a rejeté à l'époque l'action directe. L'explication devrait probablement étre cherchée dans des considérations dogmatiques: au début du siècle, on admettait difficilement qu'un contrat pût conférer des droits à un tiers dont les intérêts sont nettement opposés à ceux des deux contractants.

Nous pensons toutefois que, sur ce point également, une unification serait désirable et possible. L'absence d'action directe est fâcheuse, car c'est en définitive l'assureur qui est le plus directement affecté par les conséquences économiques du sinistre. L'assuré s'en désintéresse, s'il est certain de ne rien devoir débourser. Les moyens de procédure du droit cantonal (évocation en garantie, appel en cause) permettent d'ailleurs à l'assureur d'obtenir la qualité de partie. Le ré-

gime du droit commun se trouve donc pratiquement battu en brèche, et mieux vaudrait accorder ouvertement au lésé une action directe.

Certes, une difficulté subsiste. Les trois lois spéciales précitées prévoient que les exceptions découlant du contrat d'assurance ou de la LCA ne peuvent être opposées au lésé; l'assureur a simplement un droit de recours contre le preneur d'assurance dans la mesure où il aurait été autorisé à refuser ou à réduire ses prestations d'après le contrat ou la LCA. Cette solution se justifie lorsque l'assurance est obligatoire (comme l'ordonnent, en principe, ces lois). Il ne saurait être question de l'étendre au droit commun[98]. Nous pensons toutefois que l'obstacle n'est pas insurmontable. Il suffirait de disposer que, si l'assureur soulève une telle fin de non-recevoir, avis doit en être donné par lui à son assuré, qui pourra intervenir au procès pour défendre ses droits. Une transaction entre l'assureur et l'assuré, au sujet de la fin de non-recevoir, ne serait pas opposable au lésé, mais au cas où ce dernier continuerait seul le procès contre l'assureur et le perdrait en raison de l'exception, il supporterait le préjudice causé à l'assuré par son entêtement.

En cas de pluralité de lésés, il serait également désirable d'organiser (d'une façon plus précise que ne le fait l'art. 66 LCR[99]), une procédure de «collocation» des victimes. Il serait

---

[98] Il conviendrait néanmoins de réduire le nombre des fins de non-recevoir pouvant être opposées par l'assureur au lésé. Ainsi, l'assureur ne devrait pas pouvoir invoquer à l'encontre du lésé l'avis tardif du sinistre, ou le fait que des indications mensongères auraient été données par l'assuré au sujet des circonstances du sinistre, etc. Bien entendu, le droit de recours de l'assureur contre l'assuré demeurerait réservé.

D'autre part, l'interruption de la prescription contre l'assureur devrait entraîner également l'interruption de la prescription contre l'assuré, et inversement.

[99] L'art. 38 LITC est à peu près identique. Sur l'art. 66 LCR, cf. Roland Chatelain, L'action directe du lésé contre l'assureur de la responsabilité civile du détenteur d'un véhicule automobile. Thèse Lausanne, Tramelan 1961. 124–131.

en particulier désirable de mettre au premier rang la réparation de l'atteinte à l'intégrité corporelle, en deuxième rang la perte de soutien, en troisième rang la réparation du préjudice matériel, en quatrième rang la réparation du tort moral (en distinguant le cas échéant, comme nous avons proposé de le faire[100], selon que la réparation serait ou non subordonnée à une faute, la préférence devant être donnée au lésé ayant droit à une réparation non subordonnée à une faute).

§ 10. Brèves remarques sur la subrogation de la CNSA

L'art. 100 al. 1 LAMA, aux termes duquel «la caisse nationale est subrogée, pour le montant de ses prestations, aux droits de l'assuré ou des survivants contre tout tiers responsable de l'accident», a suscité une abondante jurisprudence[101], qu'il nous paraît inutile de rappeler ici. Une point seulement retiendra notre attention. Dans Berra père et fils, Garage du Salève S. à r. l. et Assurance mutuelle vaudoise c/ Cirlini (RO 85 II 256), le TF a dit: «Pour que le but visé par le législateur soit atteint, il suffit en tout cas que, pour chaque catégorie de dommage, le droit social et le droit commun se complètent de telle sorte que la victime ou ses survivants reçoivent toujours ce que leur attribue le plus généreux des deux.» La formule est belle mais – nous permettra-t-on de nous exprimer aussi hardiment? – un peu trompeuse. A défaut de réadaptation, la baisse rapide de l'argent rend les rentes plus désavantageuses que l'alloca-

---

[100] Cf. supra 255 ss.

[101] Cf. notamment Heinzelmann c/ Gandoni (RO 58 II 230 = JT 1933 I 211); Täuber c/ Suval (RO 60 II 30 = JT 1934 I 268); Zocer c/ Darbellay (RO 63 II 45); Zurich c/ Suval (RO 64 II 420 = JT 1939 I 262); Lauper c/ Ed. Laurens «Le Khédive» S.A. (RO 81 II 38); Berra père et fils, Garage du Salève S. à r. l. et Assurance mutuelle vaudoise c/ Cirlini (RO 85 II 256); Spaini c/ Heimgartner

tion d'un capital. Les ayants droit ont ainsi l'impression, lorsque la responsabilité d'un tiers est également engagée, qu'ils sont victimes de l'assurance obligatoire, plutôt que bénéficiaires. La persistance mise par les justiciables à obtenir une limitation de la subrogation ne s'explique pas autrement. Par surcroît, la rente de veuve est subordonnée à la viduité (art. 84 al. 1 LAMA), alors que le capital alloué à la veuve lui est définitivement acquis en droit commun (les chances de remariage étant prises en considération sous forme d'une réduction): le TF l'a lui-même relevé dans Lauper c/ Ed. Laurens «Le Khédive» S.A. (RO 81 II 38). Le droit commun favorise donc le remariage de la veuve, le droit social y met pratiquement obstacle, l'indemnité de l'art. 88 étant peu élevée. Les rentes cessent au décès, le capital reste acquis. Enfin, en cas d'incapacité de travail, l'art. 80 al. 1 LAMA permet d'augmenter, de réduire proportionnellement, ou de supprimer la rente pour tenir compte de la modification ou de la disparition de l'incapacité. La rente peut être revisée en tout temps, durant les trois ans qui suivent sa constitution, et plus tard à l'expiration de la sixième et de la neuvième année (art. 80 al. 2 LAMA). A notre connaissance, cette disposition n'a jamais été appliquée dans le sens d'une réduction de la rente ou de sa suppression quand un tiers était responsable de l'accident. La solution serait en effet profondément choquante, puisque la CNSA réaliserait ainsi un bénéfice aux dépens du responsable ou du lésé. L'hypothèse d'une augmentation de la rente est d'ailleurs elle aussi fort embarrassante, lorsque la victime avait reçu du tiers responsable un capital com-

---

et consorts (RO 88 II 111 = JT 1962 I 369); Dénéréaz c/ Béchir (RO 90 II 83 = JT 1964 I 445).

Rappelons que, selon l'art. 100 al. 2 LAMA (LF du 17 mars 1961), la CNSA est également subrogée aux droits des assurés et de leurs survivants qui résultent de l'assurance-accidents des motocyclistes prévue à l'art. 78 LCR, lorsque l'accident est couvert par l'assurance des accidents non professionnels.

plémentaire: l'assuré devrait-il restituer ce capital à la CNSA jusqu'à concurrence de la valeur capitalisée de l'augmentation?

Il apparaît ainsi que le droit social s'articule mal sur le droit commun. Certes, les sommes élevées allouées à titre de réparation du tort moral atténuent un peu les effets de la discordance (puisque la subrogation ne s'applique pas à de telles indemnités[102]), mais l'assuré ne reçoit pas toujours la compensation du tort moral. Par surcroît, il n'est pas exclu que le souci de compenser les inconvénients du droit social ne poussent les tribunaux à allouer de fortes indemnités aux dépens du tiers, ce qui serait manifestement contraire à l'équité.

Pourra-t-on atténuer ou supprimer les discordances grâce à la revision de la LAMA actuellement projetée? Il faut l'espérer. Une solution radicale consisterait à allouer à la victime les avantages du droit commun, en lieu et place du droit social, chaque fois que la CNSA bénéficie de la subrogation; mais, dans les milieux modestes auxquels appartiennent en général les assurés et leurs familles, une rente semble plus adéquate qu'un capital, difficile à gérer et susceptible de donner aux bénéficiaires un dangereux sentiment de griserie. Il faut donc, bon gré mal gré, en rester au système actuel. Celui-ci pourrait toutefois être amélioré sur deux points, à savoir:

1. En excluant la réduction ou la suppression de la rente selon l'art. 80 LAMA dans la mesure où la CNSA avait bénéficié de la subrogation.

2. En accordant à la veuve, en cas de remariage, un capital

---

[102] Wyder et Wey c/ Stalder (RO 54 II 464 = JT 1929 I 277), et Berra père et fils, Garage du Salève S. à r.l. et Assurance mutuelle vaudoise c/ Cirlini précité.

Antérieurement, dans Bächler c/ Hermann (RO 51 II 517 = JT 1926 I 332), dame Bonvin c/ Tissot (RO 53 II 177 = JT 1927 I 357), et Waadtländische Versicherung c/ Häfliger (RO 53 II 498 = JT 1928 I 137), le TF s'était prononcé en sens contraire.

égal à la différence entre le montant pour lequel la CNSA avait bénéficié de la subrogation et le montant des prestations fournies par la Caisse (y compris l'indemnité de l'art. 88 LAMA).

§ 11. *La responsabilité de l'employeur*

Dans Breu c/ Hoirs Oberländer (RO 90 II 86 = JT 1964 I 560), le TF eut à résoudre le litige suivant: un fabricant de «friteuses» électriques avait livré un appareil qui provoqua, plus d'une année après, un incendie important, dû au fait que le thermostat ne fonctionnait pas normalement, par suite d'une erreur commise par les employés du fabricant. L'action en garantie des défauts ne pouvait être intentée par l'acheteur, car le délai de déchéance de l'art. 210 al. 1 CO était écoulé. Sans se prononcer sur les incidences que peut avoir l'écoulement de délai de déchéance sur l'action délictuelle ou quasi-délictuelle[103], notre Haute Cour rejeta l'action. En effet, les premiers juges avaient abouti à la conclusion que l'employé auteur probable de la négligence était un électricien qualifié, que le défendeur n'avait négligé ni l'instruction ni la surveillance de son personnel, et que l'organisation de la fabrique n'offrait pas de lacunes. Le TF s'exprima à ce propos comme suit: «Ces considérations des juridictions cantonales concernent dans une large mesure des questions techniques et reposent, pour autant qu'il ne s'agit pas de constatations de fait qui lient le TF, sur une

---

[103] Dans Worms c/ Fabrique Juvenia, Didisheim-Goldschmidt fils & Cie (RO 67 II 132), le TF avait jugé que l'écoulement du délai de déchéance de l'art. 210 al. 1 CO paralysait non seulement l'action contractuelle, mais encore l'action délictuelle. L'opinion est difficilement soutenable, car les conséquences apparaissent inéquitables: on ne voit pas pourquoi le contrat de vente serait présumé contenir une renonciation de l'acheteur à invoquer l'acte illicite du vendeur, alors notamment que le débiteur (ici le vendeur) ne peut s'exonérer de son dol ou de sa faute lourde (art. 100 al. 1 CO). Cf. encore infra 300–301.

appréciation de circonstances concrètes, plus proches du juge du fait que du TF. Sous réserve d'appréciations manifestement erronées du juge cantonal – qui n'existent pas ici – le tribunal se borne, comme juridiction de réforme, à examiner si la Cour cantonale a appliqué les principes juridiques qui régissent la responsabilité de l'employeur. C'est le cas en l'espèce.» Nous pensons que de nombreux juristes auront éprouvé quelque malaise à cette lecture. Certes, *de lege lata*, on pourrait déjà se demander si notre Haute Cour a réellement maintenu les «conditions très strictes» auxquelles, dans le même arrêt, elle affirmait vouloir subordonner la preuve libératoire réservée par l'art. 55 al. 1 CO. Peu importe toutefois, en l'occurrence, car le maintien de la preuve libératoire apparaît incompatible avec les exigences de la vie moderne. L'art. 55 CO (art. 62 CO ancien) remonte à une époque où la plupart des patrons n'étaient pas assurés et n'avaient qu'un nombre restreint d'employés (d'où une surveillance relativement aisée). A l'aube du progrès technique, les employés n'avaient d'ailleurs que peu d'occasions de commettre des fautes de nature à causer des dommages importants[104]. Enfin, la plupart des ouvriers et employés n'avaient aucune formation technique. Aujourd'hui, la situation s'est totalement transformée. Pratiquement l'employeur peut presque toujours établir l'absence de *culpa in eligendo* et *in erudiendo* (l'employé, dûment formé, sachant en principe comment effectuer son travail). Quant au devoir de surveillance, il est le plus souvent impossible à accomplir efficacement. Dès lors, de deux choses l'une: ou bien le juge maintient l'exigence d'un devoir de surveillance (et alors on en arrive pratiquement à interdire la preuve libératoire), ou bien on accommode l'exigence légale aux circonstances nouvelles (et l'on supprime en fait la responsabilité de l'employeur[105]).

---

[104] Ainsi s'explique l'étendue de la responsabilité instituée par la LRC: la construction d'une ligne de chemins de fer présentait des risques tout à fait inusités.

[105] Remarquons que l'art. 55 al. 1 CO comporte des conséquences

L'évolution de la technique rend donc non seulement désirable, mais encore absolument indispensable, une aggravation de la responsabilité du patron. On ne saurait oublier en effet que le tiers lésé n'est parfois pas en mesure de connaître le nom de l'employé fautif (Breu c/ Oberländer est à cet égard un exemple frappant). Si l'employeur peut s'exonérer, personne ne répond du dommage. Or, du fait même de son travail, l'employé dispose d'instruments et se trouve placé dans des circonstances qui créent des risques *sui generis*. L'employeur, qui a toute latitude de se couvrir par une assurance, doit en répondre. Telle est d'ailleurs la solution adoptée dans la plupart des lois spéciales[106]. Il y a ainsi une opposition entre la solution, exagérément généreuse pour l'employeur, du droit commun, et la rigueur des *Gefährdungshaftungen*. On peut et doit atténuer le contraste, qui est excessif.

Certes, en instituant, à la charge du producteur, une responsabilité pour risque, comme nous le proposons ci-dessous[107], on remédierait dans une assez large mesure aux défauts du régime actuel. Mais les vices de construction imputables à l'employé ne sont qu'un cas particulier d'un problème plus général. Les autres hypothèses doivent elles aussi être réglées d'une manière satisfaisante.

Nous estimons en conséquence que l'art. 55 al. 1 CO devrait être remplacé par les dispositions suivantes:

«Art. I. Si le lésé prouve que le travail n'a pas été effectué conformément aux règles de l'art, l'employeur est responsa-

---

profondément injustes pour les petits patrons. Ceux-ci pouvant en effet plus facilement surveiller leur personnel, leur responsabilité s'en trouve aggravée par rapport aux grandes entreprises, où une surveillance efficace du personnel est pratiquement exclue.

[106] Art. 34 al. 1 LIE; 1 al. 2 LRC; 64 LF sur la navigation aérienne (l'exploitant répond des actes de toute personne se trouvant à bord de l'aéronef); art. 48 LF sur la navigation maritime; 58 al. 4 LCR; 12 et 13 LUPEA (l'exploitant ou le transporteur répond des actes de n'importe quel tiers, y compris ses auxiliaires); art. 33 LITC.

[107] 300 ss.

ble du dommage causé par ses commis, employés de bureau et ouvriers dans l'accomplissement de leur travail. Il ne peut se libérer qu'en prouvant la force majeure, la faute grave du lésé ou celle d'un tiers.

Lorsque la loi subordonne la réparation à une faute grave, il incombe au lésé d'apporter la preuve que l'employeur ou ses auxiliaires ont commis une telle faute.

Art. II. Lorsque le débiteur s'était exonéré de sa responsabilité ou avait limité celle-ci par une clause du contrat (art. 100 et 101 CO), cette exonération ou cette limitation ne concernent, sauf convention expresse contraire, que le dommage résultant directement de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat, et non les dommages plus étendus résultant indirectement de l'inexécution ou de la mauvaise exécution.

La validité d'une convention expresse contraire est subordonnée à la condition que des circonstances particulières justifient l'exonération ou la limitation.

Si les circonstances ne justificient qu'en partie l'exonération ou la limitation, le juge peut réduire le montant de l'indemnité.

Nous avions songé à prévoir un allégement de la responsabilité dans l'agriculture et le service de maison, les dangers présentés par l'activité de l'employé étant certainement moindres que dans d'autres domaines. Nous croyons cependant qu'il ne serait pas désirable d'ouvrir une brèche dans le système. D'ailleurs, les employés de maison et les ouvriers agricoles ont, chaque jour davantage, l'occasion d'utiliser des produits ou des appareils dangereux pour des tiers.

Mais il y a une autre objection qu'on nous fera certainement. Dans le régime actuel, la responsabilité des personnes morales à raison de leurs organes (art. 55 al. 2 CC, 567 al. 3, 603, 718 al. 3, 764 al. 2, 814 al. 4 et 899 al. 3 CO) est plus lourde que leur responsabilité à raison des employés, puisque la faute de l'organe est censée être une faute de la personne morale elle-même. Dans le système que nous proposons, la

situation serait partiellement renversée, puisque, pour la responsabilité à raison des employés, aucune preuve libératoire fondée sur l'absence de faute ne serait accueillie, lorsque le lésé aurait établi un manquement aux règles de l'art. On peut évidemment trouver cette conséquence choquante. Nous ne croyons pas, toutefois, que le reproche serait fondé. La personne morale ne doit pas être traitée plus sévèrement qu'un particulier, bien que ses ressources rendent parfois l'action des organes plus dommageable que celle d'une *privata persona*.

Il est à prévoir qu'une aggravation de la responsabilité de l'employeur provoquera une prolifération des clauses d'exonération. On peut naturellement se demander si, dans le régime actuel, une clause contractuelle d'exonération (art. 101 al. 2 CO) serait opposable à un lésé se plaçant sur le terrain délictuel. A notre connaissance, la question n'a jamais été tranchée. Il convient toutefois qu'elle le soit, d'où l'art. II. Celui-ci distingue le préjudice résultant directement de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'obligation (moindre valeur de la prestation, dommages-intérêts versés par le créancier de l'obligation à ses propres créanciers, auxquels il devait à son tour une prestation dépendant de la prestation inexécutée ou mal exécutée, etc.) et le préjudice résultant indirectement de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'obligation, par quoi nous entendons une atteinte à l'intégrité corporelle du lésé, ou à l'un de ses biens, due à l'inexécution ou à la mauvaise exécution de la prestation. Il est normal que le débiteur puisse s'exonérer contractuellement, dans les limites des art. 100 et 101 CO, des conséquences directes d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution. En revanche, nul ne doit faire courir un danger à raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle. Les dispositions restreignant les droits de l'acheteur ou du maître de l'ouvrage ne devraient pas s'appliquer en matière délictuelle, contrairement à l'opinion émise par le TF dans Worms c/ Fabrique Juvenia.

§ 12. *La responsabilité du producteur*

L'évolution rapide du progrès technique est une source de graves dangers. Il arrive en effet assez fréquemment qu'une entreprise mette sur le marché des produits ou des machines de nature à compromettre la sécurité de ceux qui les consomment ou les utilisent, ou encore la sécurité de tiers. Deux faits récents ont mis ces dangers en évidence: l'affreux drame de la thalidomide, et la controverse qui a éclaté aux U.S.A., et s'est étendue ensuite à l'Europe, au sujets des vices de construction des véhicules automobiles. L'âpreté de la concurrence accentue le risque. Dans l'espoir de devancer ses rivaux, le producteur est tenté d'omettre des contrôles indispensables, et de chercher une réduction du prix de revient aux dépens des dispositifs de sécurité.

En Suisse, deux exemples récents ont montré comment les particuliers peuvent être victimes des fabricants. Le premier, Breu c/ Hoirs Oberländer (RO 90 II 86 = JT 1964 I 560), a déjà été invoqué par nous[108] pour justifier une réforme de la responsabilité de l'employeur, mais il démontre également la nécessité d'introduire la responsabilité du producteur. Cette nécessité est d'autant plus impérieuse que dans Worms c/ Fabrique Juvenia, Didisheim-Goldschmidt fils & Cie (RO 67 II 132), les Juges de Mon-Repos s'étaient montrés particulièrement rigoureux pour l'acheteur: «L'acceptation de la marchandise avec ses défauts constatables, sa «*Genehmigung*» (approbation) est incompatible avec une action visant à la réparation d'un dommage qui a précisément pour origine ces mêmes défauts, réputés inexistants dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur.»

Remarquons en passant que ce considérant est ambigu. En effet, la péremption de l'art. 210 al. 2 n'est (malheureusement!) nullement subordonnée à la condition que le défaut fût «constatable». Il avait ce caractère (selon notre Haute Cour) dans l'arrêt Worms, il ne l'avait certainement pas dans

[108] Cf. supra 295–296.

l'arrêt Breu, ce qui engagea le recourant à soutenir qu'il était fondé à se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle, parce que l'hypothèse d'un défaut caché aurait été réservée par l'arrêt Worms. Les Juges de Mon-Repos estimèrent inutile de rechercher si cette interprétation de l'arrêt Worms était fondée.

Le deuxième exemple est Camisa c/ Droux (RO 90 II 227 = JT 1965 I 34), où le TF avait à examiner la responsabilité d'un employeur dont l'ouvrier avait mis le bras dans une essoreuse fixée au sol (de telle sorte qu'elle constituait un ouvrage au sens de l'art. 58 CO). La Cour estima que l'absence de couvercle était un vice de construction. Cet arrêt montre parfaitement certains illogismes de la réglementation actuelle:

1. Il est probable que l'action en responsabilité eût été rejetée si la victime avait été un simple visiteur et que (seconde condition) l'essoreuse avait été mobile au lieu d'être fixée au sol. En effet, les art. 58 et 339 CO eussent été alors inapplicables. Or, on pourrait légitimement soutenir qu'une essoreuse mobile est plus dangereuse qu'une machine fixe (notamment parce que le lieu où elle fonctionnera ne sera pas nécessairement celui où elle est entreposée).

2. L'employeur était probablement privé de toute action contre le fabricant, même si la machine avait été acquise récemment, parce que l'absence de couvercle était apparente. Notre droit impose ainsi paradoxalement, à l'acheteur, un devoir de vigilance que le fabricant n'a pas! Par surcroît, les art. 100, 101 et 199 CO (ce dernier interprété *a contrario*) permettent au vendeur de limiter encore sa responsabilité.

Dans certaines limites, chacun est libre de vendre de la camelote. En revanche, il faut poser le principe qu'un fabricant n'a pas le droit de mettre en danger les biens ou l'intégrité corporelle d'autrui (fût-ce de son propre acheteur). Cette responsabilité doit être reconnue non seulement pour les vices cachés *stricto sensu*, mais encore pour tous les vices qui, quoique apparents de nature, ne pouvaient frapper la

victime, le détenteur ou le propriétaire de la chose en raison de leur manque de connaissances techniques. Cette responsabilité doit être une *Gefährdungshaftung*, le fabricant ne pouvant se libérer en prouvant simplement l'absence de faute de sa part ou de la part de ses auxiliaires.

Nous proposons le texte suivant:

«Art. I. Le producteur d'une chose mobilière répond du risque inhérent aux vices de fabrication ou de construction, même si lui-même ou ses auxiliaires n'ont commis aucune faute. Lorsque la chose est le produit de l'activité de plusieurs producteurs, ceux-ci répondent solidairement à l'égard du lésé, sous réserve de leur droit de recours contre celui auquel le vice de fabrication ou de construction est imputable. Le producteur n'est toutefois pas responsable des vices dus à un stade ultérieur de la fabrication ou de la construction.

Art. II. Le producteur peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant:

1. qu'en raison du niveau des connaissances à l'époque, le vice lui-même ou le risque ne pouvait être décelé au moment où il s'est dessaisi de la chose;

2. que la personne qui était propriétaire de la chose ou en avait la garde au moment où le dommage est survenu, connaissait ou aurait dû connaître le vice;

3. que le lésé avait accepté le risque inhérent au vice ou qu'il l'eût vraisemblablement accepté s'il l'avait connu;

4. ou enfin que le coût des mesures nécessaires pour supprimer le vice ou pour le déceler eût été hors de proportion avec l'étendue du risque, compte tenu de l'ensemble des circonstances et notamment du coût et de la destination de la chose.

Art. III. En outre, le juge pourra réduire l'indemnité ou même n'en point allouer lorsqu'en raison du temps écoulé

depuis la production de la chose, ou en raison de l'évolution de la technique depuis lors, ou d'autres circonstances encore, l'existence d'un vice tel que celui qui a causé le dommage devait apparaître objectivement vraisemblable au moment où le dommage s'est produit.

Art. IV. Lorsque le lésé n'est pas en mesure de découvrir, en déployant l'activité commandée par les circonstances, l'identité du producteur de la chose, ou que l'action ne peut être ouverte en Suisse, le propriétaire de la chose, celui qui en avait la garde au moment où le dommage s'est produit, ainsi que tous ceux qui avaient aliéné la chose, antérieurement à la survenance du dommage, dans l'exercice d'une activité professionnelle, répondent eux aussi, et solidairement, du dommage, sous réserve de l'art. II.

Ils en répondent même si le lésé connaissait ou pouvait découvrir l'identité du producteur de la matière ou d'une pièce, et que le vice est dû précisément à un défaut de la matière ou de cette pièce.

Art. V. L'aliénateur peut se libérer en prouvant que la chose était déjà usagée lorsqu'il l'a aliénée et que l'acquéreur le savait ou aurait dû le savoir.

Art. VI. Entre coresponsables, le dommage devra être supporté, en premier lieu, par le producteur (entre producteurs, par celui qui a fourni la pièce ou la matière défectueuse), puis par les aliénateurs (entre aliénateurs, par le plus ancien de préférence au plus récent), ensuite par le propriétaire et enfin par le détenteur.

Demeure réservé le droit de recours du producteur contre ses auxiliaires, ou contre le maître de l'ouvrage lorsque le vice est dû à ce dernier.»

Ce texte appelle quelques commentaires.

Nous avons longuement hésité à étendre la responsabilité du producteur aux constructions immobilières. Nous y avons renoncé. En effet, la qualité du terrain joue un rôle

important dans la qualité d'une construction. D'autre part, l'ingénieur, l'architecte ne sont pas des «producteurs». En revanche, le fait qu'un stade ultérieur de la construction aurait transformé la chose mobilière en accessoire ou même en partie intégrante d'un immeuble ne constituerait nullement un empêchement à l'ouverture de l'action en responsabilité. La seule exigence serait que la chose ait été mobilière au moment de sa livraison par le producteur. La mauvaise qualité du ciment, les défauts d'un ascenseur pourraient donc être invoqués.

On ne saurait exiger du lésé qu'il recherche quelle pièce ou quelle matière utilisée pour la fabrication de la chose est la cause du dommage. Le constructeur de l'ensemble doit répondre, à l'égard du lésé, même si le vice est dû à une pièce ou à une matière défectueuse fabriquée par un tiers (d'où l'art. IV al. 2). Naturellement, le lésé ne serait nullement tenu de rechercher le constructeur de l'ensemble; il pourrait attaquer le fabricant de la matière ou de la pièce, mais en courant le risque de se voir objecter que la matière ou la pièce était en soi sans défaut, et que le vice n'est imputable qu'à un emploi peu judicieux par le constructeur.

Pour le cas où le lésé ne serait pas en mesure d'attaquer le producteur, l'art. IV al. 1 institue une responsabilité à la charge du propriétaire, du gardien et des aliénateurs à titre professionnel (pour ces derniers, la condition de la responsabilité est que la chose fût neuve au moment de son aliénation, art. V). Il faut en effet éviter que le producteur ne dissimule son identité ou que les fabricants étrangers ne tirent de leur éloignement un avantage immérité. Dans le système proposé, les vendeurs de la branche préféreront, toutes choses étant égales, le produit suisse muni d'une indication d'origine, puisqu'ils échapperont ainsi à la responsabilité spéciale. La responsabilité du détenteur se justifie par la considération que cette personne sera sans doute, pour le lésé, la plus facile à découvrir. La responsabilité du propriétaire n'appelle pas de commentaire. Quant à la responsabilité des

aliénateurs, nous l'avons limitée aux professionnels aliénant des choses neuves, à l'exclusion des vendeurs occasionnels et des revendeurs d'objets usagés. Cette double limitation est indispensable. Les simples particuliers n'ont normalement pas les connaissances techniques et l'expérience qui leur permettraient de déceler le vice. Il convient de maintenir en leur faveur le régime actuel. Quant aux objets usagés, on ne saurait les présumer exempts de défauts.

Les fins de non-recevoir de l'art. II se comprennent aisément, sauf peut-être le chiffre 3. Il s'agit ici essentiellement de l'essai d'une chose ou d'un produit nouveau. Certains vices ne se révèlent qu'à l'essai, et souvent il faut de nombreux essais pour mettre le vice en évidence. Tel sera notamment le cas pour l'industrie chimique et surtout pharmaceutique. Il faut admettre que le patient auquel on administre à titre d'essai un produit nouveau accepte le risque, dans la mesure où le vice ne pouvait être décelé autrement. Le moyen sera retenu même si l'intéressé, en raison de son état, était incapable de se prononcer sur l'acceptation du risque.

L'art. III mérite également quelques lignes d'explication. Une des grandes difficultés auxquelles on se heurte pour organiser la responsabilité du producteur réside dans l'appréciation des conséquences de l'usure de la chose. Aucune loi ne peut fixer la durée normale de chaque bien. Par surcroît, s'agissant de choses de même nature, l'usure peut constituer ou ne pas constituer un vice selon la qualité, le prix, de la chose. D'autre part, le producteur tient normalement compte des expériences faites, et des réclamations qui lui sont présentées. Il cherche à remédier aux défauts. Celui qui achète un modèle périmé doit s'attendre à ne pas bénéficier des derniers perfectionnements. L'acheteur a l'obligation de faire preuve de vigilance, et le producteur qui a perfectionné ses modèles est fondé à se prévaloir de ces perfectionnements à l'encontre d'un acquéreur qui a préféré l'économie à la sécurité. Enfin, il arrive que les circonstances (notamment des événements de guerre) contraignent les

producteurs à utiliser des matières de remplacement pendant un certain temps. On ne saurait alors imputer au producteur la moindre qualité de la chose.

Dans notre esprit, l'institution de la responsabilité du producteur devrait entraîner parallèlement une appréciation plus sévère, par les tribunaux, de la responsabilité des personnes qui utilisent ou confient, en vue de leur utilisation, des choses de modèle trop ancien. L'art. III n'aurait donc pas pour conséquence de créer un «trou» dans les responsabilités au détriment des lésés.

§ 13. Faut-il instituer encore d'autres cas de responsabilité objective?

Dans le cadre de cet essai, nous avons été tout naturellement amené à nous demander s'il ne conviendrait pas d'instituer, en droit suisse, la responsabilité générale des choses inanimées, créée par la jurisprudence française sur la base de l'art. 1384 al. 1 CCF, et codifiée par le législateur italien (art. 2051 CCI). Après mûre réflexion, nous avons abouti à une réponse négative. La place manque malheureusement pour exposer ici nos recherches; nous en résumerons les conclusions.

L'exemple franco-italien démontre qu'il est impossible de trouver un critère sûr permettant de distinguer la responsabilité aquilienne de la responsabilité des choses inanimées. De plus, il est clair que la seule présence de la chose ne saurait engager la responsabilité du gardien. D'où la nécessité de trouver un second critère pour limiter la responsabilité à certains modes, à certains types d'atteintes. Là encore, nos voisins ne semblent pas avoir découvert une solution satisfaisante. L'opposition «choses dangereuses – choses non dangereuses», quoique rejetée par les Chambres réunies[109], renaît périodiquement de ses cendres[110], malgré son

[109] 13 février 1930, DP 1930 1 57. Cf. Lalou N° 1244 p. 702.

[110] Cf. Hermel c/ RATP, Civ., Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1964 302.

manque de rigueur. Son succès s'explique par le fait que les autres critères proposés (rôle actif ou passif joué par la chose; choses animées ou non d'un dynamisme propre) ne valent guère mieux. Enfin, et peut-être surtout, la responsabilité des choses inanimées est trop rigoureuse, car le défendeur n'est point assuré de pouvoir attaquer avec succès le tiers (propriétaire, maître d'état, vendeur, employé, etc.) qui eût été le mieux placé pour apercevoir le danger et y parer. La jurisprudence a donc été tout naturellement portée à exonérer le gardien dans certains cas (par exemple si le lésé participait gratuitement à l'usage de la chose, etc.). Mais ces limitations suscitent à leur tour de nouvelles difficultés et de nouvelles injustices.

Le législateur italien a introduit une autre responsabilité encore, à raison «d'activités dangereuses» (art. 2050 CCI). Mais cette innovation n'a pas donné satisfaction, pour les raisons exposées ci-dessus. En particulier, il s'est avéré pratiquement impossible de trouver un critère permettant de distinguer les activités dangereuses de celles qui ne le sont pas. Il est clair en effet que tout accident met précisément en évidence le danger que présentait l'exercice de l'activité en cause!

Il nous paraît donc préférable de ne pas imiter nos voisins et d'insérer simplement dans le CO un texte de portée limitée ainsi conçu:

«Art. I. Le détenteur d'une chose mobilière répond du risque inhérent au fait:

1. que la chose est constituée en tout ou partie d'une matière particulièrement dangereuse pour l'homme ou les animaux domestiques, contient une telle matière, la produit, ou en nécessite l'emploi pour son fonctionnement;

2. que la chose est constituée en tout ou partie d'une matière explosive, contient une telle matière, la produit, ou en nécessite l'emploi pour son fonctionnement;

3. que la chose comporte un mécanisme mû par un moteur, à condition que le dommage ait été causé par la marche du moteur ou du mécanisme.

La présente disposition ne s'applique pas aux véhicules automobiles, aux chemins de fer, aux tramways, aux téléfériques, aux téléskis, aux bateaux et aux aéronefs.

Art. II. Le détenteur peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant que le dommage est dû à la force majeure, à la faute grave d'un tiers, ou à la faute grave de la victime.

Les auxiliaires du détenteur ne sont pas considérés comme des tiers.

Si la victime participait gratuitement à l'usage de la chose, le juge pourra libérer partiellement ou entièrement le détenteur.

Art. III. Les dispositions qui précèdent s'appliquent par analogie à l'exploitant de la chose lorsque celle-ci était partie intégrante ou accessoire d'un immeuble.

Lorsque la responsabilité du propriétaire du bâtiment ou de l'ouvrage est également engagée sur la base de l'art. 58 al. 1, l'exploitant et le propriétaire répondent solidairement. Le juge détermine l'existence et l'étendue du recours des responsables»

L'art. I ch. 1 rejoint une suggestion de M. Oftinger[111]. Nous avons préféré toutefois les mots «particulièrement dangereux» à l'adjectif «toxiques», car certaines matières peuvent, par exemple, provoquer des brûlures ou des dommages génétiques sans être pour autant toxiques.

L'art. III présenterait l'avantage d'alléger quelque peu la charge très lourde qui pèse sur le propriétaire de l'ouvrage, actuellement désarmé lorsque le locataire établit que ni

---

[111] L'évolution de la responsabilité civile et de son assurance dans la législation suisse la plus récente, dans Mélanges offerts à René Savatier. Paris 1965. 736.

lui-même, ni les personnes dont il répond, n'ont commis de faute.

En plus des dispositions qui précèdent, il conviendrait, à notre avis, d'élaborer deux lois spéciales.

La première instituerait une responsabilité pour risque à la charge de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage, pour les travaux de génie civil. Il est paradoxal en effet qu'une telle responsabilité existe à la charge des chemins de fer uniquement, alors que la construction d'une voie ferrée ne présente aujourd'hui guère de dangers comparativement à d'autres chantiers. La nécessité d'une telle loi est d'autant plus impérieuse que l'art. 685 CC ne s'applique qu'en faveur des voisins, et que l'art. 58 al. 1 CO ne vise que les ouvrages et constructions achevés. Par surcroît, il peut parfaitement arriver qu'en cours de l'exécution de travaux une chose mobilière cause des dommages: par exemple, une grue s'effondre par suite d'un vice de sa construction.

La seconde loi, et ici nous suivons de nouveau une suggestion de M. OFTINGER[111 bis], concernerait les barrages. De tragiques catastrophes survenues à l'étranger ont en effet démontré que les barrages présentent d'énormes dangers, supérieurs probablement à ceux que font courir les oléoducs.

§ 14. Principales modifications à apporter aux lois spéciales

Il ne saurait être question, dans le cadre de ce bref rapport, d'exposer par le menu toutes les améliorations qui pourraient être apportées aux lois spéciales. D'ailleurs, plusieurs d'entre elles ont déjà été exposées dans les paragraphes précédents. Nous nous bornerons donc à quelques remarques.

La LIE

L'art. 35 devrait être supprimé, les principes généraux

---

111 bis id. ibd.

du droit suffisant à définir les comportements fautifs des victimes et à exonérer l'exploitant.

En attendant la réalisation – au demeurant fort hypothétique – de l'assurance dont nous proposons la création, il conviendrait d'obliger les abonnés à conclure une assurance RC couvrant les risques d'électrocution dus aux installations intérieures et aux appareils électriques. En effet, les accidents de cette nature sont beaucoup plus fréquents que ceux dont la réparation est régie par la LIE.

La LRC

L'art. 1 al. 1 devrait être revu dans le sens d'une extension de la responsabilité objective. En effet, le fonctionnement d'une entreprise de chemins de fer est infiniment plus complexe aujourd'hui qu'en 1902. Tous les risques que comportent l'ensemble des installations et les travaux nécessités par l'exploitation (à l'exclusion des travaux de nature administrative) devraient entraîner la responsabilité spéciale.On éviterait ainsi les distinguo subtils auxquels la jurisprudence s'est vue contrainte[112].

Les art. 6 et 7 prêtent à la même critique que l'art. 35 LIE.

Enfin, et contrairement à l'art. 11 actuel, les chemins de fer devraient répondre du risque même si la chose ne se trouvait pas sous la garde d'une personne blessée ou tuée dans l'accident. La solution légale est en effet absurde[113]. On ne voit pas pourquoi la réparation du dommage matériel serait liée à une atteinte subie par le gardien, qui n'est pas nécessairement le propriétaire de la chose[114], lorsque l'entreprise n'a pas commis de faute.

---

[112] L'art. 58 al. 1 CO resterait toutefois applicable, à titre subsidiaire, pour les constructions et ouvrages ne présentant pas de véritable risque inhérent (escaliers, passages souterrains, etc.).

[113] Cf. les critiques de M. Oftinger II/1 312–313, et les auteurs cités à la note 80.

[114] Ainsi que l'a relevé le TF dans Bloch et Gogler c/ Cie du chemin de fer Régional Saignelégier–Chaux-de-Fonds, RO 44 II 436.

La LCR

Dans Grädel c/ Krapf et consorts (RO 92 II 39 rés. JT 1966 I 434), le TF a jugé qu'en cas de collision dont un conducteur non détenteur a été la victime, l'art. 61 al. 1 est inapplicable. C'est donc la détenteur seul qui supporte le risque inhérent à son véhicule (Assurance mutuelle vaudoise et Kuonen c/ Produit, RO 91 II 218). Pourtant, le conducteur, momentanément maître du véhicule, l'est aussi du risque. Le détenteur ne devrait répondre, à son égard, que de sa propre faute, d'une faute commise par un auxiliaire au service du véhicule (par exemple d'un chargement inadéquat du véhicule par les employés du détenteur), d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien. La «semi-canalisation» du risque sur la tête du détenteur ne se justifie qu'à l'égard des passagers, non à l'égard du conducteur. Bien entendu, le conducteur non détenteur devrait également supporter les conséquences du risque inhérent au véhicule dans l'action qu'il dirigerait contre des tiers (notamment les détenteurs d'autres véhicules) pour obtenir réparation du dommage subi par lui.

Mais la disposition la plus criticable de la LCR est, à notre avis, l'art. 59 al. 3. Il est normal, certes, que le juge puisse réduire ou même supprimer l'indemnité lorsque le véhicule avait été prêté au conducteur victime de l'accident. Nous venons même de relever que ce conducteur devrait supporter le risque inhérent à l'égard du détenteur. En revanche, lorsqu'il s'agit du transport bénévole d'un passager, la solution légale est inadmissible: «Tant pis si vous tombez à la charge de votre famille ou de la collectivité», dit le législateur, «vous n'aviez qu'à ne pas accepter le risque.» Imagine-t-on par hasard l'amie de cœur, le bon copain ou la vieille tante répondant à l'automobiliste complaisant: «Non merci, je préfère rentrer à pied malgré la pluie, parce que je ne veux pas courir un risque qui n'est pas couvert»? Et pourtant combien y a-t-il en Suisse de passagers en puissance financièrement capables (soit en raison de leur

fortune, soit parce qu'ils ont conclu une assurance) de supporter les conséquences d'un accident grave? On sait d'ailleurs que les victimes du transport bénévole sont le plus souvent des jeunes gens. Or ceux-ci se signalent rarement par leur prévoyance ou leurs abondantes ressources. La limitation de l'indemnité aux seules prestations de l'assureur RC aurait été parfaitement légitime, non la suppression de l'indemnité ou une réduction au profit de l'assureur. L'art. 59 al. 3 est un exemple typique de disposition inspirée par une conception périmée de la responsabilité civile[115]. Son application présente d'ailleurs des difficultés insurmontables lorsqu'un tiers est impliqué dans l'accident. Ce tiers doit-il ou non bénéficier du fait que le transport était bénévole[116]?

Nous aurions encore désiré aborder la question de la comparaison des risques inhérents, lorsque plusieurs véhicules sont impliquées dans un accident. Pour ne pas allonger, nous nous contenterons de relever que cette comparaison nous laisse perplexe. Une formule tenant compte, même un peu arbitrairement, de la puissance du véhicule, de son poids et de ses dimensions serait préférable à la libre appréciation du juge.

La LUPEA

Au moment où cette loi a été rédigée, la science atomique était encore peu développée, surtout en Suisse, et les affirmations des spécialistes inspiraient une certaine méfiance. C'est pourquoi l'art. 21 al. 1 et 2 oblige celui qui est tenu aux termes de la loi à conclure une assurance couvrant la responsabilité civile jusqu'à concurrence de 40 millions de

---

[115] Pour se convaincre des inutiles complications q'uentraîne son application, il suffit de se reporter à l'article de M. Andreas Girsberger, Die unentgeltliche Gefälligkeit als Entlastungsgrund des neuen Straßenverkehrsgesetzes, dans SJZ 1966 5–7.

[116] La solution proposée par M. Oftinger (II/2 679–680), et consistant à faire supporter au tiers coresponsable la réduction dont bénéficie le détenteur sur la base de l'art. 59 al. 3 LCR, nous paraît profondément inéquitable.

francs pour chaque installation atomique ou chague détenteur[117] de combustibles nucléaires ou de résidus radioactifs. Cette disposition est fâcheuse, parce qu'elle impose une obligation uniforme, sans tenir compte en aucune manière de la gravité du risque (sauf si l'installation se compose de plusieurs réacteurs, l'exploitant pouvant alors se voir imposer l'obligation de s'assurer pour des sommes supérieures, selon l'art. 21 al. 3). Or, il est clair que le simple entreposage de combustibles nucléaires ou de résidus radioactifs présente des dangers très variables; de même, et à plus forte raison, on ne saurait comparer le risque que fait courir un assemblage sous-critique au risque inhérent à un assemblage critique. Comme il est à prévoir que, même à l'avenir, les assemblages sous-critiques seront affectés essentiellement à la recherche scientifique, la collectivité publique continuera à payer des primes excessives. Au contraire, la garantie exigée pour les assemblages critiques est trop faible, du moins pour certains d'entre eux. Pourtant, lorsque l'utilisation de l'énergie atomique sera devenue rentable, ce qui ne tardera pas, les réacteurs utilisés à des fins économiques seront nécessairement des assemblages critiques.

Autre point: Les textes français et italien de l'art. 18 al. 1 contiennent une erreur de traduction. Alors que la version allemande mentionne expressément le tort moral parmi les éléments du dommage dont la réparation incombe, le cas échéant, au fonds pour dommages atomiques différés, le texte français et le texte italien ne mentionnent que les dommages corporels. Il ne fait pas de doute que la préférence doive être donnée à l'allemand; néanmoins, la divergence est fâcheuse[118].

---

[117] Remarquons en passant que la notion de détenteur est ici singulièrement obscure.

[118] C'est ainsi que M. Jean-Nicolas Devrient, La responsabilité civile et l'assurance à raison du risque nucléaire. Thèse Lausanne, Genève 1964, a été induit en erreur et expose (66) que «d'après le texte même de la loi, il semble qu'aucune indemnité pour tort moral ne sera accordée par le fonds».

Cette remarque nous amène tout naturellement à examiner d'une façon générale le rôle assigné au fonds. Comme son nom l'indique, il est destiné à réparer les atteintes qui se manifestent tardivement, notamment les dommages génétiques causés à une personne irradiée. Le fonds ne devrait donc être appelé à réparer le dommage que lorsque celui-ci apparaît après l'expiration du délai pendant lequel l'exploitant ou le transporteur et leur assureur sont tenus à réparation. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'art. 18 al. 1 fait allusion au «délai plus long prévu par le droit pénal». Mais si le dommage apparaît neuf ans après l'atteinte, la victime aurait le choix, si on interprète strictement la loi, d'attaquer l'exploitant, le transporteur ou leur assurance, jusqu'à l'expiration du délai de prescription décennale, ou d'attendre l'expiration du délai de dix ans pour exiger la réparation du fonds. En cas de prolongation selon les règles du droit pénal, le même problème pourrait se poser, *mutatis mutandis*. Or, le fonds n'a pas de recours contre l'exploitant, le transporteur ou leur assureur! Il faudrait donc insérer dans la loi un art. 18 al. 3 ainsi conçu: Toutefois, lorsque le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne qui en est responsable moins de deux ans avant l'expiration du délai de prescription de dix ans prévu à l'art. 17 al. 1, ou moins de deux ans avant l'expiration du délai prolongé selon l'art. 17 al. 2, l'action en réparation ne peut être dirigée que contre la personne responsable, mais le délai de prescription est prolongé de manière que le lésé dispose en tout état de cause d'un délai de deux ans pour ouvrir action.»

Une autre difficulté surgit lorsque le dommage différé apparaît moins de huit ans après l'accident, mais après que l'action du lésé contre l'exploitant, le transporteur, ou l'assureur, ait été jugée. On ne voit pas de qui la victime pourra obtenir réparation, puisque l'exploitant, le transporteur ou l'assureur peuvent exciper de la chose jugée, et que le délai de deux ans accordé au lésé pour présenter sa réclamation au fonds sera expiré avant la prescription décennale. Par sur-

croît, il ne semble pas que le juge puisse appliquer l'art. 46 al. 2 CO, de telle sorte que, même si une aggravation de l'état du lésé est prévisible, le tribunal sera impuissant à protéger ce dernier[119].

Quoique instituant l'action directe du lésé contre l'assureur, la loi ne prévoit pas que l'interruption de la prescription à l'égard de la personne responsable sortit ses effets également à l'égard de l'assureur, et vice-versa.

Le législateur a omis d'indiquer le point de départ du délai de recours contre les personnes qui ont intentionnellement causé le dommage, dérobé ou recelé des combustibles nucléaires, et contre ceux qui ont expressément accepté qu'un recours fût exercé contre eux (art. 13 al. 1).

En cas de «grand sinistre» nécessitant l'intervention financière de la Confédération, celle-ci a un droit de recours (art. 27 al. 4) contre la personne civilement responsable en vertu de l'art. 12, qui a commis une faute. L'expérience montre qu'on peut presque toujours relever une faute à la charge d'un exploitant (ou des organes de la société ayant la qualité d'exploitant) lorsqu'on le veut bien. Il convenait donc de subordonner le recours à la faute grave, voire à la faute inexcusable.

---

[119] A moins, bien entendu, que l'on n'applique les règles du droit cantonal sur la revision. Mais ces règles sont-elles applicables ?

Des problèmes analogues se posent dans le cadre de la LITC, qui ne contient pas non plus de renvoi à l'art. 46 al. 2 CO. Il faut observer toutefois que cette loi n'institue pas de fonds pour dommages différés.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Parvenu au terme de ce rapport, nous tenons à rappeler le point de départ de nos réflexions et à mettre en lumière la tendance générale qui se dégage des solutions que nous proposons.

L'apparition de la responsabilité pour risque, la vogue croissante de l'assurance, et notamment de l'assurance RC, la hausse du coût des traitements et son corollaire, l'atténuation apportée tant par le législateur que par la jurisprudence au principe *in lege Aquilia etiam levissima culpa venit*, le rôle nouveau joué par l'autorité administrative et par le juge pénal en matière de répression (fautes de circulation), ont profondément affecté le fondement éthique, l'«esprit» de la responsabilité civile. La création d'une assurance généralisée au profit des victimes d'atteintes à l'intégrité corporelle et des survivants nous paraît malheureusement inéluctable, à plus ou moins longue échéance. Nous disons «malheureusement», car tout recul du fédéralisme, toute multiplication des établissements officiels, réduisent la diversité à l'unité, appauvrissent le patrimoine spirituel de notre pays et restreignent cette liberté à laquelle le citoyen suisse demeure profondément attaché.

En attendant la création de cette nouvelle assurance sociale, une réforme limitée est désirable. On ne peut toutefois envisager de remplacer les lois spéciales par quelques clauses générales qui seraient introduites dans le code des obligations. Les problèmes sont trop complexes. L'exemple de la France et de l'Italie le démontre.

En revanche, d'importantes simplifications doivent être apportées. Le CO redeviendrait ainsi le texte fondamental régissant la responsabilité civile, et les lois spéciales n'y dérogeraient que dans la mesure strictement indispensable. Une définition claire du risque inhérent, sans les limitations

qu'ont suscitées les préjugés ou l'influence des groupes de pression, l'obligation éventuellement imposée au responsable de conclure une assurance, tel devrait être le canevas de chacune de ces lois. Ne s'y ajouteraient que les règles nécessitées par la nature particulière de l'activité en cause.

Nous espérons, sans trop oser y croire, que notre rapport contribuera, si peu que ce soit, à la réalisation de cette réforme.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AI	Assurance-invalidité (instituée par la loi fédérale du 19 juin 1959)
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (loi allemande du 23 décembre 1959)
AVS	Assurance-vieillesse et survivants (instituée par la loi fédérale du 20 décembre 1946)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
CC	Code civil suisse
CCF	Code civil français
CCI	Codice civile italiano
CF	Constitution fédérale
CJC	Cour de Justice civile
CNSA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents à Lucerne (SUVAL)
CO	Code fédéral des obligations
DP	Dalloz: Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public
JCP	La Semaine juridique. Juris-classeur périodique
JT	Journal des tribunaux
LA	Loi fédérale sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles, du 15 mars 1932
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 13 juin 1911, modifiée notamment par les lois fédérales des 17 mars 1961 et 13 mars 1964
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyable, du 30 septembre 1943
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958
LF	Loi fédérale
LIE	Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant, du 24 juin 1902
LITC	Loi fédérale sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux, du 4 octobre 1963

LR	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958
LRC	Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes, du 28 mars 1905
LuftVG	Luftverkehrsgesetz (texte actuel: 22 octobre 1965)
LUPEA	Loi fédérale sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique et la protection contre les radiations, du 23 décembre 1959
N.F.	Neue Folge
pr.	Principio
RBA	Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance = Entscheidungen Schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten. Ed. par le Bureau fédéral des assurances
RC	Responsabilité civile
RDS	Revue de droit suisse = Zeitschrift für Schweizerisches Recht
RGP	Repertorio di giurisprudenza patria federale e cantonale, forense ed amministrativa
RO	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, recueil officiel = Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung = Revue suisse de jurisprudence
StVG	Straßenverkehrsgesetz (loi allemande du 19 décembre 1952)
SUVAL	Voir CNSA
TF	Tribunal fédéral
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins = Revue de la Société des juristes bernois
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Remarque complémentaire: Dans les citations d'articles de lois, le tiret placé après un point indique le changement d'alinéa.

BIBLIOGRAPHIE

A. Périodiques

Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance = Entscheidungen Schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten. Ed. par le Bureau fédéral des assurances. Bern. (Cité RBA)

Arrêts du Tribunal fédéral suisse, recueil officiel = Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung. Lausanne. (Cité RO)

Blätter für Zürcherische Rechtsprechung. Zürich. (Cité BZR)

Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz. Paris.

DALLOZ: Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public. Paris. (Cité DP)

Journal des tribunaux. Lausanne. (Cité JT)

Rapport du Tribunal cantonal du canton du Valais. Sion.

Repertorio di giurisprudenza patria federale e cantonale, forense ed amministrativa. Bellinzona. (Cité RGP)

Revue de droit pénal et de criminologie. Bruxelles.

Revue générale des assurances terrestres. Paris.

La Semaine judiciaire. Genève. (Cité SJ)

La Semaine juridique. Juris-classeur périodique. Paris. (Cité JCP)

Schweizerische Juristen-Zeitung = Revue suisse de jurisprudence. Zürich. (Cité SJZ)

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins = Revue de la Société des juristes bernois. Bern. (Cité ZBJV)

Zeitschrift für Schweizerisches Recht = Revue de droit suisse. Basel. (Cité RDS)

B. Ouvrages, articles et divers

BÄHR, OTTO : Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Kassel 1892.

BECKER, HERMANN: Obligationenrecht. I. Abt.: Allgemeine Bestimmungen. 2. Auflage Bern 1941. (Berner Kommentar zum ZGB.)

BOSONNET, GASTON: Haftpflicht- oder Unfallversicherung? Ersatz der Haftpflicht des Motorfahrzeughalters durch eine generelle Unfallversicherung der Verkehrsopfer. Diss. Zürich. 1965.

BÜREN, BRUNO v.: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Zürich 1964.

CHATELAIN, ROLAND: L'action directe du lésé contre l'assureur de la responsabilité civile du détenteur d'un véhicule automobile. Thèse Lausanne. Tramelan 1961.

CHAUDET, MARC-HENRI: Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage. Thèse Lausanne. 1966.

DEVRIENT, JEAN-NICOLAS: La responsabilité civile et l'assurance à raison du risque nucléaire. Thèse Lausanne. Genève 1964.

GILLIARD, FRANÇOIS: Vices du consentement et perpétuité de l'exception, dans Mélanges Roger Secrétan. Montreux 1964, p. 81–94.

GIRSBERGER, ANDREAS: Die unentgeltliche Gefälligkeit als Entlastungsgrund des neuen Straßenverkehrsgesetzes, dans SJZ 62/1966 p. 5–7.

GRISEL, ANDRÉ: L'exception perpétuelle dérivant d'un acte illicite, dans Recueil de travaux offerts à la Société suisse des juristes par la Faculté de droit de Neuchâtel. Neuchâtel 1946, p. 88–118.

LALOU, HENRI et PIERRE AZARD: Traité pratique de la responsabilité civile. 6e éd. par P' A'. Paris 1962.

OFTINGER, KARL: L'évolution de la responsabilité civile et de son assurance dans la législation suisse la plus récente, dans Mélanges offerts à René Savatier. Paris 1965, p. 725–737.

OFTINGER, KARL: Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd I; Bd II: Halbbd. 1 und 2. 2. Auflage. Zürich 1958–1962. (Cité OFTINGER.)

OSER, HUGO et WILHELM SCHÖNENBERGER: Das Obligationenrecht. I. Halbbd. 2. Auflage. Zürich 1929. (Zürcher Kommentar zum ZGB.)

PICCARD, MAURICE et ANDRÉ BESSON: La Conférence sur l'assurance automobile. Questions de responsabilité, dans Revue générale des assurances terrestres 35/1964 p. 145–161.

PORTMANN, PETER: Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht. Bern 1958. (Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, N.F. 335.)

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen, hrsg. von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI. Bd I–IV. Zürich 1855–1871.

Protokoll der juristischen Subkommission zur Beratung des Entwurfs von Prof. Dr. ROELLI zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. S.l.n.d.

ROELLI, HANS et CARL JAEGER: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908. Bd I–IV. Bern 1914–1933.

RUSCONI, BAPTISTE: Quelques considérations sur l'influence de la faute et du fait du lésé dans la responsabilité causale, dans RDS N.S. 82 I, 1963 p. 337–363.

STAUFFER, WILHELM: Von der Heilungskostenversicherung, dans SJZ 59/1963 p. 177–181.

TUHR, ANDREAS v. et ALFRED SIEGWART: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Bd I–II. 2. Auflage von A' S'. Zürich (1942–1944).

TUHR, ANDREAS v. Partie générale du Code fédéral des obligations, trad. MAURICE DE TORRENTÉ et EMILE THILO. T. I–II. Lausanne 1933–1934.

TUNC, ANDRÉ: Assurance et responsabilité civile. Un projet de réforme du système légal de l'assurance automobile, dans Revue de droit pénal et de criminologie 46/1965–1966 p. 595–617.

TUNC, ANDRÉ: L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, dans JCP 1966 I p. 1983.

TUNC, ANDRÉ: La sécurité routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation. Paris 1966.

VOYAME, JOSEPH: Droit privé fédéral et procédure civile cantonale. Basel 1961. (Rapport présenté à la Société suisse des juristes). Paru aussi dans RDS N.S. 80 II, 1961 p. 68–192.

YUNG, WALTER: Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat, dans Recueil de travaux publié à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes. Genève 1952, p. 216–262. (Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, 9.)

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos 193

Première Partie

Responsabilité – Assurance – Conscience morale

§ 1. Responsabilité juridique et conscience morale 197
§ 2. Faut-il étendre le rôle de l'assurance en matière de responsabilité ? 204

Deuxième Partie

Imperfections, lacunes et défauts de systématique dans le droit suisse de la responsabilité civile

§ 1. Le for 218
§ 2. La prescription 225
§ 3. La revision (*Abänderung*) 238
§ 4. La validité des conventions passées entre le lésé et la personne responsable 242
§ 5. L'appréciation des preuves 243
§ 6. La réparation du tort moral 246
§ 7. La solidarité parfaite et imparfaite 259
§ 8. Le recours et la subrogation 270
§ 9. Action directe du lésé contre l'assureur RC, ou droit de gage légal ? 290
§ 10. Brèves remarques sur la subrogation de la CNSA . . . 292
§ 11. La responsabilité de l'employeur 295
§ 12. La responsabilité du producteur 300
§ 13. Faut-il instituer encore d'autres cas de responsabilité objective ? 306
§ 14. Principales modifications à apporter aux lois spéciales . 309

Conclusion générale 316

Liste des abréviations 318

Bibliographie 320