

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: 122 (2003)

Heft: 3

Artikel: La responsabilité civile : à la croisée des chemins

Autor: Chappuis, Christine / Werro, Franz

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896152>

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: 17.01.2026

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

La responsabilité civile: à la croisée des chemins

CHRISTINE CHAPPUIS* et FRANZ WERRO**

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et au Georgetown Lawcenter de Washington.

Nous remercions Frédéric Bernard, assistant à la Faculté de droit de Genève, et Jacques-Alain Bron, avocat et assistant à la Faculté de droit de Genève, qui nous ont aidés à rassembler la documentation pour le présent rapport. Tous nos remerciements vont également à Maud Clivaz et Grégoire Varone, assistants à la Faculté de droit de Fribourg, ainsi qu'à Sylvie Blondey et Marjolaine Viret, étudiantes à la Faculté de droit de Fribourg, pour l'aide précieuse qu'ils nous ont apportée dans la mise au point de ce manuscrit et dans la lecture critique qu'ils en ont faite.

Christine Chappuis et Franz Werro sont les auteurs communs de l'introduction et de la conclusion.

Table des matières

Liste des abréviations	242
Introduction	245
I. Les conditions de la responsabilité	246
A. Le dommage	246
1. <i>Les conceptions reçues</i>	247
a) <i>La notion du dommage</i>	247
b) <i>Les différentes sortes de dommages</i>	248
c) <i>Une distinction</i>	250
2. <i>Les points controversés</i>	251
a) <i>Les dommages de frustration et de commercialisation</i> ...	251
b) <i>Le dommage consécutif à la naissance d'un enfant non désiré</i>	253
3. <i>Les apports de l'Avant-projet</i>	256
a) <i>Une simple codification de la jurisprudence?</i>	257
aa. <i>Les catégories du dommage: une innovation douteuse</i>	257
bb. <i>La réglementation du dommage matériel: une limitation ou une ouverture?</i>	258
cc. <i>La réglementation du dommage corporel: un progrès</i>	259
b) <i>Les postes complémentaires du dommage</i>	260
4. <i>Le dommage écologique</i>	262
a) <i>Le contenu de la règle et ses justifications</i>	262
b) <i>Les réactions</i>	263
c) <i>Une brève appréciation</i>	264
5. <i>Un point de vue sur le dommage</i>	267
B. L'illicéité	273
1. <i>La conception classique de l'illicéité</i>	273
a) <i>La définition de l'illicéité</i>	273
b) <i>Le dommage purement économique</i>	275
c) <i>L'Avant-projet</i>	280
aa. <i>La conception de l'Avant-projet</i>	280
bb. <i>L'illicéité doit-elle être une condition générale de toute responsabilité?</i>	282
d) <i>Deux applications de la définition classique de l'illicéité</i>	285
aa. <i>Le canot à moteur</i>	285
bb. <i>La rupture de canalisations</i>	286
2. <i>La remise en cause</i>	287
a) <i>La justification de l'illicéité distincte de la faute</i>	287
b) <i>Une critique de l'Avant-projet et l'énoncé d'une conception différente</i>	289
aa. <i>La critique de l'Avant-projet</i>	289
bb. <i>Une conception différente</i>	290
c) <i>Quelques applications</i>	293

C. La faute	295
1. <i>La conception classique de la faute</i>	296
a) <i>La notion de faute</i>	297
aa. <i>La notion de faute dans la doctrine</i>	297
bb. <i>La notion de la faute dans la jurisprudence</i>	299
b) <i>La négligence</i>	301
c) <i>La faute des enfants</i>	302
d) <i>Deux exemples</i>	304
aa. <i>Le canot à moteur</i>	304
bb. <i>La rupture des canalisations</i>	306
2. <i>L'Avant-projet et la subjectivation de la notion de faute</i>	307
3. <i>Une délimitation parfois difficile, mais nécessaire</i>	312
a) <i>La création d'un état de chose dangereux (Gefahrensatz) et l'omission (Garantenstellung)</i>	313
b) <i>L'interdiction de tromper autrui</i>	315
aa. <i>La tromperie intentionnelle</i>	315
bb. <i>Les renseignements inexacts</i>	317
cc. <i>Une opinion personnelle</i>	318
c) <i>Les normes de comportement empruntées au Code pénal et la négligence civile</i>	320
d) <i>Une appréciation de la distinction entre l'illicéité et la faute</i>	323
4. <i>Une conception différente</i>	325
a) <i>La critique des conceptions admises</i>	325
b) <i>Une définition renouvelée de la faute</i>	328
c) <i>Une appréciation de quelques cas connus</i>	331
II. Quelques questions choisies	333
A. La responsabilité de l'employeur	333
1. <i>La responsabilité de l'employeur en application de l'art. 55 CO</i>	333
a) <i>Les applications traditionnelles de l'art. 55 CO</i>	333
b) <i>Les applications nouvelles de l'art. 55 CO: la responsabilité du producteur</i>	335
2. <i>Les règles de l'Avant-projet</i>	337
a) <i>La distinction entre la règle générale et la règle spéciale applicable aux entreprises</i>	337
b) <i>Les réactions</i>	339
c) <i>Une appréciation</i>	341
d) <i>Une prise de position complémentaire</i>	343
B. La responsabilité pour risque	344
1. <i>Les conceptions reçues</i>	345
a) <i>Le fondement: le risque et la délimitation par rapport à la faute</i>	345
b) <i>Les limites</i>	346
aa. <i>La libération du sujet de la responsabilité</i>	346
bb. <i>La réduction de l'indemnité</i>	347

2. <i>La proposition d'une clause générale</i>	348
a) <i>La teneur de l'art. 50 AP et les justifications des auteurs de l'Avant-projet</i>	348
b) <i>Les réactions</i>	349
c) <i>Une appréciation</i>	350
aa. <i>Quelques remarques générales</i>	350
bb. <i>Le champ d'application de l'art. 50 AP</i>	352
cc. <i>L'exclusion des risques de développement?</i>	354
C. Les rapports entre contrat et délit	355
1. <i>La violation du contrat est-elle illicite?</i>	355
a) <i>La solution de l'Avant-projet</i>	355
b) <i>Les objections</i>	356
aa. <i>La violation positive du contrat: une notion controversée</i>	356
bb. <i>La réserve des «règles spécifiques»</i>	357
cc. <i>La violation d'un devoir purement relatif</i>	359
dd. <i>L'extension de la responsabilité des auxiliaires et organes</i>	360
ee. <i>Une obligation librement assumée</i>	361
ff. <i>La faute contractuelle subjective</i>	362
2. <i>Le rapport entre les prétentions</i>	363
a) <i>La conception classique</i>	364
b) <i>La remise en cause</i>	367
aa. <i>L'appréciation de la critique présentée</i>	367
bb. <i>Une conception différente</i>	368
aaa. <i>La justification</i>	369
bbb. <i>Quelques éléments de discussion</i>	370
ccc. <i>Une proposition</i>	372
ddd. <i>Un peu de casuistique</i>	372
eee. <i>Pour conclure</i>	373
D. Les conventions restrictives de responsabilité	374
1. <i>L'existence et la portée d'une convention restrictive de responsabilité</i>	375
a) <i>L'existence d'une convention restrictive de responsabilité</i>	375
b) <i>La portée d'une convention restrictive de responsabilité</i>	375
c) <i>L'avis d'exclusion ou de limitation de responsabilité</i>	377
2. <i>Les limites</i>	379
a) <i>Les limites spéciales</i>	380
b) <i>Les limites générales</i>	380
3. <i>La solution de l'Avant-projet</i>	382
4. <i>Une prise de position</i>	384
Dialogue conclusif	386
1. <i>Le dommage</i>	386
2. <i>L'illicéité</i>	387
3. <i>La faute</i>	387
4. <i>La responsabilité de l'employeur</i>	388

5. La responsabilité à raison du risque	388
6. Le cumul de responsabilités	388
7. Les conventions restrictives de responsabilité	389
Liste des ouvrages cités	390

Liste des abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AES	Association des entreprises électriques suisses
AF	Arrêté fédéral
Ager.	Appellationsgericht
al.	Alinéa
AOS	Association olympique suisse
AP	Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, 2000
art.	Article
ASA	Association suisse d'assurances
ASPF	Association suisse des propriétaires fonciers
AT	Allgemeiner Teil
Ass. Féd.	Assemblée fédérale
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaK	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch [Allemagne]
BGH	Bundesgerichtshof [Allemagne]
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BO CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national
BzGer.	Bezirksgericht
c.	Considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
C. Cass.	Cour de Cassation [France]
CCfr	Code civil français
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>Conferre</i>
ch.	Chiffre
chap.	Chapitre
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CN	Conseil national
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
CO	Code des Obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
Collab.	Collaboration
ComRom	Commentaire Romand
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
DC	Droit de la construction
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	Edition
édit.	Editeur
ég.	Egalement
ERPL	European Review of Private Law
FF	Feuille fédérale

FJS	Fiches juridiques suisses
FMH	Fédération des médecins suisses
FRI	Institut Juridique Féministe Suisse
FSA	Fédération suisse des avocats
HAVE	= REAS
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
id.	<i>Idem</i>
ISO	International Organisation for Standardization (Organisation internationale de normalisation)
JdT	Journal des Tribunaux
KassGer.	Kassationsgericht
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LEaux	Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)
LF	Loi fédérale
LFE	Loi fédérale du 1 ^{er} juillet 1966 sur les épizooties (RS 916.40)
LIE	Loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (Loi sur les installations électriques) (RS 734.0)
lit.	<i>Littera</i> (lettre)
LITC	Loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (Loi sur les installations de transport par conduites) (RS 746.1)
loc. cit.	<i>Loco citato</i> (à l'endroit cité)
LPE	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01)
LPN	Loi fédérale du 1 ^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451)
LRespC	Loi fédérale du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemin de fer et de bateaux à vapeur et de La Poste Suisse (RS 221.112.742)
LRFP	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944)
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
n.	Note de bas de page
N.	Numéro
not.	Notamment
n. p.	Non publié
op. cit.	<i>Opere citato</i>
p.	Page
p. ex.	Par exemple
par.	Paragraphe
PJA	Pratique juridique actuelle
PLS	Parti Libéral suisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
REAS	Responsabilité et assurance
Rec.	Recueil

RDS	Revue de droit suisse
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
réf. cit.	Référence(s) citée(s)
rés.	Résumé
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSA	Revue suisse d'assurances
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	Et suivant(e)
SJ	La Semaine Judiciaire
spéc.	Spécialement
ss	Et suivant(e)s
SSCI	Société suisse des industries chimiques
SSE	Société suisse des entrepreneurs
SSJ	Société suisse des juristes
T.	Tome
TC	Tribunal Cantonal
TF	Tribunal fédéral
trad.	Traduction, traduit
UDC	Union démocratique du centre
USAM	Union suisse des arts et métiers
USP	Union suisse des paysans
UTP	Union des transports publics
VAS	Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance
vol.	volume
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Introduction

Un double constat frappe le lecteur qui prend connaissance de l'Avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile. D'une part, les conditions fondamentales de la responsabilité sont pratiquement inchangées. L'illicéité, telle que nous la connaissons, est maintenue, et même étendue à toute responsabilité. La faute, quant à elle, est censée à nouveau être comprise de manière subjective. A quoi bon une réforme pour conserver l'acquis et ressusciter le passé? D'autre part, il faut le souligner, des innovations significatives sont proposées: une norme spéciale de responsabilité dans les entreprises, une clause générale de responsabilité pour risque et la consécration d'un nouveau dommage, celui résultant d'une atteinte à l'environnement. Ici, la réforme a du souffle. Elle fait progresser les choses et prépare l'avenir.

Inspirés par cette double dimension, les auteurs du présent rapport ont décidé de mettre l'Avant-projet à l'épreuve du feu croisé de leurs critiques et de leurs louanges, conscients qu'ils étaient de ne pas toujours partager les mêmes points de vue. Autant le dire, la première estime que le maintien de l'acquis et l'introduction de nouveautés font bon ménage, tandis que le second, tout en saluant les innovations, regrette que le système mis en place au siècle dernier n'ait pas été remis en cause.

Forts de leurs divergences d'opinions, les auteurs du présent rapport ont voulu exposer et clarifier ce qui est, tout en dégageant ce qui pourrait être. Le but a dicté la méthode: chacun a pris la plume sur un sujet sachant qu'il s'exposait à une réponse critique.

C'est ainsi que, dans une première partie, ils ont abordé successivement le dommage, l'illicéité et la faute, la causalité faisant l'objet du rapport de Peter Loser Krogh. Dans une seconde partie, ils ont analysé la responsabilité de l'employeur, la responsabilité pour risque et la question délicate des rapports entre la responsabilité pour acte illicite et la responsabilité pour violation d'une obligation. Là aussi, l'Avant-projet entend innover. Le point mérite d'être souligné. Une question supplémentaire a été abordée, celle des conventions restrictives de responsabilité.

Il n'était pas possible d'aller au-delà. Pourtant, l'Avant-projet recèle d'autres richesses. Il ordonne et règle de manière utile les rapports entre la responsabilité et les assurances. Il améliore la réglementation de la prescription. La solidarité surannée du Code actuel est revue et corrigée. Les règles de preuve et de procédure, elles aussi, sont revisitées. La privatisation de la responsabilité de l'Etat est annoncée. L'apport est considérable.

Pierre Widmer et Pierre Wessner ont accompli un travail impressionnant. L'Avant-projet qu'ils ont conçu mérite l'épreuve du Parlement et ne devrait pas seulement – et pourtant – nourrir la réflexion académique au seuil du 21^e siècle.

I. Les conditions de la responsabilité

La condition première de toute responsabilité est l'existence d'un dommage. C'est la raison pour laquelle il nous a paru opportun de commencer par l'analyse de cette condition (A.). Nous l'avons fait suivre par celle de l'illicéité (B.), pour finir avec la faute (C.).

A. Le dommage¹

On peut considérer le dommage comme la condition centrale du droit de la responsabilité civile ou du moins comme son point de départ: sans dommage, il ne saurait être question de responsabilité. On serait tenté de retenir que la notion est arithmétique et donc simple. Le Tribunal fédéral semble emprunter cette voie en définissant le dommage comme la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit².

En réalité, si on peut affirmer que le dommage est une condition première de la responsabilité³, sa simplicité n'est qu'apparente. En effet, il ne s'agit pas d'une notion arithmétique, mais juridique; et fort complexe de surcroît. D'abord, parce que la définition même de patrimoine est incertaine et normative. Ensuite, parce que la différence entre deux états patrimoniaux ne peut pas être établie et que seule la somme des différentes pertes permet de déterminer les effets de l'atteinte⁴. Enfin, et peut-être surtout, parce que le dommage n'est qu'un des deux aspects du préjudice, lequel comprend encore le tort moral; or si la loi opère une distinction entre les deux notions, celle-ci n'est pas toujours aisée en pratique, notamment quand il s'agit de l'intérêt d'affection ou du déplaisir lié à la perte d'un avantage.

L'Avant-projet ne prévoit pas d'innovations conceptuelles majeures. A l'exception de l'introduction des règles sur le dommage écologique, il ne remet pas en cause les conceptions classiques: demeurent notamment consacrées la théorie de la différence⁵, la notion patrimoniale du dommage, exclusive du dommage immatériel, et la définition étroite du tort moral, lequel demeure compris comme une diminution du bien-être découlant d'une atteinte grave à la personnalité.

1 FRANZ WERRO est l'auteur du point I.A.1-4.

2 Cf. ATF 129 III 331.

3 Cf. toutefois ROBERTO, N. 588.

4 Cf. ROBERTO, N. 635 ss.

5 WIDMER/WESSNER, 79.

Dans la perspective du présent rapport, il convient d'abord de rappeler les conceptions reçues (1.) et quelques objets de controverses (2.). C'est sur cette base qu'on pourra ensuite mesurer les apports de l'Avant-projet (3.). Dans un point séparé, j'en aborderai l'aspect peut-être essentiel: la réglementation du dommage écologique (4.). Cet exposé sera suivi d'un point de vue complémentaire.

1. Les conceptions reçues

a) La notion du dommage

Le dommage se définit en général de manière restrictive comme une diminution involontaire du patrimoine; celle-ci peut consister en une perte éprouvée ou un gain manqué⁶. Dans les conceptions admises, on comprend ainsi le dommage comme la différence entre l'état dans lequel se trouvait le patrimoine du lésé avant l'événement dommageable et l'état du patrimoine après cet événement (*théorie de la différence*)⁷. Sont compris dans le patrimoine tous les biens d'une personne qui ont ou qui peuvent avoir une valeur économique⁸. Le dommage *immatériel* (moral) n'est quant à lui pas réparé⁹.

Du dommage, on distingue le *tort moral*, à savoir les souffrances physiques ou psychiques que ressent la victime à la suite d'une atteinte à sa personnalité (cf. art. 47 et 49 CO). Lorsqu'on veut se référer à la fois à la notion de dommage et à celle de tort moral, on utilise souvent le terme de préjudice¹⁰. L'Avant-projet rompt avec cet usage et retient que «le dommage comporte le dommage patrimonial et le tort moral» (cf. art. 45 al. 1 AP).

Du dommage, on distingue également la perte résultant d'un *intérêt d'affection*; celui-ci consiste dans l'attachement que le propriétaire pouvait avoir pour la chose endommagée. On estime que l'attachement n'a pas de valeur patrimoniale et que la perte qui lui est liée ne peut donc pas être indemnisée. Autre est cependant la situation quand l'intérêt d'affection est partagé par d'autres personnes que le propriétaire (par ex. objet de collection)¹¹. Dans ce cas, la chose acquiert en effet une valeur objective additionnelle qui, en cas de perte ou d'endommagement, peut être compensée¹².

6 HONSELL, *Haftpflichtrecht*, 6 N. 27; ATF 126 III 388 c. 11a.

7 Cf. ATF 129 III 331; 127 III 403, c. 4a, SJ 2001 I 605; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 N. 3.

8 DESCHENAUX/TERCIER, § 3 N. 7.

9 Cf. ATF 127 III 404; ROBERTO, N. 584.

10 ENGEL, 473.

11 Cf. FRANZ WERRO, Note à l'arrêt n. p. du TC valaisan du 9.7.1997, DC 1998 53 s. Cf. *infra*, I.A.5, sur le dommage causé à un animal.

12 Cf. DESCHENAUX/TERCIER, § 24 N. 16 (qui envisagent aussi à titre exceptionnel une réparation du tort moral, cf. N. 15); HONSELL, *Haftpflichtrecht*, 83 s. N. 46; BK-BREHM, CO 42 N. 15.

Le Tribunal fédéral consacre ainsi une conception relativement étroite du dommage et du tort moral. La doctrine suisse contemporaine, notamment sous l'influence du droit allemand, remet partiellement en cause cette approche¹³. Elle propose notamment, ici et là, de substituer à la théorie classique du dommage celle du *dommage normatif*¹⁴. Selon cette nouvelle théorie, les tribunaux ne sauraient se limiter à condamner le débiteur à la seule réparation de pertes correspondant effectivement à une diminution du patrimoine, mais devraient procéder à une évaluation plus poussée des intérêts bouleversés par la survenance d'une atteinte (cf. *infra* I.A.2.a. et 5).

b) *Les différentes sortes de dommages*

En fonction des biens atteints, et donc en reprenant de manière contestable le catalogue des droits absolus dont est tirée l'illicéité de résultat (cf. *infra*, I.B.1.a.), on distingue traditionnellement le dommage corporel, le dommage matériel et les autres dommages¹⁵.

Le *dommage corporel* est celui qui résulte d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique (par ex. coup porté au visage, inhalation d'amiante) ou psychique (par ex. choc nerveux, cf. art. 47 CO) de la victime¹⁶. Les art. 45 et 46 CO en règlent le calcul¹⁷. En cas de décès, ce dommage comprend les frais entraînés par le décès, notamment ceux d'inhumation, le dommage survenu entre l'atteinte et le décès et la perte de soutien (cf. art. 45 CO; 45a AP). En cas de lésions corporelles n'entraînant pas le décès de la victime, il comprend les pertes éprouvées (frais de traitement et autres) et le gain manqué actuel et futur.

C'est en principe l'incapacité de gain, et non pas la seule incapacité de travail, qui fait l'objet de l'indemnité. Par exception à cette règle, la jurisprudence admet la réparation du «dommage ménager», et ce depuis peu, indépendamment de la question de savoir si la personne lésée fait appel à une personne de remplacement. L'indemnité n'a donc pas pour but de compenser le coût du personnel de remplacement, mais plutôt la perte de valeur économique que constitue l'incapacité de s'occuper du ménage ou la détérioration de la qualité de la vie. Ainsi, «selon la jurisprudence [...], le responsable ne doit pas seulement réparer les dépenses concrètes faites pour une aide de ménage engagée afin de remplacer la personne qui s'en chargeait. Il faut bien

13 Cf. not. KOLLER, 25 ss.

14 Cf. ROBERTO, 38 ss.

15 Cf. SCHWENZER, N. 14.15; ROBERTO, 170.

16 Cf. SCHWENZER, N. 50.08.

17 Cf. BK-BREHM, CO 41 N. 76.

plus compenser la perte de valeur économique générée par l'atteinte portée à la capacité de s'occuper du ménage, et cela indépendamment de la question de savoir si cette perte conduit à l'engagement d'une personne de remplacement, à des frais accrus pour une personne partiellement invalide, à un engagement supplémentaire des proches ou à une réduction de la qualité des services (cf. ATF 99 II 222 c. 2). La particularité du dommage causé aux soins du ménage tient au fait qu'il doit être réparé même s'il ne se traduit pas par des dépenses accrues, et ne correspond de ce fait à aucune diminution du patrimoine. Dans cette mesure, le responsable est tenu de réparer le dommage normatif...»¹⁸

Le *dommage matériel* est celui qui découle d'une atteinte portée à la substance d'une chose. La question de savoir si une atteinte à la fonction de la chose suffit n'est en revanche pas tranchée par la jurisprudence¹⁹. En cas de destruction *totale*, le dommage matériel comprend la valeur de remplacement de la chose. Lorsque celle-ci est sujette à dépréciation, il faut déduire de cette valeur la dépréciation que la chose avait déjà subie²⁰. En cas de destruction *partielle*, le dommage matériel comprend les frais de réparation et la dépréciation subie par la chose.

Le dommage matériel comprend également le dommage supplémentaire dû au fait que la chose est hors d'usage (gain manqué ou perte éprouvée), ainsi que les autres frais en lien de causalité adéquate avec l'atteinte à la chose. Selon l'Avant-projet, qui reprend la jurisprudence, «lorsque la chose était nécessaire ou utile à la personne lésée, notamment lorsqu'elle servait à un usage professionnel, le dommage réparable comprend également les frais de location d'une chose équivalente ou le gain manqué pendant la période que nécessite la réparation ou l'acquisition d'une chose de remplacement» (cf. art. 45c AP).

On admet en général que le dommage est *purement économique* lorsqu'une diminution du patrimoine a lieu sans qu'une personne ait subi une atteinte dans ses droits absolus²¹. Dans les conceptions reçues, un tel dommage n'est en principe pas réparable. Selon la jurisprudence, il ne l'est que s'il résulte de la violation d'une norme de comportement précisément destinée à

18 TF, 4C.195/2001, c. 5; ATF 127 III 403 c. 4b, SJ 2001 I 605; SCHWENZER, N 14.10. A ce sujet, cf. ég. TERCIER, in TERCIER/WERRO, 13 et les réf. citées, qui trouve que cette jurisprudence n'est qu'une extension des principes traditionnels. Dans l'ensemble, la jurisprudence relative au dommage ménager a été saluée par la doctrine. Voir aussi ROBERT GEISSELER, Der Haushaltschaden, in Alfred Koller (édit.), *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung*, St-Gall 1997, 65 ss.

19 Dans un sens qui semble toutefois comprendre aussi l'atteinte à la fonction, cf. ATF 118 II 176, JdT 1994 I 554.

20 TF, 4C.343/2001, c. 2b.

21 ATF 118 II 176, c. 4b, JdT 1994 I 554.

protéger le patrimoine de la victime²². Pour le Tribunal fédéral (cf. *infra*, I.B.1.b.), tel est notamment le cas de l'art. 239 CP, qui réprime les entraves aux services d'intérêt général²³, et de la LFE, dont le but est d'éradiquer, de combattre et de surveiller les épizooties²⁴. Tel ne serait en revanche pas le cas de l'art. 229 CP, en matière de violation des règles de l'art de construire, qui ne protège pas les victimes de dommages autres que ceux qui découlent d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle²⁵.

c) Une distinction

Il n'est pas question de passer en revue toutes les distinctions relatives au dommage consacrées par la jurisprudence et la doctrine²⁶. On se contentera d'évoquer ici la distinction qu'on peut faire entre le dommage propre et le dommage réfléchi.

Le *dommage propre*, appelé parfois aussi dommage direct ou immédiat, est celui que subit personnellement la personne atteinte. Le *dommage réfléchi*, également appelé dommage par ricochet ou dommage réflexe, est celui que subit une tierce personne en relation avec la victime directe: les proches soutenus par le défunt, les clients de l'entreprise dont les installations ont été endommagées, l'orchestre dont le premier violon a été accidenté. Seule la victime directe et non le tiers peut en principe obtenir réparation de son dommage²⁷. La loi déroge toutefois à ce principe dans deux cas: en matière d'indemnisation des tiers subissant une perte de soutien (cf. art. 45 al. 3 CO) et en matière d'indemnité à titre de réparation morale (cf. art. 47 CO)²⁸.

La jurisprudence fait également une exception à la règle lorsque la norme protectrice des intérêts du lésé violée par l'auteur protège aussi d'autres personnes que la victime directe²⁹. Ainsi comprise, la distinction ressortit en réalité à l'analyse de l'illicéité, plutôt qu'à celle du dommage (cf. *infra* I.B.1.).

22 Cf. TF, SJ 2001 I 525 c. 3; GAUCH/SWEET, 119; WERRO, Pure Economic Loss, 181 ss; ég. MIS-TELI, 34 ss.

23 ATF 102 II 85.

24 ATF 126 II 63 c. 3 a.

25 Cf. ATF 119 II 127, JdT 1994 I 298; ég. 117 II 259, JdT 1992 I 559.

26 Cf. ComRom-WERRO, CO 41 N. 12 ss; HONSELL, Haftpflichtrecht, 8 ss.

27 SCHWENZER, N. 14.19 s.

28 ENGEL, 477.

29 Le Tribunal fédéral a notamment admis cette protection pour l'art. 239 CP dans l'ATF 102 II 85; il a précisé, dans le c. 6 c de cet arrêt, que la question de savoir si on a affaire à un lésé direct ou indirect se recouvre avec celle de l'illicéité de l'acte incriminé; le Tribunal fédéral a également admis cette protection pour l'art. 49 CO pour les proches d'une personne victime de lésions corporelles: cf. not. ATF 112 II 220, JdT 1986 I 452; ATF 117 II 50, JdT 1992 I 222.

On cherche en effet à déterminer quel est le champ d'application de la norme violée et dans quel but de protection celle-ci a été édictée.

2. Les points controversés

La théorie du *dommage normatif* (cf. *supra* I.A.1.a.) ouvre la voie à l'indemnisation de nouveaux types de dommages. En dehors du dommage ménager, le Tribunal fédéral s'est toutefois montré peu enclin à élargir la notion du dommage réparable. La doctrine, quant à elle, est divisée. Quelques points font l'objet de discussions qu'on peut se contenter ici d'évoquer brièvement:

a) Les dommages de frustration et de commercialisation

Il y a ainsi le *dommage de frustration* (*Frustrationsschaden*)³⁰, lequel peut se comprendre comme une dépense effectuée volontairement par la victime et qui se trouve ensuite privée de sa raison d'être. La question de savoir si cette dépense est un poste du dommage est controversée³¹. Le problème est que, bien qu'inutiles, les dépenses engagées par la victime sont volontaires. On ne peut donc pas parler de diminution involontaire du patrimoine. Un cas d'application fréquent est celui des frais inutiles que le lésé doit assumer à la suite d'un accident (par ex. impôts, primes d'assurances ou encore frais de place de parc pour un véhicule accidenté)³².

Relève aussi d'une appréciation normative du dommage la question de la réparation du *dommage de commercialisation* (*Kommerzialisierungsgedanke*)³³. L'hypothèse est celle dans laquelle on accorde une valeur économique à la privation de l'usage de certaines choses ou de certains avantages sans qu'il y ait diminution effective du patrimoine. On peut citer notamment l'inconvénient d'être privé d'un véhicule. En Allemagne, la pratique admet assez largement la compensation de cet inconvénient³⁴. En Suisse, à quelques exceptions cantonales près³⁵, les tribunaux ont refusé de réparer ce genre de perte³⁶; la privation de jouissance du véhicule n'est dès lors indemnisée que

30 Cf. ROBERTO, N. 602 ss; FUHRER, 82 ss.

31 FRANZ WERRO, Le dommage automobile: l'indemnisation due pour les dégâts causés à un véhicule automobile, in Journées du droit de la circulation routière 1990, 1 ss (16 s.).

32 Cf. GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 2639 ss; FUHRER, 79 ss.

33 Cf. ROBERTO, 30 ss.

34 Cf. ROBERTO, 194; ESSER/SCHMIDT, 191 ss.

35 Cf. not. TC, RJN 1980 57 (ég. in JdT 1984 I 444).

36 Cf. FRANZ WERRO, note à l'arrêt du BGH du 7.5.96, ERPL 1999 71 ss (73).

si elle correspond à une diminution patrimoniale effective (privation d'un véhicule professionnel entraînant une perte de gain)³⁷.

Dans le même sens, le Tribunal fédéral a considéré récemment, contrairement à l'avis de la cour cantonale, que la privation temporaire de l'usage de certaines pièces d'une nouvelle maison, découlant de fautes professionnelles de l'architecte, n'est pas un dommage au sens juridique du terme³⁸. Pour le Tribunal fédéral en effet, en indemnisant la perte de l'usage d'un bien, on ferait perdre à la notion de dommage consécutif au défaut tout lien concret avec une diminution de la fortune nette³⁹. Cet arrêt me paraît particulièrement contestable: d'abord parce que l'on pourrait soutenir que la promesse contractuelle modifie la définition du dommage réparable; ensuite et surtout, parce que la moins-value résultant du caractère inutilisable de la pièce d'une maison est tout à fait réelle: le fait que la perte ne se manifeste qu'au moment de la vente ou de la location de la maison est sans pertinence⁴⁰. A cela s'ajoute la faiblesse de l'argument des juges relatif aux difficultés de calcul du dommage: le droit du bail permet tout à fait d'effectuer le calcul de la perte de la jouissance d'une pièce.

A noter que *la délimitation entre dommage de frustration et dommage de commercialisation* demeure incertaine, notamment lorsque les dépenses volontaires s'accompagnent de la privation d'un usage ou de celle d'un plaisir, par exemple de vacances. Ainsi, le Tribunal fédéral a refusé toute indemnisation (au plan contractuel) de personnes n'ayant pas bénéficié de la vue sur la mer que leur avait promise l'offre de location, en considérant que les dépenses qui perdent après coup leur raison d'être ne constituent pas un dommage (dommage de frustration non réparable)⁴¹. Dans un arrêt postérieur à cette décision, un tribunal cantonal a en revanche admis le remboursement de dépenses faites par une personne pour ses futures vacances, mais qui n'avait pas pu en jouir: soupçonnée d'un délit, elle avait fait l'objet d'une arrestation peu avant son départ et ses vacances avaient été gâchées⁴². Il a considéré que le fait de ne pas obtenir la contre-valeur des dépenses effectuées constituait un dommage réparable, raisonnant ainsi plutôt en termes de dommage de commercialisation.

A noter aussi que, dans un arrêt récent rendu en application de la Directive sur les voyages à forfait, *la Cour de justice des communautés européennes* a

37 Dans ce sens, cf. not. TC, RFJ 1999 229 c. 2b/cc/bbb.

38 ATF 126 III 388 c. 11 a, SJ 2001 156; WERRO, note DC 2001, 78; cf. ég. FUHRER, 81 ss.

39 ATF 126 III 388 c. 11 a, SJ 2001 156; WERRO, note DC 2001, 78.

40 Cf. ComRom-WERRO, CO 41 N. 23. D'un avis différent, ROBERTO, N. 609.

41 ATF 115 II 474, c. 3, JdT 1990 I 216; l'Obergericht zurichois avait pour sa part admis la réparation: OGer., ZR 79/1980, N. 131, 284.

42 KassGer., ZR 96/1997 N. 16, 50.

accordé à la victime d'une intoxication à la salmonelle le droit de demander au voyageur la compensation du déplaisir lié aux vacances gâchées⁴³. La Cour a ainsi admis qu'en dehors du dommage corporel ou du tort moral classique, le seul fait de souffrir d'un déplaisir ou de faire une dépense pour rien était constitutif d'un préjudice réparable. S'agit-il d'un élargissement du dommage ou du tort moral réparable? La doctrine européenne est partagée: certains y voient un dommage, et considèrent que le tort moral n'est pas réparable en application de la Directive sur les voyages à forfait⁴⁴; d'autres y voient un tort moral, et retiennent que le mot dommage est défini de manière large précisément pour englober cet aspect immatériel du préjudice⁴⁵. On doit selon moi se ranger à ce second avis; cette conclusion est notamment renforcée par le fait qu'en matière de RC-produits, le législateur a fait un choix différent; la Directive a ainsi déclaré expressément laisser la réparation du tort moral au droit national: si la solution avait dû être la même en matière de voyages à forfait, la Directive contiendrait une déclaration comparable.

Quelle que soit la voie choisie, cette réparation européenne du préjudice lié au déplaisir résultant de vacances gâchées pourrait bien remettre en cause les conceptions reçues en la matière⁴⁶: Le Tribunal fédéral avait laissé indécise la question de savoir si ce préjudice ne pourrait pas rentrer dans la notion du tort moral⁴⁷. Si on suit, comme il convient, la jurisprudence de la Cour de justice européenne, l'indécision n'est plus de mise en matière de voyages à forfait; la vraie question est en revanche celle de savoir quel sera l'impact de cette jurisprudence en dehors du rapport contractuel qui existe dans le voyage à forfait⁴⁸. La cohérence exige peut-être de ne pas limiter cette solution à ce seul contexte.

b) *Le dommage consécutif à la naissance d'un enfant non désiré*

Dans les développements récents en matière de dommage, il convient de signaler la controverse portant sur la question délicate de savoir si les dépenses encourues par des parents suite à la *naissance d'un enfant non désiré* consti-

43 Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG., arrêt du 12.03.2002, C. 168/00, Rec. 2002 I-2631; pour un commentaire, cf. C. CHAPPUIS, *Notion de dommage*, 389 ss.

44 Cf. J. CORNIDES, *Immaterieller Schaden im Gemeinschaftsrecht*, in *Österreichische Juristenzeitung* 2002, 821 ss.

45 Dans ce sens, me semble-t-il, cf. les Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano, présentées le 20 septembre 2001 dans l'affaire C-168/00, disponible sur <http://www.curia.eu.int>.

46 Cf. G. PETITPIERRE, *Fondements*, 288, paraît raisonner en termes de dommages plutôt que de tort moral; cf. ég. C. CHAPPUIS, *Notion de dommage*, 389 ss.

47 Cf. ATF 115 II 474 c. 3b, JdT 1990 I 216.

48 A ce sujet, WERRO, *Note*, in REAS (à paraître).

tuent un dommage réparable. Le problème se pose notamment en cas de stérilisation ou d'avortement manqué. Il se présente également en cas de diagnostic erroné sur l'état de santé de l'embryon décidant la mère à garder son enfant, lequel naît handicapé.

La doctrine suisse tend à refuser la réparation des dépenses d'entretien de l'enfant, au motif que la présence de ce dernier, bien qu'elle entraîne des dépenses, apporte aussi de la joie et des satisfactions aux parents⁴⁹. La Cour d'appel du canton de Bâle-Ville a pour sa part récemment refusé l'indemnisation réclamée par une mère suite à un avortement manqué, en se fondant sur le fait que les dépenses d'entretien pour un enfant constituent en général une diminution *volontaire* du patrimoine et ne sont dès lors pas un dommage au sens juridique⁵⁰. Ainsi, si les parents ne donnent pas leur enfant en adoption, on peut en principe admettre qu'ils l'ont accepté. La Cour d'appel bâloise a par ailleurs précisé que, même si on avait refusé le caractère volontaire des dépenses de la mère, celle-ci n'aurait obtenu aucune réparation. En effet, en vertu de l'obligation générale du lésé de diminuer son dommage, on pouvait exiger de la mère, dans les circonstances du cas d'espèce, qu'elle procède à un second avortement⁵¹.

A notre avis, ces différents arguments ne sont pas convaincants. En effet, il ne fait pas de doute que les frais d'entretien à la charge des *parents* constituent un dommage⁵². Ceux-ci devraient dès lors pouvoir agir contre le médecin fautif et cela même si l'enfant naît en bonne santé. Les parents qui procèdent à une stérilisation (ou à un avortement) font le choix de ne plus avoir d'enfant. La faute du médecin ayant pour conséquence la naissance d'un enfant revient en réalité à les priver de ce choix. En outre, nier le caractère involontaire des dépenses d'entretien, en raison du fait que les parents ne procèdent pas à un (second) avortement ou qu'ils ne donnent pas leur enfant en adoption, semble difficilement soutenable tant sur le plan juridique que moral⁵³. A notre sens, seuls sont déterminants pour juger de l'existence d'un dommage la décision initiale prise par les parents et le choix dont la faute du médecin les a privés. Par ailleurs, admettre l'existence d'un dommage, tout en exigeant de la mère qu'elle le diminue en procédant à un avortement, qui plus est à un second avortement, est choquant.

49 SCHWENZER, N. 14.04 et réf. cit., qui ne partage toutefois pas cet avis.

50 AGer., BJM 2 000 306, c. 3; indemnisation également refusée en 1985 par un Tribunal de district thurgovien: cf. BzGer. Arbon, SJZ 82/1986 46 ss.

51 AGer., BJM 2 000 306, c. 4.

52 SCHWENZER, N. 14.04; cf. ég. DAVID RÜETSCHI, Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation, PJA 1999, 1359 ss.

53 Du même avis, MÜLLER, Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, 528 ss.

Accepter l'existence d'un dommage réparable présente l'avantage de reconnaître les conséquences financières, non prévues par les parents, de l'erreur médicale, tout en ne les obligeant pas à prendre une décision humainement difficile (avortement alors qu'ils avaient opté pour une stérilisation ou second avortement, à un stade déjà avancé de la grossesse) pour éviter celles-ci. On notera par ailleurs que la plupart des droits étrangers admettent que les parents peuvent agir dans ce cas (*wrongful birth action*)⁵⁴.

Dans un arrêt non publié, le Tribunal fédéral a pour sa part refusé l'indemnisation d'un couple ayant eu un quatrième enfant malgré une stérilisation⁵⁵. Il a écarté la demande en faisant valoir qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre l'omission du médecin d'informer les parents du risque résiduel de grossesse et la naissance non souhaitée. A son avis, selon l'expérience médicale, les parents qui envisagent une stérilisation tubaire ne renoncent pas à cette opération lorsqu'ils sont informés qu'un risque de grossesse subsiste. On peut toutefois supposer que, informés du risque résiduel de grossesse, les parents auraient très certainement pris des précautions contraceptives supplémentaires. L'absence de lien de causalité retenue par le Tribunal fédéral paraît donc pour le moins contestable.

Autre est la question de savoir si *l'enfant* lui-même peut agir contre le médecin fautif pour son propre dommage patrimonial (*wrongful life action*). A notre avis, tel n'est pas le cas⁵⁶. La différence de traitement par rapport à ses parents qui, eux, devraient pouvoir obtenir le remboursement de ces charges d'entretien, se justifie par le fait que l'enfant n'a pas le choix de son existence, lequel appartient aux parents. En Allemagne, le *Bundesgerichtshof* a ainsi rejeté le droit de l'enfant à une indemnité⁵⁷. Tel est aussi le cas de la plupart des tribunaux américains, à l'exception de ceux des Etats du New Jersey, de la Californie et de Washington⁵⁸. La jurisprudence française a quant à elle admis la possibilité, pour un enfant né handicapé d'agir envers le médecin fautif, mais seulement pour les frais résultant de son handicap⁵⁹. L'Assemblée natio-

54 Pour un exposé de la situation en France, en Allemagne et aux Etats-Unis cf. MÜLLER, Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, 526s.; cf. ég. HONSELL, Haftpflichtrecht, § 7 N. 35. Pour un arrêt américain, cf. *Turpin v. Sortini*, Supreme Court of California, 1982, 31 Cal. 3d 220, 643 P. 2d 954.

55 TF, arrêt n. p. du 1.12.1998.

56 D'un avis contraire, MÜLLER, Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, 529 ss.

57 Cf. MÜLLER, Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, 529.

58 Cf. MÜLLER, *op. cit.*, 530 et les réf. citées.

59 Cf. arrêt de la C. Cass. (F) 99-13.701 du 17.11.2000, in www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13_701arr.htm (12.6.01), qui a fait droit à la demande d'un handicapé dont la mère n'avait pas pu avorter à la suite d'une erreur de diagnostic; cf. ég. arrêt de la C. Cass. (F) 00-11.197 du 28.11.01, in http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-11_197acc.htm, qui a accordé le bénéfice d'une indemnisation à un garçon né trisomique en 1995 pour le préjudice que lui a causé sa naissance.

nale française a toutefois adopté une proposition de loi, le 10 février 2002, qui enterme cette jurisprudence, en interdisant à un enfant né avec un handicap congénital de réclamer une indemnisation du seul fait de sa naissance⁶⁰. L'Assemblée nationale a retenu que la faute, qui consiste dans le fait de ne pas avoir décelé le handicap *in utero*, n'est pas la cause de ce handicap, mais bien la nature, qui préexistait à l'intervention du médecin. Le lien de causalité entre la faute du médecin et le handicap de l'enfant exigé par l'art. 1382 CCfr est dès lors absent.

Reste la question d'une *réparation morale* des parents d'une part, et de l'enfant d'autre part. Si ce dernier naît en bonne santé, personne n'envisage de l'accorder. Dans l'arrêt précité, la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville a refusé cette réparation à la mère⁶¹. Si l'enfant naît affecté d'un handicap, l'indemnisation du tort moral des *parents* pourrait éventuellement être envisagée sur la base de l'art. 49 CO (indemnisation des parents pour la souffrance particulièrement grave subie du fait des lésions corporelles de leur enfant) ou de l'art. 47 CO (indemnisation des lésions corporelles psychiques subies par les parents eux-mêmes en cas de choc psychologique, cf. l'art. 47 CO; cf. ég. art. 45e AP: «En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles particulièrement graves, les proches de la victime ont aussi un droit à satisfaction pour tort moral»). A noter que, s'il est possible d'admettre dans son principe une réparation morale en faveur des parents, l'évaluation de celle-ci paraît très difficile. C'est la raison pour laquelle certains tribunaux l'ont refusée⁶². Quant à *l'enfant*, il ne devrait pour sa part pas pouvoir agir en réparation du tort moral⁶³, et ce même si son handicap lui cause des souffrances d'une certaine gravité. En effet, de la même façon que pour le dommage patrimonial, on peut estimer que l'enfant n'a pas le choix de son existence ou que le lien de causalité entre la faute du médecin et les souffrances subies fait défaut⁶⁴.

3. Les apports de l'Avant-projet

Les innovations en matière de dommage ne sont pas très nombreuses. Les règles de l'Avant-projet paraissent avoir avant tout un caractère organisationnel

60 Cf. <http://www.assemblee-nat.fr/propositions/pion3431.asp>.

61 AppGer., BJM 2000 306, c. 3; indemnisation en revanche accordée par le BzGer Arbon thurgovien: cf. BzGer. Arbon TG, SJZ 82/1986 46 ss.

62 Ce n'est pas le cas du Bundesgerichtshof allemand qui a récemment accordé la somme de 20 000 DM à la mère d'un enfant lourdement handicapé (BGH 18.06.2002, VI ZR 136/01).

63 Dans ce sens, cf. MANNSDORFER, thèse, N. 946; cf. ég. Id., perinatale Schädigung, 101 ss.

64 Dans ce sens, cf. *Turpin v. Sortini*, Supreme Court of California, 1982, 31 Cal. 3d 220, 643 P. 2d 954, toutefois non pas en raison du défaut de causalité mais en raison de la difficulté d'évaluer le tort moral.

et explicatif. Pour l'essentiel, elles se contentent en effet de définir les différentes sortes de dommages et de les classer en fonction des biens juridiques atteints classiquement admis que sont la vie, l'intégrité physique ou psychique, et les choses; il innove toutefois en ajoutant à la liste de ces biens l'environnement et introduit le dommage écologique⁶⁵.

Faut-il pour autant conclure que l'Avant-projet a renoncé à trancher l'essentiel des controverses précédemment évoquées (cf. *supra* I.A.2.)? (a.). S'est-il limité à codifier la notion consacrée du dommage en y ajoutant quelques postes complémentaires, avec le risque d'empêcher d'autres évolutions (b.)? C'est à ces deux questions que je tenterai de répondre; la règle nouvelle consacrée au dommage écologique fera l'objet du point suivant (4.).

a) *Une simple codification de la jurisprudence?*

aa. Les catégories du dommage: une innovation douteuse

L'art. 45 al. 2 AP prévoit que «le dommage patrimonial comprend les catégories mentionnées aux art. 45 a à d, ainsi que le dommage purement économique». Quant à l'art. 45 al. 3 AP, il précise: «En matière de responsabilité pour risque et sauf disposition contraire, seul est réparable le dommage résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux choses ou à l'environnement».

Il est tentant de considérer ces règles de l'Avant-projet comme une simple codification de la jurisprudence et des principes admis. Pourtant le fait d'introduire des catégories du dommage est un fait nouveau pour la loi, même si comme telles les catégories ne le sont pas. Il est difficile de mesurer la portée exacte de ces deux textes et de deviner le sort que la jurisprudence pourrait leur donner. Ils reprennent l'acquis, mais ils créent aussi une part d'incertitude. En reprenant une classification calquée sur les biens auxquels il entend accorder une protection, l'Avant-projet reprend de manière contestable le catalogue de l'illicéité du résultat hérité du § 823 I BGB que notre Code avait ignoré. Par ailleurs, il ajoute cependant que le dommage purement patrimonial est aussi réparable.

L'Avant-projet n'aurait-il pas pu se contenter de dire que tout dommage est réparable, quitte à énoncer des règles propres là où la spécificité d'un dommage le requiert? Les auteurs de l'Avant-projet ont – à juste titre – renoncé à régler ce qu'ils ont appelé «le nœud gordien» du préjudice purement économique⁶⁶. On peut se demander dans ces conditions pourquoi il est spéciale-

65 Cf. art. 45 ss AP.

66 WIDMER/WESSNER, 66.

ment mentionné à l'art. 45 al. 2 AP et exclu à l'art. 45 al. 3 AP, ce d'autant qu'un dommage n'est réparable selon l'art. 41 al. 2 AP que s'il résulte d'un fait illicite; or, à moins de limiter l'illicéité à la violation des droits absolus, ce que le projet ne fait pas (cf. art. 46 al. 2 AP), un dommage dont la loi impose la réparation cesse au fond d'être un dommage «purement» économique: il est un dommage résultant de la violation d'un intérêt protégé par le droit.

L'art. 45 al. 3 AP, qui exclut la réparation du dommage purement économique en matière de responsabilité pour risque, n'a pas une portée certaine non plus: il semble reprendre la limitation qu'on trouve dans les lois spéciales (cf. par ex. art. 1 LRFP ou 58 al. 1 LCR). Est-ce à dire qu'une action concurrente fondée sur la responsabilité pour faute devrait être exclue? Ce n'est pas ce qu'il conviendrait d'admettre⁶⁷. On peut se demander si la réserve d'une telle action n'aurait pas dû être précisée.

En somme, je regrette la catégorisation légale des dommages et je crains que la vertu pédagogique qu'elle paraît avoir à première vue ne soit une source de confusions. On aurait pu se contenter de partir de l'idée que tout dommage est réparable et de prévoir des règles spéciales là où sa spécificité le requiert.

bb. La réglementation du dommage matériel: une limitation ou une ouverture?

En matière de *dommage matériel* (cf. art. 45c AP), on pourrait croire que l'Avant-projet se contente de reprendre les principes établis. C'est sans doute le cas de l'art. 45c al. 1 AP qui prévoit que «lorsqu'une chose est totalement détruite ou perdue, le dommage réparable comprend en règle générale le coût d'acquisition d'une chose équivalente à l'état neuf; si la chose est sujette à dépréciation, l'indemnité peut être réduite compte tenu d'un amortissement préalable». Il en va de même de l'art. 45c al. 2 AP, qui traite de la détérioration partielle d'une chose, et qui dispose que le dommage réparable comprend «notamment les frais de réparation ainsi qu'une éventuelle moins-value». Ainsi conçue, la reprise des principes acquis ne devrait pas bloquer l'évolution du droit ni interdire par exemple l'admission d'un dommage matériel en cas d'atteinte à la seule fonction de la chose (cf. *supra* I.A.1.b).

A mon sens, il en va différemment de l'art. 45c al. 3 AP. Cette disposition prévoit que «[l]orsque la chose était nécessaire ou utile à la personne lésée,

67 Cf. DESCHENAUX/TERCIER, § 15 N. 51, qui admettent la réparation en application du droit commun; Cf. PIERRE GIOVANONNI, Note sur la responsabilité civile en cas de «dommage purement économique», RSA 1980, 277 ss, mais qui ne semble l'admettre que contre le conducteur, et non contre le détenteur; cf. ATF 106 II 77, JdT 1980 I 435.

notamment lorsqu'elle servait à un usage professionnel, le dommage réparable comprend également les frais de location d'une chose équivalente ou le gain manqué pendant la période que nécessite la réparation ou l'acquisition d'une chose de remplacement». Il me semble que la règle a une portée réductrice: elle admet la compensation de la perte d'usage à des conditions restrictives conformes à la pratique déjà consacrée; ce faisant, elle exclut du même coup toute extension de la notion du dommage réparable que d'aucuns auraient souhaitée.

Bien que les auteurs de l'Avant-projet soulignent le caractère général et ouvert de la règle⁶⁸, je doute que sa formulation permette à la jurisprudence de préciser quelles autres prétentions liées à ce type de dommage seront reconnues à la personne lésée. Tel qu'il est rédigé, l'art. 45 c al. 3 AP écarte à mon avis d'emblée toute la discussion sur le dommage normatif et notamment celle relative à l'indemnité de jouissance, telle qu'elle a été concrétisée en Allemagne notamment⁶⁹. Ce choix législatif n'était pas nécessaire. Les règles prétoriennes ont fait leurs preuves en matière de dommage matériel. J'aurais trouvé préférable d'en rester là et de laisser au juge le soin de poursuivre sa tâche de délimitation. La voie prétorienne choisie par les rédacteurs du CO s'est révélée judicieuse, les écueils des dérives jurisprudentielles et des incertitudes ayant en général été évités par nos juges à la satisfaction du plus grand nombre. Il n'y a pas de raison de craindre que cela ne change.

cc. La réglementation du dommage corporel: un progrès

Fidèle au caractère des règles du Code des obligations, la règle consacrée au dommage corporel est générale et ouverte. Ici, l'Avant-projet se contente d'introduire, à côté de l'indemnisation du manque à gagner, celle «formellement nouvelle»⁷⁰ de «toute autre perte qui résulte de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique»⁷¹. Selon les auteurs, cette indemnité «vise des désavantages pécuniaires qui, à l'instar de celui résultant de l'incapacité de tenir le ménage, ne se rangent pas parfaitement dans les postes classiques du préjudice corporel».⁷² Une telle nouveauté se justifie dans la mesure où elle codifie utilement l'indemnisation du préjudice ménager. Elle est néanmoins suffisamment large et discrète pour permettre à la jurisprudence de pré-

68 Cf. WIDMER/WESSNER, 82: «Cette réglementation constitue un canevas. Elle n'a pas vocation d'exhaustivité.»

69 D'un avis différent, WIDMER/WESSNER, 84, qui estiment que l'Avant-projet ne donne pas de réponse législative à ce problème.

70 Cf. WIDMER/WESSNER, 80 s.

71 Cf. art. 45 b AP.

72 Cf. WIDMER/WESSNER, 81.

ciser quelles autres conséquences d'une atteinte à la santé ouvrent un droit à la réparation.

L'Avant-projet corrige en plus les erreurs du passé. Il abandonne *la réserve de la revision* du jugement pendant un délai de deux ans à compter du jour où il été prononcé, prévue à l'art. 46 al. 2 CO. Cette solution est remplacée par la possibilité pour la victime dont le dommage évolue de manière incertaine de faire constater son droit à la réparation⁷³. P. WESSNER a consacré à ce sujet une étude remarquable où il a montré les faiblesses de la réglementation actuelle, en particulier l'inadéquation de la limite des deux ans pour les jeunes victimes. Il n'y a rien à ajouter à ces remarques; il y est ici entièrement renvoyé⁷⁴.

Pour le reste, les auteurs de l'Avant-projet se sont abstenus de donner une réponse législative aux controverses qui entourent le dommage corporel. Ils ont eu à mon avis raison de le faire. En effet, il s'agit là de l'une des notions de la responsabilité civile qui dépend le plus souvent de considérations normatives appelées à fluctuer: ainsi, la place de l'indemnisation du préjudice lié à des naissances non désirées dépend de conditions économiques, politiques et sociales que la loi a de la peine à régler de façon adéquate.

b) *Les postes complémentaires du dommage*

Sous la note marginale «Postes complémentaires du dommage», l'art. 45 f AP a la teneur suivante:

«¹ Le dommage réparable comprend aussi les frais résultant de mesures prises de bonne foi par la personne lésée pour prévenir une atteinte imminente ou pour atténuer les conséquences d'une atteinte actuelle ou survenue.

² Il comprend en outre les frais engagés de bonne foi par la personne lésée pour faire valoir sa prétention.»

Les auteurs de l'Avant-projet soulignent que la règle est nouvelle même si certaines hypothèses qu'elle prévoit reprennent des solutions légales ou jurisprudentielles actuelles⁷⁵. Ils considèrent qu'en ce sens, elle marque un élargissement de la notion de dommage réparable et qu'elle est donc propre à améliorer la situation de la victime⁷⁶.

L'alinéa premier constitue sans doute *un ajout utile*, dans la mesure où il évite que le responsable objecte au lésé le caractère volontaire des dépenses, qui les fait échapper à la conception traditionnelle du dommage. Contraire-

73 Cf. art. 56 e AP; pour plus de détails, cf. WIDMER/WESSNER, 81.

74 WESSNER, Indemnisation du préjudice, 159 ss.

75 Cf. WIDMER/WESSNER, 93.

76 Cf. WIDMER/WESSNER, 93.

ment aux auteurs de l'Avant-projet⁷⁷ – mais ma remarque n'ôte rien au mérite de la règle proposée – je ne pense toutefois pas que cette règle aurait permis de parvenir à un résultat différent de celui auquel le Tribunal fédéral est parvenu dans un arrêt où il a nié le droit de la victime d'obtenir le remboursement du coût de mesures préventives⁷⁸. En effet, dans cet arrêt, il me semble que le Tribunal fédéral a écarté la prétention de l'acheteur essentiellement parce que ce dernier avait renoncé à la garantie contractuelle du vendeur; le Tribunal fédéral est à mon avis parti à juste titre de l'idée que l'acheteur ne pouvait pas en l'occurrence obtenir par la voie délictuelle le remboursement de dépenses auquel il avait renoncé par contrat. Il devrait en principe être contraire à la bonne foi d'admettre que celui qui achète un bien sans garantie peut ensuite demander le remboursement des dépenses que lui cause le défaut de la chose. *In casu*, le Tribunal fédéral a en outre écarté la prétention délictuelle en faisant valoir que la condition d'illicéité faisait défaut. Cette manière de voir est moins convaincante: il aurait dû admettre l'illicéité de la violation des règles de l'art de construire (cf. art. 229 CP), mais retenir que l'exclusion de la garantie contractuelle empêchait dans ce cas le demandeur de s'en prévaloir. En tout état de cause, il ne faudrait pas conclure qu'il n'y a pas de dommage simplement parce que le talus ne s'est pas encore affaissé⁷⁹. A noter encore que si la règle de l'Avant-projet crée une nouvelle catégorie de dommage réparable, elle n'en constitue pas pour autant une norme de protection. Par conséquent, l'illicéité du comportement doit exister pour donner lieu à une réparation.

La règle de l'alinéa second a une portée moins novatrice⁸⁰. La pratique l'a d'ores et déjà consacrée. Je crains pour ma part que l'ancrage législatif se limite ici à constater ce qui est acquis tout en risquant de figer l'évolution jurisprudentielle à venir. Quand on envisage une règle consacrée à des postes complémentaires, ceux que la règle énonce expressément risquent d'être considérés comme les seuls voulus par le législateur. Le texte de la disposition me paraît aller dans ce sens: «en outre» se rapporte à la notion de poste complémentaire aux postes classiques du dommage, et n'exprime pas le caractère énumératif des postes complémentaires.

77 Cf. WIDMER/WESSNER, 94.

78 Cf. ATF 117 II 259, JdT 1992 I 559 (cf. *infra*, I.B.1.b).

79 Cf. PETER GAUCH, note DC 1992, 99 s. et WERRO, Responsabilité de l'entrepreneur, 65, n. 13.

80 Sur cette règle, cf. BERGER, 138.

4. *Le dommage écologique*

L'Avant-projet propose de régler la question du dommage en cas d'atteinte à l'environnement, celui que l'on appelle aussi le dommage écologique. Après avoir présenté le contenu de cette règle nouvelle et les justifications que font valoir ses auteurs (a.), je présenterai les réactions qu'elle suscite (b.). Je terminerai par une brève appréciation de la règle proposée (c.)

a) *Le contenu de la règle et ses justifications*

Sous la note marginale «En cas d'atteinte à l'environnement», l'art. 45 d AP est libellé de la manière suivante:

«¹ En cas d'atteinte à l'environnement naturel, le dommage réparable comprend notamment les frais résultant de mesures prises de bonne foi pour:

- a. Prévenir une atteinte imminente;
- b. Atténuer les conséquences de l'atteinte actuelle ou survenue;
- c. Restaurer les composantes détruites ou détériorées de l'environnement ou y introduire un équivalent.

² Lorsque les composantes de l'environnement menacées, détruites ou détériorées ne font pas l'objet d'un droit réel ou que l'ayant droit ne prend pas les mesures commandées par les circonstances, le droit à la réparation appartient à la collectivité publique compétente ou aux organisations nationales et régionales de protection de l'environnement qui ont effectivement préparé ou pris de telles mesures et qui y étaient autorisées.»

Avec cette règle, l'Avant-projet consacre une nouvelle catégorie de dommage qui est en réalité une sous-catégorie du dommage matériel: le dommage patrimonial subi à la suite d'une atteinte à l'environnement naturel. Sans exclure la réparation des dommages classiques, l'Avant-projet définit certains postes spécifiques du dommage consécutif à une atteinte à l'environnement naturel. En outre, comme nous venons de le voir au sujet de l'art. 45 f AP (postes complémentaires du dommage, cf. *supra* I.A.3.b.), le dommage ne comprend, ici aussi, que les frais résultant de mesures prises de bonne foi. Avec l'art. 45 d AP, l'Avant-projet accorde par ailleurs à certaines conditions la qualité pour agir en réparation à d'autres personnes que l'ayant droit (au sens des droits réels), soit à la collectivité publique ainsi qu'aux organisations nationales et régionales de protection de l'environnement.

A l'appui de leur proposition, les auteurs de l'Avant-projet font valoir les arguments suivants⁸¹:

81 Pour un catalogue détaillé, cf. WIDMER/WESSNER, 84.

- L'environnement naturel est aujourd'hui considéré comme un bien digne d'une protection particulière⁸², juridiquement reconnu en Suisse (LPN⁸³, LEaux⁸⁴, LPE⁸⁵) et à l'étranger (Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement⁸⁶).
- De par sa nature, l'environnement appelle des solutions particulières, notamment quant à la définition du dommage réparable. Au lieu d'indemnités, il faut en effet envisager des mesures de prévention, de sauvegarde ou de remise en état. Il en découle nécessairement un élargissement de la notion du dommage, que la jurisprudence a jusqu'ici refusé de consacrer⁸⁷.
- Enfin, les éléments tels que l'air, l'eau, la faune ou la flore ne sont pas toujours l'objet de droit réels. Par conséquent, il peut arriver que personne ne soit habilité à faire valoir son droit à la réparation. Cela explique que, dans certaines circonstances, il faille accorder la qualité pour agir en réparation à des sujets de droits qui, sans être personnellement lésés, oeuvrent par devoir ou intérêt à la conservation du milieu naturel.

b) Les réactions

Si la grande majorité des acteurs politiques et économiques semblent admettre le principe d'une responsabilité pour les dommages causés à l'environnement, les avis divergent sur la manière de la mettre en œuvre. L'art. 45 d AP est loin de faire l'unanimité⁸⁸.

Je me contenterai de reprendre ici les réactions négatives. Les détracteurs de la disposition lui font pour l'essentiel les reproches suivants:

Ils estiment que, le droit de l'environnement étant du droit public, la responsabilité pour le dommage écologique doit être réglée dans une loi de droit public⁸⁹. Tel n'est pas l'avis des auteurs de l'Avant-projet pour qui l'entier

82 Cf. WIDMER/WESSNER, 84.

83 RS 451.

84 RS 814.20.

85 RS 814.01.

86 <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/WhatYouWant.asp?NT=150&CM=7&DF=01/07/03>.

87 Cf. ATF 90 II 417, où le TF a refusé l'indemnisation des Cantons de Fribourg et de Vaud qui prétendaient à la contre-valeur des poissons détruits (pas de diminution patrimoniale, dès lors que les demandeurs n'étaient pas propriétaires des poissons intoxiqués).

88 Cf. consultation ad art. 45 d N. 341.01.

89 Cf. not. la position sur le sujet de Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Glaris, Grisons, Saint-Gall, Schaffouse, Schwyz, Thurgovie, Vaud, Zurich, Parti libéral suisse, UDC, economiesuisse, SSE (Société suisse des entrepreneurs), USP, USAM, SSCI (Société suisse des industries chimiques), ASA, AES (Association des entreprises électriques suisses), in Consultation ad art. 45 d N. 341.01.

du droit de la responsabilité civile doit être réglé dans la partie générale du CO⁹⁰.

En outre, les cantons voient d'un mauvais œil la perspective de devoir agir devant les tribunaux civils, notamment en raison du coût et de la longueur des procédures⁹¹.

Pour le surplus, la plupart des organismes consultés, et en particulier, les corporations de droit public, sont farouchement opposés à la proposition d'accorder le droit d'agir à des organisations de protection de la nature⁹². Ils craignent notamment qu'elles n'en abusent pour entamer des procédures à tout va.

Enfin, certains jugent la formulation de la nouvelle disposition trop vague, en particulier les expressions «imminence de l'atteinte»⁹³ et «mesures prises de bonne foi»⁹⁴.

Pour terminer, il faut relever que les assureurs ont déjà averti du risque de hausse des primes pour le cas où le projet d'art. 45 d AP serait maintenu tel quel⁹⁵.

c) *Une brève appréciation*

Il est exclu de prendre position ici de manière approfondie sur un sujet aussi complexe et spécialisé que celui-ci; il appellerait d'ailleurs à lui seul un débat devant le Congrès de la Société suisse des juristes. Je me contenterai simplement de relever les quelques points généraux suivants:

Nul ne saurait nier que l'Avant-projet répond à *une préoccupation contemporaine urgente* à laquelle la plupart des droits européens entendent apporter une réponse. Il tente à mon avis à juste titre de forcer la main à la jurisprudence qui s'est laissée enfermer dans les catégories traditionnelles trop étroites du droit civil qui ne permettent pas d'appréhender le dommage écologique de façon adéquate. Si les auteurs de l'Avant-projet n'avaient rien dit à ce sujet, ils auraient à mon avis manqué à leur devoir et on le leur aurait probablement reproché.

90 WIDMER/WESSNER, 85.

91 Cf. la position de Glaris, Grisons, Schaffouse, Schwyz, Thurgovie in consultation ad art. 45 d N. 341.01.

92 Cf. la position de Bâle-Ville, Glaris, Grisons, Saint-Gall, Schaffouse, Thurgovie, Vaud, Zurich, UDC, economiesuisse, FRI, SSE, USP, SSCI, USAM, UTP (Association suisse des transports publics), AES, in Consultation ad art. 45 d N. 341.01.

93 Parti libéral suisse, in Consultation ad art. 45 d N. 341.01.

94 Economiesuisse, in Consultation ad art. 45 d N. 341.01.

95 Cf. la prise de position de l'ASA, Consultation ad art. 45 d N. 341.01: «Jedenfalls werden grosse Risiken erhebliche Prämienerrhöhungen notwendig machen.»

A cet égard, il me paraît regrettable que la plupart des critiques négatives que la procédure de consultation a permis de recueillir relèvent de préoccupations avant tout partisans. Compte tenu de la gravité des enjeux, la réaction paraît dans l'ensemble malheureusement comme l'expression d'un credo politique fixé sur les intérêts économiques immédiats. Il me semble qu'en cette matière, les vues à court terme ne constituent pas la bonne solution. Il ne m'est toutefois pas possible d'y répondre ici.

Quelques remarques plus ponctuelles appellent néanmoins un bref commentaire.

Ne pas vouloir donner un droit d'agir à des associations de crainte qu'elles en abusent paraît parfaitement injustifié. On notera que ce droit a été reconnu dans d'autres domaines sans qu'on ait eu à s'en plaindre (cf. art. 10 al. 2 LCD). De plus, les auteurs de l'Avant-projet ont raison de souligner que ce droit – légitime – n'est accordé qu'à des conditions strictes et de façon subsidiaire⁹⁶.

Dire que le dommage écologique relève exclusivement du droit public est inexact. Même si on conteste la privatisation du droit de la responsabilité civile de l'Etat comme le propose l'Avant-projet (cf. art. 43 et 43a AP), il est évident que les particuliers doivent pouvoir se plaindre de dommages écologiques causés par d'autres particuliers en application du droit civil de la responsabilité: le droit public dicte sans doute en grande partie le contenu des normes matérielles du droit de l'environnement, mais c'est bien au droit privé qu'il revient de définir en cas d'atteinte à ce dernier si, contrairement à ce qu'il a envisagé jusqu'à présent, le dommage est réparable en ce cas.

Il est une critique à laquelle je souscris en revanche: celle qui remet en cause l'adéquation du critère de la bonne foi retenu pour accorder le remboursement de mesures prises en vue de prévenir, d'atténuer ou de réparer un dommage. Si ce critère ne pose pas de problème quand c'est la victime elle-même qui prend de telles mesures, il risque d'en aller différemment lorsque ces mesures sont prises par une organisation de protection de la nature ou une collectivité publique. En effet, on ne doit pas redouter que de telles entités profitent de la situation pour satisfaire leurs intérêts personnels, mais on peut craindre qu'elles aillent au-delà de ce que les circonstances exigent. En d'autres termes, elles risquent de vouloir trop bien faire. Au critère de la bonne foi, il me paraîtrait judicieux de préférer celui de la proportionnalité. C'est ce critère qui est en général utilisé pour limiter les actions des collectivités. On pourrait ainsi compléter l'art. 45d al. 2 AP en remplaçant «les mesures prises de bonne foi» par «les mesures raisonnables au vu des circonstances et du bien de l'environnement» ou «les mesures qui auraient été prises

96 WIDMER/WESSNER, 87.

de bonne foi par l'ayant droit» ou encore «les mesures prises en respectant les principes de la bonne foi et de la proportionnalité».

Cela étant, il me semble que s'il est juste de traiter du dommage écologique, et, compte tenu de sa spécificité, d'en faire une catégorie de dommage à part⁹⁷, *l'ensemble des problèmes que pose la responsabilité civile du pollueur est loin d'être résolu*. Il n'est pas certain que l'Avant-projet contienne à cet égard toutes les réponses qu'il aurait pu apporter. On peut citer à cet égard le problème de la causalité, celui du fondement de la responsabilité, et celui du délai de prescription:

1. En matière de dommage écologique, une des questions épineuses est celle de *la causalité*. On sait qu'il est souvent difficile, voire impossible d'identifier d'une part le responsable du dommage et, d'autre part, ce qui en est la cause⁹⁸. La preuve de la causalité est particulièrement redoutable et il est douteux que l'art. 56d AP, qui ne fait d'ailleurs que codifier la jurisprudence actuelle en permettant au tribunal de se contenter d'une vraisemblance convaincante, puisse venir à bout des difficultés qui se présentent en cette matière⁹⁹. La règle d'une version antérieure de l'Avant-projet qui prévoyait une présomption de causalité s'appliquant aux dommages de pollution a cependant disparu. Aucune solution n'est apportée non plus au problème relatif à l'identification de l'auteur du dommage. L'Avant-projet aurait pu en partie surmonter cette difficulté en s'inspirant de la solution allemande qui prévoit que l'installation propre à provoquer le dommage est présumée l'avoir effectivement causé¹⁰⁰.

2. Une question difficile est également celle du fondement de la responsabilité de l'auteur d'un dommage écologique. Les auteurs de l'Avant-Projet pensent que la clause de responsabilité pour risque (art. 50 AP, cf. *infra* II.B.2.) constitue un excellent fondement de la responsabilité pour le dommage écologique: «Un des domaines dans lequel jusqu'ici les lacunes ont été les plus sensibles est certainement celui des dommages causés à l'environnement. (...) On dispose ainsi d'un régime de responsabilité adéquat pour assurer la réparation de dommages causés par des accidents tels que ceux de Seveso, de Bhopal et de Schweizerhalle, sans devoir abuser de certaines hypothèses de responsabilité objective simple comme c'est le cas des art. 679

97 Cf. ROMY, 469 ss.

98 ROMY, 468.

99 Cf. FLAVIO ROMERIO, *Toxische Kausalität*, thèse, Bâle 1996, 26 ss; pour une vue d'ensemble, cf. A. PETITPIERRE, *passim*.

100 Cf. ROMY, 472 et les réf. citées.

CC, 55 et 58 CO.»¹⁰¹ Ces propos sont convaincants. Il reste que la Convention dite de Lugano du 21 juin 1993 rédigée sous les auspices du Conseil de l'Europe n'est pas aussi sévère: L'art. 8 contient plusieurs causes d'exonération, dont les causes classiques comme la force majeure et la faute grave d'un tiers. L'une d'entre elles prévoit toutefois aussi que le sujet de la responsabilité n'est pas responsable du dommage s'il prouve que ce dernier résulte d'une pollution d'un niveau acceptable eu égard aux circonstances locales pertinentes. Comme le fait remarquer I. ROMY, cette règle risque de miner l'efficacité de cette convention¹⁰². Elle risque aussi de compromettre l'application de la responsabilité pour risque que prévoient les auteurs de l'Avant-projet.

3. Une dernière remarque s'impose. Les dommages écologiques apparaissent souvent longtemps après que l'atteinte s'est effectivement produite. On peut se demander si *le délai de prescription absolu de 20 ans* prévu par l'art. 55 al. 2 AP n'est pas trop court pour permettre une indemnisation efficace des dommages écologiques.

5. *Un point de vue sur le dommage*¹⁰³

Dans le prolongement de ce qui vient d'être exposé, je souhaiterais insister sur le fait que si la théorie de la différence est un point de départ utile pour le calcul du dommage, elle ne doit pas être systématiquement appliquée sans une certaine distance.

Tout en renonçant à donner une définition positive de la notion de dommage dans le texte de l'Avant-projet – et c'est tant mieux –, les auteurs de celui-ci s'en tiennent à la conception classique fondée sur la théorie de la différence et, par conséquent, réfutent les notions de dommage normatif et de frustration¹⁰⁴. Cela étant, il convient à mon sens d'insister sur le fait que le dommage est une notion juridique qui nécessite une part d'appréciation¹⁰⁵. Le

101 WIDMER/WESSNER, 144, qui affirment encore: «Vu sous ce nouvel angle, des immissions de fluor endommageant des cultures d'arbres fruitiers, ou des effluents contenant des sulfates qui attaquent le béton, seraient considérés comme des effets typiques d'activités écotoxiques, et non comme de simples excès du droit de propriété; les pollutions de l'air, de l'eau ou du sol provoquées par un incendie dans un dépôt de produits agrochimiques pourraient réaliser le risque intrinsèque de la production ou de l'utilisation de ces substances, sans qu'il faille à tout prix rechercher la violation d'un devoir d'instruction ou de surveillance chez l'employeur, ou l'existence d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien affectant le dépôt en tant qu'ouvrage.»

102 ROMY, 476s.

103 CHRISTINE CHAPPUIS est l'auteure du point I.A.5.

104 WIDMER/WESSNER, 79, 25, 52.

105 Ce que reconnaît un autre passage du Rapport explicatif, 76 s., où il est question de la «connotation normative» que comporte la notion de dommage. Cf. G. PETITPIERRE, *Fondements*, 287 ss.

dommage n'est pas le résultat d'une simple soustraction entre deux états patrimoniaux. En premier lieu, si l'un des termes de la soustraction est simple – on sait ce que l'on a (sous réserve d'éventuelles difficultés d'évaluation) –, l'autre est forcément *hypothétique*, car on ne peut que supposer ce que l'on aurait sans l'événement dommageable. Et cette situation hypothétique peut être appréciée de plusieurs manières. Faut-il faire abstraction de l'événement dommageable et viser à restaurer la situation antérieure (*Erhaltungsinteresse*)¹⁰⁶? Ou se fonder sur ce qui se serait passé si un autre événement s'était réalisé comme prévu¹⁰⁷? Vers quelles éventualités faut-il diriger la prévision? Ce sont des hypothèses qui n'effraient pas le juriste rompu à la pratique des tables Stauffer et Schaetzle en cas de dommage corporel. Pour le dommage matériel et, surtout, les autres dommages, on se sent plus démuni. Le choix entre ces différentes possibilités est étranger à un calcul purement mathématique.

Une fois la situation hypothétique déterminée, surgit l'obstacle suivant. Ce sont deux *patrimoines* que la théorie de la différence vise à comparer, comme si chaque sujet de droit cachait un bilan sous son oreiller. En réalité, la discussion devrait être axée sur le bien juridique concrètement atteint¹⁰⁸, comme le montrent les difficultés causées au Tribunal fédéral par quelques arbres élagués par un voisin empressé¹⁰⁹. Il paraît évident que la valeur d'une parcelle entière, sauf exception, reste inchangée – si même elle n'augmente pas – après l'intervention dudit voisin. Le problème s'estompe si l'on ne cherche pas à comparer des patrimoines (la parcelle n'en constitue d'ailleurs qu'un élément), mais qu'on s'attache au bien atteint. Le Tribunal fédéral l'admet d'ailleurs lorsqu'il affirme, à propos d'un arbre (encore!) endommagé par un automobiliste, que le dommage matériel est déterminé d'après la diminution de valeur de l'actif précisément touché ou l'augmentation du passif liée aux frais de réparation de la chose endommagée¹¹⁰.

Comme le montrent les termes utilisés (patrimoine, actif, passif), le raisonnement s'appuie sur l'aspect *comptable* des choses, ce qui représente une autre difficulté. Pour l'entreprise dont le dommage est la conséquence du fait qu'un concurrent dénigre ses marchandises (art. 3 lit. a LCD), le dommage résulte effectivement d'une comparaison de bilans. En revanche, le particulier non professionnel éprouve plus de difficultés à établir son dommage. Sa voiture privée ne figure dans aucun bilan et ses heures perdues ne sont pas fac-

106 Frais de réparation d'un objet endommagé ou perte de valeur de cet objet?

107 Sans l'événement dommageable, la victime aurait poursuivi le cursus de formation qui avait été envisagé (et augmenté sa capacité de gain), mais elle n'est plus capable de le terminer.

108 Cf. *supra*, n. 4.

109 ATF 129 III 331 c. 2.1.

110 ATF 127 III 73 c. 4a.

turables. Le fait qu'il n'existe pas de marché du bien atteint, ne signifie pas qu'on pourrait y porter atteinte sans la moindre obligation d'indemniser. Un calcul par trop comptable n'est pas susceptible de rendre justice à toutes les hypothèses d'atteinte à un bien juridique.

Seule¹¹¹ concession à une vision différente du dommage, l'art. 45 c al. 3 AP permet l'indemnisation de la *perte de jouissance* d'une chose nécessaire ou utile à la victime, que ce soit dans le cadre d'une activité professionnelle ou non. Les exemples donnés par le Rapport explicatif le confirment: le logement d'habitation, qui est un bien nécessaire, et la location d'une voiture pendant les vacances, qui correspond à un besoin important de la personne lésé, relèvent du domaine privé¹¹². L'art. 45 c al. 3 AP apporte ainsi une réponse bienvenue à la jurisprudence déjà critiquée¹¹³ qui avait refusé de tenir compte de la privation de l'usage de certaines pièces d'une villa, bien éminemment nécessaire à la personne lésée¹¹⁴. Il me semble que cette disposition trace les lignes d'une évolution possible, sans la bloquer outre mesure¹¹⁵, puisqu'elle soumet la réparation au caractère nécessaire ou utile de la chose. Ces notions sont connues ailleurs (art. 939 al. 1 CC et 65 al. 1 CO) et permettent de maintenir la réparation du *dommage matériel* dans des limites raisonnables¹¹⁶.

Le corset me paraît plus rigide sur ce point en ce qui concerne le *dommage corporel* (art. 45 b AP), qui comprend les frais (de traitement), le manque à gagner ainsi que toute autre perte résultant de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique. Dans cette énumération, aucune place n'est laissée aux frais de vacances déjà payées, mais manquées du fait d'un séjour à l'hôpital. L'exemple, donné par le Rapport explicatif¹¹⁷, de la voiture de location pour la durée des vacances montre pourtant une certaine ouverture en matière de dommage matériel, qui ne se retrouve pas pour le dommage corporel.

De manière plus générale, je partage le regret exprimé plus haut quant à la *catégorisation légale* des dommages ancrée à l'art. 45 al. 2 AP¹¹⁸, disposition qui qualifie le dommage de «purent économique» lorsqu'il ne résulte pas

111 Si l'on réserve le dommage écologique.

112 WIDMER/WESSNER, 83.

113 Cf. *supra* n. 38–39 et 69.

114 ATF 126 III 388 c. 11 a, SJ 2 001 156; WERRO, note DC 2001, 78.

115 Cf. la critique de FRANZ WERRO, *supra*, n. 68–69.

116 Ainsi, la violoniste, qui ne peut pas jouer parce que son violon est endommagé, pourrait demander une indemnité couvrant les frais de réparation de l'instrument, l'éventuelle perte de valeur de celui-ci, ainsi que le cachet manqué du fait de l'impossibilité de donner le concert prévu (art. 45 al. 2 et 3 AP).

117 WIDMER/WESSNER, 83.

118 Voir *supra*, après n. 66–67.

d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux choses ou à l'environnement. Cela signifie-t-il que le dommage consécutif à une atteinte aux droits de la personnalité (nom, honneur ou liberté), celui résultant d'une atteinte à un droit de propriété immatérielle (brevet, marque, etc.) doivent être qualifiés de dommages «purement économiques»? Nul besoin, pourtant, dans ces hypothèses, d'établir une norme protectrice spécifique comme dans les affaires des câbles endommagés¹¹⁹, puisqu'il s'agit de droits subjectifs absolus dont la violation est d'emblée illicite¹²⁰. La protection de ces droits ne serait probablement pas amoindrie par cette disqualification, mais cela montre la difficulté de toute catégorisation en la matière, d'autant plus lorsqu'elle repose sur des notions, comme celle de dommage «purement économique», dont la définition n'est pas unanimement admise. Les précisions apportées par les articles 45 a à 45 d AP peuvent avoir leur utilité, mais il ne me paraît pas nécessaire de les faire précéder de l'énumération de l'art. 45 al. 2 AP.

Autre question actuelle, le *dommage de frustration* suscite des réactions négatives¹²¹. La dépense devenue inutile correspond pourtant à un type de dommage connu. Dans le domaine contractuel, les dépenses inutiles sont considérées comme des éléments du dommage correspondant à l'intérêt négatif au contrat (par exemple, les frais de location d'un garage en vue de l'exécution du contrat devenant inutiles lorsque la vente de la voiture se révèle ultérieurement nulle)¹²². On comprend mal pourquoi la dépense devenue inutile constitue un dommage dans l'un des domaines, mais non dans l'autre. Le fait que la dépense soit volontaire ne me paraît pas un argument convaincant. Les frais de location du garage sont volontaires, mais ils perdent leur raison d'être lorsque le but pour lequel ils ont été engagés ne se réalise pas. Si c'est «en raison de la fréquence des situations dans lesquelles une telle indemnisation pourrait être requise»¹²³ que les dépenses inutiles sont exclues du dommage, il vaut mieux le dire et reconnaître la nécessaire part d'appréciation normative liée à la notion de dommage. Cette appréciation peut conduire à écarter certains éléments, mais également à en prendre d'autres en considération.

Une insuffisance (grave) de la théorie de la différence a été prise en compte par la jurisprudence qui admet la réparation du préjudice ménager (*Haushaltschaden*)¹²⁴. La définition traditionnelle du dommage ne permettrait de

119 Exemple donné par WIDMER/WESSNER, 78 et n. 347, 96 ss.

120 WIDMER/WESSNER, 100 s.

121 Cf. *supra*, I.A.2.a., et BaK-SCHNYDER, CO 41 N. 4 et réf. cit. La connotation péjorative est déjà contenue dans le mot «frustration».

122 Cf. SCHWENZER, N. 14.31.

123 ATF 126 III 388, 393 c. 11 a.

124 Cf. *supra*, I.A.1.b.; Cf. également, SCHWENZER, N. 14.10; REY, N. 305 s. Réticent, BK-BREHM, CO 42 N. 13 a.

prendre en considération que les frais effectivement engagés pour remplacer la personne qui n'est plus à même d'accomplir les tâches ménagères, mais le Tribunal fédéral a admis que le dommage soit calculé de manière abstraite sans tenir compte de la diminution patrimoniale effectivement subie. Une application rigide de la théorie de la différence ne serait aujourd'hui plus acceptable dans ce domaine.

Une autre insuffisance a récemment été corrigée par le législateur. Le traditionnel animal de compagnie, mort ou vif, est souvent sans valeur. S'il est blessé, ses frais de traitement ne constituent en principe pas un dommage, puisqu'ils correspondent à la «réparation» d'une chose qui n'a pas de valeur¹²⁵. Prenant acte de l'évolution des sensibilités contemporaines à l'égard de nos amis les animaux, le législateur a introduit deux dispositions concrétisant l'idée que ceux-ci ne sont plus tout à fait des choses. Le nouvel art. 42 al. 3 CO prévoit que «Les frais de traitement pour les animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain font l'objet d'un remboursement approprié, même s'ils sont supérieurs à la valeur de l'animal» et, selon l'art. 43 al. 1^{bis} CO, «Lorsqu'un animal qui vit en milieu domestique et n'est pas gardé dans un but patrimonial ou de gain, est blessé ou tué, le juge peut tenir compte dans une mesure appropriée de la valeur affective de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci»¹²⁶. Violence est faite, par l'art. 42 al. 3 CO, à la théorie de la différence (d'où l'exclusion des animaux non domestiques qui peuvent avoir une valeur économique) et, par l'art. 43 al. 1^{bis} CO, à la différence entre préjudice matériel et tort moral puisqu'il est tenu compte de la *valeur affective* de l'animal¹²⁷. Le Rapport relève de manière fort intéressante que «Le fait que cette question [frais de traitement supérieurs à la valeur de l'animal] soit réglée expressément pour les seuls animaux ne doit pas être interprété dans le sens que le principe ne s'applique pas lorsqu'il s'agit du remboursement de frais liés à la

125 Selon le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 janvier 2002, FF 2002 3885 ss, 3892, «Le droit permet déjà d'exiger une réparation pour les frais de traitement d'un animal blessé dépassant la valeur de l'animal. En effet, la doctrine comme la jurisprudence n'excluent pas que, dans le cas d'un dommage à la propriété, le montant des frais de réparation puisse excéder le prix de l'objet endommagé». Pourtant, BK-BREHM, CO 42 N. 22, 25, et OFTINGER/STARK I, § 6 N. 366, n'admettent pas que les frais de réparation dépassent la valeur de la chose avant l'accident; ils traitent cette hypothèse comme un dommage total. D'où l'on devrait conclure que les frais de traitement d'un animal sans valeur ne peuvent pas constituer une diminution effective du patrimoine.

126 Les deux dispositions ont été introduites par le ch. II de la LF du 4 oct. 2002 (Animaux), en vigueur depuis le 1^{er} avril 2003 (RO 2003 463, 466; FF 2002 3885, 5418). Voir à ce sujet l'appréciation critique de ROLAND BREHM, «Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al 1^{bis} CO)», in REAS 2003/2 119–122.

127 Cf. *supra*, I.A.1.a., sur la valeur affective que peut représenter un objet.

réparation ou à la remise en état d'un objet»¹²⁸. Une règle d'interprétation qu'il est utile de garder à l'esprit.

Outre les cas où le calcul selon la théorie de la différence ne permet pas d'établir un dommage, cette théorie ne permet pas non plus de nier de manière fondée l'existence d'un dommage là où on pourrait le souhaiter. On ne veut pas réparer certains dommages qui pourraient cependant être calculés de manière arithmétique¹²⁹; il en va ainsi des frais occasionnés par la naissance d'un enfant non désiré¹³⁰. La question de savoir s'il existe un dommage au sens du droit de la responsabilité civile ne peut pas dépendre d'une appréciation purement mathématique de la situation. Les conceptions sociales en cours doivent se refléter dans la solution juridique donnée à un tel problème humain. Il convient de partir de la différence mathématique indéniable entre la situation patrimoniale d'un couple sans enfant et celle avec la présence de l'enfant (phase du calcul), puis de procéder à une appréciation (phase normative) pour déterminer si oui ou non on estime une indemnisation éthiquement supportable. L'argument qui met en balance la joie et la satisfaction occasionnées par un enfant – même non désiré – ne devrait pas être balayé pour des raisons arithmétiques tenant à la théorie de la différence, mais parce que l'on estimerait que de telles considérations doivent céder le pas devant l'appréciation économique des conséquences d'un acte répréhensible (stérilisation manquée, erreur d'un pharmacien, viol). Une application toute schématique de la théorie de la différence n'est pas de nature à résoudre une telle question dans un sens comme dans l'autre.

C'est pourquoi, sans quitter le terrain rassurant de la théorie de la différence, je préconise une approche plus nuancée du dommage procédant en deux temps. Une première étape devrait être consacrée au classique calcul purement arithmétique du dommage comme la différence entre deux états patrimoniaux (en considération du bien atteint), avant et après l'événement considéré. La seconde étape devrait permettre d'apprécier le résultat ainsi obtenu, que l'on soit arrivé à une conclusion positive ou négative. La crainte (toujours présente) de débordements de la responsabilité civile peut être prise en compte dans cette seconde phase normative¹³¹.

128 Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 janvier 2002, FF 2002 3885 ss, 3893. WIDMER/WESSNER, 83 n. 368, rappellent la règle à propos des frais de réparation en cas dommage partiel (art. 45 c al. 2 AP).

129 Voir WIDMER/WESSNER, 76–77: «Certains dommages en effet ne sont pas réparables, non parce qu'on ne peut les réparer, mais parce qu'on ne veut les réparer».

130 Cf. *supra*, I.A.2.b; SCHWENZER, N. 14.04 et réf. cit.

131 Craintes évoquées par le Tribunal fédéral dans l'ATF 126 III 388, 393 c. 11 a, cité n. 123.

B. L'illicéité

Contrairement au droit français¹³², l'art. 41 al. 1 CO distingue la condition de la faute («soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence») de celle de l'illicéité («d'une manière illicite»). L'Avant-projet maintient la distinction, tout en définissant ces notions (art. 41 al. 2, 46s. et 48 ss AP). Les deux conditions entretiennent depuis toujours un rapport conflictuel. Des doutes croissants quant à la légitimité et au caractère indispensable de la distinction¹³³, qui ont une incidence sur la définition de l'illicéité, s'expriment dans la doctrine suisse. Ils seront largement abordés ici. Selon la conception traditionnelle, reprise par l'Avant-projet, le fait qu'un comportement humain soit à l'origine d'un dommage ne suffit pas pour que celui-ci soit réparable. Il faut encore que le comportement de l'auteur puisse être qualifié d'illicite. La conception classique de l'illicéité (1.) fait l'objet d'une remise en cause qui gagne progressivement en importance dans la doctrine (2.).

1. La conception classique de l'illicéité¹³⁴

L'illicéité, telle que définie par la jurisprudence et la doctrine majoritaire (a.), constitue une limite posée à la responsabilité qui permet de résoudre le problème du dommage purement économique (b.). Après avoir examiné la conception sur laquelle se fonde l'Avant-projet (c.), j'illustrerai le propos à l'aide d'exemples (d.).

a) La définition de l'illicéité

Selon la formule consacrée par la jurisprudence, «un comportement est illicite s'il est contraire à un devoir légal général, soit parce qu'il porte atteinte à un droit absolu du lésé, soit parce qu'il enfreint une injonction ou une interdiction écrite ou non écrite de l'ordre légal destinée à protéger le bien juridique atteint (ATF 123 II 577 c. 4c p. 581 et les arrêts cités)»¹³⁵. On y discerne

132 Art. 1382 CCfr.

133 Voir, déjà, YUNG, Principes fondamentaux, 417.

134 CHRISTINE CHAPPUIS est l'auteure du point I.B.1.

135 TF, SJ 2002 I 253; ATF 123 II 306. On trouve l'équivalent de cette définition en allemand dans une décision portant sur la responsabilité de la Confédération pour une collision en vol entre un avion militaire et un avion civil, et qui fournit une intéressante explication de la conception sous-tendant la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral: «*Nach der im privaten Haftpflichtrecht herrschenden Lehre und Praxis ergibt sich gemäss der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie die Widerrechtlichkeit einer schädigenden Handlung daraus, dass entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt wird, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Erfolgsunrecht), oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (Handlungsunrecht)*»: ATF 123 II 577 c. 4b, 581. Voir aussi ATF 122 III 176 c. 7b, 192.

deux éléments: la violation d'un devoir légal général et la double manière dont cette violation peut se réaliser. Ce devoir général trouve sa source dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse du droit écrit ou non écrit, privé ou public, fédéral ou cantonal¹³⁶. Quant à la violation du devoir en cause, elle peut intervenir de deux manières, soit par l'atteinte à un droit absolu du lésé (vie et intégrité corporelle, personnalité, propriété matérielle et immatérielle), soit par la violation d'une norme de protection prescrivant un certain comportement et qui est destinée à protéger le bien juridique lésé.

Dans l'ensemble, la doctrine majoritaire accepte cette définition qui se fonde sur la violation objective d'une norme, d'où sa dénomination peu heureuse de «conception objective de l'illicéité»¹³⁷. La définition dite subjective de l'illicéité, selon laquelle tout acte dommageable est illicite à moins d'une justification «subjective», par quoi on vise les motifs justificatifs propres à lever l'illicéité¹³⁸, est dans l'ensemble rejetée¹³⁹. Une troisième tendance, qui se développe depuis quelques années, sera exposée plus loin¹⁴⁰; elle ne se fonde ni sur le bien juridique lésé, ni sur la manière dont cette lésion est intervenue, mais sur la violation d'un devoir de diligence.

Inspirée du § 823 BGB, la définition de l'illicéité en deux branches induit une distinction commode mais trompeuse – car elle a été exagérée – entre deux catégories d'actes illicites: la violation d'un droit absolu du lésé, soit l'illicéité de résultat (*Erfolgsunrecht*), et celle d'une norme de protection, soit l'illicéité de comportement (*Handlungsunrecht*)¹⁴¹. Par une simplification excessive, on a tendance à considérer que la condition d'illicéité est seulement réalisée lorsque des biens juridiques absolument protégés sont atteints.

Il convient de préciser que l'illicéité qualifie toujours un comportement humain¹⁴². Le promeneur tué par une pierre qui dévale une pente escarpée n'est pas victime d'un acte illicite; en revanche, si la pierre a été mise en mouvement par deux individus situés plus haut dans la pente, c'est le comporte-

136 ATF 116 Ia 162 c. 2c, JdT 1992 IV 52; ATF 113 Ib 420 c. 2, JdT 1989 I 26; ATF 78 II 419 c. 2a, JdT 1953 I 502.

137 REY, N. 670 ss; OFTINGER/STARK I, § 4 N. 21 ss; BK-BREHM, CO 41 N. 33.

138 Cette théorie a été soutenue en particulier par GABRIEL BRUNO, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung reiner Vermögensschäden*, thèse Fribourg 1987. Le Tribunal fédéral a clairement rejeté la conception subjective de l'illicéité in ATF 115 II 15 c. 3a, JdT 1989 I 595.

139 REY, N. 677 s., la considère comme dépassée. Cf. également SCHWENZER, N. 50.04; OFTINGER/STARK I, § 4 N. 9 s., 22. Voir aussi, WIDMER/WESSNER, 98.

140 Elle est en particulier celle du co-auteur de présent rapport: ComRom-WERRO, CO 41 N. 68; IDEM, *Sorgfaltspflichtenverletzung*, 346 ss. Voir aussi, ROBERTO, § 8; SCHWENZER, N. 50.04, 50.28 ss; HONSELL, § 6 N. 21. Pour le surplus, *infra* I.B.2., I.C.4.

141 Par ex., ATF 123 II 577 c. 4b.

142 MISTELI, 107s.; PORTMAN, *Erfolgsunrecht*, *passim*.

ment de ces derniers qui doit être qualifié d'illicite¹⁴³. L'ordre juridique interdit à quiconque, d'une part, de porter atteinte par son comportement aux droits absolus d'autrui (directement protégés), d'autre part, d'adopter un comportement (indirectement) prohibé par une norme tendant à la protection des intérêts lésés¹⁴⁴. Il est ainsi interdit de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui par un coup de crosse porté à l'arcade sourcilière; en acceptant de participer à un match de hockey sur une patinoire ne comportant aucune mesure de sécurité pour protéger les spectateurs des coups de cannes, les coéquipiers de l'auteur ainsi que les membres de l'équipe adverse adoptent également un comportement interdit même si ce ne sont pas eux qui ont porté le coup fatal; chacun des ces comportements aboutit à la lésion du droit à l'intégrité corporelle de la victime¹⁴⁵. De même, il est interdit à celui qui est interrogé dans l'exercice de sa profession ou contre rémunération sur un fait qu'il est bien placé pour connaître et dont il doit savoir l'importance pour le destinataire, de donner un renseignement inexact¹⁴⁶. La condition de l'illicéité se rapporte par conséquent nécessairement à un comportement humain qu'elle qualifie de manière négative.

Un acte n'est pas illicite lorsque l'auteur peut se prévaloir d'un motif justificatif de son comportement. Les motifs de nature à lever l'illicéité sont le consentement de la victime (art. 44 al. 1 CO), la justice propre et l'état de nécessité (art. 52 CO)¹⁴⁷.

b) *Le dommage purement économique*

Par cette appellation peu heureuse¹⁴⁸, on désigne le dommage qui ne résulte pas d'une atteinte à un droit subjectif absolu¹⁴⁹. Contrairement à la propriété ou à l'intégrité corporelle, le patrimoine ne fait pas l'objet d'une protection

143 ATF 113 IV 58, JdT 1987 IV 138 (*Rolling Stones*).

144 G. PETITPIERRE, *Fondements*, 277; DESCHENAUX/TERCIER, § 6 N. 21 ss, 24 ss. Cf. également, SCHWENZER, N. 50.05 ss, 50.19 ss; REY, N. 682 ss, 695 ss; ENGEL, 451 s.; OFTINGER/STARK II/1, § 16 N. 43.

145 ATF 79 II 69 c. 4.

146 ATF 111 II 471 c. 2, JdT 1986 I 485. Voir *infra*, n. 165 et I.C.3.b.

147 ENGEL, 489 ss; REY, N. 757 ss (qui ajoute l'exercice de l'autorité publique); DESCHENAUX/TERCIER, § 6 N. 28 ss.

148 Le dommage est nécessairement une notion purement économique puisqu'il représente la traduction en francs et centimes d'une atteinte à un bien du lésé. Voir les distinctions fines entre dommage de nature patrimoniale, dommage patrimonial et dommage purement patrimonial, auxquelles procède MISTELI, 32 ss.

149 La terminologie est fluctuante. Comme ici, MISTELI, 38 s. Selon la définition plus restrictive de REY, N. 329, il s'agit du dommage ne touchant ni la personne, ni les biens. Cf. *supra*, I.A.1.b.

absolue dont le titulaire pourrait se prévaloir envers tout un chacun. C'est la raison pour laquelle il est courant d'affirmer que le patrimoine, comme tel, n'est pas protégé. Toutefois, comme pour n'importe quel dommage, il convient d'examiner si ce dommage résulte d'un acte illicite afin de déterminer s'il est réparable. La vérification est certes plus aisée en cas d'atteinte à un droit subjectif absolu. L'interdiction de porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui n'est cependant pas la seule norme de comportement à prendre en considération. Il convient de ne pas oublier toutes les autres normes trouvant leur source dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse, y compris le droit non écrit et les principes généraux du droit.

La violation de ces normes, pour autant qu'elles soient destinées à *protéger le bien juridique atteint*, rend illicite l'atteinte portée au patrimoine d'autrui. Il s'agit là d'une question d'interprétation de la loi, parfois examinée en relation avec la condition de causalité, plus généralement avec celle de l'illicéité du comportement incriminé (relation d'illicéité, *Rechtswidrigkeitszusammenhang*), qui consiste à vérifier que le comportement en cause entre dans le champ de protection de la norme considérée¹⁵⁰.

L'activité créatrice du juge trouve, depuis toujours, à se déployer dans la découverte de telles normes protectrices écrites ou non écrites¹⁵¹.

S'agissant des *normes protectrices écrites*, elles font appel à l'activité créatrice du juge dans la mesure où elles doivent être interprétées pour déterminer si elles ont pour but de protéger le bien juridique lésé. On songe en particulier aux normes du Code pénal¹⁵². Le Tribunal fédéral¹⁵³ a ainsi dégagé une norme protectrice du patrimoine de l'art. 239 CP, en considérant que cette disposition ne visait pas uniquement la protection de l'intérêt général au bon fonctionnement des services publics, mais également l'intérêt des particuliers. Sur cette base, le comportement consistant à provoquer la rupture d'un câble à haute tension alimentant deux usines a été qualifié d'illicite, raison pour laquelle le gain manqué résultant d'une interruption de la fabrication de ces usines constitue un dommage réparable. De même, l'art. 305^{bis} CP vise principalement la protection de la bonne administration de la justice pénale, mais la Cour de Justice de Genève¹⁵⁴ a admis que, de manière indirecte, il tendait également à protéger la victime de l'infraction de base qui, du fait de l'acte de l'auteur entravant l'identification des valeurs patrimoniales prove-

150 REY, N. 698 ss; GUHL-KOLLER, § 186 N. 5 ss.

151 Voir MISTELI, 122 ss (pour les normes protectrices écrites), 129 ss (pour les normes protectrices non écrites).

152 HONSELL, § 4 N. 27; MISTELI, 124s.; HEINZER, 127 ss.

153 ATF 102 II 85 c. 4b et 5. Voir aussi ATF 101 Ib 252 c. 2d. Ces arrêts ont notamment rencontré la critique de TERCIER, Préjudice réfléchi, 258s., 269 ss; KRAMER, *passim*.

154 CJ GE, SJ 1998 646.

nant d'un crime, se trouve privée du moyen de récupérer les fonds qui lui ont été soustraits. Dans cette optique, l'acte de dissimulation constitue un délit civil. Ce raisonnement pose un problème particulier en ce qui concerne la faute, nous y reviendrons¹⁵⁵.

Les mesures tutélaires, qui protègent avant tout la personne et les biens du pupille, visent aussi à sauvegarder les intérêts patrimoniaux des tiers (cf. art. 369 al. 1 et 370 CC). Par conséquent, la violation par les organes de tutelle des normes du droit de la tutelle peut théoriquement constituer un acte illicite dont ceux-ci répondent envers les tiers¹⁵⁶. Il a en outre été admis que les dispositions de la loi sur les banques relatives à la surveillance et à la révision bancaires ont également été édictées pour protéger les tiers; le réviseur bancaire qui enfreint ses devoirs commet un acte illicite à l'égard des créanciers¹⁵⁷.

La norme, dont la violation est invoquée, n'est pas nécessairement de nature à protéger le lésé. L'illicéité n'a, par exemple, pas été retenue à l'encontre de l'auteur d'un incendie dont sont résultés des frais d'extinction à charge d'une commune tessinoise; un acte illicite était bel et bien commis à l'encontre des propriétaires desdites forêts, mais non à l'encontre de la commune chargée par le droit administratif cantonal d'éteindre les incendies; cela signifie que les frais occasionnés par l'extinction de l'incendie ne constituent pas un dommage réparable pour la commune¹⁵⁸.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral¹⁵⁹ a refusé de qualifier la violation de l'art. 229 CP (Violation des règles de l'art de construire) d'acte illicite sur le plan civil. Cette disposition ne protège pas d'autres intérêts du lésé que le droit à la vie et à l'intégrité corporelle; par ailleurs, l'infraction de l'art. 229 CP consiste, selon son texte, uniquement à faire naître un danger (*Gefährdungsdelik*t). Ne commet donc pas un acte illicite l'entrepreneur (vendeur) qui viole cette disposition; il ne peut être tenu pour responsable du dommage correspondant aux frais résultant des travaux de consolidation d'un talus qui menaçait de s'effondrer sur le chemin d'accès à la propriété du maître de l'ouvrage (acheteur) et qui ont été entrepris par ce dernier pour éviter un glissement du talus¹⁶⁰.

155 Cf. *infra*, I.C.3.c.

156 ATF 115 II 15, JdT 1989 I 595: responsabilité malgré tout niée en l'espèce, car, faute d'indices faisant craindre une menace grave des intérêts majeurs d'un tiers, le tuteur n'avait pas l'obligation de prendre des mesures particulières, partant, n'a pas omis d'agir de façon illicite (c. 4a).

157 ATF 117 II 315 c. 4.

158 ATF 104 II 95, JdT 1978 I 557. Pour une critique de cet arrêt, voir *infra*, I.B.2.c.

159 ATF 117 II 259 c. 3, JdT 1992 I 559; confirmé in ATF 119 II 127 c. 3, JdT 1994 I 298.

160 WERRO, Responsabilité de l'entrepreneur, 65 n. 13, critique cette décision dont «L'ironie est qu'avec cette conception, il faut attendre que le talus se soit écroulé et qu'il y ait d'éventuels blessés pour qu'il y ait une action».

On peut objecter à ce raisonnement quelque peu restrictif le fait que le comportement fondamentalement prohibé par cette norme pénale est une violation des «règles de l'art de construire» propre à mettre en danger la vie d'autrui. Que la sanction pénale soit limitée à la mise en danger de la vie, par opposition aux choses, est compréhensible. En revanche, la même limitation ne se justifie pas nécessairement en matière civile. La violation des règles de l'art de construire est susceptible d'être érigée en délit civil, qu'elle provoque une mise en danger de la vie d'autrui ou seulement des biens de ce dernier. Le juge civil n'est en effet pas appelé à appliquer directement les normes pénales, mais à en dégager des règles de comportement protectrices d'autrui. De même qu'il n'est pas limité par le but principal de protection d'une norme, pénale ou autre (voir les exemples mentionnés plus haut), il n'est pas limité par le cercle des biens faisant l'objet de la protection pénale, ni par une qualification purement pénale de l'infraction comme délit de mise en danger. Par ailleurs, le respect des règles de l'art de construire constitue un devoir de l'entrepreneur à l'égard de la collectivité, et non à l'égard du maître d'ouvrage seulement, du fait que tout un chacun est susceptible d'être atteint dans ses biens ou son intégrité corporelle par une construction effectuée en violation de ces règles. Il s'agit donc d'un devoir général dont la violation est illicite au sens de l'art. 41 CO. A mon avis, le juge civil aurait eu la possibilité de reconnaître que la violation des règles de l'art de construire constituait un acte illicite en l'espèce¹⁶¹.

Un aspect intéressant de cette affaire est qu'elle touche à la question de la prévention du dommage, qui est prévue par certaines dispositions légales (par ex., art. 28 a al. 1 ch. 1, 679 CC, art. 9 al. 1 lit. a LCD)¹⁶², mais est absente du droit actuel de la responsabilité civile. Les auteurs de l'Avant-projet, ayant constaté la nécessité d'une norme nouvelle et générale, prévoient à l'art. 45 f al. 1 AP que les frais résultant des mesures prises de bonne foi pour prévenir une atteinte imminente ou atténuer les effets d'une atteinte actuelle constituent un dommage réparable¹⁶³. Il reste à résoudre la question de l'illicéité. Dans l'hypothèse où le dommage ne s'est pas encore produit, où il n'existe donc qu'une menace de dommage, il ne saurait y avoir d'atteinte à un droit subjectif absolu. Le lésé doit par conséquent établir la violation d'une norme de comportement pour que les frais des mesures de prévention soient effectivement réparables. La problématique est celle du dommage purement économique en général.

161 Cela ne signifie pas encore que l'acheteur aurait nécessairement obtenu la réparation du dommage subi du fait des travaux d'assainissement, dans la mesure où le contrat contenait une clause d'exclusion de responsabilité dont la portée était d'ailleurs discutée; cf. *supra* n. 78–79 et *infra*, II.D.1.b.

162 Voir aussi, art. 54 LEaux et 59 LPE. Cf. *supra*, I.A.3.b.

163 WIDMER/WESSNER, 94.

La jurisprudence, certes ancienne, fournit un autre exemple d'une attitude trop restrictive dans la reconnaissance d'une norme de comportement dont la violation pourrait être constitutive d'illicéité. Après avoir constaté que le comportement de l'auteur contrevient à une prescription de droit cantonal, le Tribunal fédéral refuse d'en contrôler l'application du fait qu'il était saisi d'un recours en réforme¹⁶⁴. Or la notion d'illicéité appartient au droit fédéral, qu'elle soit déduite du droit fédéral ou du droit cantonal. Le Tribunal fédéral aurait donc dû revoir la question sans qu'un retour à l'autorité cantonale soit nécessaire.

Quant aux *normes protectrices non écrites*, quelques exemples illustreront le propos. La jurisprudence admet depuis fort longtemps que «celui qui est interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître doit (s'il veut répondre à la question posée) donner un renseignement exact, dès qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement a ou peut avoir pour celui qui le demande une signification grosse de conséquences. Il ne doit pas donner sciemment des indications fausses ni donner à la légère des indications dont la fausseté saute aux yeux, même sans un long examen»¹⁶⁵. La règle est en particulier d'importance dans le domaine bancaire. La banque qui recommande des relations d'affaires avec l'un de ses clients, tout en précisant ne pas avoir eu de raison de s'informer plus avant de sa situation financière parce que le compte en question avait toujours été créditeur, est responsable du dommage subi par le destinataire du renseignement entré en relation avec la société en question, qui tombe en faillite trois mois plus tard¹⁶⁶. En outre, la jurisprudence a reconnu sans difficulté que le dol au sens de l'art. 28 CO constitue un acte illicite, indépendamment d'ailleurs de l'interdiction pénale de l'escroquerie¹⁶⁷.

En revanche, il est aujourd'hui admis que le principe non écrit obligeant celui qui crée ou entretient un état de choses dangereux pour autrui à prendre les mesures appropriées afin d'empêcher que le danger ne se réalise (*Gefahrensatz*), ne suffit pas à établir l'illicéité lorsque aucun bien juridique absolument protégé n'est atteint¹⁶⁸. Il ne constitue donc pas une norme protectrice du patrimoine.

Le fait de contrevenir à l'interdiction de tromper les attentes légitimes qu'on a suscitées chez autrui peut également, selon certaines opinions, être

164 ATF 55 II 331, JdT 1930 I 250.

165 ATF 111 II 471 c. 3, JdT 1986 I 485, 487; ATF 80 III 41; 57 II 81 c. 2, JdT 1931 I 557. Plus récemment, ATF 124 III 364 c. 5, SJ 1999 I 38; ATF 121 III 350 c. 6 c. Cf. SCHÖNLE, Renseignements inexacts, 231; de manière générale, la thèse de BEAT SCHÖNENBERGER. Par ailleurs, cf. *supra*, n. 146 et *infra* I.C.3.b.

166 ATF 111 II 471 c. 3, JdT 1986 I 485.

167 ATF 61 II 228, JdT 1936 I 84. Cf. *infra*, I.C.3.b.

168 Cf. *supra*, I.B.1.a. Cf. cependant, MISTELI, 145s. Sur l'ensemble de la question, cf. JAUN, *passim*.

constitutif d'illicéité¹⁶⁹. Après avoir laissé entendre que la violation des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) pouvait, exceptionnellement, être relevante du point de vue de l'illicéité¹⁷⁰, le Tribunal fédéral semble avoir renoncé à qualifier la confiance suscitée puis déçue comme un cas de responsabilité pour acte illicite (art. 41 ss CO) ou pour inexécution d'une obligation (art. 97 ss CO)¹⁷¹. De manière plus générale, le refus par la jurisprudence récente de reconnaître à l'art. 2 al. 1 CC le caractère d'une norme autonome de protection dont la violation serait illicite paraît aujourd'hui acquis. L'Avant-projet a pris le parti contraire (art. 46 al. 2 AP, *infra* I.B.1.c.aa.).

Contrairement au reproche formulé par P. GAUCH¹⁷², la recherche d'une telle norme protectrice des intérêts du lésé – que soit sur la base du droit écrit ou du droit non écrit – ne relève pas du phénomène de la «*Normenjagd*»¹⁷³. Il appartient au juge de prendre appui sur le droit écrit pour en dégager les devoirs qui doivent être respectés par tous ou de développer des règles non écrites là où le droit écrit fait défaut. C'est l'art. 1 al. 1 et 2 CC qui invite le juge à cette tâche classique. Les arrêts examinés ci-dessus montrent que c'est précisément ce que fait le Tribunal fédéral. J'en conclus que le patrimoine bénéficie d'une protection, certes différente de celle des droits absolus, mais satisfaisante.

c) L'Avant-projet

La conception que les auteurs de l'Avant-projet ont de l'illicéité (aa.) les conduit à poser celle-ci en condition générale de la responsabilité au même titre que le dommage ou la causalité (bb.).

aa. La conception de l'Avant-projet

Les auteurs de l'Avant-projet ont manifesté l'intention de ne pas s'écarter de la conception majoritaire de l'illicéité¹⁷⁴. Ainsi, l'art. 46 al. 1 AP tend à trans-

169 Voir à ce sujet, le rapport de PETER LOSER-KROGH, p. 133 ss; par ailleurs, MISTELI, 169 ss, 177 ss; C. CHAPPUIS, Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, 94 ss. De manière générale, cf. ARIANE MORIN, *La responsabilité fondée sur la confiance, Etude critique des fondements d'une innovation controversée*, thèse, Genève, etc. 2002.

170 ATF 108 II 305 c. 2b, JdT 1983 I 609; pour le surplus, cf. n. 180.

171 ATF 124 III 297 c. 6a, SJ 1998 460. Voir cependant, ATF 128 III 324 c. 2.5, qui soumet «*vorliegend*» la responsabilité fondée sur la confiance aux règles de la responsabilité contractuelle; en revanche, l'arrêt n. 4C.193/2000 du 26 septembre 2001, c. 4a, penche plutôt vers les règles délictuelles. Cf. WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, 160 s.

172 GAUCH, *Grundbegriffe*, 232.

173 En français, on préférera la pêche à la chasse sur ce point.

174 WIDMER/WESSNER, 53, 99.

crire l'actuelle notion d'illicéité de résultat par une définition: «Est illicite le fait dommageable qui porte atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique». L'alinéa 2 fait de même pour l'illicéité de comportement¹⁷⁵: «Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel». La définition de l'illicéité par l'atteinte à un droit protégé figurant à l'alinéa premier s'applique à tous les types de responsabilité, alors que l'extension du cercle des actes illicites par l'alinéa 2 ne vise que les responsabilités fondées sur un comportement humain (cf. *infra* I.B.1.c.bb.). Quelques remarques s'imposent.

1. En définissant l'illicéité, l'Avant-projet renonce à la formule d'une clause générale – «d'une manière illicite» – à concrétiser par la jurisprudence et la doctrine¹⁷⁶. La souplesse de la clause générale est appréciable, car elle permet au droit de la responsabilité civile de s'adapter, et dans le sens d'une plus grande sévérité, aux besoins d'une société dans laquelle les possibilités de survenance d'un dommage se multiplient. Il faut cependant admettre que l'art. 46 AP constitue une retranscription de la définition qui s'est peu à peu dégagée de la jurisprudence et qu'il laisse place à une certaine marge interprétative du fait des termes utilisés. Ainsi, le droit non écrit, qui reste compris dans les «injonctions» et les «interdictions de l'ordre juridique», et la contrariété «au principe de la bonne foi» (art. 46 al. 2 AP) sont deux éléments sur la base desquels la jurisprudence pourra poursuivre son évolution. On songe notamment à la responsabilité fondée sur la confiance¹⁷⁷ qui trouverait ainsi une place dans le cadre de la responsabilité délictuelle.

2. La définition de l'alinéa premier ne traduit pas de manière totalement fidèle le premier type d'illicéité, dite de résultat. En effet, selon la jurisprudence et la doctrine rappelées plus haut, seuls les droits subjectifs absolus entrent dans cette catégorie. La violation de droits relatifs, notamment issus d'un contrat, ne constitue aujourd'hui, en tant que telle, pas un acte illicite. Etant donné que les droits relatifs sont «protégés par l'ordre juridique» au même titre que les droits absolus, le texte de l'Avant-projet va plus loin que la volonté affichée par ses auteurs de codifier l'acquis¹⁷⁸.

3. Partant du constat que la question de savoir si un comportement contraire aux règles¹⁷⁹ de la bonne foi (art. 2 CC) peut être illicite faisait l'objet d'une

175 WIDMER/WESSNER, 100 ss.

176 Favorable au système de la clause générale, par ex., YUNG, Principes fondamentaux, 420.

177 Cf. *supra*, n. 168 s. Sur ce point, voir la contribution de LOSER-KROGH.

178 WIDMER/WESSNER, 99.

controverse doctrinale et n'était pas tranchée de manière uniforme par la jurisprudence¹⁸⁰, les auteurs de l'Avant-projet ont choisi de préciser que la contrariété «au principe de la bonne foi» était bien illicite (art. 46 al. 2 AP). Ils visent ainsi à élargir la notion d'illicéité¹⁸¹.

4. L'art. 46 al. 2 AP rend illicite la violation d'un devoir contractuel, provoquant ainsi un déplacement peu heureux d'une partie du domaine contractuel au plan délictuel, qui sera réfuté plus loin¹⁸².

5. On a reproché à cette disposition de passer à côté du problème essentiel en cette matière, celui de la réparabilité des dommages purement économiques. L'art. 45 al. 2 AP précise que le «dommage purement économique» est compris dans le «dommage patrimonial», sans trancher le problème du caractère illicite de l'atteinte, qui reste soumis à la définition générale de l'art. 46 AP. Il me paraît raisonnable que la solution du problème, comme l'ont voulu les auteurs de l'Avant-projet¹⁸³, soit laissée à la jurisprudence à qui il appartient de déterminer dans quelle mesure un dommage purement économique doit être réparé en fonction des cas qui se présentent.

En définitive, si l'effort de codification que révèle l'art. 46 AP peut, dans l'ensemble, être approuvé, la disposition n'en est pas moins critiquable sur les points mentionnés ci-dessus.

bb. L'illicéité doit-elle être une condition générale de toute responsabilité?

L'Avant-projet fait de l'illicéité une condition générale de toutes les responsabilités (art. 41 al. 2 AP). A dire vrai, seule l'illicéité du résultat prévue par l'art. 46 al. 1 AP est exigée de manière générale, alors que la forme d'illicéité définie à l'art. 46 al. 2 CC ne vise que le comportement d'une personne, soit la responsabilité pour faute personnelle (art. 48 et 48 a AP), ainsi que la res-

179 L'art. 46 al. 1 AP et le Rapport explicatif utilisent l'expression de «principe de la bonne foi (art. 2 CC)» (WIDMER/WESSNER, 102), mais il paraît préférable de s'en tenir aux termes «règles de la bonne foi» figurant à l'art. 2 al. 1 CC.

180 En effet, contrairement à l'ATF 108 II 305 c. 2b, JdT 1983 I 609 (mentionné, n. 170), l'ATF 116 Ia 162 c. 2c, JdT 1992 IV 52 (cité par le Rapport explicatif, 103 n. 483) déduit de l'art. 2 al. 1 CC une règle de comportement dont la violation constitue un acte illicite. Sur cette divergence entre la jurisprudence de la Ière Cour de droit public et celle de la Ière Cour civile, cf. C. CHAPPUIS, «Le traitement des divergences de jurisprudence en droit suisse», in Pascal Ancel (édit.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications universitaires de Saint-Etienne, Saint-Etienne 2003 (à paraître).

181 WIDMER/WESSNER, 102 ss, 104; WESSNER, Responsabilité fondée sur la confiance, 136 ss.

182 Cf. *infra*, II.C.1.b.

183 WIDMER/WESSNER, 78.

ponsabilité pour le comportement des auxiliaires (art. 49 et 49a AP), de même que les responsabilités objectives simples (par ex., du détenteur d'animal ou d'ouvrage, art. 60–61 AP)¹⁸⁴, à l'exclusion de la responsabilité pour risque (art. 45 al. 3 et 50 AP).

En élevant l'illicéité au rang de condition générale de toute responsabilité, l'Avant-projet tranche une question controversée¹⁸⁵. Il ne peut toutefois pas être suivi sur ce point. La nécessité de l'illicéité doit en effet être appréciée différemment selon la responsabilité en cause. L'illicéité, qui contribue à délimiter le champ de protection de la responsabilité pour faute, assume également une fonction limitative des autres responsabilités prévues par le Code des obligations. Celles-ci étant regroupées sous le titre «Des obligations résultant d'actes illicites», l'on serait tenté d'en déduire que toutes les responsabilités du chapitre II sont soumises à l'exigence commune de l'illicéité.

Cette déduction se justifie pour la responsabilité de l'incapable de discernement et celle de l'employeur, soumises, la première, à un acte illicite de l'incapable de discernement (on ne voit pas pourquoi l'incapable de discernement – contrairement à la personne capable – devrait répondre pour des actes qui ne sont pas illicites), la seconde, à un acte illicite de l'employé¹⁸⁶, dont l'employeur est rendu responsable par l'effet de l'art. 55 CO.

En revanche, l'exigence de l'illicéité ne me paraît pas adaptée aux responsabilités du détenteur d'animal (art. 56 CO, art. 60 AP) et d'ouvrage (art. 58 CO, art. 61 AP). Selon la conception ici défendue, l'illicéité qualifie un comportement humain¹⁸⁷. Elle ne peut servir à apprécier le fait de l'animal ou de la chose (l'ouvrage). Pas plus qu'elle ne doit être vérifiée en la personne du détenteur d'animal ou d'ouvrage: ni le manque de diligence dans la garde et la surveillance de l'animal¹⁸⁸, ni le vice de construction ou le défaut d'entre-

184 WIDMER/WESSNER, 99, 101 s.

185 La doctrine majoritaire est favorable à cette thèse: REY, N. 883 et réf. cit.; OFTINGER/STARK I, § 4 N. 55 s., II/2, § 24 N. 27 ss. *Contra*: ComRom-WERRO, CO 41 N. 69; DESCHENAUX/TERCIER, § 2 N. 24. Quant au Tribunal fédéral, il a montré ses hésitations dans l'affaire Tchernobyl (ATF 116 II 480 c. 5, JdT 1993 I 19): les producteurs des salades et légumes à feuilles irradiés en 1986 par l'explosion de la centrale de Tchernobyl se plaignaient de n'avoir pas pu vendre leurs marchandises et d'avoir subi un gain manqué. Les juges fédéraux ont admis que la protection conférée par la loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire (RS 732.44) est étendue et ne se limite pas aux dommages corporels ou matériels. Ayant retenu l'existence d'une atteinte à la propriété des salades du fait de l'irradiation qu'elles avaient subie, donc d'un acte illicite, les juges fédéraux ont pu renoncer à se demander si l'illicéité était une condition générale de la responsabilité en matière nucléaire.

186 ComRom-WERRO, CO 55 N. 12; HONSELL, § 13 N. 6; SCHWENZER, N. 23.14; REY, N. 883, 902; OFTINGER/STARK II/1, § 20 N. 103; DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N. 43 s. La responsabilité du chef de famille (art. 333 CC) est également subordonnée à un acte illicite du mineur, de l'interdit, etc. malgré le silence du texte: SCHWENZER, N. 53.46.

187 Cf. *supra*, I.B.1.a.

tien de l'ouvrage n'ont à être qualifiés d'illicites pour que la responsabilité du détenteur soit engagée. Le fait de l'animal et le défaut de l'ouvrage sont des conditions spécifiques, remplaçant la faute et l'illicéité, de nature à justifier que l'auteur du dommage en soit rendu responsable. Le fait de rattachement de la responsabilité réside dans le risque que fait courir un animal aux tiers et dans le défaut de l'ouvrage¹⁸⁹ et non dans le comportement du détenteur en tant que tel.

En outre, on ne voit pas ce que la condition d'illicéité peut apporter qui ne résulterait pas déjà des conditions prévues pour ces cas de responsabilité. Ainsi, s'il s'agit d'exclure la réparation du dommage purement économique, il faut le prévoir expressément, comme les auteurs de l'Avant-projet le font d'ailleurs à l'art. 45 al. 3 AP en ce qui concerne la responsabilité pour risque et à l'art. 60 AP en limitant la responsabilité du fait d'un animal aux atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, aux choses ou à l'environnement. Ils ont toutefois, avec raison, renoncé à inscrire une telle limite de la responsabilité pour les ouvrages à l'art. 61 AP¹⁹⁰. La condition supplémentaire de l'illicéité n'a pas sa place dans ce cadre suffisamment défini par les conditions spécifiques de chaque responsabilité.

Il en va de même pour les responsabilités prévues en dehors du chapitre II du CO. Chaque cas de responsabilité se fonde sur un état de fait qui est, en principe, spécialement défini: un excès du droit de propriété (art. 679 CC)¹⁹¹, le risque présenté par l'emploi d'un véhicule automobile (art. 58 LCR), par l'exploitation d'une installation électrique (art. 27 al. 1 LIE), par un aéronef en vol (art. 64 LA), par l'exploitation d'une installation de transport par conduites (art. 33 LITC), etc. L'illicéité n'ajoute rien à la définition de l'état de fait considéré. C'est à la législation spéciale sur laquelle se fonde la responsabilité qu'il incombe de déterminer l'étendue de l'obligation de réparer en fonction de l'état de fait visé et du besoin de protection du public face à l'état de fait considéré, et non aux conditions générales de la responsabilité.

188 L'art. 60 AP ne soumet plus la responsabilité du détenteur d'animal à un quelconque manque de diligence, mais en fait une véritable responsabilité pour risque sans preuve libératoire possible pour le détenteur: WIDMER/WESSNER, 282. En revanche, l'art. 61 al. 1 AP offre au détenteur d'un ouvrage la possibilité «de prouver qu'aucun défaut de construction ou d'entretien» n'est à l'origine du dommage causé par l'ouvrage: WIDMER/WESSNER, 298.

189 WIDMER/WESSNER, 282 s., resp. 293.

190 WIDMER/WESSNER, 293 s.

191 Cf. BÉNÉDICT FOËX, A propos de l'action en responsabilité du propriétaire d'immeuble (art. 679 CC), in JdT 1999 I, 474–500, sur le sens «fort éloigné de son texte» (475) qu'on donne aujourd'hui à cette disposition.

Ainsi, l'art. 58 al. 1 LCR, tout comme de nombreuses lois spéciales¹⁹², limite-t-il l'obligation de réparer aux atteintes à la personne et aux choses.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où la responsabilité est fondée sur un risque, le dommage est susceptible de se produire indépendamment de tout comportement humain, quelque diligent qu'il puisse être¹⁹³. C'est pourquoi la qualification par l'illicéité, condition relative précisément au comportement humain¹⁹⁴, n'est pas non plus pertinente en matière de risque.

En conclusion, il ne me paraît pas opportun de faire de l'illicéité une condition générale de toute responsabilité.

d) *Deux applications de la définition classique de l'illicéité*

La définition classique de l'illicéité est concrétisée par les exemples présentés ci-dessous, qui serviront également à illustrer la condition de la faute développée plus bas (I.C).

aa. Le canot à moteur¹⁹⁵

Un canot à moteur conduit par *Durand*¹⁹⁶, et dont la société *SNG* est détentrice, heurte un nageur qui décède sur le coup. L'embarcation circulait sur un plan d'eau réservé au ski nautique et interdit à la baignade. La veuve de la victime réclame une indemnité pour tort moral.

La responsabilité du conducteur de bateaux à moteur est soumise aux règles générales, soit aux art. 41 ss CO¹⁹⁷. Le conducteur du canot, *Durand*, porte atteinte à la vie de la victime en la heurtant. Ce faisant, il commet un acte illicite en lien de causalité avec le tort moral subi par la veuve. *Durand* peut donc être personnellement recherché sur la base de l'art. 41 al. 1 CO pour autant qu'il ait commis une faute. La question de savoir si *Durand* pouvait ou s'il devait éviter le nageur n'est pas pertinente du point de vue de l'acte illicite réalisé par l'atteinte portée au droit subjectif absolu de la victime à la vie. Elle sera examinée plus loin en rapport avec la faute (I.C.1.d).

192 Réparation du dommage limitée à une atteinte aux personnes et aux choses: art. 27 LIE; art. 1 et 11 (restrictif quant aux choses) LRespC; art. 64 al. 1 LA; art. 33 al. 1 LITC; art. 1 LRFP.

193 L'art. 50 al. 2 AP est précisément fondé sur cette idée.

194 Cf. *supra*, n. 142.

195 L'exemple est inspiré de l'arrêt de la Cour de Justice de Genève in SJ 1999 I 11.

196 Le nom est fictif.

197 Les art. 31 ss de la loi fédérale sur la navigation intérieure (LNI) instituent une obligation d'assurance couvrant la responsabilité du propriétaire, du détenteur, du conducteur, etc., assortie d'une action directe de la victime contre l'assureur. En revanche, la LNI ne prévoit pas une responsabilité objective du détenteur sur le modèle de l'art. 58 LCR, ni des règles spéciales applicables à la responsabilité du conducteur.

En outre, la responsabilité causale de l'employeur est susceptible d'être engagée pour le comportement illicite de *Durand* en vertu de l'art. 55 al. 1 CO. La décision¹⁹⁸ dont est tiré cet exemple retient que l'employeur avait pris tous les soins commandés par les circonstances dans le choix, les instructions et la surveillance de l'employé, sans d'ailleurs donner de précisions quant à ces circonstances. L'employeur ne pouvait par conséquent être tenu pour responsable de l'acte de son employé. Il est intéressant de noter que la preuve libératoire ouverte à l'employeur ne concerne pas le comportement de l'employé, dont la faute n'est pas requise par l'art. 55 al. CO¹⁹⁹, mais le comportement de l'employeur à l'égard de son employé, lequel n'a pas besoin d'être illicite (il en sera à nouveau question plus bas, I.C.1.d et I.C.2 *in fine*).

bb. La rupture de canalisations

Différentes affaires concernant des cas de rupture de canalisations ont fait couler beaucoup d'encre²⁰⁰. Supposons qu'un ouvrier, en creusant une tranchée conformément aux ordres reçus, endommage le câble électrique qui alimente une usine voisine. Celle-ci subit une perte de gain, car sa chaîne de fabrication est interrompue durant quelques heures. La question de savoir si ce comportement doit être qualifié d'illicite ne peut pas être liée au droit de propriété sur le câble endommagé (la question, trop complexe en droits réels, est sans pertinence du point de vue de la responsabilité civile), ni à l'éventualité d'une destruction de choses mobilières appartenant à l'entreprise et provoquée par l'interruption de courant (mort des poulets dans la couveuse), par opposition à une simple interruption dans la fabrication du produit (soie artificielle). Il s'agit d'établir l'existence d'une autre norme tendant à protéger l'entreprise dans de telles situations. Le Tribunal fédéral a tiré de l'art. 239 CP²⁰¹ une règle protectrice du patrimoine des entreprises utilisatrices du réseau de distribution à des fins industrielles. Cela signifie que le fait pour un tiers de porter atteinte à ce réseau en provoquant la rupture d'une canalisation constitue un acte prohibé par l'art. 239 CP, donc illicite. La responsabilité personnelle de l'ouvrier pour cet acte n'est engagée que si l'entreprise lésée prouve que l'ouvrier a agi de manière fautive (art. 41 CO). Quant à l'em-

198 CJ GE, SJ 1999 I 11 c. 5 a–b; avec la critique de WERRO, *L'homme raisonnable*, 117 s.

199 HONSELL, § 13 N. 6; REY, N. 921; BK-BREHM, CO 55 N. 31 et réf. cit. (cependant, N. 41); ENGEL, 533, 535 s.; OFTINGER/STARK II/1, § 20 N. 97 n. 395 et réf. cit.; BaK-SCHNYDER, CO 55 N. 14 (apparemment contradictoire). Pour la jurisprudence, cf. ATF 110 II 456 c. 2, JdT 1985 I 378; ATF 97 II 221 c. 1, JdT 1972 I 365; ATF 95 II 93 c. 3.

200 ATF 97 II 221, JdT 1972 I 365; ATF 101 Ib 252; 102 II 85. Cf. par exemple les critiques de GAUCH/SWEET, 122 ss; KRAMER, *passim*; TERCIER, *Préjudice réfléchi (passim)*; KRAMER, *passim*.

201 Cf. *supra*, n. 153; voir aussi, *infra*, n. 358 à 360.

ployeur, sa responsabilité est engagée à moins qu'il n'apporte la preuve libératoire de sa diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de son auxiliaire (art. 55 CO).

2. *La remise en cause*²⁰²

Pour remettre en cause la conception classique telle qu'elle a été rappelée, je commencerai par présenter les justifications qui ont présidé à l'adoption d'une notion de l'illicéité distincte de la faute (a.). Je poursuivrai par une critique du modèle retenu dans l'Avant-projet et la présentation de ma conception (b.). Pour dégager concrètement les conséquences de celle-ci, je l'appliquerai pour terminer à quelques cas connus (c.).

a) *La justification de l'illicéité distincte de la faute*

En tant que condition distincte de la faute, l'illicéité a fait une apparition tardive dans le droit suisse. Inspiré par le modèle du Code civil français, l'ancien Code fédéral des obligations de 1881 l'ignorait et il a fallu attendre que le BGB soit adopté et que le Code des obligations soit révisé pour que cette notion soit consacrée en droit suisse²⁰³. Nul ne songe à l'évidence à contester le lien entre l'avènement de la théorie allemande de l'illicéité et sa consécration en droit suisse.

Pourquoi a-t-on adopté la condition de l'illicéité en droit allemand en plus de la notion de faute? En un mot, parce que l'on a voulu réduire le champ d'application du droit de la responsabilité extracontractuelle et ne lui faire assumer que la réparation des dommages résultant de l'atteinte à certains biens considérés comme particulièrement dignes de protection, les «höhere Rechtsgüter»²⁰⁴. On a voulu en principe exclure les dommages purement économiques: dans l'intérêt des grandes entreprises, pour qui le BGB a été conçu²⁰⁵, il s'agissait de poser une règle qui protège leur liberté d'entreprendre et les mette à l'abri d'actions en dommages-intérêts pour les dommages que l'exercice de cette liberté pourrait causer à leurs concurrents ou à leurs clients. Il fallait donc mettre en place un système qui exige une atteinte à un droit absolu et qui ne sanctionne qu'exceptionnellement celles qui sont portées contre le

202 FRANZ WERRO est l'auteur du point I.A.2.

203 Pour une étude détaillée, cf. GABRIEL, 144 ss.

204 Cf. DEUTSCH, 13 ss.

205 Cf. ZWIGERT/KÖTZ, 142 s.: «Das Menschenbild, das dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegt, ist deshalb nicht das des kleinen Handwerkers oder des Fabrikarbeiters, sondern das des vermögenden Unternehmers, Landwirts oder Beamten [...]».

patrimoine en tant que tel. Cette réparation ne devait être admise qu'en présence d'une norme spéciale de comportement destinée à protéger le lésé et si le dommage était de ceux que la norme entendait éviter. L'idée était facile à faire admettre: il suffisait de dire que la vie vaut plus que l'argent en tant que tel.

Illicéité du résultat pour mettre en place le rempart systémique (§ 823 I BGB), illicéité du comportement pour sanctionner des intérêts économiques privés que la loi veut spécialement protéger. La mission première de la responsabilité civile était désormais de sanctionner les jambes cassées et plus tard la taule froissée, mais pas les intérêts économiques des commerçants. Pour cela, il devait y avoir le droit des contrats. Celui qui veut protéger l'argent qu'il tire de son activité doit avant tout faire preuve de prévoyance et conclure des contrats²⁰⁶.

Avec des nuances importantes, on retrouve une approche comparable en droit anglais: historiquement, mais avec des fluctuations, le droit de la responsabilité civile ne doit pas interférer avec les prévisions contractuelles; il ne doit pas non plus les déjouer. Il ne faut pas que la responsabilité civile soit un frein à la liberté d'entreprendre. Au départ, la conception était encore plus fortement marquée puisque le droit de la responsabilité civile, de façon très révélatrice, se résumait à la reconnaissance de quelques *nominate torts* intentionnels. En tant que clause générale, le *tort of negligence* et la protection croissante des intérêts économiques n'ont été reconnus qu'au 20^e siècle²⁰⁷.

A l'opposé de cette conception, il y a eu celle du *Code civil français*, qui considère – peut-être un peu candidement – que le droit de la responsabilité civile doit sanctionner les attitudes déraisonnables ou socialement inadéquates et réparer tous les dommages qui en résultent. Peu importe la nature du dommage en cause. On pourrait être tenté d'y voir la générosité d'un code révolutionnaire²⁰⁸. Point n'est besoin de vérifier ici si les révolutionnaires français étaient généreux, mais il apparaît certain que compte tenu de leurs idées, ils n'ont pas conçu le Code civil pour défendre avant tout les intérêts patrimoniaux des entrepreneurs. Il est vrai que tandis qu'ils reprochaient aux Anglais leur mentalité de *shopkeepers*, les Français étaient perçus par ces derniers comme des paysans.

La faute, qui fonde la responsabilité civile de l'individu en droit français, n'est pas simplement un reproche personnel adressé à l'auteur du dommage; elle est la violation d'une norme de comportement qui érige en devoir juridi-

206 Cf. WERRO, Pure Economic Loss, 185 et les réf. citées.

207 Pour une analyse approfondie, cf. notamment ATIYAH, *passim*.

208 Cf. ZWEIGERT/KÖTZ, 85: «Nur in Frankreich ist [...] die Kodifikation vom Elan einer revolutionären Bewegung getragen gewesen, nur hier sind die soziale Wirklichkeit und das dem Gesetzbuch zugrundeliegende Gesellschaftsbild zu voller Deckung gelangt».

que celui de se comporter de manière raisonnable et adéquate²⁰⁹. Il est certes possible que ce devoir revête une intensité différente selon les circonstances, mais aucune barrière de principe n'est dressée pour empêcher la réparation quand le dommage est le fait d'un comportement déraisonnable et donc contraire au droit. L'acte «illicite» du droit français, c'est le fait de commettre un acte objectivement déraisonnable qu'on appelle la faute. La faute, c'est le fait d'avoir un comportement qui menace *de manière objectivement prévisible* les biens d'autrui: sa propriété, son intégrité corporelle mais aussi ses intérêts financiers. Le fait qu'on puisse reprocher personnellement au défendeur le comportement objectivement erroné qu'il a eu n'est pas décisif: celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation (cf. art. 489-2 CCfr). La Cour de cassation civile admet depuis 1984 qu'un enfant répond de son comportement.

Le droit anglo-américain en est arrivé pratiquement au même point, puisque la *negligence* est le fait de ne pas mettre en œuvre la diligence (*care*) que l'on doit à autrui, sans aucune considération de *state of mind*. A qui doit-on une *duty of care*? On est parti d'une conception restrictive, qui voulait que le manquement à une règle de conduite ne soit génératrice de responsabilité qu'à l'égard des personnes que cette règle a pour objet de protéger et dans la mesure où elle engendre un dommage contre lequel elle a pour but de prémunir la victime. Aujourd'hui, on admet que chacun doit en principe une prudence raisonnable à toute personne qui autrement pourrait de façon prévisible souffrir d'un dommage. «In most cases the justice of imposing such a duty [of care] is so clear that the cause of action in negligence is assumed to exist simply on the basis of an unreasonable risk of foreseeable harm . . .»²¹⁰.

b) Une critique de l'Avant-projet et l'énoncé d'une conception différente

aa. La critique de l'Avant-projet

Le droit suisse est encore sous l'influence trop exclusive du droit allemand, lequel demeure, malgré les réformes récentes, marqué par le § 823 BGB. L'Avant-projet propose aujourd'hui encore de reprendre comme une condition centrale et première de la mise en œuvre d'une action en dommages-intérêts la violation d'un droit absolu – même s'il ne parle que d'intérêt pro-

209 Pour tous, cf. CARBONNIER, 413 ss.

210 Cf. *Kelly v. Gwinnell*, 96 N. J. 538, 476 A.2d 1219. Cf. ég. *Donoghue v. Stevenson*, [1932] All ER Rep., [1932] AC 562, House of Lords. Pour une analyse du droit anglais, cf. BANAKAS, *passim*. Pour une approche comparative, cf. BUSSANI/PALMER.

tégé par l'ordre juridique (cf. art. 46 al. 1 AP) – et de n'envisager que de manière plus restrictive et subsidiaire la protection du patrimoine²¹¹.

Le droit français comme le droit anglo-américain montrent qu'on peut, sans ruiner l'économie des entreprises d'un pays, adopter un fondement de la responsabilité plus souple que celui qui érige en principe la protection privilégiée de certains biens. On peut considérer avec succès que ce qui fonde la responsabilité, c'est simplement le comportement socialement inadéquat ou déraisonnable au regard de l'ensemble des circonstances du cas. La sécurité juridique s'en trouve à mon avis accrue: un fondement souple permet de développer concrètement les principes de la réparation et évite le danger de la pêche un peu hasardeuse des normes protectrices²¹². On a surtout moins besoin de théories aux limites incertaines.

La clause générale de responsabilité inscrite en droit français et aujourd'hui en droit anglo-américain se passe allègrement des *culpa in contrahendo*, *Vertrauenshaftung*, *Gefahrensatz* et autres *gesetzliches Schutzverhältnis* dont on mesure souvent difficilement la nature, le régime et les implications. Celui qui viole les règles de la bonne foi agit de manière déraisonnable: il commet donc un délit civil. Il en va de même de celui qui ignore les règles de prudence et omet de prendre des mesures de protection que la sécurité exigeait²¹³.

On peut regretter que l'Avant-projet n'ait pas envisagé de s'affranchir du modèle du BGB, suivi certes par la Hollande et l'Italie, pour rejoindre un modèle aujourd'hui plus européen, celui que définit par exemple la Cour de justice des communautés européennes²¹⁴. Dans ce modèle, l'illicéité n'est pas une condition de la responsabilité distincte de la faute, laquelle se comprend dans son aspect objectif comme le manquement à la diligence requise par la loi (écrite ou non écrite) dans les circonstances concrètes de l'espèce. L'acte contraire à la bonne foi ou même au contrat est compris comme un délit.

bb. Une conception différente

La critique que je fais ici ne date pas d'hier et elle est aujourd'hui proche de celle de beaucoup d'autres²¹⁵. Dans cette conception, agit de manière illicite celui qui manque à la diligence qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui

211 Cf. WIDMER/WESSNER, 96 ss.

212 Cf. GAUCH/SWEET, 117 ss.

213 Cf. WERRO, *Fehlerhafte Auskunft*, 14 ss.

214 Pour un aperçu de cette conception au travers de la jurisprudence de la CJCE, cf. VAN GERVEN, *Bridging the Unbridgeable*. Pour une approche plus détaillée des divergences et convergences en Europe, cf. VAN GERVEN, *Casebooks*.

215 Cf. ROBERTO, N. 40 et 48; SCHWENZER, N. 50.04 ss; SCHWENZER/SCHÖNENBERGER, 377 ss; SCHÖNENBERGER, 177; CHAUDET/KOCH, *passim*; C. WIDMER, 110 ss.

au regard des circonstances où il s'est trouvé au moment où il a causé le dommage²¹⁶.

Pour des raisons de continuité du langage, et pour maintenir une opposition avec la faute subjective, il est sans doute opportun de conserver le terme d'«illicéité», même si le droit français ou anglo-américain révèle que la contrariété au droit n'est pas une notion qu'il convient de distinguer de la faute objective. On aurait donc aussi pu envisager d'effacer la notion d'illicéité, comme le font ces droits. Au demeurant, le point est avant tout terminologique. L'essentiel est de se comprendre. Ce qu'il faut, c'est admettre que l'acte déraisonnable est un délit civil. L'inconvénient tient au fait que le qualificatif de «déraisonnable» renvoie aussi à la faute.

Tout en conservant le mot *illicite*, qui semble acquis en droit suisse, j'ai proposé de l'utiliser simplement pour signifier l'absence de motifs justificatifs et de parler de faute objective pour désigner l'acte contraire à la diligence requise (par la loi écrite ou non écrite) qui fonde la responsabilité individuelle²¹⁷. Dans cette approche, l'acte *illicite* se définit comme la faute objective injustifiée. Autrement dit, ce qui engage la responsabilité d'un individu vis-à-vis d'un autre, sous réserve de son incapacité de discernement – nous le verrons plus loin quand nous traiterons de la faute subjective – c'est le fait qu'il commette au détriment de la victime un manquement injustifié à la diligence requise dans les circonstances de l'espèce.

On le comprend, l'absence de motifs justificatifs n'est pas le plus important. L'essentiel de l'analyse repose sur la question de savoir si le défendeur a fait preuve de la diligence raisonnablement requise dans les circonstances concrètes où il s'est trouvé: dans un système de responsabilité fondée sur la faute, si la réponse est positive, il ne doit pas y avoir de responsabilité; si la réponse est négative, il y a en principe responsabilité, sous réserve d'incapacité de discernement ou de considérations sur la causalité qui peuvent priver le demandeur du droit de demander réparation. Je me retrouve avec les autres critiques: agit *illicitement* celui qui a un comportement déraisonnable. Le critère de délimitation des dommages réparables réside ainsi dans la prévisibilité des dommages.

Est-ce une conception révolutionnaire? Certainement pas. En relation avec la protection de l'intégrité corporelle ou des biens matériels, le Tribunal fédéral se demande souvent si le défendeur a observé la prudence requise, l'atteinte au bien protégé n'étant que rarement discutée: la conception ici défendue est notamment au cœur de tous les arrêts où le Tribunal fédéral

216 Cf. LOSER-KROGH, 141 s.

217 Cf. WERRO, *Sorgfaltspflichtverletzung*.

applique le *Gefahrensatz*²¹⁸. Il s'agit simplement de la généraliser et de l'appliquer sans égard à la nature des biens lésés. En dernière analyse, elle justifie aussi les quelques arrêts qui ont admis que le défendeur encourt une responsabilité pour avoir déçu la confiance d'autrui²¹⁹. Il paraît inutile d'en faire une responsabilité de troisième type. Cette conception est au cœur de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes²²⁰ et on la retrouve dans les Principes de droit européen de la responsabilité civile du groupe von Bar²²¹. On ne la retrouve pas, il est vrai, de la même façon dans les principes du droit européen de la responsabilité civile du groupe de Tilburg, dont le souci principal était apparemment pendant longtemps de limiter le champ d'application de la responsabilité civile²²².

En dépit des apparences, le débat n'est pas conceptuel. Il est politique. Il est juste de souligner que le patrimoine fait l'objet de ce que P. GAUCH a appelé une discrimination²²³. Celle-ci n'est pas le fruit du hasard mais, et l'histoire du BGB tend à le rappeler, celui d'une volonté politique libérale.

J'estime que cette conception n'est plus en harmonie avec le monde contemporain et les attentes des lésés. La perte financière pure n'est pas moins importante dans une société de consommateurs souvent non propriétaires que celle qui résulte d'une atteinte à un droit absolu. Que les *höhere Rechtsgüter* fassent l'objet d'une protection particulière à certains égards (actions défensives indépendantes d'un manquement à la diligence requise) ne justifie pas que les conséquences financières des atteintes qui leur sont portées soient traitées autrement que toute autre perte financière. D'ailleurs, le Tribunal fédéral ne s'y trompe pas. C'est bien parce qu'il admet la nécessité de surmonter les obstacles de l'illicéité classique, qu'il se lance dans la création de toutes sortes de subterfuges théoriques. J'ai cité plus haut les catégories inventées. Il s'agit toujours de combler le déficit du droit délictuel compris de manière trop étroite.

218 Ce manque de prudence est considéré comme une omission illicite. Cette dernière consiste dans le fait de créer un état de choses dangereux sans prendre toutes les mesures de précaution commandées par les circonstances (cf. ATF 126 III 113); à ce sujet cf. WERRO, *Ruminations*, 10 ss. On retrouve, sans la nommer *Gefahrensatz*, la même approche en matière de responsabilité médicale, où le Tribunal fédéral reconnaît ouvertement que l'illicéité consiste dans la violation des règles de l'art (not. ATF 113 Ib 420; 120 Ib 411; arrêt non publié du 1^{er} avril 1999 résumé in SJ 1999 I 499 s.; arrêt non publié du 27 novembre 2001, commenté par WERRO/HAAS, in REAS 2002, 208 ss).

219 Cf. not. ATF 120 II 331 («arrêt Swissair»); ATF 121 III 350 («arrêt Grossen»).

220 Cf. CJCE, 05.03.1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. 46/93, Rec. 1996 I-01 029; à ce sujet, cf. VAN GERVEN, *Bridging the Unbridgeable*.

221 Cf. art. 1:101, 4:101, et 5:101.

222 L'influence qu'a exercée le Prof. Widmer au sein de ce groupe est peut-être aussi un motif.

223 Cf. GAUCH/SWEET, 119.

Retenir comme je le propose que le manquement à la diligence raisonnablement requise suffit pour l'essentiel à engager la responsabilité de l'auteur d'un dommage, revient à offrir au juge un concept simple et souple qui lui permettra de rendre justice en tenant compte de façon adéquate des exigences du cas concret, et à réparer quand il le faut les dommages purement économiques ou ceux qui résultent d'un acte contraire à la bonne foi. Cela permet aussi de comprendre que celui qui manque simplement de diligence ne doit pas être traité différemment selon qu'il y a ou non contrat entre le responsable et la victime (cf. *infra* II.C.2.b.). A mon sens, l'Avant-projet a donc raison de voir des actes illicites dans la violation du contrat ou du principe de la bonne foi. Ces propositions sont toutefois en contradiction avec un système qui proclame l'intention de limiter l'illicéité à la violation d'un droit ou d'une norme protectrice²²⁴.

c) *Quelques applications*

Pour mesurer l'impact de ma solution, je voudrais appliquer celle-ci à quelques cas.

Je commencerai par celui du nageur tué par le conducteur du canot à moteur, discuté plus haut (cf. *supra* I.B.1.d.). Dans mon approche, et à supposer que le conducteur soit bel et bien le défendeur, le fait qu'il ait tué le nageur n'est pas comme tel décisif: pour résoudre la question de savoir s'il doit réparer le dommage qui en découle, le point central est celui de savoir *comment* le conducteur l'a tué. A-t-il manqué de diligence à l'égard du nageur? Peut-on lui reprocher un manquement injustifié à la diligence due, compte tenu des circonstances objectives dans lesquelles il s'est trouvé? Si tel est le cas, il aura commis une faute (objective) et s'il est capable de discernement, on pourra lui imputer son comportement (faute subjective). Dans cette approche, la question de savoir s'il y a atteinte au droit subjectif de la victime est marginale: tuer déraisonnablement sans motifs justificatifs, voilà ce que le droit de la responsabilité civile ne saurait admettre. Inversement, tuer dans des circonstances où nul autre n'aurait raisonnablement pu faire autrement, ne doit pas pouvoir, dans un régime de responsabilité pour faute, engager la responsabilité de l'auteur.

Prenons un exemple où des droits absolus de la victime ne sont pas en cause: en dehors de tout contrat, je donne des renseignements financiers erronés à quelqu'un qui est légitimé à s'y fier parce que je suis banquier; *in*

224 On peut faire la même critique à propos de la nouvelle norme spéciale du BGB applicable à la responsabilité pour les renseignements erronés (cf. § 311 BGB).

casu, un bon banquier n'aurait pas donné des renseignements inexacts. Il n'y a pas de raison de ne pas protéger la victime des conséquences financières de ces mauvais renseignements. Il n'est pas souhaitable de déclarer que parce que la perte est purement financière, le banquier ne doit pas réparer. Le fait qu'il ait un comportement déraisonnable au regard des circonstances est à lui seul ce qui justifie l'obligation de réparer. Nul besoin de recourir à des inventions conceptuelles; les critères que la jurisprudence a développés en relation avec la responsabilité fondée sur la confiance sont pertinents, comme le sont ceux développés en relation avec le *Gefahrensatz*: inventer pour autant une responsabilité de troisième type est inutile.

Prenons une autre hypothèse célèbre car atypique: un employé du train (à New York, en 1928) aide un passager en retard à monter dans le train. Ce faisant, il le bouscule et le paquet que le passager tenait sous le bras tombe. Dans ce paquet, il y avait des feux d'artifice. Ils explosent et une personne qui se tenait à distance sur le quai est blessée. Il s'agit de savoir si la compagnie de chemin de fer répond des blessures de cette personne et si l'acte de son employé est un *act of negligence*. La réponse majoritaire de la Cour rédigée par Cardozo est négative: la personne blessée est victime d'une atteinte à son intégrité physique, mais à l'égard de cette dernière l'employé n'a pas manqué à son devoir de diligence: «the orbit of the danger as disclosed to the eye of reasonable vigilance would be the orbit of the duty». Ce qui est déterminant, c'est la prévisibilité objective de l'accident: en dehors de celle-ci, il n'y a pas de devoir de diligence.

Présentons un dernier cas: une personne met le feu à une forêt (cf. *supra* I.B.1.b.). Selon le Tribunal fédéral, elle doit réparer le préjudice qu'elle cause au propriétaire. C'est bien évidemment juste, si elle a manqué à la diligence requise, mais contrairement au Tribunal fédéral, je suis de l'avis que l'incendiaire doit dans ce cas aussi indemniser la Commune de Bodio pour le remboursement des frais d'extinction qu'elle a encourus. Le point de vue contraire du Tribunal fédéral qui soutient que la commune n'est qu'une victime par ricochet n'est pas convaincant. Il est en effet prévisible, lorsqu'on met le feu à une forêt, que les autorités combattent l'incendie. Le fait qu'elles le fassent avec l'argent des contribuables ne change rien au fait que la perte financière doit être remboursée.

Indépendamment de toute norme protectrice, il doit en aller de même dans le cas des soldats qui, procédant à des travaux de terrassement, causent un dommage à une usine en sectionnant un câble électrique qui appartient à la commune où se trouve l'usine²²⁵. Ce qui est décisif, c'est la question de savoir

225 ATF 101 Ib 252.

si ces soldats ont fait ou non preuve de la diligence qu'on pouvait attendre d'eux. Dans ce cas toutefois, on pourrait corriger le résultat en considérant que l'usine doit rechercher la commune sur la base du contrat passé avec elle, à charge pour cette dernière éventuellement de se retourner contre la Confédération.

C. La faute²²⁶

La norme générale de responsabilité prévue à l'art. 41 al. 1 CO repose sur la faute de l'auteur qui doit avoir agi «soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence». La faute est à la fois la condition et la justification de l'obligation de réparer lorsque aucun autre chef de responsabilité n'entre en considération. Conceptuellement, ce chef de responsabilité s'oppose donc aux responsabilités indépendantes de la faute, que ce soit totalement (responsabilités pour risque) ou partiellement (responsabilités objectives simples). L'Avant-projet conserve la faute comme fondement premier de la responsabilité civile (art. 41 al. 1 lit. a, art. 48 à 48b AP).

Etant donné l'extension croissante des cas de responsabilités objectives institués par le législateur, on a parlé d'un déclin de la faute comme fondement général de responsabilité²²⁷. Les accidents de la route, par exemple, qui constituent un pan extrêmement important de la responsabilité civile, ne sont pas soumis à la responsabilité pour faute, mais à une responsabilité objective découlant de l'emploi d'un véhicule automobile (art. 58 al. 1 LCR)²²⁸. La responsabilité du détenteur se justifie par le risque inhérent à l'emploi du véhicule automobile, indépendamment de toute faute du détenteur qui n'est même pas nécessairement le conducteur à l'origine de l'accident.

Il est intéressant de constater que l'on assiste également à un certain déclin de la faute dans la jurisprudence. Alors que, dans la première moitié du 20^e siècle, les problèmes étaient analysés en rapport avec la faute plus qu'avec l'illicéité²²⁹, c'est l'inverse que l'on constate aujourd'hui. L'accent

226 CHRISTINE CHAPPUIS est l'auteure du point I.C.1–3.

227 REY, N. 27, 63.

228 HORTON ROGERS, 362, marque un certain étonnement devant le fait que, en droit suisse, «the largest single category of tort cases involving accidents – those arising from road traffic – are governed by strict liability».

229 Les arrêts suivants examinent essentiellement la situation sous l'angle de la faute sans s'arrêter à la condition de l'illicéité qui, souvent, n'est même pas mentionnée: ATF 45 II 639; 47 II 409 c. 3; 49 I 465, JdT 1924 I 372; ATF 52 II 451, JdT 1927 I 199; ATF 54 II 465; 57 II 292, JdT 1932 I 110; ATF 57 II 417, JdT 1932 I 345; ATF 58 II 29, JdT 1932 I 359; ATF 58 II 135, JdT 1933 I 403; ATF 64 II 200 c. 4; 70 II 207 c. 2.

est mis sur l'illicéité. La faute passe au second plan²³⁰⁻²³¹. La même tendance peut être observée en matière médicale: après un discours centré essentiellement sur la faute du médecin²³², le Tribunal fédéral s'efforce aujourd'hui de faire la distinction entre la violation des règles de l'art, soit la violation de l'obligation contractuelle qui correspond à l'illicéité, et la faute, présumée, il est vrai, dans le cadre contractuel (art. 97 al. 1 CO)²³³. En matière médicale, la tendance à insister sur la violation des règles de l'art s'explique également par le fait que la responsabilité de l'Etat pour l'activité des médecins employés dans les hôpitaux publics est engagée en vertu du droit cantonal qui, dans la plupart des cas, n'exige pas la faute des agents publics²³⁴. Dans ces hypothèses, seule l'illicéité ou, ce qui revient au même, la violation des règles de l'art doit être vérifiée²³⁵.

Le rôle de la faute est multiple. Condition de la responsabilité, la faute de l'auteur est aussi un élément intervenant dans la fixation de l'indemnité (art. 43 al. 1 CO); additionnelle, elle est prise en considération dans le cadre des responsabilités objectives, concurrente, elle peut avoir pour effet de diminuer l'indemnité (art. 44 al. 1 CO); entre responsables solidaires, elle constitue un critère permettant au juge de fixer l'étendue des recours (art. 50 al. 2 CO). Les considérations qui suivent valent pour la faute dans tous ses rôles.

Après un énoncé de la conception classique de la faute (1.), j'examinerai l'approche – divergente – de l'Avant-projet (2.) et les cas dans lesquels la délimitation entre l'illicéité et la faute, quoique délicate, me paraît nécessaire (3.). Pour conclure, Franz Werro présentera une conception différente de la question (4.).

1. La conception classique de la faute

Pour commencer, j'exposerai la notion de faute telle qu'elle ressort de la doctrine et la jurisprudence actuelles (a.); je traiterai ensuite de la négligence (b.) et, pour terminer, de la faute des enfants (c.).

230 De nombreux arrêts récents refusent l'existence d'une responsabilité en l'absence d'un acte illicite commis par la personne recherchée, raison pour laquelle la question de la faute n'est pas abordée du tout: ATF 126 III 521; 126 III 113, SJ 2000 I 549; ATF 125 III 86, SJ 1999 I 305; ATF 124 III 297, JdT 1999 I 268, SJ 1998 460; ATF 120 II 248 c. 2c, JdT 1995 I 559 (qui traduit, mais à tort, *Fehler* par faute); ATF 119 II 127, JdT 1994 I 298; ATF 117 II 259, JdT 1992 I 559; ATF 115 II 15, JdT 1989 I 595.

231 Même constat chez WALTER, 63 n. 72 et 73.

232 Par ex., ATF 62 II 274; ATF 64 II 200, JdT 1938 I 567; ATF 66 II 34; 70 II 207.

233 Voir TF, SJ 1999 I 499 c. 4a.

234 Par exemple, TF, 4C.229/2000, SJ 2002 I 253 c. 2b.

235 Par exemple, TF, 4C.229/2000, SJ 2002 I 253 c. 2b et 3 (responsabilité de l'Etat de Vaud).

a) *La notion de faute*

aa. *La notion de faute dans la doctrine*

Traditionnellement, la faute est présentée comme la composante subjective, se rapportant à l'auteur du dommage, par opposition à la composante objective de la responsabilité, qui consiste dans la violation d'une injonction de l'ordre juridique (illicéité)²³⁶.

On observe une certaine tendance de la doctrine à décomposer la faute en couples de notions opposées, ce qui ne facilite pas nécessairement la définition du concept lui-même. Ainsi, les auteurs examinent essentiellement les deux catégories de faute, l'intention et la négligence²³⁷, et en soulignent les deux aspects, l'un objectif (la déviation par rapport à un standard moyen de comportement), l'autre subjectif (la capacité de discernement de l'auteur du dommage)²³⁸. D'autres ouvrages définissent la faute comme un «manquement à la diligence due»²³⁹, ce qui correspond en réalité à la définition de l'une des catégories de la faute, soit la négligence. Par ailleurs, chacun insiste sur le fait que l'appréciation de la faute – soit la composante subjective de la responsabilité²⁴⁰ – est objective en droit suisse²⁴¹.

Selon une définition courante, la faute est «un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique»²⁴². Deux éléments peuvent être identifiés dans cette proposition: d'une part, l'existence d'un devoir (dont la violation constitue un acte illicite), d'autre part, la volonté déficiente du sujet de droit. En d'autres termes, l'auteur, du fait d'un défaut de sa volonté, ne se conforme pas au devoir que lui impose l'ordre juridique. Il aurait pu s'y conformer, mais ne l'a pas fait, soit qu'il s'en soit volontairement écarté (intention), soit qu'il n'y ait pas suffisamment prêté attention (négligence). Encore faut-il que l'auteur ait reconnu ou dû reconnaître (comp. l'art. 3 al. 2 CC)

236 ComRom-WERRO, CO 41 N. 84; SCHWENZER, titre du § 22 («Das Verschulden») in Chapitre 3 [«Die (subjektive) Verantwortlichkeit des Schuldners»]; DESCHENAUX/TERCIER, § 6 N. 5, § 7 N. 4.

237 SCHWENZER, N. 22.11 ss; BK-BREHM, CO 41 N. 191 ss; OFTINGER/STARK I, § 5 N. 13 ss.

238 Par ex., SCHWENZER, N. 22.03; BK-BREHM, CO 41 N. 169 ss; HONSELL, § 6 N. 4.

239 BK-BREHM, CO 41 N. 81; ENGEL, 456 s.; REY, N. 834: «Als objektiv schuldhaft ist ein Verhalten zu bezeichnen, das vom unter gegebenen Umständen angebrachten Durchschnittsverhalten (d. h. demjenigen des «sorgältigen Normalbürgers» in der entsprechenden Situation) abweicht».

240 Cf. *supra*, n. 236.

241 ComRom-WERRO, CO 41 N. 85; SCHWENZER, N. 22.14 s.; HONSELL, § 6 N. 18; REY, N. 844 s., 846 ss; BK-BREHM, CO 41 N. 184 s., 190; OFTINGER/STARK I, § 5 N. 63 ss, 83 ss; DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 27 ss. *Contra*: FELLMANN, RDS 1987 I, 339, 351 ss; voir également, G. PETIT-PIERRE, 285.

242 ComRom-WERRO, CO 41 N. 84; DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 3.

que son comportement pouvait être à l'origine d'un dommage pour un tiers²⁴³. Lorsque tel est le cas, on peut lui reprocher d'avoir agi comme il l'a fait. Dans cette optique, la faute comporte un aspect de reproche adressé à l'auteur pour s'être comporté de manière contraire au droit²⁴⁴. On reproche à l'auteur d'avoir voulu s'écarter de la norme de comportement violée (intention) ou, sans l'avoir voulu, de ne pas l'avoir suivie (négligence). Si son comportement ne peut pas lui être reproché, l'auteur n'est pas fautif, donc n'est pas responsable du dommage.

La nécessité de la capacité délictuelle (art. 16 et 18 CC)²⁴⁵, correspondant selon la doctrine à la composante subjective de la faute, s'explique par l'exigence de la faute ainsi précisée. Aucun reproche ne peut en effet être adressé à celui que son défaut de capacité de discernement empêche de se conformer au devoir légal en cause. Pour combler la lacune de protection dont souffrirait la victime d'un auteur incapable de commettre une faute du fait de son absence de capacité de discernement, l'art. 54 CO (art. 48b AP) prévoit une responsabilité exceptionnelle, indépendante de toute faute, «si l'équité l'exige».

La distinction opérée par l'art. 41 al. 1 CO, et conservée par l'art. 48 AP, entre les deux formes de la faute que constituent l'intention et la négligence rapproche la responsabilité civile de la responsabilité pénale. Deux différences majeures doivent toutefois être mentionnées. Alors que la négligence n'est pénalement réprimée que si le Code pénal le prévoit (art. 18 al. 1 CP), elle engage la responsabilité civile de l'auteur au même titre que l'intention. Par ailleurs, elle représente la forme la plus courante de la faute civile. De plus, là où l'appréciation pénale de la faute est nécessairement subjective dans la mesure où il s'agit de fixer une peine proportionnée à la culpabilité de l'auteur (art. 63 CP), l'appréciation civile tend vers davantage d'objectivité. Le but poursuivi n'est pas le même. En droit pénal, le but est de punir l'auteur de son acte; l'accent est mis sur l'auteur. En revanche, le droit civil cherche à indemniser le lésé du dommage qu'il a subi; l'accent est ici placé sur la victime. L'appréciation de la faute est donc différente, subjective, c'est-à-dire étroitement dépendante des qualités personnelles de l'auteur dans un cas, plus objective dans l'autre.

L'intention suppose que l'auteur ait voulu – ou du moins accepté (dol éventuel) – le résultat illicite; cela signifie qu'il agit avec la conscience et la

243 OPTINGER/STARK I, § 5 N. 16 ss.

244 L'idée du reproche apparaît chez SCHWENZER, N. 22.01; HONSELL, § 6 N. 2; BK-BREHM, CO 41 N. 168; REY, N. 805; WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, 355. Voir aussi, OPTINGER I, § 5 N. 13. Pour la jurisprudence, par exemple, ATF 82 II 25 c. 2, 30.

245 ATF 117 II 591 c. 4, JdT 1994 I 283; ATF 102 II 363 c. 4, JdT 1977 I 306. Voir les auteurs cités *supra*, n. 238.

volonté (comp. art. 18 al. 2 CP)²⁴⁶ de porter atteinte aux droits absolus d'autrui ou de violer une norme imposant ou interdisant un certain comportement. Il n'est pas nécessaire que la conscience et la volonté portent également sur le dommage qui s'est produit²⁴⁷. Agit par négligence celui qui n'a pas voulu le résultat illicite, mais pouvait le prévoir et l'éviter en faisant preuve de la diligence qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui²⁴⁸.

Admettre que l'auteur d'un dommage est fautif, c'est porter un jugement de valeur sur son comportement. La faute, tout comme l'illicéité, qualifie le comportement de celui-ci de manière négative. Les auteurs de l'Avant-projet en déduisent que la faute n'est pas susceptible de preuve, puisqu'elle ne serait pas un fait²⁴⁹. Toutefois, ce jugement de valeur repose sur des faits dont l'existence est objet de preuve. Dans la mesure où l'art. 97 al. 1 CO présume la faute du débiteur, cette disposition admet que la preuve de l'absence de faute peut être apportée. La faute, ou plus précisément les faits dont on peut la déduire, est par conséquent objet de preuve comme toute condition d'une norme quelconque²⁵⁰.

bb. La notion de la faute dans la jurisprudence

A la lecture de la jurisprudence, on s'aperçoit que la faute n'est que rarement un enjeu autonome. En effet, la faute et l'illicéité vont généralement de pair: une fois l'illicéité vérifiée, la faute est admise. Ceci s'explique par le fait que les injonctions de l'ordre juridique sont fondamentalement susceptibles d'être respectées et correspondent au comportement qu'aurait adopté une personne moyenne dans des circonstances déterminées²⁵¹. La jurisprudence confirme cette analyse. L'échec de la prétention du lésé n'est que très exceptionnellement due à l'absence de faute de l'auteur du dommage. Les rares décisions de rejet fondées sur l'absence de faute datent, pour la plupart des cas,

246 SCHWENZER, N. 22.12; DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 20. Sur les trois formes de l'intention, cf. BK-BREHM, CO 41 N. 193 ss; REY, N. 837 ss.

247 DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 22.

248 SCHWENZER, N. 22.14 s.; DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 25 ss. Sur les trois degrés de négligence, cf. BK-BREHM, CO 41 N. 196 ss, et les deux formes de négligence: DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 26.

249 WIDMER/WESSNER, 68 s., 118. Voir aussi, l'art. 56 d al. 1 AP qui ne mentionne que la preuve du dommage et du rapport de causalité, non celle de l'illicéité et de la faute.

250 WERRO, Avant-projet de révision, 21; PORTMANN, Revision, 333 s. Voir par exemple, ATF 89 II 239 c. 10 *in fine*, JdT 1964 I 41: «Es fehlen aber namentlich auch Feststellungen über Konkrete Umstände, gestützt auf welche sich beurteilen liesse, welche Folgen seiner Handlungsweise für Niederberger bei gehöriger Aufmerksamkeit voraussehbar waren. Auch in dieser Hinsicht ist also der Tatbestand (soweit möglich) zu ergänzen». Faute d'apporter la preuve de ces circonstances pertinentes, le lésé ne pourra obtenir la réparation du dommage subi.

251 PORTMANN, Erfolgsunrecht, 279.

de l'époque où l'analyse se faisait principalement sous l'angle de la faute²⁵². Dans la jurisprudence récente, le rejet s'explique généralement par l'absence d'illicéité²⁵³.

L'impression dominante est que l'existence d'un acte illicite fait, *de facto*, présumer la faute. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il jugé sur la base de l'art. 41 CO²⁵⁴ que les propriétaires bordiers qui n'élaguent pas leurs arbres dépassant sur la voie publique «n'invoquent aucune autre circonstance susceptible de les disculper. Leur faute a donc été admise à juste titre»²⁵⁵. On croirait une décision rendue en matière contractuelle sur la base de la présomption de faute de l'art. 97 al. 1 CO.

Dans d'autres cas, la faute est examinée de manière distincte. La responsabilité de l'imprimeur peut être engagée à côté de celles de l'auteur d'un article et du rédacteur d'un journal en cas de publication attentatoire à l'honneur pour autant que les conditions, notamment la faute, soient réunies en la personne de l'imprimeur. Le Tribunal fédéral a retenu dans une décision de 1938²⁵⁶ que «s'agissant de quotidiens sérieux, [...], le simple fait que l'imprimeur ignore la teneur d'un article et le laisse passer ne permet pas de présumer une participation coupable. Pour engager sa responsabilité, il faut des circonstances particulières de nature à mettre en éveil son attention et à l'inciter à exercer un contrôle sur un point spécial, puisque, pratiquement, on ne saurait exiger qu'il examine par avance tous les articles du périodique sortant jour après jour de ses presses»²⁵⁷. La responsabilité de l'imprimeur, malgré l'acte illicite particulièrement grave du rédacteur et de l'éditeur responsable, n'avait pas été admise, car le lésé n'avait pas prouvé que les organes de l'imprimeur eussent participé d'une manière quelconque à la rédaction de l'article incriminé ni qu'ils eussent eu connaissance de son texte avant de l'imprimer. Soixante ans plus tard, cette jurisprudence a été confirmée²⁵⁸: «Ce n'est

252 ATF 45 II 639 c. 2–3; 47 II 409 c. 3; 64 II 200, JdT 1938 I 567; ATF 66 II 34; 85 II 32; 93 II 230, JdT 1968 I 580. Cf. *supra*, n. 229.

253 ATF 126 III 521 (dommage réfléchi); ATF 126 III 113; TF, SJ 2000 I 549 c. 1–2; ATF 119 II 127 c. 3, JdT 1994 I 298; ATF 117 II 259 c. 3, JdT 1992 I 559; ATF 116 II 695 c. 4, JdT 1991 I 625, SJ 1991 299; ATF 115 II 15 c. 3–4, JdT 1989 I 595; ATF 112 II 32, SJ 1986 464. Cf. *supra*, n. 230.

254 Le fait pour les propriétaires de ne pas élaguer leur arbre à la hauteur de 4,50 m du niveau de la voie publique a été considéré comme un acte illicite en raison de l'infraction à l'art. 4 LCR et à l'art. 76 de la loi genevoise sur les routes: ATF 112 II 439 c. 1 b.

255 ATF 112 II 439 c. 1 c, 442.

256 ATF 64 II 14 (responsabilité de l'imprimeur non admise); voir aussi, ATF 64 II 24, JdT 1938 I 455 qui retient la responsabilité de l'imprimeur.

257 ATF 64 II 14 c. 2, 18–19.

258 ATF 116 III 161 c. 5 b, JdT 2000 I 292 (rectifiant l'ATF 120 II 97 c. 2 c, JdT 1996 I 119, pour admettre que la faute est une condition de la réparation du tort moral dans le cadre des art. 28 a al. 3 CC et 49–50 CO).

qu'en présence de circonstances particulières propres à éveiller son attention que l'imprimeur doit procéder à un contrôle minutieux. En revanche, s'agissant de périodiques à sensation ou tendancieux, ou encore si l'affirmation incriminée ne constitue pas une exception, mais que les rédacteurs du périodique ont violé plusieurs fois les dispositions légales en cause, l'imprimeur ne saurait ignorer simplement de tels faits. En pareilles circonstances, on peut exiger de lui une vigilance particulière»²⁵⁹. Ainsi, malgré l'existence d'une atteinte illicite à la personnalité de la victime, donc d'un acte illicite, la responsabilité de l'imprimeur n'est pas engagée s'il n'a pas agi de manière fautive, c'est-à-dire si on ne peut lui reprocher un manque de vigilance quant au contenu des articles qu'il imprime.

Pour clore ce point, on relèvera que la conscience du caractère illicite de l'acte n'est pas un élément nécessaire de la faute. En effet, il serait inéquitable de faire porter au lésé le risque que l'auteur du dommage ignore le caractère illicite de son comportement²⁶⁰.

b) *La négligence*

La plupart des délits civils étant commis par négligence, l'essentiel de la jurisprudence du Tribunal fédéral est consacré à cette seconde forme de la faute, raison pour laquelle la négligence fait l'objet d'un paragraphe distinct. Selon la conception majoritaire, fait preuve de négligence celui qui n'observe pas la diligence requise dans les circonstances du cas d'espèce. Il s'agit ici d'une notion typique de négligence, celle-ci étant définie comme une déviation par rapport au comportement qu'aurait adopté une personne normalement raisonnable²⁶¹, raison pour laquelle on la qualifie d'objective²⁶². La doctrine enseigne qu'il convient de déterminer la catégorie de référence à laquelle appartient l'auteur du dommage sur la base de toutes les circonstances pertinentes, par exemple, l'âge de l'auteur, sa profession, son expérience et, selon les cas, son sexe (dans l'hypothèse où la force physique est en cause)²⁶³. L'importance et le danger de l'activité concernée entrent également en considération²⁶⁴.

259 ATF 116 III 161 c. 5b.bb, JdT 2000 I 292, 300 (responsabilité de l'imprimeur admise).

260 ATF 91 II 25 c. 7. OFTINGER/STARK I, § 5 N. 24 ss.

261 ComRom-WERRO, CO 41 N. 85, 90; HONSELL, § 6 N. 17 s.; BK-BREHM, CO 41 N. 184 s. La personne raisonnable s'appelait autrefois *bonus pater familias*, mais, de nos jours, le bon père de famille tout comme l'homme raisonnable ont perdu leur pipe: WERRO, L'homme raisonnable.

262 Sur l'objectivation de la notion de négligence, cf. OFTINGER/STARK I, § 5 N 63 ss.

263 REY, N. 847; BK-BREHM, CO 41 N. 184. Voir aussi, DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 28.

264 REY, N. 848.

Un tel personnage standard aurait éclairci la situation juridique résultant d'une concession autorisant un service de voyageurs au moyen d'automobiles avant de mettre sur pied un service concurrent²⁶⁵, il aurait tendu une corde pour maintenir le public à une distance suffisante de la piste où se jouait le match de hockey²⁶⁶, il aurait diminué la vitesse de ses skis en approchant du chemin à l'entrée de la forêt où se tenait un homme arrêté²⁶⁷, il aurait posé une barrière pour empêcher tout accès à un étang dont la profondeur avait subitement augmenté du fait de travaux²⁶⁸, il aurait mentionné clairement et sans équivoque, dans l'avis d'ouverture de crédit, les arrangements internes pris avec le bénéficiaire de l'accréditif au sujet de son caractère révocable²⁶⁹, il n'aurait pas sous-estimé les conséquences possibles d'une avalanche déclenchée artificiellement alors qu'il venait de tomber 110 cm de neige fraîche²⁷⁰, il n'aurait pas restitué le véhicule à son propriétaire sans avoir remédié au défaut de la pédale de l'accélérateur ou rendu son client attentif au fait qu'il n'avait pas découvert l'origine du défaut et au danger qui résultait de cette situation²⁷¹. Le fait de ne pas se comporter comme l'aurait fait le personnage décrit ci-dessus est constitutif de négligence.

Cet examen objectif, visant à comparer le comportement concrètement adopté par l'auteur à celui d'une personne raisonnablement diligente placée dans la même situation, évite que l'auteur ne puisse se prévaloir d'excuses subjectives susceptibles d'expliquer son comportement dommageable – violente dispute avec le conjoint, nuit interrompue à plusieurs reprises par les pleurs de bébé, influence néfaste de la pleine lune ou de la bise, etc. – pour se soustraire à l'obligation de réparer.

c) *La faute des enfants*

Seul le mineur capable de discernement est responsable du dommage causé par ses actes illicites (art. 16 et 19 al. 3 CC, art. 41 CO). La capacité de discernement, qui est présumée, est la condition nécessaire de la capacité délictuelle, conçue comme la composante subjective de la faute²⁷². L'auteur doit être à même de se rendre compte de la portée de ses actes, en particulier du danger qu'il fait courir à autrui, et de se comporter d'une manière conforme à cette appréciation.

265 ATF 75 II 212 c. 4.

266 ATF 79 II 66 c. 2.

267 ATF 82 II 25 c. 2, JdT 1956 I 324.

268 ATF 93 II 89 c. 2, JdT 1968 I 322.

269 ATF 93 I 319 c. 5–6, JdT 1969 I 130.

270 ATF 96 II 173 c. 3a, JdT 1972 I 83.

271 TF, SJ 1981 433.

272 Cf. *supra*, n. 238 et 245.

Contrairement à la faute, la capacité de discernement existe ou elle n'existe pas. Telle est du moins l'opinion d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence²⁷³, qui s'explique par le fait que la capacité de discernement est aussi la condition nécessaire de la capacité de faire des actes juridiques; or, celle-ci ne peut être restreinte: un contrat est valable ou il ne l'est pas²⁷⁴. C'est dans une seconde étape qu'il convient d'examiner l'existence et le degré de la faute, le jeune âge intervenant comme facteur d'atténuation de la gravité de la faute²⁷⁵. La jurisprudence récente ne distingue plus ces étapes, admettant simplement que le jeune âge est propre à atténuer la faute, ce qui peut avoir pour conséquence une réduction de l'indemnité²⁷⁶.

L'âge joue par conséquent un rôle dans la mesure où il est en relation avec la capacité de discernement de l'auteur du dommage. Incapable de discernement, l'enfant peut être appelé à répondre, si l'équité l'exige, sur la base de l'art. 54 CO; capable de discernement, il est sujet à la responsabilité pour faute de l'art. 41 CO (art. 19 al. 3 CC). La capacité de discernement apparaît comme une question préalable, à examiner pour elle-même, qui détermine sur quelle base l'auteur du dommage peut être appelé à en répondre. C'est la raison pour laquelle il convient de procéder en étapes distinctes, même si – quant au résultat – la controverse n'a que peu de portée dans le domaine de la responsabilité civile lorsque la capacité de discernement est effectivement admise²⁷⁷.

L'âge intervient ensuite dans l'appréciation de la diligence qui peut être normalement attendue d'un enfant de l'âge de l'auteur, donc de la gravité de la faute. Les tribunaux sont enclins à accorder une réduction de l'indemnité en raison de la légèreté de la faute de l'enfant²⁷⁸. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il jugé qu'un écolier de 12 ans qui dévissait à la main trois des quatre écrous du pylône d'une ligne de haute tension commettait une faute en soi grave. «Mais, commise par un garçon de douze ans dans les circonstances de l'espèce, elle apparaît légère»²⁷⁹, ce qui a entraîné une réduction de l'indemnité à un sixième du dommage. De même la faute d'un skieur de 15 ans a été jugée comme légère, malgré sa vitesse excessive sur une piste dure qui a conduit à

273 BK-BREHM, CO 41 N. 172 et réf. cit. Pour la jurisprudence: ATF 102 II 363 c. 4, JdT 1977 I 306. *Contra*: ComRom-WERRO, CO 41 N. 95.

274 ATF 111 V 58 c. 3a; 117 II 231 c. 2.

275 BK-BREHM, CO 41 N. 172 s. décompose le raisonnement en trois étapes: capacité de discernement, existence de la faute, degré de la faute; pour une casuistique, voir HONSELL, § 6 N. 14 s.; BK-BREHM, CO 41 N. 177 ss.

276 TF, SJ 2001 I 110; ATF 124 III 182 c. 5. D'accord sur ce point, ComRom-WERRO, CO 41 N. 95.

277 Dans le même sens, BK-BREHM, CO 41 N. 172 s.

278 BK-BREHM, CO 43 N. 76 ss.

279 ATF 92 II 9 c. 5, 13.

une collision avec un autre skieur, du fait qu'il faisait partie d'un groupe de jeunes gens du même âge conduit par un moniteur²⁸⁰.

L'âge est – peut-être plus fréquemment encore – un critère pertinent pour juger de la faute concomitante de la victime (art. 44 al. 1 CO). La faute concomitante est, elle aussi, soumise à la condition de la capacité délictuelle. Il ne s'agit en réalité pas d'une «faute» – le lésé ne peut pas commettre de faute contre lui-même –, mais d'un comportement de la personne lésée qui appelle un reproche d'ordre moral²⁸¹. La notion est parallèle à celle de la faute de l'auteur du dommage. Ainsi, s'agissant d'une jeune fille de 14 ans qui saute dans un train en marche de peur d'arriver en retard à l'école et dont les jambes sont broyées²⁸², le Tribunal fédéral relève que des enfants de l'âge de la victime ont tendance à perdre la tête en cas de retard et à se laisser entraîner à adopter un comportement dangereux. Il rappelle que la jurisprudence apprécie avec moins de sévérité la faute concomitante d'un enfant que celle d'un adulte. Il n'en demeure pas moins que la réduction de l'indemnité à 25 % du dommage admise en l'espèce paraît bien sévère pour la victime, en particulier face aux dangers inhérents à l'exploitation du chemin de fer (art. 1 al. 1 LRC).

Indépendamment de la responsabilité propre de l'enfant (mineur), celle du chef de la famille peut être engagée pour le dommage causé par le mineur. Alors que la légèreté de la faute de celui-ci peut conduire à une réduction de l'indemnité qu'il doit, ce même motif ne pourra pas être opposé au lésé par le chef de la famille, responsable du dommage à moins d'apporter la preuve libératoire qu'il a surveillé l'auteur «de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances» (art. 333 CC).

d) Deux exemples

aa. Le canot à moteur

Nous avons vu²⁸³ que le décès du nageur était imputable à un acte illicite du conducteur de l'embarcation, *Durand*. L'employeur de ce dernier avait, selon la Cour de Justice de Genève²⁸⁴, pris tous les soins commandés par les circonstances dans le choix, les instructions et la surveillance de *Durand* et ne pouvait être rendu responsable en vertu de l'art. 55 al. 1 CO.

280 ATF 82 II 25 c. 3, JdT 1956 I 324: réduction à 50 % du dommage, justifiée par la légèreté de la faute de l'auteur et par une faute concomitante du lésé.

281 DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 45s.

282 ATF 102 II 363 c. 4, JdT 1977 I 306.

283 Cf. *supra*, I.B.1.d.

284 CJ GE, SJ 1999 I 11 c. 5a–b.

Reste à examiner la responsabilité personnelle de *Durand*, engagée à condition qu'il ait agi de manière fautive (art. 41 al. 1 CO)²⁸⁵. La question est de savoir si on peut lui reprocher d'avoir touché le nageur avec le canot qu'il conduisait et porté atteinte à sa vie, i. e. de n'avoir pas évité l'accident. Un acte intentionnel étant d'emblée exclu, il faut se demander si *Durand* s'est comporté comme toute personne raisonnable conduisant un bateau à moteur dans un «endroit clairement indiqué comme étant réservé au ski nautique et interdit à la baignade»²⁸⁶, en d'autres termes, si une personne raisonnablement diligente devait compter avec la présence d'un nageur à un tel endroit. La décision genevoise ne fait état d'aucune circonstance particulière. Etant donné que la question ne peut pas être tranchée de manière abstraite²⁸⁷, nous poserons quelques hypothèses de fait. Supposons que le soleil couchant et les vagues aient empêché tout conducteur de canot raisonnablement attentif d'apercevoir la tête du nageur. Ces faits, combinés avec l'interdiction de baignade, conduiraient à retenir que *Durand* a satisfait au comportement standard, n'est pas fautif et ne répond pas du dommage qu'il a pourtant causé de manière illicite. Le raisonnement reste purement objectif.

Supposons au contraire que l'accident se soit produit sur un lac d'huile, par bonne visibilité et qu'un conducteur de canot raisonnable ait dû compter avec l'éventualité de la présence de nageurs indisciplinés, pratique courante à cet endroit précis. Il me paraît que la responsabilité de *Durand* devrait être admise, mais que la veuve de la victime ne pourrait prétendre à une pleine indemnité du fait de la faute concomitante du défunt consistant à avoir nagé dans une aire interdite à la baignade (art. 44 al. 1 CO, 52 al. 1 AP). Là encore, l'analyse reste purement objective. Elle devient subjective si l'on s'interroge sur l'inexpérience et le jeune âge de l'auteur du dommage (imaginons que *Durand* soit un jeune homme de 16 ans, engagé pour le temps des vacances). Selon la conception classique²⁸⁸, relativement objective, il est admis que l'inexpérience et l'âge soient pris en compte dans l'élaboration du comportement standard de comparaison permettant de déterminer quelle est la mesure de la diligence que l'on pouvait attendre de *Durand*. La libération de responsabilité – ou, du moins, une réduction de l'indemnité pour faute légère – entrerait à mon avis en considération.

Poursuivons la même hypothèse de fait: la veuve ne peut obtenir la réparation de son dommage en raison de l'absence de faute de l'auteur, vu

285 Cette question n'est pas abordée dans l'arrêt de la Cour de Justice de Genève.

286 CJ GE, SJ 1999 I 11, 14.

287 Cf. WERRO, *L'homme raisonnable*, 117s., qui critique cette décision dans la mesure où elle invoque ce qui est «raisonnable» sans pour autant fournir les faits pertinents de manière suffisamment détaillée pour justifier cette appréciation.

288 Cf. *supra*, n. 263.

l'inexpérience et le jeune âge de celui-ci. La question de la responsabilité de l'employeur se poserait sous un jour nouveau. L'employeur ne pourrait en effet plus apporter la preuve libératoire de l'art. 55 al. 1 CO. Il aurait à tout le moins mal choisi le conducteur du canot en le laissant, malgré son jeune âge et son inexpérience, circuler seul dans une aire que les baigneurs fréquentent, en dépit de l'interdiction affichée. La situation serait donc celle d'un employeur responsable en raison de son manque de diligence, alors que l'employé lui-même n'aurait pas commis de faute. Face à un employeur responsable, et malgré le comportement non fautif de l'auteur du dommage, la victime n'aurait pas à supporter elle-même son dommage.

Cet exemple montre que la faute est une condition nécessaire de la responsabilité civile, si l'on veut éviter que toutes les atteintes à un droit absolu en lien de causalité naturelle et adéquate avec le comportement de l'auteur ne donnent nécessairement lieu à réparation.

bb. La rupture des canalisations

L'analyse faite plus haut²⁸⁹ a montré que le coup de marteau-piqueur porté par l'ouvrier dans la canalisation constitue un acte illicite du fait de violation de l'interdiction statué par l'art. 239 CP. La responsabilité personnelle de l'ouvrier dépendra de la question de savoir s'il a agi de manière négligente (l'intention n'entre à nouveau pas en ligne de compte ici), c'est-à-dire s'il a mené son action de creuser en prenant toutes les précautions nécessaires au bon accomplissement de sa tâche. Dans l'affaire *Traber*²⁹⁰, le manœuvre travaillait sur la base du plan que lui avait remis l'entrepreneur *Traber*, son employeur. Ce plan était imprécis, raison pour laquelle on ne pouvait pas attendre du manœuvre qu'il évite d'endommager la canalisation en accomplissant son travail. L'auxiliaire ayant fait preuve de toute la diligence qui pouvait être attendue de lui, il n'est pas en faute (art. 41 CO). Il est important, ici également, de corriger le fait qu'on puisse qualifier le comportement de l'auxiliaire comme étant illicite en se demandant si son acte pouvait objectivement lui être reproché.

L'employeur, *Traber*, en revanche, n'avait pas pris toutes les mesures préalables qui s'imposaient; il n'avait en particulier pas fait les recherches nécessaires pour trouver un plan plus sûr qui aurait permis d'éviter qu'une canalisation ne fût percée²⁹¹. Ayant mal instruit son auxiliaire, il ne peut pas apporter la preuve libératoire prévue par l'art. 55 al. 1 CO.

289 Cf. *supra*, I.B.1.d.

290 ATF 97 II 221, JdT 1972 I 365.

291 Il est constaté dans l'état de fait qu'un tel plan existait (A.): ATF 97 II 221 c. 3b, JdT 1972 I 365.

2. *L'Avant-projet et la subjectivation de la notion de faute*

Par le terme de «subjectivation» (ou «subjectivisation», *Subjektivisierung*), on vise une appréciation de la faute qui tienne davantage compte des circonstances touchant à la personne de l'auteur, contrairement à l'approche dite objective de l'opinion majoritaire²⁹², qui refuse de prendre en compte de telles circonstances. Le débat porte en réalité sur la seule négligence, soit la déviation par rapport au comportement qu'aurait adopté une personne normalement raisonnable²⁹³. Une partie de l'opinion voit dans l'appréciation objectivée de la négligence une manière contestable d'instituer une «responsabilité pour faute sans faute»²⁹⁴.

En réponse à cette dénaturation de la responsabilité pour faute, les auteurs de l'Avant-projet préconisent une conception plus subjective de la faute qui fait intervenir la «situation individuelle de l'auteur du dommage» dans la détermination du standard de diligence requis (art. 48 a al. 1 CO), la situation individuelle étant fonction de l'âge, de la formation, des connaissances ainsi que des autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage (art. 48 a al. 2 CO). On retrouve les «aptitudes et qualités» qui permettent de déterminer la mesure de la diligence incombant au travailleur (art. 321 e al. 2 CO)²⁹⁵. L'Avant-projet a occasionné de vives réactions sur ce point²⁹⁶. L'objection principale adressée à la subjectivation de la notion de diligence est de diminuer la protection dont doit jouir la victime.

1. Il convient toutefois de ne pas exagérer la distinction²⁹⁷ entre l'approche traditionnelle dite objective, fondée sur un standard moyen de comportement, et celle, plus proche de l'auteur, proposée par l'Avant-projet. L'approche actuelle n'est que relativement objective, comme le montre l'exemple du canot à moteur (cf. *supra* I.C.1.d.). Les circonstances permettant aujourd'hui d'établir un standard de comportement moyen à comparer avec le comportement de l'auteur du dommage, correspondent largement aux circonstances prises en compte par l'Avant-projet. La situation individuelle est définie par référence à l'âge, la formation, les connaissances ainsi que les autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage (art. 48 a al. 2 AP), alors que, on l'a vu²⁹⁸, la doctrine

292 Cf. réf. cit. *supra*, n. 241.

293 Cf. *supra*, n. 261.

294 WIDMER/WESSNER, 120 et réf. cit. n. 579; expression notamment utilisée par DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 30; voir déjà YUNG, Principes fondamentaux, 422. Cf. également FELLMANN, 342 s., 351 ss.

295 Cf. BaK-REHBINDER, CO 321e N. 5, et *infra*, n. 480.

296 WERRO, Fondements, 23 s. et réf. cit. n. 18; PORTMANN, Revision, 346 ss, 348 s.; HONSELL, Reform, *passim*; WEBER, 264.

297 Dans ce sens, ROBERTO, N. 222; SCHWENZER, N. 22.19.

298 Cf. *supra*, n. 263 et 264.

accepte de fixer le standard de comportement applicable dans un cas d'espèce sur la base de l'âge (critère identique), la profession et l'expérience (correspondant à la formation et aux connaissances), le sexe pour ce qui concerne la force physique (qui pourrait être classée dans «les autres aptitudes et qualités»). Ce sont des circonstances très semblables à celles intervenant dans l'élaboration du standard objectif de comparaison qui sont prises en considération par l'art. 48 a al. 2 AP. Par ailleurs, l'on pourra souvent opposer à une excuse purement subjective tenant à la situation individuelle (la fatigue, le manque de compétences, etc.), le fait que l'auteur du dommage s'est mis lui-même en situation de ne pas respecter ses devoirs (*Übernahmeverschulden*).

Si l'on se tourne vers la jurisprudence, on s'aperçoit que les cas dans lesquels le Tribunal fédéral a refusé de retenir certaines excuses de l'auteur du dommage, ne seraient probablement pas jugés différemment sous l'empire de l'art. 48 a AP. Le Tribunal fédéral a très tôt admis que le fait pour un conducteur, impliqué dans un accident mortel, d'avoir agi sous l'emprise de l'alcool ne diminuait pas sa faute, mais l'augmentait²⁹⁹. On n'imagine pas que l'art. 48 a al. 2 AP permette à un tel conducteur de plaider l'absence de faute: l'ivresse n'entre ni dans les aptitudes ni dans les qualités particulières de l'auteur à qui on pourra reprocher d'avoir pris le volant dans ces conditions.

2. La *fatigue* a été avancée à plusieurs reprises pour expliquer des *accidents de la circulation* survenus avant que la loi sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles du 15 mars 1932 ne consacre le principe de la responsabilité objective (art. 37 LA). S'agissant d'un accident survenu alors que le conducteur circulait sans excès de vitesse et n'était pas pris de boisson, le Tribunal fédéral retient ce qui suit: «Celui qui, sentant son extrême fatigue et devant se rendre compte qu'il risque de succomber au sommeil, se met néanmoins au volant d'une automobile, est coupable d'imprudence. Quand on conduit et qu'on a entre ses mains, outre sa propre vie, celle d'autres personnes, (...), on n'a pas le droit de s'endormir, car ce serait enfreindre la règle fondamentale de la circulation sur les routes qui interdit de mettre en danger son prochain. On ne peut que souscrire aux considérants des premiers juges selon lesquels, étant données les circonstances, le défendeur aurait dû refuser de continuer sa route s'il n'était pas sûr de pouvoir résister au sommeil»³⁰⁰. Les mêmes considérations ont conduit le Tribunal fédéral³⁰¹ à admettre la faute d'un conducteur de camion, qui avait touché mortellement deux jeunes garçons alors qu'il accomplissait un dernier trajet pour son employeur un jour

299 ATF 57 II 293 c. 3.

300 ATF 58 II 135 c. 1, 138.

301 ATF 58 II 29 c. 1.

de grande chaleur³⁰². Ledit conducteur avait, selon les juges, le choix entre effectuer cette course supplémentaire en faisant appel à ses dernières forces ou refuser à son employeur de continuer à conduire, vu sa fatigue. La décision concède qu'un tel refus aurait demandé du courage et n'aurait pas été sans risque personnel pour l'employé. Mais étant donné le danger lié à la conduite d'un véhicule automobile, il incombait à l'employé de prendre ses responsabilités à l'égard de son employeur.

La fatigue des conducteurs sus-mentionnés serait-elle excusée selon l'art. 48 a AP? La réponse pourrait être positive, car la fatigue est précisément l'une des excuses admises par les auteurs de l'Avant-projet³⁰³ au titre, sans doute, des «aptitudes» (ou des «qualités»?) de l'auteur. Pareille conclusion ne manquerait pas de choquer. Rappelons-nous toutefois que le but des lois successives sur la circulation routière est précisément d'instituer une responsabilité objective, justifiée par le seul risque lié à l'utilisation du véhicule, indépendante de toute faute, et qui couvre tant le fait d'autrui que le cas fortuit³⁰⁴. Cela signifie que la victime ne se trouve pas sans recours, son dommage étant transféré au détenteur ou, plus sûrement encore, à son assureur responsabilité civile (art. 65 LCR). Le but premier du droit de la responsabilité civile, soit l'indemnisation de la victime, est donc atteint. Dans ce domaine, il n'est pas nécessaire d'objectiver à tout prix la faute du conducteur pour éviter que la victime ne soit pas indemnisée. De manière générale, la loi institue, pour les cas où la responsabilité pour faute ne suffit pas à protéger les victimes, de nombreux cas de responsabilité indépendante de toute faute. L'Avant-projet a ainsi étendu la responsabilité de l'entreprise (art. 49 a AP) et généralisé la responsabilité pour risque (art. 50 AP). Grâce aux lois spéciales de responsabilité, les domaines dans lesquels le principe de la faute ne suffit pas à assurer la protection nécessaire de la victime ont ainsi été définis, ce qui permet une appréciation subjective de la faute lorsque la norme générale de responsabilité est invoquée³⁰⁵.

En matière de circulation routière, l'existence d'une responsabilité du détenteur ne résout cependant pas directement la question de savoir si les conducteurs mentionnés plus haut peuvent faire valoir leur fatigue pour excuser leur comportement. Pour y répondre, il convient de s'interroger sur l'origine de cette fatigue. Le conducteur qui prend la décision de poursuivre sa route alors qu'il se sait très fatigué, assume une faute antérieure à l'accident,

302 Des températures de 16,5°C à 8h, 26.6°C vers 12h30 et 21,7°C vers 18h30 étaient apparemment considérées comme élevées en 1932.

303 WIDMER/WESSNER, 121.

304 DESCHENAUX/TERCIER, § 15 N. 15 ss.

305 Telle est l'idée des auteurs de l'Avant-projet: WIDMER/WESSNER, 20, 120. Cf. dans le même sens, FELLMANN, 359 ss.

qui affecte sa décision de conduire dans un tel état (*Übernahmeverschulden*)³⁰⁶. C'est pourquoi, il ne se justifie à mon avis pas de libérer le premier conducteur (ATF 58 II 135). Quant au second conducteur (ATF 58 II 29), à qui le reproche de n'avoir pas refusé d'accomplir la course requise par son employeur paraît bien sévère, seule une négligence légère devrait lui être imputée. Cela signifie que sa responsabilité serait bel et bien engagée, mais que le juge disposerait de la faculté de réduire l'indemnité sur la base de l'art. 43 al. 1 CO (art. 52 al. 1 AP). La victime, dans un tel cas, pourrait également – et plus sûrement – réclamer la réparation de son dommage à l'employeur (art. 55 al. 1 CO, art. 49 AP), ce dernier n'ayant pas satisfait, même en droit actuel, à son devoir d'instruire l'employé de manière appropriée.

3. Autre pomme classique de discorde, la fatigue du *chirurgien* de garde doit, selon les auteurs de l'Avant-projet³⁰⁷, être prise en compte en faveur de celui-ci. Le raisonnement tenu plus haut, qui consisterait à placer le chirurgien devant ses responsabilités et à retenir contre lui le fait qu'il a effectué une opération dans un état de trop grande fatigue, n'est pas nécessairement approprié, en particulier lorsque ledit chirurgien est engagé par un établissement public. Dans un tel établissement, le choix de l'horaire de travail n'appartient pas au personnel hospitalier. Or, il paraîtrait choquant de faire supporter au médecin individuel le poids d'un système complexe qui lui échappe du fait qu'il relève de la politique médicale menée par une collectivité publique et fonctionne souvent sur la base des horaires excessivement chargés du personnel hospitalier. La déficience organisationnelle des hôpitaux publics n'a pas à être supportée par les individus qui travaillent dans ces institutions. C'est pourquoi il conviendrait, dans ce cas également, de ne retenir qu'une faute légère à charge du chirurgien, le juge conservant la possibilité de réduire l'indemnité (art. 43 al. 1 CO, art. 52 al. 1 CO). Ce raisonnement ne porte pas une atteinte insupportable à la situation de la victime. En effet, l'indemnisation interviendrait également par le biais de la responsabilité de l'Etat, engagée en vertu de l'art. 49a AP, sans que la faute personnelle du chirurgien ne soit prise en compte dans la fixation de l'indemnité sur cette base.

4. Les auteurs de l'Avant-projet excusent également la personne recherchée qui «fait valoir en toute bonne foi qu'elle n'a pas pu prévoir le résultat dommageable – en soi prévisible – en raison de *capacités intellectuelles ou caractérielles inférieures à la moyenne*»³⁰⁸. Cette affirmation provoque une vive

306 SCHWENZER, N. 22.19. ATF 124 III 155 c. 3b, SJ 1998 689.

307 WIDMER/WESSNER, 121.

308 WIDMER/WESSNER, 121.

opposition³⁰⁹. L'idée que la victime d'un auteur dont les capacités intellectuelles, mais aussi physiques³¹⁰, sont inférieures à la moyenne soit moins bien protégée paraît insupportable. La question appelle plusieurs remarques valables de manière générale.

aa. Le besoin de protection de la victime peut être satisfait par le recours à des chefs de responsabilité non soumis à la faute, incombant soit à l'auteur du dommage, soit à d'autres personnes, il n'est pas indispensable de rendre l'auteur du dommage responsable au prix d'une notion purement objective de la faute. Il est important de replacer la responsabilité de l'auteur du dommage dans le contexte plus général qui est souvent le sien, sans oublier les autres chefs de responsabilité susceptibles d'être engagés (art. 53 et 53 b AP).

bb. Une conception subjective de la faute ne conduit pas nécessairement à nier la responsabilité de l'auteur. Il est au contraire possible d'admettre la responsabilité dans un premier temps conformément à un standard de comportement objectif établi sur la base des circonstances pertinentes. Dans un second temps, le juge s'inspirera d'éléments subjectifs pour apprécier l'importance de la faute et, le cas échéant, réduire l'indemnité en raison de la légèreté de la faute de l'auteur (art. 43 al. 1 CO, art. 52 al. 1 AP)³¹¹.

cc. L'appréciation subjective de la faute ne conduit pas inévitablement à une réduction de l'indemnité. Elle permet également de montrer davantage de sévérité à l'égard du spécialiste dont on peut attendre un niveau de diligence supérieur à la moyenne³¹². Le dommage constitue bien entendu la limite supérieure de l'indemnité, mais la faute grave du spécialiste pourrait, le cas échéant, être de nature à contrebalancer la faute concomitante de la victime pour aboutir à une indemnité non réduite. Cette possibilité d'apprécier plus sévèrement la faute de l'auteur devrait en particulier jouer un rôle important en matière professionnelle³¹³.

309 Notamment, WERRO, *Fondements*, 24; HONSELL, *Reform*, *passim*; WEBER, 264.

310 HORTON ROGERS, 367, semble prêt à faire quelques concessions au profit de personnes souffrant d'un handicap physique, même si la justification théorique de cette mansuétude ne lui paraît pas évidente.

311 Sur ce raisonnement en deux temps, cf. WIDMER/WESSNER, 121. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral, dans l'ATF 61 II 229 c. 2, 237, JdT 1936 I 84, diminue l'indemnité à laquelle il condamne l'administrateur unique d'une société, auteur d'une tromperie intentionnelle, car, au moment des faits, l'administrateur était malade, ce qui avait amoindri sa capacité de résister à la tentation d'obtenir des moyens financiers au moyen d'une tromperie; indemnité réduite à environ un tiers du dommage.

312 WIDMER/WESSNER, 121.

313 Voir *infra*, II.C.1.b. ff.

Il résulte des considérations qui précèdent que l'extension de la responsabilité dans les entreprises et pour risque (art. 49 a et 50 AP), combinée avec l'appréciation subjective de la faute, pourrait conduire à une prise en compte plus nuancée de la faute de l'auteur³¹⁴, qui se répercuterait sur la fixation de l'indemnité (art. 52 al. 1 AP). A cet égard, la retenue manifestée par le Tribunal fédéral dans l'application de l'actuel art. 43 al. 1 CO est regrettable³¹⁵.

5. Revenons un instant à l'exemple du canot à moteur. La dernière série d'excuses mentionnées plus haut³¹⁶, soit le jeune âge et l'inexpérience du conducteur, correspondent à n'en pas douter aux critères mentionnés à l'art. 48 a al. 2 AP, qui permettent de déterminer la diligence requise de l'auteur du dommage. On s'aperçoit, sur la base de l'état de fait examiné, que l'actuelle appréciation relativement objective de la négligence conduirait au même résultat que la conception subjective (critiquée) de l'Avant-projet. Quant à la responsabilité de l'employeur, l'art. 49 AP ne conduirait pas à une solution différente de celle de l'actuel art. 55 CO. On admettrait la responsabilité de l'employeur qui aurait mal choisi une personne trop jeune et inexpérimentée pour conduire le canot à moteur, alors même que l'auxiliaire échapperait à toute responsabilité.

3. *Une délimitation parfois difficile, mais nécessaire*

Le comportement de l'auteur conduit à la réparation du dommage causé pour autant qu'il remplit le double qualificatif d'illicite et de fautif. L'illicéité et la faute sont les deux manières négatives de qualifier un comportement, la première étant qualifiée d'objective, la seconde, de subjective. L'illicéité implique une comparaison objective entre le comportement de l'auteur et un devoir légal, alors que la faute permet de vérifier si le comportement objectivement exigé par l'ordre juridique pouvait subjectivement être imposé à celui qui a agi. Cette double qualification est nécessaire dans les cas – certes rares – où, malgré l'existence d'une atteinte illicite, aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur. Il convient à présent d'examiner les hypothèses dans lesquelles la distinction entre l'illicéité et la faute se révèle délicate, soit qu'il est difficile de déterminer laquelle des deux conditions est examinée (a.), soit

314 Dans ce sens, WINIGER, Responsabilité pour risque, III.

315 Dans le même sens, TERCIER, Cent ans de responsabilité, 209 s.; ROLAND BREHM, «L'étendue des dommages-intérêts (dans le cadre des art. 43 al. 1 et 44 al. 2 CO)», in *Die Verantwortlichkeit im Recht*, Zurich 1981, T. II, 499 ss. Il est intéressant de constater la disparition de la rubrique «Gravité de la faute» dans le répertoire général des ATF à partir du volume 10 (années 91–100/1965–1974).

316 Cf. *supra*, I.C.1.d.

que l'énoncé de l'illicéité provoque une confusion avec l'élément de faute (b.-d.).

a) *La création d'un état de chose dangereux (Gefahrensatz) et l'omission (Garantenstellung)*

Selon un principe fondamental de l'ordre juridique, celui qui crée ou entretient un état de choses dangereux pour autrui est tenu de prendre les mesures nécessaires pour éviter que le danger ne se réalise³¹⁷. La portée de la règle est controversée. Pour certains auteurs, la violation de celle-ci constitue un acte illicite³¹⁸. Selon d'autres, elle serait constitutive de faute³¹⁹.

Quant à la jurisprudence, elle a varié. Après en avoir fait tantôt un cas d'illicéité³²⁰, tantôt un cas de faute³²¹, le Tribunal fédéral a récemment clarifié sa vision des choses: «La violation d'un devoir juridique tendant à prévenir un dommage est seule constitutive d'un acte illicite, et pas non déjà la création ou la tolérance d'une situation dangereuse»³²². Ainsi, ce n'est pas le fait de skier trop vite qui constitue un acte illicite, mais le fait d'avoir heurté et blessé un autre skieur; se rend coupable de négligence le skieur qui n'adapte pas sa vitesse à la configuration des lieux (descente raide et gelée). En effet, la faute «peut consister, notamment, dans le fait de créer ou de laisser subsister un état de choses dangereux pour autrui sans prendre toutes les mesures commandées par les circonstances afin d'empêcher un dommage de se produire»³²³. Cela signifie que, contrairement à ce qui a parfois été admis³²⁴, le principe de la création d'un état de choses dangereux n'est pas une règle protectrice du patrimoine dont la violation constituerait un acte illicite, mais permet d'apprécier la faute de l'auteur ou de déterminer l'existence d'un rapport de causalité³²⁵.

317 Cf. JAUN, 141 ss, 150 ss; REY, N. 753; WIDMER, *Privatrechtliche Haftung*, 40s.; YUNG, *Principes fondamentaux*, 419s. Voir l'analyse de WIDMER/WESSNER, 5, 102 s., 134 ss.

318 SCHWENZER, N. 50.33.

319 HONSELL, § 4 N. 35; REY, N. 866 ss. Sur l'ensemble du problème, voir l'analyse de CHAUDET/KOCH, 74 ss et leurs intéressantes conclusions, 82 ss.

320 ATF 116 Ib 367 c. 4b et 6b, JdT 1991 I 382; ATF 116 Ia 162 c. 2c, JdT 1992 IV 52; ATF 95 II 93 c. 3, JdT 1970 I 330; ATF 82 II 25 c. 1, JdT 1956 I 334.

321 ATF 112 II 439 c. 1c; 79 II 69 c. 2; 77 II 148 c. 2; ATF 71 II 107 c. 2.

322 TF, SJ 2000 I 549 c. 2b. Voir aussi, ATF 124 III 297 c. 5b, SJ 1998 460; ATF 123 II 306 c. 4a; 119 II 127 c. 3, JdT 1994 I 298 et commentaire C. CHAPPUIS, *Plongeur dangereux*, 47s.

323 ATF 123 III 306 c. 4a, 312.

324 ATF 93 II 329 c. 5, JdT 1969 I 130 et la critique de SCHÖNLE, *Responsabilité du donneur de crédit*, 153 s.

325 ATF 124 III 297 c. 5b, SJ 1998 460; ATF 119 II 127 c. 3, JdT 1994 I 298.

La fonction du principe de la création d'un état de choses dangereux est ainsi double. En cas d'atteinte à un droit subjectif absolu résultant d'une omission, l'illicéité de l'atteinte suppose l'existence d'un devoir d'agir. Ce devoir peut trouver sa source dans la règle obligeant celui qui crée un état de fait dangereux à prendre les mesures qui s'imposent. Lorsque ces mesures ont été omises, l'atteinte au droit subjectif d'autrui qui en résulte constitue un acte illicite imputable à celui qui était tenu de prendre lesdites mesures³²⁶. L'omission n'est pas illicite lorsqu'il n'existe aucun devoir juridique d'agir. Ne commet dès lors pas un acte illicite le client du supermarché qui omet de ramasser la peau de banane aperçue sur le sol du supermarché et sur laquelle glisse un autre client, car il n'existe aucun devoir d'agir à la charge du premier envers le second³²⁷.

La blessure infligée par le skieur mentionné plus haut n'est pas le résultat d'une omission de celui-ci. Nul besoin d'établir un devoir juridique d'agir dans un tel cas. Le fait de ne pas contrôler sa vitesse en risquant de ne pas apercevoir une autre personne à temps est en revanche constitutif d'une faute par négligence³²⁸, raison pour laquelle le skieur ne peut se libérer de sa responsabilité en faisant valoir qu'il n'a pas voulu ce qui est arrivé.

Dans l'affaire du plongeur de Colombier³²⁹, l'Association de Développement de Colombier a laissé se créer une situation dangereuse pour les utilisateurs du plongeur qu'elle était censée entretenir. Même si elle n'a pas créé la situation dangereuse, l'association devait prendre les mesures nécessaires pour empêcher un dommage de se produire. Au nombre des mesures commandées par les circonstances, l'arrêt mentionne les instructions de procéder à un contrôle de sécurité, au-delà de la simple maintenance, et de vérifier à intervalles réguliers la profondeur de l'eau autour du plongeur. L'omission de prendre ces mesures a causé l'accident, raison pour laquelle l'atteinte subie par la victime constitue un acte illicite imputable à l'association. Le fait que l'organe de l'association ait été acquitté dans le procès pénal n'empêche pas le juge civil de retenir une faute à sa charge (art. 53 CO). L'arrêt n'examine pas la faute de l'organe de l'association de manière véritablement distincte³³⁰. Toutefois, il est possible de déduire des circonstances

326 TF 4C.186/2001 du 5 novembre 2001, c. 3a; ATF 126 III 113 c. 2a.aa. Sur l'illicéité d'une omission, voir aussi, ATF 123 II 577 c. 4d. ff; 115 II 15 c. 3b-c, JdT 1989 I 595.

327 Cf. l'exemple de SCHWENZER, N. 50.29.

328 REY, N. 866 ss, sur la constatation de la négligence à l'aide du principe de la création d'un état de choses dangereux.

329 ATF 123 III 307 c. 4.

330 ATF 123 II 307 c. 4b, 313: «En laissant subsister un état de choses dangereux qui a entraîné une atteinte au droit absolu que constitue l'intégrité corporelle du lésé, les organes de la défenderesse ont commis un acte illicite par négligence et engagé, ce faisant, la responsabilité de cette personne morale».

mentionnées qu'un reproche peut être adressé à l'organe pour n'avoir concrètement pas pris les mesures qui étaient objectivement commandées par les circonstances.

On peut supposer que, de manière générale, l'omission des mesures nécessaires pourra être reprochée à l'auteur et, partant, que la faute sera donnée dans le cas d'une omission dont on a constaté l'illicéité, comme elle l'est dans la plupart des cas³³¹. La difficulté de délimitation n'est fondamentalement pas plus grande dans cette hypothèse particulière qu'elle ne l'est en général.

b) *L'interdiction de tromper autrui*

Deux règles non écrites posées par la jurisprudence englobent, dans certaines de leurs formulations, la faute dans la définition de l'illicéité: ainsi, le dol, soit la tromperie intentionnelle, et la fourniture de renseignements sciemment inexacts.

aa. *La tromperie intentionnelle*

Le Tribunal fédéral a posé en principe que le dol, soit la tromperie *intentionnelle*, constituait un acte illicite³³². Il s'agissait en l'espèce d'un prêt obtenu sur la foi d'un état de fortune erroné fourni par l'administrateur unique d'une société anonyme. La faillite fut déclarée peu après et le demandeur réduit au dividende. L'arrêt retient que le fait pour l'administrateur d'avoir intentionnellement trompé le demandeur en lui fournissant des chiffres inexacts était illicite (art. 55 al. 3 CC et art. 41 CO). Formulée ainsi, la règle confond la faute (sous sa forme intentionnelle) et l'illicéité.

Quelques années plus tard, le Tribunal fédéral apporte une précision à cette jurisprudence dans une affaire mettant en jeu la responsabilité d'une banque qui avait inscrit, de manière injustifiée, deux versements au crédit du compte d'une société cliente³³³. Le prix de vente des actions de ladite société fut fixé à un montant exagérément élevé sur la base du bilan reflétant ces écritures passées à tort. L'acheteur des actions réclama à la banque la réparation du dommage résultant pour lui des avis de crédit injustifiés. Le Tribunal fédéral considère que l'inscription injustifiée de montants au crédit de la société dans le but (*Absicht*) de tromper des tiers constitue indubitablement un acte illicite au sens de l'art. 41 CO. Toutefois, l'intention de tromper des tiers n'était en l'espèce pas établie. Après avoir rappelé que l'art. 41 CO rend également res-

331 Cf. *supra*, n. 251.

332 ATF 61 II 228 c. 2, JdT 1936 I 84. Sur l'illicéité du dol au sens de l'art. 28 CO, cf. SCHWENZER, N. 38.09.

333 ATF 89 II 239, JdT 1964 I 41.

ponsable celui qui agit par négligence, le Tribunal fédéral envisage une responsabilité de la banque pour autant que, sans avoir eu l'intention (même par dol éventuel) de tromper les tiers sur la situation financière de la société, elle ait consciemment crédité le compte de la société de manière injustifiée et pu prévoir, en faisant preuve de la diligence requise, que la bonification induirait des tiers en erreur³³⁴. Une distinction est ici faite entre la tromperie d'autrui et la faute qui peut prendre la forme intentionnelle ou celle de la négligence. L'affaire est renvoyée à la cour inférieure, notamment pour déterminer si une négligence de l'organe pouvait être imputée à la banque (art. 55 al. 2 CC, art. 718 al. 3 aCO). On relèvera qu'il n'était alors plus question d'un véritable dol, soit d'une tromperie intentionnelle.

Le Tribunal fédéral est récemment revenu sur la question, dans un arrêt non publié du 30 octobre 2002 en confirmant que «Le dol, au sens de l'art. 28 CO, constitue manifestement un acte illicite (ATF 108 II 419 consid. 5 et les auteurs cités p. 412). Il s'agit d'une tromperie intentionnelle de la victime par l'auteur»³³⁵. Comme dans la première affaire citée, l'intention de tromper constitue un élément essentiel du dol, donc de l'acte illicite. L'arrêt poursuit: «Agit notamment par *dol* celui qui se tait sur des faits que la loyauté en affaires exigeait qu'il indiquât à l'autre partie lors de pourparlers précédant la conclusion du contrat, ou de manière générale lorsque l'auteur dissimule des faits, alors qu'il avait l'obligation juridique de renseigner (ATF 117 II 218 consid. 6a et l'arrêt cité p. 228)»³³⁶. Or, le passage de l'ATF 117 cité donne une définition de ce qu'est la tromperie (*Täuschung*) qui correspond à celle qui est reproduite dans l'ATF du 30 octobre 2002. Il ne se réfère cependant pas à l'intention, ce qui produit une certaine confusion entre le dol, nécessairement intentionnel au sens de l'art. 28 CO (*absichtliche Täuschung*), et la tromperie simple (*Täuschung*) qui peut aussi intervenir par négligence.

Au centre du raisonnement, le Tribunal fédéral place l'existence d'une obligation juridique de renseigner ou d'informer qu'il s'agit d'établir pour déterminer si l'omission de renseigner ou d'informer constitue un acte illicite. Il apparaît que, dans ce cas comme dans d'autres, la violation du devoir dont on déduit l'illicéité peut être distinguée de l'intention ou de la négligence, donc de la faute. A titre d'illustration, on relèvera que l'obligation d'informer est souvent liée à la position dans laquelle se trouve une personne au sein d'une société; cette personne peut avoir agi dans l'intention d'amener la victime à un investissement ou à un autre acte défavorable pour elle dans

334 ATF 89 II 239 c. 6, JdT 1964 I 41.

335 TF, 4C.202/2002 c. 3.1 du 30 octobre 2002, à paraître in SJ 2003 I.

336 *Ibidem* (italiques ajoutées).

l'intérêt de la société³³⁷, elle peut aussi n'avoir pas été suffisamment attentive en donnant l'information en question³³⁸.

bb. Les renseignements inexacts

La jurisprudence énonce une autre règle non écrite, très proche du point de vue de l'état de fait, qui manifeste également une certaine confusion entre l'illicéité et la faute³³⁹: «Agit de manière illicite non seulement celui qui articule *sciemment ou par légèreté* des faits inexacts, mais encore celui qui passe sous silence des faits qu'il connaît et dont il doit se dire que la révélation pourrait influencer la décision de l'autre partie»³⁴⁰.

Les éléments relatifs à la faute («sciemment ou par légèreté») peuvent toutefois être isolés, sans difficulté, des autres conditions de l'illicéité. Le comportement illicite consiste à donner des renseignements inexacts (mauvais conseils) lorsque certaines conditions préalables sont réunies: l'auteur du renseignement est interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître parce qu'il occupe une position de spécialiste, le destinataire du renseignement prend des dispositions sur la foi du renseignement reçu. Le renseignement inexact ou le mauvais conseil peuvent être donnés de manière sciemment inexacte ou, hypothèse certainement plus fréquente, inexacte par négligence. L'auteur du renseignement ou du conseil agit par négligence lorsqu'il omet de prendre lui-même les informations nécessaires à une réponse fondée.

337 Voir par exemple l'ATF 41 II 77 c. 5 et 6: information objectivement fausse donnée par une banque sur une société cliente dans des circonstances telles que le Tribunal fédéral retient le dol.

338 Commet une négligence grave, le directeur de la *Bank in Ragaz* qui affirme à tort qu'un livret au porteur jouirait du privilège des déposants au même titre qu'un livret nominatif; comme spécialiste en matière bancaire, il «devait bien penser que les fonds placés sur livrets d'épargne au porteur ne peuvent jouir d'un privilège quand le propriétaire de ces livrets en a déjà d'autres auprès de la même banque. Tout au moins aurait-il dû considérer la question comme douteuse et se renseigner auprès d'un juriste avant de donner aux clients de la banque des renseignements d'une telle importance»: ATF 68 II 295 c. 6, JdT 1943 I 262, 271. Le président du conseil d'administration d'une société questionné par un actionnaire au sujet de bruits défavorables circulant sur le compte de la société commet également une négligence lorsqu'il affirme: «Je ne vois pas pourquoi les actions d'Alpina subiraient prochainement une grosse perte de valeur. L'entreprise est toujours en voie de développement..., mais elle travaille à plein rendement... le cours actuel des actions est de 435 fr.; ce cours est trop haut et celui de 400/410 correspond à peu près à la réalité, étant donné les perspectives futures», alors qu'il connaissait la situation de la société et savait à quelles difficultés elle devait faire face (ATF 57 II 81 c. 2, JdT 1931 I 557, 559 s., 562 s.).

339 Confusion relevée par CHRISTIAN MEYER-SCHATZ, «Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat», in *Mélanges Paul Pilet*, Berne 1990, 151 ss, 157.

340 ATF 111 II 471 c. 3, JdT 1986 I 485, 487 (italiques ajoutées). Cf. *supra*, n. 165.

cc. Une opinion personnelle

Ces deux règles non écrites ont été forgées de manière indépendante l'une de l'autre, puis transformées au gré des affaires soumises au Tribunal fédéral. L'arrêt non publié du 30 octobre 2002 mentionné plus haut³⁴¹ permet de les réconcilier. L'hypothèse du dol et celle des renseignements inexacts reposent en réalité sur une même règle de base malgré la différence de formulation: dans certaines circonstances, l'ordre juridique interdit de donner des informations inexacts ou il enjoint de donner des informations exactes, le cas échéant, en rectifiant l'erreur dans laquelle se trouve l'autre partie.

En principe chacun est libre de se taire ou de s'exprimer comme il l'entend: une obligation générale de dire la vérité n'est pas prescrite par la loi³⁴². C'est pourquoi, l'existence d'un devoir d'informer de manière correcte doit reposer sur un contrat, la loi ou les règles de la bonne foi³⁴³.

Lorsque le devoir d'informer repose sur un *contrat*, sa violation est soumise à la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) et ne présente pas d'intérêt particulier dans le présent cadre. Un devoir d'informer repose sur la *loi*, par exemple, lorsqu'il est déduit de l'art. 170 CC³⁴⁴: l'époux qui se tait en violation de cette disposition commet un acte illicite. Ainsi, dans tous les cas où la loi oblige à informer, l'omission de le faire est illicite.

Quant aux *règles de la bonne foi*, elles peuvent imposer de parler, au lieu de se taire, et de détromper celui qui est dans l'erreur selon les circonstances. La situation des pourparlers précontractuels est bien connue, même si la qualification de la violation du devoir est discutée³⁴⁵. La relation créée par l'ouverture de pourparlers impose des devoirs réciproques aux parties, dont celui de renseigner l'autre est un élément important³⁴⁶. En dehors d'une telle relation, le devoir de renseigner n'est pas, du moins dans les arrêts récents³⁴⁷, fondé sur les règles de la bonne foi, mais sur la règle non écrite déjà mentionnée³⁴⁸. Lorsque l'on analyse les conditions auxquelles ce devoir est soumis, sa source, par analogie avec le raisonnement tenu en matière de responsabilité précontractuelle, se trouve cependant dans les règles de la bonne foi (art. 2

341 Cf. *supra*, n. 335.

342 ATF 57 II 81 c. 2, JdT 1931 I 557, 562.

343 TF, 4C.202/2002 du 30 octobre 2002 c. 3.1, à paraître in SJ 2003 I; ATF 129 IV 119 c. 2.3; 117 II 218 c. 6a, JdT 1994 I 167; ATF 116 II 431 c. 3a, JdT 1991 I 45.

344 ATF 117 II 218 c. 6a, 228, JdT 1994 I 167.

345 Sur la responsabilité pour *culpa in contrahendo*, cf. TF, 4C.202/2002 c. 3 et 4 du 30 octobre 2002, à paraître in SJ 2003 I. Pour le surplus, voir le rapport de Peter LOSER KROGH et *supra*, n. 169–171.

346 ATF 105 II 75 c. 2a, JdT 1980 I 66.

347 Cf. *infra*, n. 349.

348 Cf. *supra*, n. 340 et 165.

al. 1 CC), ce qu'admettait du reste la jurisprudence plus ancienne³⁴⁹. En effet, l'auteur d'un faux renseignement engage sa responsabilité lorsqu'il est interrogé sur un fait qu'il est bien placé pour connaître de par sa position et qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement est d'importance pour celui qui le demande. Celui qui, dans de telles circonstances, accepte de répondre à la question posée, sans être y tenu contractuellement, s'engage dans une relation à laquelle les règles de la bonne foi attachent le devoir de répondre de manière exacte.

Pour déterminer dans quelles hypothèses la victime est en droit de faire confiance aux dires de la personne interrogée, trois types de circonstances peuvent être relevées: la première a trait à l'information elle-même, la seconde est relative à la victime et la dernière à celui qui donne l'information³⁵⁰. 1) Le contenu de l'information: plus les renseignements sont précis et étayés, plus la confiance sera considérée comme justifiée. Une information figurant, par exemple, dans un courrier émanant d'une banque³⁵¹ a davantage de valeur qu'un avis personnel. 2) L'expérience en affaires de la victime: lorsque, de manière reconnaissable, une personne est inexpérimentée alors que l'autre partie dispose d'une expérience professionnelle dans un certain domaine (bancaire, immobilier, etc.), une information peut être nécessaire même si elle n'est pas demandée³⁵², sans toutefois que la victime puisse prétendre à une protection contre sa propre imprévoyance³⁵³. 3) La position d'autorité du donneur d'information: celui qui est particulièrement bien placé pour disposer des connaissances nécessaires bénéficie d'une position de confiance auprès de la victime qui sera fondée à se fier aux dires du donneur d'information.

Il s'agit de circonstances – l'information, la situation de la victime et celle du donneur d'information – en fonction desquelles l'existence et l'étendue du devoir d'information peuvent raisonnablement être appréciées. Il n'y a pas lieu de craindre que la jurisprudence ne s'engage sur une pente dangereuse, comme le montre un arrêt récent³⁵⁴. Le Tribunal fédéral avait considéré que la simple signature d'un contrat d'investissement par l'organe d'une société chargée des placements en capitaux, déjà surendettée au moment de la

349 Par ex., ATF 80 III 41 c. 4.

350 MISTELI, 204 ss.

351 Par ex., ATF 111 II 471, JdT 1986 I 485, 486 (téllex); ATF 68 II 295 c. 3, JdT 1943 I 262, 264, 268 (renseignement donné d'abord verbalement, puis confirmé par écrit sous la signature du directeur et du fondé de procuration). Courriers autres que bancaires: ATF 101 II 69 (certificat de travail); ATF 57 II 81, JdT 1931 I 557, 559 s. (courrier du président du conseil d'administration); ATF 41 II 77, 79 (courrier signé de deux fondés de procuration).

352 TF, SJ 1999 I 205 c. 3 b et c.

353 ATF 124 III 297 c. 6a, SJ 1998 460.

354 ATF 125 III 86 c. 3c, SJ 1999 I 305 et obs. C. CHAPPUIS, 309 s.

conclusion de l'accord ne constituait pas un acte illicite au préjudice du co-contractant, du fait qu'on ne pouvait pas lui imposer un devoir général de renseigner spontanément sur sa propre solvabilité.

Une fois le devoir d'informer de manière exacte admis, sa violation consiste dans l'octroi d'une information inexacte, partielle ou inexistante. Celle-ci peut être examinée de manière indépendante de la faute, qui peut prendre la forme de l'intention ou de la négligence. Les controverses existant sur la qualification de la responsabilité pour faux renseignements importent peu à cet égard. Qu'il s'agisse d'un acte illicite, de la violation d'une obligation ou d'un cas de responsabilité fondée sur la confiance, il n'en demeure pas moins que le fait de se taire ou d'affirmer des faits inexacts peut être imputable à faute ou non en fonction des circonstances. Ainsi par exemple, après avoir vérifié que les renseignements donnés par une banque sur une société cliente à un futur employé et actionnaire de celle-ci étaient effectivement inexacts, le Tribunal fédéral examine la faute de la défenderesse et conclut à une négligence grave confinant au dol³⁵⁵. En effet, la banque intervenait dans le cadre de l'augmentation du capital-actions d'une société anonyme dont le compte bancaire était débiteur. Le renseignement de la banque avait conduit un tiers à souscrire des actions de telle sorte que l'engagement de la société auprès de la banque avait pu être diminué. De manière générale, la jurisprudence citée, malgré la relative imprécision de l'énoncé de la règle, examine de manière distincte l'existence et la violation du devoir d'informer, d'une part, la faute de l'auteur, d'autre part. On constate, une fois encore, que la difficulté de distinguer l'illicéité de la faute n'est pas plus grande dans ce domaine que dans tout autre domaine de la responsabilité civile.

c) *Les normes de comportement empruntées au Code pénal et la négligence civile*

Les règles pénales, on l'a vu³⁵⁶, sont une source importante de normes de comportement dont la violation est constitutive d'un délit civil, même sans atteinte à un droit subjectif absolu. Elles suscitent une interrogation théorique sérieuse en relation avec la faute. La négligence n'est réprimée au pénal que si la norme considérée le prévoit (art. 18 al. 1 CP), alors que l'obligation de réparer le dommage sur le plan civil existe déjà en cas de faute légère, par exemple, de négligence légère. Il faut dès lors se demander si un acte peut être qualifié d'illicite sur le plan civil sur la base de l'infraction pénale et obliger celui qui a agi par négligence à réparer le dommage, alors même qu'il ne se-

355 ATF 41 II 77 c. 5 et 6.

356 Cf. *supra*, I.B.1.b.

rait pas punissable pénalement. Le blanchisseur d'argent, par exemple, n'est pénalement punissable que s'il «savait ou devait présumer» que les valeurs patrimoniales en cause provenaient d'un crime (art. 305^{bis} al. 1 CP³⁵⁷). Le droit civil peut-il se contenter de prendre appui sur les éléments objectifs de l'état de fait incriminé pour retenir l'illicéité civile sans se préoccuper de l'exigence pénale d'un acte intentionnel?

La question ne semble pas avoir troublé le Tribunal fédéral lorsque, dans les affaires de câbles rompus, il a tiré l'illicéité des comportements incriminés de la violation de l'art. 239 CP. La discussion portait essentiellement sur la question de savoir si cette disposition, figurant parmi les crimes ou délits contre les communications publiques, avait également pour but la protection des intérêts privés³⁵⁸. L'année précédente, le Tribunal fédéral³⁵⁹ avait admis, sans hésiter non plus, que l'établissement d'un certificat de travail élogieux concernant un employé qui s'était rendu coupable d'abus de confiance constituait un faux dans les certificats au sens de l'art. 252 CP, propre à inciter un tiers à engager l'employé indélicat. Ces deux infractions ne sont pas punissables si elles sont commises par négligence, la seconde exigeant même un dessein particulier de l'auteur³⁶⁰. Etant donné que c'est par négligence que l'employé de Zschokke a provoqué la rupture du câble, son comportement n'aurait pas été pénalement répréhensible. En revanche, le rédacteur du certificat de travail élogieux semble avoir obtenu le remboursement des sommes qui lui étaient dues en échange de son silence sur les actes répréhensibles de l'employé, ce qui pourrait correspondre à l'exigence pénale du «dessein d'améliorer sa situation». Quoi qu'il en soit, les arrêts en question sont muets sur ces éléments.

De même, la Cour de Justice de Genève³⁶¹ a-t-elle admis que la violation par négligence de l'art. 305^{bis} CP pouvait être civilement illicite, sans se laisser arrêter par le fait que cette disposition exige l'intention³⁶². L'art. 53 al. 2 CO, estiment les juges, leur accorde l'autonomie nécessaire, de sorte qu'ils ne sont pas liés par les règles du droit pénal, notamment du point de vue de la faute³⁶³.

357 L'infraction de recel prévue à l'art. 160 al. 1 CO utilise la même formulation.

358 ATF 102 II 85 c. 4b (*Zschokke c. Baumgartner*); cf. *supra*, n. 153 et 201.

359 ATF 101 Ib 252.

360 Art. 239 ch. 1 CP: «[...] celui qui, intentionnellement, aura empêché, troublé ou mis en danger l'exploitation d'un établissement ou d'une installation servant à distribuer au public l'eau, la lumière, l'énergie ou la chaleur...»; art. 252 CP: «Celui qui, dans le dessein d'améliorer sa situation ou celle d'autrui, aura contrefait ou falsifié des pièces de légitimation, des certificats ou des attestations, ...».

361 CJ GE, SJ 1 998 646.

362 ATF 119 IV 242 c. 2b.

363 CJ GE, SJ 1 998 646 c. 9.

La doctrine est partagée. Certains auteurs³⁶⁴ refusent que l'on dénature ainsi la loi pénale par une transposition du pénal au civil, qui ne prenne pas en compte l'élément subjectif. D'autres³⁶⁵, en revanche, s'attachant à la distinction entre l'illicéité et la faute, ne retiennent de l'incrimination pénale que ses éléments objectifs.

La solution ne se trouve pas à l'art. 53 CO. Cette disposition, de nature procédurale, restreint l'empiètement du législateur fédéral à l'appréciation de la faute et à la fixation du dommage dans un domaine qui relève normalement des cantons. «Afin d'assurer le respect du droit privé fédéral, le prononcé pénal ne lie pas le juge civil sur les deux points susmentionnés. Pour le surplus, le droit fédéral laisse les cantons libres de prévoir que le prononcé pénal lie le juge civil»³⁶⁶. Sauf disposition particulière de procédure cantonale, le juge civil n'est ainsi pas lié par le prononcé pénal³⁶⁷. Il résulte de ces considérations que l'art. 53 CO ne permet pas de trancher la question générale et abstraite de savoir si – en-dehors d'un prononcé pénal (ici, il y avait absence d'inculpation pénale³⁶⁸) – la réalisation des éléments objectifs d'une infraction suffit à faire admettre l'illicéité civile.

Il faut se rappeler que, dans le domaine de la responsabilité civile, le juge a pour mission, en l'absence d'atteinte à un droit subjectif absolu, de vérifier s'il existe une norme de comportement prescrivant ou prohibant un certain comportement. Ce faisant, il n'est pas appelé à appliquer la loi pénale dans le respect des principes valant en la matière. Il convient de ne pas perdre de vue le but différent que poursuivent le droit pénal et le droit de la responsabilité civile. Au but de punir l'auteur d'un comportement contraire au droit se substitue celui de réparer le dommage subi par le tiers. La faute pénale n'a pas le même poids, ni la même fonction que la faute civile. Il s'ensuit que le juge civil est légitimé à ne pas retenir les restrictions pénales quant à l'intention ou au dessein poursuivi par l'auteur. C'est pourquoi, la jurisprudence rappelée plus haut n'est, à mon avis, pas critiquable (sous réserve de l'invocation de l'art. 53 CO).

364 B. CHAPPUIS, Notion d'illicéité civile, *passim*; MISTELI, 253 ss, estime qu'il s'agit d'une «opération délicate» (255) qui doit être tranchée de cas en cas en fonction de la finalité protectrice de la norme pénale considérée.

365 HEINZER, N. 399 ss, 407; PAUL PIOTET, «Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?», Berne 1994, N. 321.

366 ATF 107 II 151 c. 5b, JdT 1981 I 604; cf. aussi, ATF 125 III 401 c. 3.

367 BK-BREHM, CO 53 N. 27.

368 CJ GE, SJ 1 998 646 c. 8 *in fine*.

d) *Une appréciation de la distinction entre l'illicéité et la faute*

Pour terminer, j'exposerai les raisons pour lesquelles que je suis favorable au maintien de la distinction entre l'illicéité et la faute au sens traditionnel ainsi qu'à l'appréciation plus subjective de la faute proposée par les auteurs de l'Avant-projet.

1. La distinction entre l'illicéité et la faute est une *nécessité* dans un système qui admet que la violation d'un droit subjectif absolu ou d'une norme protectrice constitue toujours un acte illicite, indépendamment de la manière dont la violation s'est réalisée³⁶⁹. Un éventuel motif justificatif reste réservé. En effet, dans certains cas, il ne se justifie pas de condamner l'auteur du dommage à le réparer. L'exemple du canot à moteur permet de l'illustrer³⁷⁰. L'acte illicite du conducteur du canot consiste à avoir porté atteinte à la vie du nageur. Le conducteur n'est pas fautif s'il a fait preuve de toute la diligence qu'on pouvait attendre d'un conducteur de canot au même endroit (interdit à la baignade), dans les mêmes circonstances (lac agité). Il n'est pas fautif non plus si en raison de son jeune âge (16 ans) et de son manque d'expérience (jeune homme engagé pendant la période des vacances), il n'a pas aperçu le nageur, alors qu'une personne plus expérimentée n'aurait pas manqué de le voir. L'absence de responsabilité personnelle du conducteur du canot (art. 41 CO, art. 48 et 48 a AP) n'empêche pas que la responsabilité de l'employeur – qui n'est soumise ni à la faute de l'employé, ni à celle de l'employeur³⁷¹ – soit engagée (art. 55 CO, art. 49 AP). Dans la première hypothèse, la preuve libératoire peut toutefois être apportée par l'employeur pour autant que le conducteur du canot ait été bien choisi, instruit et surveillé. Elle ne saurait l'être dans la seconde hypothèse, car on reprochera à celui qui confie la conduite d'un canot à moteur à une personne jeune et inexpérimentée d'avoir mal choisi l'auxiliaire.

La même démonstration peut être faite pour la seconde catégorie d'actes illicites par violation d'une norme de comportement tendant à protéger le bien juridique lésé. L'ouvrier qui, en creusant le sol, endommage un câble à haute tension et provoque une rupture de courant dans une usine alimentée par ce câble, viole l'interdiction déduite par la jurisprudence de l'art. 239 CP³⁷². Son acte est illicite. Toutefois, s'il se fie au plan que lui a remis son employeur, plan qui n'indique pas de manière exacte le tracé des câbles³⁷³, aucune faute ne peut lui être reprochée et sa responsabilité personnelle n'est

369 OFTINGER/STARK I, § 4 N. 23.

370 Voir *supra*, I.B.1.d et I.C.1.d.

371 Cf. *supra*, n. 199.

372 Cf. ATF 102 II 85 et ATF 101 Ib 252.

373 Cf. ATF 97 II 221 c. 2 et 3.

pas engagée (art. 41 CO). S'agissant de l'employeur, le fait d'omettre de prendre des renseignements plus précis sur l'emplacement des câbles constitue un défaut d'instructions³⁷⁴ l'empêchant d'obtenir sa libération (art. 55 CO). Le fait que la responsabilité de l'employeur soit engagée alors que celle de l'employé ne l'est pas ne me paraît pas gênant. On ne peut en effet pas attendre d'un employé la même diligence dans l'accomplissement de ses tâches que celle avec laquelle l'employeur doit organiser le travail de ses auxiliaires, choisir, surveiller et instruire ceux-ci.

Même si la faute coïncide en pratique le plus souvent avec l'illicéité, il n'est pas possible de s'en passer pour tenir compte de ces cas où aucun reproche ne peut être adressé à celui qui porte atteinte à un droit subjectif absolu d'autrui ou ne respecte pas une norme de comportement particulière.

2. La notion *subjective* de la faute que je préconise ici, suivant en cela l'Avant-projet de révision, ne conduit pas à péjorer la situation de la victime de manière injustifiée, comme je l'ai montré concrètement avec l'exemple du canot à moteur. Par ailleurs, des excuses purement subjectives, comme l'insuffisance des capacités intellectuelles, ne devraient être prises en considération qu'avec réticence au vu du but de la responsabilité civile, qui est de réparer le dommage subi par la victime. La première phase³⁷⁵, objective, du raisonnement consiste à se demander si l'auteur s'est comporté de la même manière qu'une personne raisonnable et diligente. C'est ainsi qu'on pourra reprocher à un skieur débutant de s'être lancé sur une pente trop raide et glacée (*Übernahmeverschulden*). Dans un deuxième temps, on constatera que, vu ses (in)capacités sportives, le skieur en cause ne pouvait éviter la personne qu'il a heurtée. Cette seconde appréciation permettra de ne retenir qu'une faute légère pouvant conduire à une réduction de l'indemnité (art. 52 al. 1 AP).

Je relèverai que l'appréciation subjective de la faute peut également conduire à relever les exigences en défaveur de l'auteur. En effet, on attendra d'un skieur chevronné qu'il fasse preuve d'un niveau de diligence dépassant le niveau standard. L'appréciation plus sévère de la faute est de nature à compenser une éventuelle faute propre de la victime et, ainsi, à éviter que l'indemnité ne soit réduite pour ce motif. Une appréciation plus subjective de la faute permettra de nuancer davantage la mesure de l'indemnité³⁷⁶, ce qui me paraît tout à fait souhaitable.

374 ATF 97 II 221 c. 3.

375 Sur les deux phases de l'examen de la faute, cf. WIDMER/WESSNER, 121; voir aussi, WALTER, *Verschulden und Vertragsverletzung*, 69.

376 Du même avis, WINIGER, *Responsabilité pour risque*, III; voir aussi, MISTELI, 248 ss.

3. Il n'y a, à mon sens, pas lieu de craindre des *lacunes de protection* du fait de l'appréciation plus subjective de la faute. Chaque situation de dommage doit être replacée dans le contexte général des chefs de responsabilité. A côté de la responsabilité générale pour faute, il faut d'abord examiner les éventuels chefs de responsabilité objective dont l'auteur pourrait répondre, puis vérifier si d'autres personnes pourraient être recherchées en responsabilité. Ainsi, le chirurgien fatigué pourrait, le cas échéant, échapper à la responsabilité pour faute (art. 48 et 48a AP)³⁷⁷ et à la responsabilité pour risque s'il n'utilise pas les substances ou instruments visés à l'art. 50 al. 2 AP. En revanche, l'entreprise qui l'emploie ne pourrait pas apporter la preuve d'une organisation apte à éviter la survenance du dommage (art. 49a AP)³⁷⁸.

4. *Une conception différente*³⁷⁹

En traitant plus haut de l'illicéité, j'ai expliqué que, dans ma conception, ce qui fonde l'obligation de réparer d'une personne, c'est son manquement à la diligence requise par la loi (écrite ou non écrite) dans les circonstances objectives et concrètes de l'espèce. En droit français, on parle de faute, en droit anglo-américain, de *negligence*. En droit suisse, pour moi, ce manquement est constitutif d'une faute objective qu'il faut qualifier d'illicite lorsque l'auteur du dommage a agi sans motifs justificatifs. De façon condensée, je peux dire qu'est illicite l'acte objectivement déraisonnable qui ne peut être justifié.

Reste essentiellement la question de la faute subjective, c'est-à-dire ce qui justifie qu'on impute ou non à une personne le comportement socialement inadéquat qu'elle a eu. Pour présenter ma conception en cette matière (b.), je commencerai par faire la critique de la conception classique de la faute (a.). J'ajouterai pour concrétiser mon propos la discussion de quelques cas connus (c.).

a) *La critique des conceptions admises*

Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, la faute est définie comme *le manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique*³⁸⁰.

Dans cette conception, on dit souvent que la faute est l'aspect subjectif de l'acte qui fonde la responsabilité de l'auteur d'un dommage; on reconnaît ce-

377 Cf. *supra*, n. 307.

378 Voir, WIDMER/WESSNER, 72 s.

379 FRANZ WERRO est l'auteur du point I.C.4.

380 Cf. notamment DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 2 ss; REY, N. 805 ss.

pendant que la faute doit être appréciée objectivement. Cela signifie que l'appréciation de la diligence avec laquelle l'auteur aurait dû se comporter se fait au regard des circonstances concrètes dans lesquelles s'est trouvé l'auteur du dommage, mais sans égard aux qualités individuelles de ce dernier. C'est là que la distinction proclamée entre l'illicéité et la faute tend à s'estomper, quand elle n'est pas tout simplement une source de confusions. Dans mon approche, je le rappelle, l'acte illicite n'est rien d'autre que l'acte objectivement fautif (sans motifs justificatifs).

Il est vrai que dans l'analyse classique de la faute, on tend à distinguer cette dernière de l'acte contraire à la diligence requise en prenant en compte d'une part l'éventuelle incapacité de discernement de l'auteur du dommage et d'autre part *la catégorie de personnes* à laquelle il appartient. On admet ainsi que la faute est le comportement que la personne de la catégorie à laquelle appartient l'auteur du dommage n'aurait pas eu³⁸¹. Pour choisir la catégorie déterminante, on tient compte de *critères relatifs à la personne*, tels que la formation ou les connaissances de l'auteur du dommage³⁸². Théoriquement, il y a donc une différence entre l'acte illicite et la faute. En pratique pourtant, comme relevé plus haut, faute et illicéité vont souvent de pair: une fois que l'acte illicite est admis, la faute l'est aussi. Il est juste de souligner que c'est sans doute parce que les normes de comportement imposées par le droit sont le plus souvent susceptibles d'être respectées et correspondent au comportement qu'aurait adopté une personne moyenne dans des circonstances déterminées (cf. *supra* I.C.1.a.).

La règle de l'appréciation «catégorisée» de la faute n'en est pas moins critiquable car, fondée sur des critères relatifs au «type» de personnes, elle revient à consacrer des normes de comportement différentes selon la personne à laquelle on a affaire. Cette conception est contraire au principe de l'égalité. On ne voit en effet pas pourquoi hommes et femmes seraient tenus de règles de comportement différentes, ni pourquoi un enfant capable de discernement répondrait à d'autres conditions qu'un adulte³⁸³. L'ignorance ou

381 Pour tous, DESCHENAUX/TERCIER, § 7 N. 2 ss.

382 Pour plus de détails et les réf., cf. WERRO, Fondements, 22.

383 Cf. WERRO, Sorgfaltspflichtsverletzung, 343 ss; sur le «typisierter Fahrlässigkeitsbegriff» en droit allemand, cf. WERRO, thèse, N. 343 ss. On comprend certes que le standard de la femme raisonnable ait vu le jour dans le domaine du harcèlement sexuel. Il me paraît cependant qu'il ouvre la porte à bien des dangers. Estimer que la femme a d'autres références que l'homme risque de faire admettre que les règles de comportement qui la régissent ne doivent pas être les mêmes que celles qu'on applique aux hommes. Je crains du même coup la multiplication des standards, qui tiendraient compte de façon discriminatoire, par exemple de la race ou de l'âge, pour fixer des normes de comportement différenciées. Le principe de l'égalité de traitement risque de s'en trouver sérieusement menacé au nom d'une diversité pas nécessairement justifiée (cf. WERRO, L'homme raisonnable, p. 112 ss).

l'inaptitude professionnelle ne saurait être une excuse non plus³⁸⁴. Certains semblent pourtant défendre cette manière de voir et proposent un retour à l'appréciation subjective de la faute³⁸⁵. Christine Chappuis ne s'y oppose pas, car elle estime qu'il faut prendre en compte le contexte global d'un accident (cf. *supra* I.C.2. et I.C.3.d), y compris la couverture d'assurance dont bénéficiera le plus souvent la victime.

L'Avant-projet semble aller plus loin encore, puisqu'il propose une *appréciation individuelle* de la faute en tenant compte des connaissances ainsi que des autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage³⁸⁶. Sous «Négligence», l'art. 48 a AP dispose: «¹Agit par négligence la personne qui n'observe pas la diligence commandée par les circonstances et par sa situation individuelle. ²La diligence requise s'apprécie suivant l'âge, la formation, les connaissances ainsi que les autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage». L'art. 48 b AP poursuit («En cas d'incapacité de discernement»): «Si l'équité l'exige, eu égard notamment à la situation économique des parties, le tribunal peut exceptionnellement condamner une personne incapable de discernement à la réparation partielle ou totale du dommage qu'elle a causé.»

Si l'appréciation catégorisée de la faute est critiquable, *l'appréciation carrément «individuelle» de la faute* l'est plus encore. Elle a déjà fait l'objet de nombreuses critiques³⁸⁷. Je ne souscris pas à l'optimisme de ma collègue selon laquelle il ne faut pas exagérer la distinction entre la traditionnelle approche de la faute, qui n'est que relativement objective, et celle proposée par l'Avant-projet. Il convient à mon sens de ne pas perdre de vue que, quoi que dise le droit ou ceux qui l'enseignent, les juges s'interrogeront le plus souvent en réalité sur l'identité ou les facultés individuelles de l'auteur du dommage. Mais, dans un système qui le leur interdit, ils ne le diront pas ou ils contourneront la difficulté. Dans un système qui leur impose en revanche de tenir compte de ces qualités, on change de logique: on érige en règle générale ce qui ne devait rester que des considérations interdites ou non dites.

Le fondement de la responsabilité conçu dans les termes subjectifs de l'Avant-projet se heurte à deux objections fondamentales:

D'abord, la faute «subjectivée» est *contraire aux exigences de la pratique*: elle conduira inmanquablement à allonger le règlement des litiges, et cela au

384 Il en va différemment du stress structurel auquel est soumis un chirurgien de garde: il s'agit, comme pour le mauvais temps, d'une circonstance «de temps ou de lieu» (comme le disait Tunc), qui est externe à l'auteur du dommage: le contexte objectif doit être pris en compte dans l'analyse du manquement objectif, mais pas dans celui de l'excusabilité subjective.

385 Cf. récemment G. PETITPIERRE, *Fondements*, 285; d'un autre avis en revanche, HONSELL, *Haftpflichtrecht*, 67 s., et SCHWENZER, N. 22.18 ss.

386 Moins affirmative, C. CHAPPUIS, *supra* I.C.2.

387 Cf. TERCIER/WERRO, 25 ss; WERRO, *Sorgfaltspflicht*, 343 ss; HONSELL, *Reform, passim*; WEBER, 264.

détriment des victimes qui devront surmonter les résistances de l'assurance responsabilité civile du défendeur. La faute ainsi comprise entraînera aussi des difficultés d'appréciation considérables: comment peut-on raisonnablement envisager de sonder l'âme du défendeur et, au terme d'un procès hasardeux et coûteux, de faire dépendre l'imputabilité d'un acte des qualités personnelles de l'auteur?

Ensuite, et le point est essentiel, une appréciation subjective de la faute, en dehors des limites posées par l'art. 16 CC, est *contraire à la finalité de la responsabilité civile*: on ne peut pas faire dépendre la responsabilité civile, comme la responsabilité pénale, de la capacité personnelle du défendeur. En Europe, comme aux Etats-Unis, ce principe n'a jusqu'à ce jour pas été sérieusement contesté. Ce qui est décisif, pour décider de la responsabilité de quelqu'un, ce n'est pas tant le fait qu'une personne n'use pas correctement de sa liberté, que le fait qu'elle ait un comportement socialement inadéquat. «Negligence as conduct, not as state of mind», disent les Américains³⁸⁸.

b) *Une définition renouvelée de la faute*

Tout en m'inspirant de la définition admise de la faute, qui distingue le manquement à la volonté et la violation d'un devoir imposé par l'ordre juridique, je propose de comprendre la faute de façon nouvelle, par rapport à *deux aspects*: la faute objective et la faute subjective.

La faute objective consiste dans le manquement à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur dans les circonstances de temps et de lieu où il a causé le dommage. Pour décider de la diligence raisonnablement requise, le juge doit comparer le comportement de l'auteur à celui qu'une personne raisonnable et réfléchie aurait eu dans les circonstances objectives du cas. Il doit fixer une certaine moyenne d'exigences, et cela indépendamment des qualités de la personne ou de celles qui sont reconnues au groupe de personnes auquel appartient l'auteur; le comportement de l'auteur d'un acte dommageable qui n'atteint pas ce niveau constitue une faute objective. Dans cette approche, la notion de *Übernahmeverschulden*³⁸⁹ est en réalité superflue. Celui qui se livre à une activité de spécialiste doit être tenu des règles de comportement qui permettent d'assurer la sécurité que le public est en droit d'attendre de cette activité: s'il ne les respecte pas, il commet une faute objective qui engage sa responsabilité.

388 «The legal concept of negligence as unduly risky behavior distinct from state of mind reflects the law's strong commitment to an objective standard of behaviour»: DOBBS, 275.

389 Cf. ATF 124 III 155, SJ 1998, 689.

La faute subjective consiste dans le fait pour l'auteur de ne pas mettre en œuvre ses capacités intellectuelles et volontaires pour obéir à la norme objective de comportement qui s'impose. Ce manquement justifie l'imputation de la faute objective. Pour savoir si on peut imputer le comportement incriminé à son auteur, on se demande si, subjectivement, on peut le lui reprocher. Pour cela, on se borne à vérifier si l'auteur avait la capacité de discernement suffisante pour éviter le comportement incriminé. Le cas échéant, on doit admettre que l'auteur a commis une faute subjective.

A cet égard, on peut faire notamment les remarques suivantes:

Ainsi comprise, la faute subjective joue un rôle mineur. Comme j'ai tenté de le démontrer plus haut, les qualités individuelles de l'auteur d'un dommage ne doivent s'apprécier qu'en relation avec l'incapacité de discernement: pour qu'un manquement à la volonté ou à l'intelligence soit pris en compte, il faut qu'il repose sur l'une des causes énumérées à l'art. 16 CC. Eu égard au peu d'importance pratique de ces causes, *la faute de l'art. 41 CO doit être comprise pour l'essentiel comme un manquement objectif à la diligence requise.*

On peut se demander s'il faut tenir compte de la *supériorité des capacités individuelles* de l'auteur du dommage (par ex. formation universitaire avec spécialisation). A mon avis, la réponse est négative. Le juge doit se contenter de définir la norme de comportement applicable indépendamment de la personne qui est en cause, en fonction de l'activité dommageable et des circonstances concrètes objectives dans lesquelles s'est trouvé l'auteur du dommage. L'aptitude subjective particulière peut tout au plus jouer un rôle dans la détermination du degré accru de gravité de la faute.

Consacrer la faute subjective au-delà de l'incapacité de discernement est une solution injuste, autant pour la victime que pour l'auteur du dommage. Elle permet au défendeur – et surtout à son assureur-responsabilité civile – de contester la responsabilité, et cela de façon imprévisible pour la victime. On risque ainsi de prolonger et de renchérir les procès au détriment de cette dernière. C'est là sans doute l'aspect le plus redoutable de la question – je l'ai évoqué plus haut déjà – et c'est ce qui avait conduit A. TUNC à militer avec force pour une conception purement objective de la faute. En outre, la solution de l'Avant-projet risque d'alourdir à tort la responsabilité de l'auteur dans tous les cas où la victime a commis une faute objective concomitante. Il n'y pas de raison d'autoriser cette dernière à se prévaloir d'excuses personnelles lorsque son comportement contribue objectivement à l'aggravation du dommage. Pour les personnes qui méritent une protection particulière, les circonstances prévues par l'art. 16 CC suffisent. Ainsi, l'enfant qui commet une faute concomitante peut se prévaloir de son jeune âge, pour faire admettre une incapacité totale ou restreinte de discernement. Comme l'admet E. BUCHER³⁹⁰, la capa-

390 Cf. BK-BUCHER CC 16 N. 3 s.

cité délictuelle, à la différence de la capacité contractuelle, peut très bien être reconnue partiellement. Cela paraît plus convaincant que d'admettre que la capacité de discernement est complètement donnée, mais de dire qu'en raison du jeune âge, la faute doit être appréciée moins sévèrement.

Définir la faute de manière subjective est une solution contraire aux conceptions qui se dégagent des autres droits européens. Dans ces droits et dans la jurisprudence de la CJCE, la faute est une notion largement objective. Si, à la manière dont le voudrait l'Avant-projet, on inscrivait dans le droit suisse une faute subjective, on consacrerait une solution isolée. On ferait en outre un pas en arrière: si les droits européens sont fermement attachés au concept de la faute objective, c'est pour de bonnes raisons. La constatation du juriste américain HOLMES selon laquelle «... *when men live in society, a certain average of conduct, a sacrifice of individual peculiarities going beyond a certain point, is necessary to the general welfare*³⁹¹» ne vaut pas moins pour notre ordre juridique que pour d'autres. Il n'y a aucune raison pour qu'un médecin, un avocat, une banque ou un autre prestataire de services échappe à sa responsabilité si, par manque de connaissances ou par inadvertance, il a violé le standard de diligence que son client peut raisonnablement attendre de lui. En Autriche, même les auteurs qui militent pour une notion de faute subjective réservent un standard objectif *pour la faute professionnelle*³⁹².

En revanche, le stress structurel auquel est livré le médecin de garde dans un hôpital public ne relève pas de ses aptitudes ou de sa situation individuelle: il peut être tout à fait juste d'en tenir compte dans l'appréciation de sa faute objective et de considérer que l'accident survenu par suite d'une erreur n'engage pas sa responsabilité. Si sa responsabilité n'est pas engagée, ce n'est alors pas parce que subjectivement, il n'a commis aucune faute, mais tout simplement parce que son acte n'est pas objectivement fautif et donc illicite.

La capacité de discernement est présumée. Celui qui prétend qu'elle fait défaut doit en apporter la preuve. Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a semblé remettre en cause cette règle en affirmant que le lésé devait apporter la preuve de la capacité de discernement de l'auteur du dommage au moment de l'accident³⁹³. En réalité, rien ne permet d'admettre que la capacité de discernement doit être prouvée. Si le Tribunal fédéral a paru dire le contraire, c'est qu'en l'espèce, il a tiré des circonstances de fait de l'accident (présence du véhicule sur la voie gauche, absence de défectuosité technique du véhicule, possible perte de connaissance imputable à une myocardite antérieure) la

391 Cf. HOLMES, 108.

392 Cf. KOZIOL, 118.

393 Cf. ATF 105 II 209, JdT 1980 I 438.

conclusion que la capacité du défendeur faisait défaut au moment de l'accident.

c) *Une appréciation de quelques cas connus*

Pour reprendre l'exemple proposé plus haut, la question de savoir si *Durand* a commis une faute dans la conduite du bateau revient à se poser deux questions. La première est celle qui relève de l'appréciation de la faute objective: il s'agit de déterminer si *Durand* s'est comporté comme l'aurait fait toute personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances de temps et de lieu. La question est notamment celle de savoir si le conducteur a respecté les prescriptions de la navigation et si, au regard des particularités du cas d'espèce, elles étaient applicables. A cet égard, on doit tenir compte du temps (soleil éblouissant, nuit noire ou éclairée, etc . . .). Il ne faut pas tenir compte du sexe de *Durand*, de sa formation, de son expérience ni, à ce stade, de son âge. Si on retient qu'il y a objectivement un manquement, on doit en principe le lui imputer. Seule l'incapacité de discernement (au sens de l'art. 16 CC) de *Durand* peut l'excuser et c'est là que le jeune âge peut intervenir.

Un enfant âgé de 12 ans, dévisse un pylône à haute tension: celui-ci se renverse et cause un important dommage. L'appréciation est exactement la même que dans le cas précédent. Si, comme il y a de fortes chances de l'admettre, le fait de dévisser un pylône à haute tension est une faute objective, la seule question est celle de savoir si on peut l'imputer à son auteur: s'il a le discernement, il en répond. S'il ne l'a pas, il ne répond que si l'équité l'exige (art. 54 CO). S'il ne l'a que partiellement, il répond dans la mesure de sa capacité.

Remontons dans le temps et considérons le cas jugé en 1925 par un tribunal zurichois de cette femme qui est renversée par une voiture. Décidons si elle a commis un manquement objectif à la diligence requise et demandons-nous au besoin si elle était capable de discernement. Mais n'admettons pas, contrairement à ce qu'avait fait le tribunal, que malgré un manquement objectif de diligence, celui-ci ne constitue pas une faute concomitante de la victime, parce que les femmes, c'est bien connu, face aux dangers de la circulation routière, sont comme des poules et se mettent à courir dans tous les sens. Le sexe ne peut pas entrer en ligne de compte pour juger de la norme de comportement applicable.

Enfin, et c'est là sans doute que l'enjeu est le plus grand: en matière de faute professionnelle, n'excusons pas celui qui ne voit pas qu'il est incompetent. Celui qui se livre à une activité de spécialiste doit en avoir les compétences. N'excusons pas le médecin qui par suite de fatigue fait une erreur. Tenons compte en revanche du stress structurel dans lequel se trouvent certains

médecins en milieu hospitalier, et admettons que l'accident devra alors être supporté par l'hôpital en application de l'art. 49a AP. Quant au résultat, je rejoins ici la conclusion de ma collègue.

II. Quelques questions choisies

Il n'était pas possible, dans cet exposé, de tout traiter. Nous avons décidé de concentrer nos efforts sur les questions les plus importantes et les plus controversées. C'est pourquoi, nous examinerons successivement la responsabilité de l'employeur (A.), la clause générale de responsabilité pour risque (B.), les rapports entre le contrat et le délit (C.) et les conventions restrictives de responsabilité (D.).

A. La responsabilité de l'employeur³⁹⁴

L'art. 55 CO retient une règle spéciale de responsabilité de l'employeur fondée avant tout sur des considérations d'équité. A la différence de la responsabilité pour faute de l'art. 41 CO, cette responsabilité n'est pas fondée sur le fait personnel du sujet de la responsabilité: elle est une responsabilité du fait d'autrui et l'incapacité de discernement du sujet de la responsabilité est sans pertinence. En revanche, comme la responsabilité pour faute de l'art. 41 CO, la responsabilité de l'employeur suppose un manquement à la diligence objectivement et concrètement requise, aussi bien de la part de l'employeur que de celle des personnes dont il répond.

L'Avant-projet reprend l'art. 55 CO, mais en réduit le champ d'application (cf. art. 49 AP), et introduit une nouvelle norme qui règle spécialement le cas de la responsabilité de l'entreprise (cf. art. 49a AP). Avant d'examiner le contenu de l'Avant-projet (2.), un bref rappel du droit en vigueur s'impose (1.).

1. *La responsabilité de l'employeur en application de l'art. 55 CO*

Il convient d'analyser la responsabilité de l'employeur en distinguant les applications traditionnelles, conformes à celles que le législateur de 1911 avait envisagées (a.), et celles plus récentes qui ont vu le jour dans le contexte industriel de la fabrication des produits (b.).

a) *Les applications traditionnelles de l'art. 55 CO*

Selon l'art. 55 CO, un employeur n'est pas responsable du dommage causé par son employé si on ne peut pas reprocher à l'un comme à l'autre un manque de diligence.

394 FRANZ WERRO est l'auteur du point II.A.

Pour sa part, l'employeur doit avoir manqué de diligence dans le choix, l'instruction ou la surveillance de l'employé. Quant à l'employé, il doit avoir agi au mépris des règles de la prudence; il est vrai que l'acte de l'employé, même incapable de discernement, engage la responsabilité de l'employeur. Il faut en revanche qu'on puisse retenir que le comportement aurait constitué une faute s'il avait été le fait d'une personne capable de discernement.

Il faut donc – dans mon approche du sens classique de l'art. 55 CO – que l'acte de l'employé constitue un manquement injustifié à la diligence requise. C'est dire qu'il n'est pas nécessaire que l'employé ait commis une faute subjective – et c'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation souvent répétée que l'acte de l'employé n'a pas besoin d'être fautif³⁹⁵ – mais il faut qu'il ait manqué à la diligence requise et ait donc agi de manière objectivement fautive (cf. *supra* I.C.4.). C'est dans ce sens qu'il faut à mon avis comprendre l'exigence de l'acte illicite souvent répétée en doctrine et en jurisprudence³⁹⁶. Dans la conception reçue, l'exigence de l'illicéité entend aussi mettre à l'abri l'employeur de l'obligation de devoir réparer des dommages qui seraient purement économiques (cf. art. 46 al. 2 AP). En tous les cas, il ne suffit pas que l'employé ait eu un acte dont *le seul résultat est illicite* (atteinte à l'intégrité corporelle ou endommagement de la propriété)³⁹⁷.

On ne voit pas ce qui justifierait en principe que l'employeur réponde d'actes d'un employé qui ont un résultat illicite alors que l'employé n'a violé aucune règle de prudence³⁹⁸. Admettre le contraire revient selon moi à aggraver sans motif légitime la responsabilité de l'employeur qui est fondée sur l'équité et sur l'incapacité économique de l'employé de réparer le préjudice qu'il cause dans l'exécution de son travail³⁹⁹.

395 Cf. DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N. 43; ENGEL, Traité, 533.

396 Dans ce sens, cf. WIDMER/WESSNER, 129. Cette exigence ne se retrouve pas toutefois dans le texte de l'Avant-projet qui ne parle pas de l'exigence d'une faute objective. On pourrait la déduire de l'art. 46 al. 2 AP, si on considère qu'il y est renvoyé par l'art. 41 al. 2 AP. A ce sujet, *infra* I.C.2.

397 D'un avis contraire, CHRISTINE CHAPPUIS (cf. *supra* I.C.1.d et I.C.3.d). Dans certains arrêts, il est vrai, le comportement de l'employé était irréprochable, et le TF a tout de même examiné sous l'angle de l'art. 55 CO le comportement de l'employeur; il aurait pu à mon avis le faire en application de l'art. 41 CO: cf. ATF 97 II 221, JdT 1972 I 365.

398 Pour cette approche, cf. WERRO, Fondements, 30 ss; pour plus de détails, cf. ComRom-WERRO, CO 55 N. 12.

399 En France, la Cour de cassation a récemment semblé admettre la responsabilité des parents pour le fait objectivement non fautif de leur enfant: cette jurisprudence a déclenché une violente vague de critiques, qui ont souligné que la responsabilité des parents n'était pas une responsabilité pour risque. Cf. les arrêts N. 493 et 494 du 13.12.2002 sur: <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/01-14 007-493arr.htm> et <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-13 787-494arr.htm>.

Pour reprendre l'exemple du canot à moteur, rien ne justifie que l'employeur du conducteur du bateau réponde de la mort du nageur dans l'hypothèse où le conducteur a agi conformément à toutes les règles de prudence. Encore une fois, dire que «la responsabilité de l'employeur est causale en ce sens qu'elle ne présuppose pas une faute de la part du préposé»⁴⁰⁰, est une affirmation qui doit être comprise en ce sens qu'il n'est certes pas nécessaire que l'employé soit capable de discernement. La responsabilité de l'employeur ne suppose pas qu'on puisse imputer *subjectivement* son comportement à l'employé, mais il faut que celui-ci ait agi de manière contraire à la diligence objectivement requise: si le comportement de l'employé est celui qu'aurait eu la personne raisonnable, il n'y a pas de responsabilité de l'employeur⁴⁰¹.

b) *Les applications nouvelles de l'art. 55 CO: la responsabilité du producteur*

La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de responsabilité du fait des produits a remis en cause la compréhension classique de l'art. 55 CO et le sens qu'assurément le législateur de 1911 entendait lui donner. Dans le fameux arrêt de l'élément de béton (*Schachtrahmen*), le Tribunal fédéral a d'une part restreint pour ne pas dire exclu la possibilité pour l'employeur de faire valoir des preuves libératoires: les juges ont considéré que l'employeur-producteur ne pouvait se contenter de démontrer l'adéquation de son choix, de ses instructions et de sa surveillance; il était également censé démontrer qu'il avait contrôlé tous ses produits à la fin du processus de fabrication, et qu'à défaut d'être en mesure de le faire, il devait renoncer à son activité. Le Tribunal fédéral a d'autre part remis en cause l'exigence d'un acte objectivement fautif de l'employé. En effet, dans l'arrêt de l'élément en béton, l'acte de l'employé ou même l'identité de ce dernier au cours du processus de fabrication n'a pas été discuté. Le Tribunal fédéral a retenu la responsabilité de l'employeur-fabricant en fonction du résultat: sans égard au comportement objectivement diligent ou non de l'employé, le seul défaut du produit – mais non les seules blessures de la victime! – a suffi à engager la responsabilité de l'employeur⁴⁰².

400 Cf. CJ GE, SJ 1999 I 13.

401 Pour une analyse comparative, VON BAR, 431 ss, qui montre qu'aucun pays européen n'adopte en principe un autre point de vue. Pour le droit français, cf. CARBONNIER, 444, qui souligne: «Le fait dommageable du préposé doit revêtir les caractères juridiques de la faute. La responsabilité du commettant n'est qu'accessoire et suppose une responsabilité principale à la charge du préposé. C'est dire qu'il faut d'abord vérifier en la personne de celui-ci toutes les conditions d'application de l'art. 1382.»

402 Pour plus de détails, WERRO, Responsabilité du producteur.

Il se pose la question de savoir quelle est *la portée de cette jurisprudence*. Doit-on y voir un palliatif à l'absence de loi spéciale en matière de responsabilité du fait des produits à l'époque où cet arrêt a été rendu? Ou faut-il plutôt y voir l'expression de la norme adéquate pour sanctionner les dommages résultant d'une activité industrielle? J'opte quant à moi pour la seconde possibilité.

Il paraît en effet adéquat de ne pas limiter cette jurisprudence à la seule responsabilité du fait des produits. Il est juste de faire abstraction de l'exigence de la preuve d'un manque de diligence de l'employé quand celui-ci a agi *dans le cadre d'une entreprise industrielle* et que l'accident résulte en quelque sorte des risques de l'activité de cette dernière. Il est juste également de limiter la possibilité pour l'employeur de faire valoir des preuves libératoires.

Il en va différemment *dans le cadre d'une activité artisanale*. Dans ce cas, la victime est en mesure – du moins en théorie – de vérifier la portée de ce que font l'entrepreneur et les employés de ce dernier; l'anonymat et la complexité qui entourent la prestation de service dans un contexte de production industrielle font défaut. La responsabilité de l'employeur ne devrait pas être engagée en l'absence d'un manque de diligence de la part de l'employé. La question du fardeau de la preuve de la diligence ou de l'absence de diligence pourrait dépendre des circonstances. Mais admettre une responsabilité sans manquement de l'employé reviendrait à étendre à l'employeur une responsabilité pour risque là où ce dernier fait défaut⁴⁰³.

En revanche en ce qui concerne les preuves libératoires, il convient de retenir comme la plupart des auteurs que l'art. 55 CO est en principe désuet, et cela même dans les entreprises artisanales⁴⁰⁴. Quel que soit le caractère de l'entreprise, il ne justifie pas qu'on libère l'employeur parce qu'il s'est bien comporté, comme le voulait l'art. 55 CO à l'origine. Ce qui fonde la responsabilité de l'employeur, c'est le fait qu'il fasse appel à autrui pour augmenter sa capacité de travail et le rapport de subordination entre lui et son employé. Là où, comme on vient de le voir, la responsabilité de l'employé doit rester fondée sur un manquement objectif à la diligence de l'employé, l'employeur ne doit pas disposer de la possibilité de faire valoir des preuves libératoires. Admettre le contraire reviendrait à consacrer la solution isolée et politiquement dépassée du BGB, qui a été rejetée par la jurisprudence allemande et qui ne trouve son pareil dans pratiquement aucun autre droit européen (cf. notamment art. 1384 al. 1 et 5 CCfr, qui prévoient: «On est responsable non seule-

403 Cf. WERRO, *Fondements*, 31; cf. également, HAAS, *passim*.

404 La critique des preuves libératoires était cependant surtout faite en Suisse dans le contexte industriel: Cf. déjà GILLIARD, 295 ss; PETER JÄGGI, in RDS 1967/II 754 ss; cf. ég. DESCHENAUX/TERCIER, § 9 N. 9. Il en va différemment à l'étranger: cf. l'analyse détaillée dans WERRO/PALMER.

ment du dommage que l'on cause par son propre fait, mais aussi de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde . . . Le père et la mère . . . sont solidairement responsables du dommage causé par leur enfant habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions dans lesquelles ils les ont employés; . . . »)⁴⁰⁵.

En revanche, là où une entreprise est en cause, et où l'on fait abstraction de la preuve d'un manquement de l'employé, la solution pourrait consister à limiter la preuve libératoire à la preuve d'une parfaite organisation de l'entreprise. Demeurerait réservé toutefois en principe le cas de la responsabilité du fait des produits où le fondement propre de la responsabilité réside dans le défaut d'un produit mis en circulation, et non pas seulement dans la mauvaise organisation d'un service⁴⁰⁶. C'est la solution proposée par la doctrine allemande⁴⁰⁷. C'est aussi, mais seulement en partie, la solution proposée par l'Avant-projet.

2. *Les règles de l'Avant-projet*

Après avoir présenté la solution de l'Avant-projet (a.), j'analyserai les réactions qu'elle suscite (b.). Je terminerai par une appréciation personnelle (c.) qui sera suivie d'une prise de position complémentaire (d.).

a) *La distinction entre la règle générale et la règle spéciale applicable aux entreprises*

L'Avant-projet traite de la responsabilité pour les auxiliaires dans deux dispositions (art. 49 et 49a AP). La première est une règle générale dont la teneur est la suivante:

«La personne qui recourt à un auxiliaire est tenue de réparer le dommage causé par ce dernier dans l'accomplissement de sa tâche, à moins de prouver qu'elle a pris, dans le choix, dans l'instruction et dans la surveillance de cet auxiliaire toutes les mesures appropriées pour éviter la survenance du dommage.»

Selon les auteurs de l'Avant-projet eux-mêmes, cette disposition n'apporte *pas de nouveauté fondamentale*, mais se contente de reprendre le principe énoncé par l'art. 55 al. 1 CO tout en renonçant à la terminologie actuelle trop étroite et en adoptant une formulation plus explicite de la preuve libéra-

405 Pour une analyse comparative, cf. WERRO/PALMER; cf. ég. les principes européens du droit de la RC du Study Group on a European Civil Code, art. 3:203.

406 Pour une analyse complète, cf. HAAS, *passim*.

407 Cf. BRÜGGEMEIER, Grundlagen.

toire⁴⁰⁸. Son application ne devrait donc pas poser de problèmes majeurs ni provoquer de changements jurisprudentiels notables. Il faut cependant relever que l'introduction d'une disposition spéciale réglant la responsabilité des auxiliaires dans les entreprises risque *de restreindre assez considérablement le champ d'application de l'art. 49*. Il risque de se limiter en effet aux dommages causés par les auxiliaires dans l'accomplissement de tâches relatives à l'activité domestique ou aux loisirs⁴⁰⁹. A mon sens, il serait juste de l'étendre à toutes les entreprises artisanales. Je ferai la critique du maintien de la preuve libératoire plus loin.

Quant à l'art. 49a AP, il a la teneur suivante. Sous la note marginale «Dans les entreprises»), il prévoit:

«La personne qui, pour exploiter une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle, recourt à un ou plusieurs auxiliaires, est tenue de réparer le dommage causé dans le cadre de ces activités, à moins de prouver que l'organisation de l'entreprise était apte à éviter la survenance du dommage».

Les auteurs de l'Avant-projet justifient l'introduction d'une règle de responsabilité *du fait du défaut d'organisation* par les motifs suivants. Ils soutiennent notamment que l'art. 55 CO est mal adapté à la structure actuelle des entreprises, ce qui a selon eux d'ailleurs conduit le Tribunal fédéral à des «dérives» bien éloignées du texte de l'art. 55 CO⁴¹⁰. En outre, les concepteurs de la nouvelle disposition considèrent cette dernière comme une concrétisation d'un courant doctrinal influent selon lequel la complexité organisationnelle et technique des entreprises justifie un régime de responsabilité aggravée⁴¹¹. Enfin, ils font valoir que, «au plan interne, l'art. 49a AP contribuera à l'unification du droit de la responsabilité, dans la mesure où il se rapproche de la règle contractuelle prévue à l'art. 101 CO et des régimes de responsabilité institués par le droit public.»⁴¹².

Contrairement à ce que peut laisser entendre l'art. 49a AP, l'employeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve qu'il a souscrit aux trois devoirs prévus à l'art. 49⁴¹³. Pour se libérer, il doit donc non seulement prouver avoir choisi, instruit et surveillé son auxiliaire de manière satisfaisante, mais encore établir que l'organisation de l'entreprise était apte à éviter la survenance du dommage.

Pour le reste, l'art. 49a AP innove sur deux points.

Tout d'abord, la preuve d'un manquement objectif à la diligence de la part de l'employé n'est plus requise comme elle l'était en application de l'art. 55

408 WIDMER/WESSNER, 125, 128.

409 WIDMER/WESSNER, 128.

410 WIDMER/WESSNER, 125 s.

411 WIDMER/WESSNER, 126.

412 WIDMER/WESSNER, 127.

413 Cf. WIDMER/WESSNER, 132.

CO⁴¹⁴. Quand un dommage résulte des activités d'une entreprise, il naît une présomption de faute d'organisation. La victime n'a pas à démontrer autre chose que son dommage et le lien qui existe entre ce dommage et l'activité de l'entreprise. La présomption de faute d'organisation rapproche la responsabilité de l'employeur d'une responsabilité pour risque, ce qui paraît juste compte tenu des dangers que présentent les activités de certaines entreprises, et surtout de la difficulté qu'il y a pour la victime de prouver l'inadéquation du comportement d'un employé dans le contexte d'une entreprise industrielle. Les auteurs se refusent à parler de responsabilité objective aggravée et s'en tiennent à une responsabilité objective simple⁴¹⁵.

Ensuite, rompant avec la conception classique, l'art. 49a AP n'exige pas que le dommage soit causé *dans l'accomplissement* d'une tâche (comme c'est le cas aux art. 55 CO et 49 AP), mais se contente que celui-ci survienne *dans le cadre* des activités de nature économique ou professionnelle de l'entreprise. Cette différence implique incontestablement un élargissement du champ d'application de la responsabilité de l'employeur dans les entreprises. Ce dernier pourra désormais être tenu pour responsable d'actes de vol ou de harcèlement sexuel⁴¹⁶ de ses employés⁴¹⁷. Les auteurs de l'Avant-projet justifient cette solution en expliquant «que l'exécution d'une activité de nature économique ou professionnelle par l'auxiliaire augmente le risque que des tiers soient lésés, même de manière délictueuse dans le pire des cas. Il paraît équitable que la personne qui exploite l'entreprise assume *à priori* un tel risque, elle qui est habilitée à prendre des mesures pour le réduire ou le supprimer et qui au surplus est censée retirer un profit du travail fourni par l'auxiliaire»⁴¹⁸.

b) Les réactions

En l'état, la doctrine suisse ne s'est pas beaucoup exprimée sur le sujet⁴¹⁹. Si on se réfère aux réactions de la doctrine étrangère, les auteurs seront sans

414 *Contra*: C. CHAPPUIS, dans le présent rapport, cf. I.B.1.d., I.C.1.d, II.A.2.

415 WIDMER/WESSNER, 127.

416 La jurisprudence a jusqu'ici refusé d'appliquer 55 CO à l'employeur dont un employé s'est rendu coupable d'actes de harcèlement sexuel sur un collègue, au motif que de tels actes ne sont pas commis dans l'accomplissement du travail mais à l'occasion de celui-ci. Cf. arrêt du Tribunal des Prud'hommes de Genève du 29.11.1988.

417 WIDMER/WESSNER, 131.

418 WIDMER/WESSNER, 131. Du point de vue du droit désirable, cf. ég. ComRom-WERRO CO 55 N. 15.

419 Cf. cep. HONSELL, in Consultation ad art. 49a N. 341.22; MANUEL JAUN, «Zur gegenwärtigen und zukünftigen «ratio legis» der Geschäftsherrenhaftung», in *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung: Festschrift für Heinz Hausheer*, Berne 2002, 581–596.

doute partagés: d'aucuns considéreront que la distinction entre la règle générale et la règle spéciale pour l'entreprise n'aurait pas dû être maintenue⁴²⁰. Ceux qui admettent cette distinction critiqueront aussi le maintien du mécanisme de la preuve libératoire, étranger aux motifs d'équité qui justifient la responsabilité de l'employeur. Certains soutiendront peut-être que l'art. 49 AP, pour autant qu'il soit corrigé et qu'il ne donne pas de preuve libératoire à l'employeur, ne devrait pas être d'application limitée: on pourra faire valoir que la présomption de défaut d'organisation cumulée avec la dispense de l'obligation de prouver le manque de diligence de l'employé ne se conçoit que dans les entreprises industrielles⁴²¹.

La procédure de consultation révèle des réactions mitigées. Parmi elles, certains estiment que le champ d'application respectif de l'art. 49 et de l'art. 49a AP n'est pas clairement délimité, mais contrairement à la doctrine, et en particulier à la doctrine européenne, qui pense que les preuves libératoires de l'art. 49 AP sont désuètes, *les milieux économiques* craignent que le champ d'application de la règle générale soit restreint et qu'ainsi, la plupart des employeurs soient traités comme des entreprises, quelle que soit leur taille, selon l'art. 49a AP⁴²². *La Fédération suisse des avocats* souligne quant à elle que «la limite exacte du champ d'application de cette dernière règle devra être tracée selon des critères concrets et adaptés à la réalité économique. Il n'est pas certain en effet qu'il soit opportun de soumettre au même régime de responsabilité objective une grande entreprise et une association de bénévoles n'exerçant que de façon accessoire une activité économique»⁴²³.

Un autre problème a été soulevé en relation avec la responsabilité civile des collectivités publiques cantonales et communales qui doit être régie, selon les art. 43 et 43a AP, par les art. 41 ss AP. Les actes des fonctionnaires devraient donc logiquement être soumis aux art. 49 et 49a AP. De ce point de vue, souligne-t-on, «la rédaction de ces deux articles est insatisfaisante: indubitablement, dans la logique de l'Avant-projet, un régime similaire à celui de l'art. 49a AP devrait s'appliquer, mais les cantons et les communes, de même que la plupart des corporations, établissements et agents (art. 43 AP) ne sont certainement pas des entreprises (cf. note marginale de l'art. 49a AP) au sens où on l'entend couramment. De plus, un bon nombre de tâches effectuées par ces collectivités qui ne relèvent pas de l'exercice de la puissance publique ne

420 Cf. BRÜGGEMEIER, Grundlagen.

421 Cf. HAAS, *passim*.

422 Le champ d'application de l'art. 49a est perçu comme étant large. De nombreux organismes consultés craignent que l'art. 49 perde toute sa signification: UDC, economiesuisse, SSCI (Société suisse des industries chimiques), USAM. Cf. Consultation ad art. 49 et 49a, N. 341.21 et 341.22.

423 Cf. l'avis de la FSA sur l'art. 49, in Consultation ad art. 49 N. 341.21.

tombent pas non plus à l'évidence sous la rubrique des activités de nature économique ou professionnelle à moins que l'on entende donner un sens très large à ces notions. Il semble d'ailleurs que c'est le choix des auteurs de l'Avant-projet. (...) Le choix de l'Avant-projet paraît aller à contre-courant: alors (...) que les législateurs cantonaux en particulier, reconnaissent d'une façon presque univoque qu'il convient de rendre les collectivités objectivement responsables des actes de leurs agents sans qu'elles puissent se libérer de cette responsabilité (...), l'art. 49a leur ménage curieusement une preuve libératoire.»⁴²⁴.

On relèvera encore la réaction des professionnels de la santé qui estiment que l'art. 49a AP se prête mal aux particularités de leur domaine. En effet, contrairement aux arguments avancés par les auteurs de l'Avant-projet⁴²⁵, les milieux médicaux estiment qu'un hôpital ne peut être assimilé à une entreprise dans la mesure où il ne vise pas une maximisation du profit et où ses employés sont au service du patient, et non censés constituer une source de profit pour l'hôpital. En outre, selon eux, les statistiques démontreraient que sur 1807 morts de patients, seules 5 sont dues à une faute. En renversant le fardeau de la preuve, les auteurs de l'Avant-projet s'écartent de la réalité et créent une règle à partir d'une exception⁴²⁶.

c) *Une appréciation*

Comme la doctrine qui s'est déjà prononcée sur le sujet, je pense que les solutions proposées par l'Avant-projet appellent une critique nuancée.

1. L'art. 49a AP est juste, mais il doit se limiter à sanctionner des dommages résultant d'une *activité «industrielle»*. Il appartiendra à la jurisprudence de dire ce qu'il faut comprendre par entreprise, à mon avis, il faut entendre par là une organisation complexe; ce n'est que dans ce contexte d'anonymat que se justifie la présomption d'une faute d'organisation. Je ne vois pas pourquoi on engloberait dans le champ d'application de l'art. 49a AP des entreprises artisanales, où le rapport de proximité entre la victime et le responsable est en principe garanti. Il n'y a en revanche aucune raison de ne pas comprendre dans la notion d'entreprise industrielle les seules activités profitables. A cet égard, la critique des milieux médicaux est dénuée de toute pertinence. Ce qui est décisif pour l'application de l'art. 49a AP, c'est la complexité de l'organisation appelée à fournir une prestation: autant je suis à même de me ren-

424 Cf. l'avis de l'Université de Lausanne sur l'art. 49, in Consultation ad art. 49 N. 341.21.

425 WIDMER/WESSNER, 131.

426 Cf. la prise de position de la FMH, in Consultation ad art. 49a N. 341.22.

dre compte de ce qui se passe quand mon menuisier vient me poser un plancher, autant j'en suis incapable quand le service est le fait d'une organisation complexe. Profit ou pas importe peu. Par ailleurs, contrairement à ce que suggère une prise de position, l'Etat peut également très bien constituer une entreprise au sens de l'art. 49a AP. Il présente souvent toute la complexité d'une entreprise industrielle (par ex. l'hôpital universitaire; la construction d'un grand chantier).

2. Dans la mesure où il reprend la conception classique et désuète de l'art. 55 CO, l'art. 49 AP est critiquable: comme on vient de le voir, il est certes juste de différencier le régime de la responsabilité de l'entreprise artisanale par rapport à celui de l'entreprise industrielle, mais cela vaut pour la preuve d'un manquement de l'employé, qui conserve sa raison d'être là où le défendeur est une entreprise artisanale (l'employé de mon menuisier installe mal les planches de mon parquet). En revanche, la possibilité de plaider les traditionnelles preuves libératoires a perdu de son actualité. Ce qui fonde la responsabilité de l'employeur ne doit pas être les qualités de choix, d'instruction et de surveillance qu'il a mises en oeuvre, mais des considérations de justice et d'équité qui veulent que celui qui fait appel à un tiers et qui en profite doit répondre des manquements que commet ce tiers. Tous les droits européens sont acquis à cette idée⁴²⁷.

3. La critique qui fait valoir que l'art. 49a AP n'est pas pas adapté au droit public me semble dénuée de pertinence. Le fait qu'une entreprise soit autorisée à apporter la preuve de sa bonne organisation n'a rien de contradictoire avec l'idée selon laquelle l'Etat serait objectivement responsable des actes de ses agents. La responsabilité dite objective de l'Etat n'a en réalité d'objectif que les mots pour la désigner. Jamais, dans ce régime n'a-t-on admis que l'Etat répondait des actes illicites de ses agents, du point de vue du seul résultat, sans se demander si ceux-ci avaient manqué de diligence. En raison de la très large identité entre l'acte illicite et la faute, *l'affirmation du Tribunal fédéral* – souvent reprise en doctrine – *n'est guère convaincante*; à notre avis, l'abandon de l'exigence de la faute dans ce contexte est dépourvu de toute conséquence concrète. En effet, même lorsque la responsabilité de la collectivité est dite «sans faute», la victime doit en principe apporter la preuve du manquement à la diligence commis par l'agent de l'Etat, et le fait d'être dispensé de la preuve de la «faute» ne change donc rien à sa situation.

On le vérifie aisément en matière de responsabilité médicale où le patient n'obtiendra rien de l'Etat-défendeur s'il n'arrive pas à prouver le manque-

427 Cf. VON BAR, 431 ss.

ment du médecin. Certes, dans un régime de responsabilité pour faute, le médecin est en droit de plaider l'existence de circonstances subjectives de nature à l'exonérer. Toutefois, correctement comprises, ces circonstances devraient se limiter au droit de plaider l'incapacité de discernement. Or, ce fait est parfaitement marginal et dépourvu de toute portée pratique en matière médicale⁴²⁸.

d) *Une prise de position complémentaire*⁴²⁹

Le caractère désuet de la triple preuve libératoire autorisée par l'art. 55 CO, et maintenue par l'art. 49 AP, vient d'être relevé. Dans l'idée de mettre cette critique à l'épreuve, je souhaiterais examiner s'il est envisageable que 1) l'employeur puisse être tenu pour responsable d'un comportement illicite, mais non fautif de son auxiliaire et 2) l'employeur soit admis à faire la preuve libératoire de sa diligence lorsque l'auxiliaire a agi de manière illicite et fautive.

L'affaire *Traber*⁴³⁰ permet d'illustrer la première hypothèse. Le coup de marteau piqueur, destructeur d'une canalisation, n'est pas imputable à une faute de l'ouvrier puisque ce dernier se contente de suivre le plan remis par *Traber* et les instructions de celui-ci. Il est juste que, dans ces circonstances, l'ouvrier ne réponde pas personnellement du dommage. En revanche, il s'agit du cas typique d'une responsabilité de l'employeur fondée sur un manque de

428 Cf. FRANZ WERRO/JOSIANE HAAS, La preuve de l'information donnée par le médecin à son patient, in REAS 2002, 208 ss. *Rappelons qu'en matière médicale*, on retient généralement que l'acte illicite peut se manifester de deux façons. Il peut consister, d'une part, dans le fait de *porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui sans motif justificatif* (illicéité du résultat) et, d'autre part, dans le fait de *ne pas respecter certaines normes juridiques imposant un comportement donné* (illicéité du comportement). Dans un arrêt médical récent, c'est le devoir d'information du médecin qui était en cause. Le Tribunal fédéral a ainsi précisé que la violation de ce devoir relevait de la seconde forme d'illicéité; il ne s'agissait en effet pas de déterminer si le patient avait consenti à une «atteinte à l'intégrité corporelle en elle-même illicite commise par le médecin» mais d'analyser si ce dernier avait manqué à sa diligence en violant son obligation d'informer Z. du risque d'interactions médicamenteuses liées au Norvir (TF, 4C.229/2000, SJ 2002 I 253). On notera par ailleurs que la faute du médecin est en général comprise comme le fait, pour un médecin, de ne pas agir comme un médecin avisé de sa catégorie l'aurait fait dans les circonstances de l'espèce. En dehors de la question des motifs justificatifs, on voit qu'il n'y a pas de différence entre la faute et l'acte illicite. En réalité, les deux notions se confondent pour l'essentiel: toutes deux visent le fait, pour le médecin, de ne pas faire preuve de la diligence objectivement requise par les circonstances. Ainsi, le médecin qui omet d'informer un patient d'un risque d'interactions médicamenteuses commet une faute et c'est l'absence de motif justificatif qui la rend illicite; de façon injustifiée, il manque à sa diligence, en s'écartant du comportement qu'un médecin avisé de sa catégorie aurait eu dans les mêmes circonstances.

429 CHRISTINE CHAPPUIS est l'auteure du point II.A.2.d.

430 Voir ATF 97 II 221, JdT 1972 I 365, mentionné *supra*, n. 200.

diligence propre dans l'organisation du travail et les instructions données aux auxiliaires. Il se justifie par conséquent pleinement de rendre l'employeur responsable d'un tel acte, même si son auxiliaire échappe à tout reproche. Cet exemple illustre le fondement de la responsabilité de l'art. 55 CO conçu comme un manque de diligence de l'employeur.

Quant à la seconde hypothèse, l'affaire de la friteuse sans thermostat⁴³¹ fournit un excellent exemple d'un comportement négligent de la part d'un employé. Celui-ci omet d'installer complètement le dispositif réglant automatiquement la température d'une friteuse; un incendie s'ensuit. Le Tribunal fédéral admet la preuve libératoire, nonobstant le fait qu'il la considère comme soumise «à des conditions très strictes»⁴³². Parmi ces conditions strictes, le Tribunal fédéral mentionne le fait qu'il appartient à l'employeur de prouver, non seulement qu'il a bien choisi, instruit et surveillé ses employés, mais également «qu'il a organisé rationnellement son entreprise»⁴³³. Or, une appréciation stricte de la preuve libératoire aurait pu amener les juges à constater qu'une organisation rationnelle de l'entreprise impliquait un contrôle final du travail d'installation de la friteuse par l'employé; un tel contrôle aurait pu révéler le fait que le dispositif en question n'était pas branché. C'est dire qu'une appréciation véritablement sévère de la diligence de l'employeur aurait pu changer un résultat négatif pour la victime.

Il peut cependant arriver que le meilleur des employés – à qui toutes les instructions nécessaires ont été données et qui, vu ses qualifications professionnelles et sa longue expérience, n'a pas à être particulièrement surveillé – effectue mal son travail pour des raisons diverses (distraction subite due à une violente émotion, fatigue suivant une nuit agitée, etc.). C'est pourquoi, il faut garder à l'esprit l'interrogation soulevée plus haut: est-il opportun que l'art. 49 AP maintienne la preuve libératoire prévue par l'actuel art. 55 CO?

B. La responsabilité pour risque⁴³⁴

A la responsabilité fondée sur la faute ou sur la violation d'un devoir de diligence (responsabilité pour faute et responsabilité objective simple), on oppose la responsabilité fondée sur le risque (responsabilité objective aggravée). Celle-ci est engagée sans que le comportement adéquat ou non du responsable ne soit pris en compte: seule est déterminante la survenance d'un dommage découlant de la réalisation d'un risque caractérisé.

431 ATF 90 II 86, JdT 1964 I 560.

432 ATF 90 II 86 c. 3c, JdT 1964 I 560, 563.

433 ATF 90 II 86 c. 3c, JdT 1964 I 560, 563.

434 FRANZ WERRO est l'auteur du point II.B.

La responsabilité pour risque ou à raison du risque n'a pas été réglée jusqu'ici dans le Code des obligations. Les «vrais» risques sont certes nés après l'entrée en vigueur de ce dernier et que, plutôt que de l'amender, le législateur a préféré adopter des lois spéciales. L'Avant-projet rompt avec cette approche et considère qu'à l'instar de la faute, le risque doit être un fondement général de la responsabilité.

Il convient ici de s'interroger sur l'opportunité de ce choix (2.). Afin d'apprécier la réelle portée d'une norme générale de responsabilité pour risque, il importe de rappeler brièvement ce qu'est la responsabilité pour risque dans les conceptions reçues (1.).

1. Les conceptions reçues

Dans les conceptions reçues, la responsabilité pour risque diffère de la responsabilité pour faute par son fondement (a.). On admet que les limites assignées à l'obligation de réparer sont en revanche les mêmes (b.).

a) *Le fondement: le risque et la délimitation par rapport à la faute*

La responsabilité pour risque se définit comme une obligation de réparer le dommage causé à autrui *fondée sur le danger particulier d'une activité donnée*⁴³⁵. Elle se distingue essentiellement des autres responsabilités par le fait qu'elle fait abstraction du comportement du responsable ou de l'auteur du dommage: elle est donnée dès que survient un dommage découlant de la réalisation d'un risque caractérisé⁴³⁶, sans égard à la question de savoir quelle est la diligence dont a fait preuve le sujet de la responsabilité.

Cette sévérité trouve sa justification dans la volonté de protéger les victimes contre des dommages causés par certaines activités considérées comme utiles pour ne pas dire indispensables malgré le danger qu'elles représentent.

Le champ d'application de la responsabilité pour risque est clair. De *lege lata*, il découle de l'état de fait prévu par une loi spéciale.

C'est cependant sur ce point que l'Avant-projet innove. Il veut permettre au juge de retenir de nouvelles hypothèses. Le mécanisme est posé en relation avec la responsabilité pour faute. Si la diligence du spéciliaste permet en principe d'éviter le dommage, c'est la responsabilité pour faute qui doit être retenue; en revanche, si cette diligence ne suffit pas, on considère qu'il s'agit

435 Pour une présentation comparative, détaillée et approfondie, cf. SCHAMPS.

436 Cf. WERRO, *Fondements*, 34 ss.

d'une activité spécifiquement dangereuse et il y a place pour une responsabilité fondée sur le risque⁴³⁷.

Avec l'introduction de cette norme, les auteurs de l'Avant-projet entendent essentiellement redonner à la responsabilité pour faute un profil plus limité: plutôt que de qualifier de fautif un comportement simplement parce qu'il est à l'origine d'un dommage, ils préfèrent réduire la notion de faute et reconnaître qu'il y a des dommages qui appellent une réparation parce que le comportement qui en est la cause présente des risques spécifiques.

b) *Les limites*

La définition du risque fondant la responsabilité ne pose pas de problèmes particuliers. La question de savoir si l'exigence de l'illicéité est maintenue est controversée en doctrine, mais elle n'a qu'une importance pratique très relative⁴³⁸.

Des recherches sur le plan européen ont montré qu'il en va différemment quand il s'agit de définir les limites de cette responsabilité. La principale source de difficultés vient de la définition des preuves libératoires et notamment du rôle que peuvent jouer à cet égard les règles sur le fardeau de la preuve⁴³⁹.

aa. La libération du sujet de la responsabilité

De façon incontestée, on admet que le sujet de la responsabilité doit être libéré quand la réalisation du risque repose sur une cause étrangère à celui-ci. En matière de circulation routière, le détenteur d'un véhicule automobile ne répond donc pas de l'accident lorsqu'il peut prouver que celui-ci a été causé par la force majeure ou une faute grave du lésé ou d'un tiers sans que lui-même ou les personnes dont il est responsable aient commis de faute et sans qu'une défectuosité du véhicule ait contribué à l'accident (cf. art. 59 al. 1 LCR).

Une question semble se poser tout de même en relation avec les risques de développement qui ne constituent pourtant pas une cause étrangère au risque. Le sujet de la responsabilité peut-il se prévaloir d'un risque imprévisible et échapper à l'obligation de réparer les dommages qui en découlent ou doit-il

437 Cf. WINIGER, Architecture de l'Avant-projet, 323 ss.

438 Contre l'exigence de l'illicéité, à mon sens, à juste titre, G. PETITPIERRE, Fondements, 276; BRÜGGEMEIER, Grundlagen. Sur la question, cf. ég. ComRom-WERRO, CO 41 N. 69; *supra*, I.B.1.c.bb.

439 Cf. WERRO/PALMER.

précisément répondre des risques même inconnus résultant d'une activité donnée? On pourrait soutenir que la responsabilité pour risque a précisément pour but de sanctionner des activités dangereuses, et qu'elle faillirait à sa mission en ne couvrant que les risques connus. D'un point de vue théorique, la responsabilité pour risque est effectivement imposée en dépit de l'impossibilité reconnue, soit de prévoir, soit de prévenir le dommage. Elle crée ainsi une sorte d'*assurance au bénéfice des lésés*, assurance qui, du point de vue de l'auteur du dommage, est le prix à payer pour pouvoir exercer une activité comportant des risques particuliers. La responsabilité pour risque devrait donc être un moyen de faire supporter les coûts de certaines activités à ceux qui en bénéficient, sans égard à la question de savoir si la survenance du dommage aurait pu être empêchée par un comportement plus prudent. Le fait libératoire serait limité dans cette approche à la cause étrangère. On sait cependant que le législateur européen n'a pas admis cette approche et qu'en matière de RC produits, il a laissé le soin aux Etats membres d'introduire ou non la responsabilité pour risque de développement (cf. art. 15 lit. b Directive⁴⁴⁰).

bb. La réduction de l'indemnité

La question des limites de la responsabilité se pose aussi en relation avec le comportement ou le fait de la victime. Faut-il nécessairement tenir compte de la faute concomitante de la victime, comme le suggère la LCR (cf. art. 59 al. 2 LCR) ou d'autres lois instituant des responsabilités objectives aggravées? On pourrait très bien considérer que le risque inhérent à certaines activités doit mettre à l'abri la victime même lorsque celle-ci a été inattentive et a eu un comportement en soi inadéquat. Certaines lois étrangères retiennent ainsi qu'il serait contraire au but protecteur de la responsabilité pour risque de permettre au sujet de la responsabilité de faire valoir la faute concomitante de la victime.

C'est le cas par exemple de la loi Badinter en France qui, pour protéger les victimes d'accidents de la circulation routière, exclut en principe la possibilité pour le détenteur du véhicule de faire valoir une faute concomitante de la victime⁴⁴¹. Certaines juridictions américaines ont adopté la même ligne en matière de responsabilité du fait des produits, et refusent de dénaturer la «strict liability» en prenant en compte la manière dont le lésé s'est servi du

440 Cf. Directive du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (85/374/CEE).

441 Cf. art. 2 et 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 disponible sur <http://www.legi-france.gouv.fr>.

produit, tout au moins dans les cas où le lésé parvient à prouver qu'il a utilisé le produit d'une manière que le producteur pouvait anticiper⁴⁴²⁻⁴⁴³.

Il en va différemment en droit suisse. La loi prévoit expressément que le juge doit fixer l'indemnité en fonction de toutes les circonstances lorsqu'une faute du lésé a contribué à la survenance de l'accident (cf. art. 59 al. 2 LCR; 11 LRFP). L'Avant-projet n'apporte pas de changement sur ce point. La situation n'est cependant pas aussi sévère qu'elle pourrait paraître: le droit préférentiel – repris et généralisé par l'Avant-projet – tempère largement les rigueurs de la prise en compte des facteurs de réduction de l'indemnité⁴⁴⁴.

2. *La proposition d'une clause générale*

L'Avant-projet, on l'a dit, propose d'introduire à côté de la clause générale de responsabilité pour faute une clause générale de responsabilité pour risque. Après avoir précisé la teneur de l'art. 50 AP (a.), qui concrétise cette proposition, je passerai en revue l'essentiel des réactions qu'elle suscite (b.). Je terminerai par une appréciation personnelle (c.).

a) *La teneur de l'art. 50 AP et les justifications des auteurs de l'Avant-projet*

La clause générale de responsabilité pour risque de l'Avant-projet a la teneur suivante:

«¹ La personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse est tenue de réparer le dommage dû à la réalisation du risque caractérisé que celle-ci comporte, même s'il s'agit d'une activité tolérée par l'ordre juridique.

² Est réputée spécifiquement dangereuse l'activité qui, par sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisés, est susceptible, en dépit de toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière, de causer de

442 Cf. *Hughes v. Magic Chef, Inc.* 288 N. W. 2d 542 (1980); *Daly v. General Motors Corp.* 575 P. 2d 1162 (1978), *dissenting opinion*; pour plus de détails sur cette question, cf. WERRO, Responsabilité du producteur.

443 A noter que la responsabilité du fait des produits n'est pas une vraie responsabilité pour risque, puisqu'elle ne repose pas sur l'usage dommageable d'un produit, mais bien sur l'existence d'un défaut qu'il appartient à la victime de prouver. Celui-ci devrait toutefois s'analyser en fonction du résultat contraire à la sécurité attendue, et non pas, comme on a tendance à le faire en matière de défauts de l'ouvrage (cf. art. 58 CO) en relation avec la diligence du sujet de la responsabilité. En RC produits, le point n'est toutefois pas clairement acquis: cf. WERRO, Responsabilité du producteur.

444 L'arrêt 5C.276/2002, qui admet que la victime happée de nuit auprès d'un passage non gardé commet une faute concomitante de 50 % n'en demeure pas moins surprenant.

fréquents ou de graves dommages; tel est notamment le cas lorsqu'une loi institue une responsabilité spéciale à raison d'un risque comparable.

³ Sont réservées les dispositions spéciales régissant la responsabilité à raison d'un risque caractérisé déterminé.»

Sans entrer dans les détails, on notera que cette norme fonde la responsabilité sur la notion d'*activité spécifiquement dangereuse*: Le critère central est que, même avec la plus grande diligence, une personne spécialisée ne saurait prévenir ou empêcher la survenance de dommages. Il y a un double critère, de gravité et de fréquence. Les activités spécifiquement dangereuses sont celles qui causent statistiquement soit de très nombreux, soit de très graves dommages, soit dans le pire des cas, cumulent les deux⁴⁴⁵.

A l'appui de cette règle, les auteurs de l'Avant-projet font valoir pour l'essentiel les motifs suivants. Selon eux, «la clause générale de responsabilité pour risque doit servir avant tout à appréhender des activités et des situations comportant un risque qualifié et caractérisé mais qui ne sont justement pas (ou pas encore) couvertes par la législation spéciale»⁴⁴⁶. A leur avis, cette dernière ne sera en effet jamais à même de s'adapter à l'évolution scientifique et technique avec une rapidité suffisante pour éviter des solutions injustes. De plus, les auteurs de l'Avant-projet estiment que les tribunaux ont admis la réparation des préjudices provoqués par des activités à risque en objectivant la faute à outrance, ce qui a conduit à une dérive de la responsabilité aquilienne⁴⁴⁷.

b) Les réactions

Les réactions doctrinales à cette proposition ne sont pas unanimes. Certains redoutent l'introduction de cette norme⁴⁴⁸. D'autres la saluent⁴⁴⁹. Dans une conférence à Fribourg, le professeur BRÜGGEMEIER, de l'Université de Brême, a salué l'innovation prévue à l'art. 50 AP⁴⁵⁰. Il la considère comme historique et à l'avant-garde d'un droit européen de la responsabilité civile: «Vorbehaltlos zu begrüßen ist die Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 Abs. 1 OR-E). Das Abstellen auf das «charakteristische» oder typische Risiko trifft den Nerv der Gefährdungshaftung. Die Klärung, was eine «besonders gefährliche Tätigkeit» ist, wird – der Definition in Abs. 2 zum Trotz – wohl

445 Cf. WINIGER, Architecture de l'Avant-projet, 322.

446 WIDMER/WESSNER, 144.

447 WIDMER/WESSNER, 120.

448 Réaction de la Faculté de droit de l'Université de Genève, in Consultation ad art. 50 N. 341.23.

449 Pour une analyse comparative, cf. KOCH/KOZIOL, 368 ss.

450 BRÜGGEMEIER, Grundlagen.

in erster Linie durch die Rechtsprechung erfolgen. Ausgangspunkte werden die bisherigen Spezialgesetze sein. Mit dieser Generalklausel der Gefährdungshaftung macht das Schweizerische Haftpflichtrecht *einen mutigen Schritt vorwärts in die moderne «Risikogesellschaft» und schreibt europäische Rechtsgeschichte.*»

Cela étant, l'introduction d'une clause générale de responsabilité pour risque suscite *une forte opposition politique*⁴⁵¹. Les opposants reprochent à la nouvelle disposition de créer une insécurité juridique latente par sa formulation vague et le trop grand pouvoir accordé au juge. Ils estiment que l'introduction de chaque nouvelle responsabilité pour risque doit faire l'objet d'un débat démocratique et n'a pas à relever de la décision des seuls juges⁴⁵². Une autre critique récurrente, en particulier du côté des cantons, concerne l'activité médicale. Les auteurs de l'Avant-projet sont d'avis qu'une telle activité ne devrait pas tomber sous le coup du nouvel art. 50 AP, sauf dans les cas où elle est exercée au moyen d'énergies, d'appareils ou de substances présentant un risque non couvert par l'art. 39 LRaP⁴⁵³. Pourtant, la responsabilité médicale risque d'être fondée sur des chefs de responsabilité différents selon l'activité à l'origine du résultat dommageable et d'aucuns redoutent les problèmes de délimitation qui pourraient en résulter⁴⁵⁴. Certains estiment en outre que, combinée avec l'art. 49a, la nouvelle disposition va conduire à une «canalisation» de la responsabilité de l'entreprise qui risque ainsi de devenir une sorte de bouc émissaire de la responsabilité civile⁴⁵⁵.

c) *Une appréciation*

aa. Quelques remarques générales

Comme une partie de la doctrine, je pense qu'il faut approuver le principe d'une clause générale de responsabilité pour risque et suivre la proposition des auteurs de l'Avant-projet. Une telle norme répond effectivement au besoin de faire face aux dangers multiples que les entreprises créent par leurs

451 Cf. Consultation ad art. 50 N. 341.23.

452 Cf. entre autres la position d'Argovie, Schaffouse, Thurgovie, Vaud, Zurich, PLS, aerosuisse, economiesuisse, FMH, ASPF, SSE, ISO, AOS, AES, in Consultation ad art. 50 N. 341.23. Les opposants estiment notamment que les termes «activité spécifiquement dangereuse» et «exploiter» peuvent conduire à une extension illimitée de la responsabilité pour risque s'ils ne sont pas précisés. Pour pallier cette difficulté, certains proposent d'ajouter à la nouvelle disposition un alinéa attribuant au Conseil fédéral la compétence de tenir une liste des activités dangereuses régulièrement mise à jour.

453 WIDMER/WESSNER, 146.

454 Cf. not. la position d'Argovie, Bâle-Ville, Fribourg, Lucerne, Thurgovie, Vaud, in Consultation ad art. 50 N. 341.23.

455 Cf. la position de l'UDC, economiesuisse, SSCI, USAM, in Consultation ad art. 50 N. 341.23.

activités industrielles ou commerciales. Donner au juge le pouvoir de s'inspirer des lois existantes pour étendre une responsabilité sans faute là où des activités dangereuses voient le jour me paraît une bonne solution. Comme le relèvent les auteurs de l'Avant-projet, on constate que la voie de la seule législation spéciale présente le risque de ne pas s'adapter à l'évolution scientifique et technique avec une rapidité suffisante pour éviter des résultats inadéquats. C'est dans cette direction que s'inscrit aussi l'évolution législative sur le plan européen.

L'objection tirée de l'absence de débat démocratique n'est pas pertinente: D'abord, parce toute clause générale s'expose à ce grief. Le législateur ne sait pas ce que sont les bonnes mœurs, l'illicéité, la faute ou encore la bonne foi. On ne saurait pour autant s'en passer. Ensuite, parce que les conceptions qui valaient encore au 19^e siècle sur le principe de *casum sentit dominus* et la place du risque ont changé. L'instauration d'une responsabilité objective aggravée par la voie judiciaire peut à mon avis fort bien se faire sans violer le principe de la séparation des pouvoirs. Essentiellement pour le motif suivant: au cours du 20^e siècle, l'action législative a révélé une volonté constante d'instaurer des responsabilités objectives aggravées à chaque fois que des risques spécifiques apparaissaient et que des mesures de diligence appropriées n'empêchaient pas d'en prévenir les effets. Il est inutile de faire ici la liste de toutes les lois qui ont répondu à cette volonté du souverain (cf. par ex. LCR). On peut donc retenir comme *un postulat* que *pour l'ordre juridique suisse* tout danger excessif que des mesures de précautions raisonnables ne permettent pas de combattre appelle une responsabilité objective aggravée. De ce postulat, il découle que rien ne peut s'opposer à ce que le juge concrétise ou précède simplement la volonté du législateur. Par rapport aux conceptions en place au moment de l'entrée en vigueur du Code, le rôle du législateur spécial s'en trouve simplement transformé: il consiste désormais à exclure ou à limiter la responsabilité au moyen d'une loi spéciale là où il estime qu'un risque qualifié ne doit pas entraîner de responsabilité objective aggravée.

Autre est la question de savoir si les juges suisses auront la volonté ou les moyens d'instituer une responsabilité objective aggravée comme le croient les auteurs de l'Avant-projet. L'expérience étrangère, et en particulier celle de l'Italie qui connaît une clause générale de responsabilité pour risque, montre que l'usage que les juges ont fait de ce moyen est resté extrêmement réduit. On peut craindre que, malgré l'introduction de l'art. 50 AP, se perpétue de façon générale la réaction que les juges genevois ont eue, sans doute à juste titre de *lege lata*, quand ils ont retenu qu'ils ne pouvaient pas étendre par analogie à un détenteur de bateau la responsabilité du détenteur d'automobile⁴⁵⁶. Les

456 Cf. CJ GE, SJ 1999 I 11.

assureurs affirment que cette norme ne poserait pas de difficultés de couverture. L'augmentation des primes d'assurance consécutive à l'aggravation du risque pourrait néanmoins demeurer une menace de nature à dissuader les juges d'agir.

Malgré mon approbation de principe, j'aurais quelques réserves à formuler sur le contenu de l'art. 50 AP. Elles concernent le champ d'application de cette responsabilité en relation avec la responsabilité pour faute et les limites assignées à la responsabilité pour risque en relation avec les risques de développement.

bb. Le champ d'application de l'art. 50 AP

Les auteurs de l'Avant-projet ont justifié l'introduction d'une clause générale de responsabilité pour risque en faisant valoir notamment que les tribunaux y parvenaient déjà en qualifiant de faute ce qui n'était en réalité que le produit d'un risque qualifié.

Tout en qualifiant le comportement du défendeur de fautif, il est vrai que les tribunaux exigent parfois un degré de diligence qui va au-delà de ce qui peut raisonnablement être exigé, notamment au vu des coûts des mesures de précautions et de l'étendue du dommage envisagé. Ainsi, dans l'arrêt du «Schachtrahmen» (ATF 110 II 246), l'employeur a été tenu pour responsable d'un défaut qu'il n'aurait pu détecter qu'en procédant à un contrôle approfondi de tous les produits sortant de son entreprise, sans égard à la faisabilité technique et économique d'un tel examen. Même si elle est justifiée, une telle conclusion est difficilement conciliable avec la responsabilité telle qu'elle avait été envisagée à l'origine par les art. 41 CO et 55 CO.

Sans doute est-il donc opportun d'introduire expressément une responsabilité pour risque, là où on veut imposer une obligation de réparer des dommages qui ne peuvent être prévus ou prévenus par une diligence raisonnable. La responsabilité pour faute ou la responsabilité objective simple n'ont pas de sens en dehors de ces limites.

Autre est en revanche la question de savoir s'il se justifie pour autant d'abandonner la notion de faute objective comme le propose l'Avant-projet⁴⁵⁷. Tel qu'ils sont articulés, les art. 48 et 50 AP créent ensemble *une lacune*. Leurs champs d'application respectifs ne sont pas tout à fait complémentaires. En effet, l'art. 50 AP ne s'applique qu'à des activités qui sont qualifiées de «spécifiquement dangereuses» parce qu'elles sont susceptibles de causer des dommages graves et/ou fréquents même lorsqu'elles sont exercées avec «toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière». Quels que soient les dangers, les activités que le spécialiste peut maîtriser ne tom-

457 WIDMER/WESSNER, 120, qui parlent de «resubjectiviser la notion de faute».

bent pas dans le champ d'application de l'art. 50 AP. Ce champ d'application est ainsi déterminé en fonction des limites de la responsabilité pour manquement à la diligence objectivement requise. Au demeurant, la responsabilité pour faute, elle, ne prend pas le relais: l'art. 48 al. 2 AP ne sanctionne pas les manquements à la diligence objectivement requise qui sont subjectivement excusables. En effet, pour échapper à la responsabilité pour faute, le respect d'un standard de diligence subjective est suffisant (art. 48 a AP).

A moins qu'on ne soit en présence d'une activité dangereuse au sens de l'art. 50 AP, le comportement subjectivement diligent, mais objectivement fautif n'entraîne selon l'Avant-projet aucune responsabilité: il n'est couvert par aucune des deux normes⁴⁵⁸. Les auteurs de l'Avant-projet admettent eux-mêmes l'existence de cette lacune, avec les conséquences qu'elle pourrait avoir notamment en matière de responsabilité médicale: selon eux, l'activité médicale n'est pas en principe une activité à risque au sens de l'art. 50 AP; mais compte tenu de la teneur voulue de l'art. 48 AP, cela veut dire aussi que le médecin ne sera pas personnellement responsable si son manquement objectif est excusable au sens de l'art. 48 al. 2 AP⁴⁵⁹.

Comme je l'ai déjà souligné (cf. *supra* I.C.4.a.), ce résultat dû à l'abandon de la faute objective est choquant. Il est vrai que l'art. 49 a AP pourra, en matière médicale, en atténuer la rigueur lorsque le dommage est causé en milieu hospitalier. On pourrait même envisager de corriger ce résultat en admettant que l'activité médicale est en principe une activité à risque au sens de l'art. 50 AP⁴⁶⁰.

Le problème resterait toutefois entier en dehors de ce domaine, où rien ne justifie en principe que les activités professionnelles exercées de manière individuelle soient soumises à l'art. 50 AP. Sous réserve de l'aménagement de mécanismes d'indemnisation alternatifs⁴⁶¹, la responsabilité professionnelle reste l'un des domaines où la responsabilité pour faute objective est nécessaire. L'activité professionnelle est source de dommages en dehors des entreprises, où l'art. 49 a AP ne trouvera aucune application. Ainsi, quelle que soit la réponse apportée à la question de savoir si l'activité médicale peut tomber sous le coup de l'art. 50 AP ou non, l'art. 48 AP doit abandonner l'idée de l'excusabilité subjective. Les activités professionnelles individuelles doivent être sanctionnées pour manquement objectif à la diligence requise, indépendamment des excuses subjectives.

458 Dans le même sens, WEBER, 263.

459 Cf. WIDMER/WESSNER, 146.

460 Sur cette question, cf.

461 Cf. FRANZ WERRO, Critique des solutions actuelles de la responsabilité civile médicale, aspects de droit comparé, in P. Tercier (édit.), Aspects du Droit Médical, Fribourg 1987, 249–271.

cc. L'exclusion des risques de développement?

L'autre problème en relation avec l'art. 50 AP est celui de la couverture des risques de développement. Compte tenu des déclarations faites dans le rapport des auteurs de l'Avant-projet, on ne sait pas avec certitude dans quelle mesure ceux-ci sont inclus dans l'art. 50 AP. Les auteurs de l'Avant-projet expliquent que de tels risques sont exclus du champ d'application de cette disposition⁴⁶². Par ailleurs, ils estiment néanmoins que les risques liés à de nouvelles technologies génétiques ou biochimiques devraient être compris dans l'art. 50 AP parce que «le fait qu'ils existent ne fait comme tel pas l'ombre d'un doute» et que «l'ignorance quant à leur intensité et leur étendue ... les fait apparaître comme particulièrement redoutables»⁴⁶³.

Il faut avouer que la première affirmation est un peu surprenante. D'abord, parce qu'il est dans la nature d'une responsabilité pour risque de comprendre les risques de développement. Les explications des auteurs de l'Avant-projet ne sont guère de nature à clarifier le champ d'application de l'art. 50 AP. On ne conçoit dès lors pas bien comment le juge pourra décider si le dommage survenu est le résultat d'un risque qui fait partie du «risque caractérisé» de l'activité du défendeur ou s'il constitue un événement de force majeure. Ensuite, si on considère que les risques de développement devraient être exclus de la responsabilité pour risque, cette exclusion devrait se refléter dans le texte de la disposition, comme c'est le cas pour l'art. 5 al. 1 lit. e LRFP. A notre sens, une telle exclusion ne découle pas automatiquement de la notion de force majeure qui est une cause d'exonération générale (art. 47 a AP). Cette notion implique non seulement que l'événement ayant causé le dommage était *imprévisible*, mais également qu'il était *extérieur à la sphère du défendeur*. Or, cette deuxième condition devrait généralement faire défaut pour des dommages causés par un risque de développement. Par conséquent, si le législateur veut exclure de tels risques de l'art. 50 AP, il serait souhaitable qu'il le dise clairement dans le texte de la disposition⁴⁶⁴.

462 Cf. WIDMER/WESSNER, 142.

463 WIDMER/WESSNER, 143.

464 Cette affirmation vaut également pour l'art. 59 a LPE. En vertu de l'art. 59 a al. 3 LPE, le détenteur d'une entreprise ou installation présentant un danger particulier pour l'environnement est libéré de la responsabilité si le dommage est dû à la force majeure ou à une faute grave du lésé ou d'un tiers. En revanche, suite à une recommandation de la commission d'études, le Parlement a renoncé à se prononcer sur la question de savoir si la réalisation d'un risque de développement constitue également une cause de libération. Vu l'histoire parlementaire de la disposition, la doctrine majoritaire considère aujourd'hui que les risques de développement échappent en effet à la responsabilité pour risque instaurée par l'art. 59 a LPE, cf. THOMAS JÄGGI, *Neue Haftungsbestimmungen im Umweltschutzgesetz*, RSJ 92 (1996), 249–256, 253; *contra* SCHWENZER, N. 54.17.

C. Les rapports entre contrat et délit⁴⁶⁵

La coexistence de deux régimes de responsabilité, fondés l'un sur la commission d'un acte illicite, l'autre sur l'inexécution d'une obligation suscite deux questions, celle de savoir si la violation du contrat constitue une sous-catégorie de l'illicéité, en ce sens que la violation d'un contrat constituerait un acte illicite (1.), et, dans la négative, quel est le rapport entre les deux types de prétentions en réparation du dommage (2.). L'Avant-projet a choisi une voie différente du droit actuel sur ces deux points, qui mérite d'être mise en discussion.

1. *La violation du contrat est-elle illicite?*

L'Avant-projet répond par l'affirmative à cette question fondamentale, du moins lorsque aucune règle spécifique de la partie spéciale du Code des obligations n'est en cause (a.). Les objections pouvant être opposées à cette conception sont nombreuses (b.).

a) *La solution de l'Avant-projet*

C'est à P. JÄGGI⁴⁶⁶ que l'on doit cette interrogation qui trouve un écho à l'art. 42 AP. Le but de cette disposition est d'unifier le plus possible les deux branches de responsabilité⁴⁶⁷. L'art. 42 AP soumet exclusivement la violation d'une obligation contractuelle aux règles délictuelles, sous deux réserves: celle de «l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise», d'une part, celle des règles «spécifiques à certaines espèces de contrats»⁴⁶⁸, d'autre part. L'art. 46 AP tient compte de ce réaménagement de la frontière entre les deux types de responsabilité dans sa définition de l'illicéité, en précisant à l'alinéa 2 que la violation d'un devoir contractuel est illicite. L'art. 99 al. 3 AP confirme l'application des dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile à la violation d'une obligation contractuelle, à l'exception des cas soumis aux «règles spécifiques» du droit des contrats.

Le Rapport explicatif fonde la distinction entre règles contractuelles et délictuelles sur la notion de «violation positive du contrat», définie comme «la violation d'une obligation contractuelle – principale ou accessoire – [qui]

⁴⁶⁵ CHRISTINE CHAPPUIS est l'auteure du point II.C.

⁴⁶⁶ JÄGGI, 181 ss.

⁴⁶⁷ Rapport explicatif, 23 s., 50 s., 62 ss., 104.

⁴⁶⁸ Les auteurs du projet ont abandonné la réserve des règles plus favorables au lésé qui avait été critiquée.

constitue également la violation illicite d'un devoir général de l'ordre juridique⁴⁶⁹. En exemple, le Rapport explicatif mentionne les cas d'atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la propriété du partenaire contractuel. Il ordonne la matière contractuelle en trois catégories: l'inexécution ou l'exécution tardive, la violation d'une obligation contractuelle soumise à certaines règles spécifiques et les autres violations d'une obligation contractuelle, que le Rapport explicatif qualifie de «positives». Les deux premières conservent leur place dans la branche contractuelle, la dernière est entièrement prise en charge par la branche délictuelle.

Cette redistribution de la matière entre responsabilité contractuelle et délictuelle correspond à la réalisation d'un «postulat majeur» de la réforme: l'unification des règles régissant la réparation des dommages⁴⁷⁰. Le (seul) motif invoqué est que le contenu du devoir (par exemple celui du médecin qui, lors d'une opération chirurgicale, sectionne par mégarde l'artère fémorale du patient ou celui du peintre qui, chargé de blanchir un plafond, tache un tapis) est identique, que l'on se place sur le plan délictuel ou sur le plan contractuel. En effet, le devoir général interdisant de porter atteinte à l'intégrité corporelle ou à la propriété d'autrui se confond avec le devoir particulier – fondé sur le contrat – du chirurgien envers son patient ou celui du peintre envers son client⁴⁷¹. Par ailleurs, le principe du concours d'actions (actuellement admis) aurait pour effet d'étendre la notion d'obligation contractuelle à des devoirs de protection accessoires n'entrant pas dans les prévisions des parties⁴⁷².

b) *Les objections*

L'option prise par les auteurs de l'Avant-projet ne convainc pas, car elle se heurte à de nombreuses objections.

aa. La violation positive du contrat: une notion controversée

La notion de violation positive est controversée quant à sa définition, tout autant qu'à sa nécessité en droit suisse (actuel). Selon certains auteurs, la violation du contrat est «positive» (*positive Vertragsverletzung*) lorsqu'elle ne consiste ni dans une exécution tardive (demeure), ni dans une impossibilité d'exécution; dans ce sens, elle correspond simplement à la mauvaise exécu-

469 Rapport explicatif, 63, voir aussi n. 282 et 104.

470 WIDMER/WESSNER, 65, 23 s. Fondamentalement favorable à cette thèse, WERRO, Avant-projet de révision, 18 s.; défavorable: not. SCHMID, 305 ss.

471 WESSNER, Droit contractuel et droit délictuel, 18 s.

472 WIDMER/WESSNER, 64 s.

tion du contrat (*Schlechterfüllung*)⁴⁷³. Pour d'autres, elle est «positive» lorsque des obligations accessoires sont violées⁴⁷⁴. Les auteurs de l'Avant-projet comprennent la violation positive dans un troisième sens, celui de la violation d'un contrat qui constitue simultanément un acte illicite⁴⁷⁵. Quant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle ne se réfère que rarement à cette notion et la comprend comme un synonyme de la mauvaise exécution du contrat⁴⁷⁶. Il est aujourd'hui admis qu'en droit suisse la violation dite positive ne constitue pas un problème particulier dans la mesure où toutes les hypothèses visées – quelle que soit la définition que l'on donne à cette notion – sont prises en compte par l'art. 97 al. 1 CO qui oblige à la réparation du dommage subi par le créancier du fait de l'absence d'exécution ou de l'exécution imparfaite d'une obligation⁴⁷⁷. On a ainsi pu, à juste titre, affirmer que cette notion était inutile en droit suisse⁴⁷⁸.

Le flou entourant la notion de violation positive du contrat apparaît de manière particulièrement frappante, lorsqu'on constate que le Rapport explicatif se fonde sur une définition possible de la violation positive et le texte de l'Avant-projet sur une autre. En effet, le Rapport fonde son explication sur le cas où la violation d'un contrat est simultanément constitutive d'un acte illicite en droit actuel. L'art. 42 AP, quant à lui, est construit autour des hypothèses théoriques de violation d'un contrat et comprend comme une violation positive soumise au chapitre délictuel toute hypothèse qui ne correspond ni à l'impossibilité, ni à la demeure et n'est pas visée par des règles spécifiques. La construction d'une nouvelle frontière entre les deux types de responsabilité sur une notion aussi controversée et difficile à manier n'est, à tout le moins, pas opportune.

bb. La réserve des «règles spécifiques»

Pour préciser la portée du changement préconisé par l'Avant-projet, il convient de déterminer quelles sont les «règles spécifiques à certaines espèces de contrat» dont les art. 42 et 99 al. 3 AP empêcheraient que la violation ne soit qualifiée d'illicite. Le Rapport explicatif mentionne en exemple les dispositions de

473 SCHWENZER, N. 67.01; voir aussi SCHMID, 305.

474 Par ex., BaK-SCHNYDER, CO 97 N. 32 ss. Sur l'ensemble de la question, voir A. KOLLER, 1483 s.

475 Rapport explicatif, 63.

476 ATF 123 III 204 c. 2d, JdT 1999 I 9 (suicide dans une clinique privée); ATF 113 II 424 c. 1a (gardien de piscine). Voir cependant l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 octobre 1997, RVJ 1 999 214, 218 c. 3a, dans lequel était en cause la violation d'un devoir d'information fondé sur l'art. 2 al. 1 CC.

477 GAUCH, Vereinheitlichung, 317.

478 ENGEL, 709. Voir aussi BaK-SCHNYDER, CO 97 N. 25, qui note la «Vielfältigkeit» de la notion de violation positive.

la partie spéciale qui instituent un régime plus favorable (art. 306 al. 3, 474 al. 2 CO) ou moins favorable au lésé (art. 210 al. 1 et 371 al. 1 CO)⁴⁷⁹. Faut-il en déduire que sont «spécifiques» les règles qui dérogent au régime général de l'art. 97 al. 1 CO? Ainsi, l'art. 208 al. 2 CO qui institue un régime de responsabilité sans faute, mais non l'art. 208 al. 3 CO qui subordonne la responsabilité du vendeur à sa faute (présumée sur le modèle de l'art. 97 al. 1 CO). Il est toutefois impensable que le vendeur soit responsable contractuellement sur la base de l'art. 208 al. 2 CO et extra-contractuellement sur la base de l'art. 208 al. 3 CO. Il paraît raisonnable d'admettre que les dispositions sur la garantie dans leur ensemble (art. 197 à 210 CO, art. 259 à 259i CO, art. 367 à 371 CO) seraient considérées comme des «règles spécifiques». Qu'en est-il alors de dispositions qui – comme l'art. 321e CO pour la responsabilité du travailleur et l'art. 398 al. 1 et 2 CO pour celle du mandataire – précisent la portée l'art. 97 al. 1 CO⁴⁸⁰ dans le cadre d'une relation contractuelle particulière? Si les art. 321e et 398 CO ne sont pas des «règles spécifiques» au sens de l'art. 42 AP⁴⁸¹, il s'ensuivrait que toute violation par le travailleur ou par le mandataire de son obligation de diligence se transformerait automatiquement en un acte illicite (art. 46 al. 2 AP)⁴⁸².

De manière générale, le domaine de la violation des contrats de services basculerait ainsi dans le chapitre délictuel, sous réserve du contrat d'entreprise du fait de sa réglementation spécifique des défauts de l'ouvrage. Le partenaire y perdrait le bénéfice de la prescription longue de l'art. 127 CO (remplacée par le délai de trois ans de l'art. 55 al. 1 AP), mais y gagnerait un responsable lorsque la violation du devoir de diligence est le fait d'un auxiliaire ou d'un organe du débiteur (voir *infra* II.C.1.b.dd.). On peut ajouter à cela que les contrats innommés ne faisant, par définition, pas l'objet d'une réglementation spécifique à «certaines espèces contrats», leur violation – autre que le retard ou l'inexécution – constituerait un acte illicite⁴⁸³. Un tel résultat ne me paraît pas souhaitable.

479 Rapport explicatif, 64.

480 Pour l'art. 398 CO, cf. réf. cit. par ComRom-WERRO, CO 398 N. 37 et 39 (avis personnel différent: N. 38). Pour l'art. 321e CO, cf. ComRom-AUBERT, CO 321e N. 1; cette disposition a pour effet de diminuer la diligence due par le travailleur: BaK-REHBINDER, CO 321e N. 5, ce qui n'est pas le cas de l'art. 398 CO, malgré le renvoi de l'alinéa 1^{er} aux règles du contrat de travail: BaK-WEBER, CO 398 N. 22 et réf. cit. Sur la difficulté de la notion de règle «spécifique», cf. SCHMID, 307 s.

481 Elles ne sont pas mentionnées dans le Rapport explicatif (66).

482 Dans ce sens, FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets*, Fribourg 1993, N. 827 ss; IDEM, *Ruminations*, 16. Cf. *infra*, II.C.2.b.

483 Voir cependant, WIDMER/WESSNER, 66 n. 293: «Il n'est pas exclu que cette réserve vise également les principes posés par la doctrine et la jurisprudence pour tel ou tel contrat innommé».

cc. La violation d'un devoir purement relatif

Le Rapport part de l'idée que toute violation d'un devoir contractuel autre que l'inexécution, l'exécution tardive ou soumise à des règles spécifiques, est aussi contraire à un devoir général de l'ordre juridique (art. 42 et 46 al. 2 AP), donc constitue un acte illicite, comme le montrent les exemples du médecin ou du peintre qui tache un tapis en effectuant les travaux commandés. Ces états de fait constituent effectivement des hypothèses dans lesquelles le débiteur viole un devoir général qui s'imposait de toute façon à lui et dont le contenu n'est pas modifié par le contrat (interdiction de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, resp. aux biens d'autrui)⁴⁸⁴.

Toutefois, l'on peut imaginer de nombreuses violations d'obligations contractuelles sans violation d'un devoir général, par exemple par une atteinte à un droit absolu du partenaire: la violation par le locataire de l'obligation de faire radier d'éventuelles hypothèques des artisans et entrepreneurs⁴⁸⁵, la violation par le bailleur d'une obligation contractuelle de ne pas louer le local voisin à un concurrent, le manque des égards dus par le locataire aux voisins en violation des obligations issues du bail (art. 257 f al. 2 CO), la concurrence faite à l'employeur par le travailleur qui accomplit un travail rémunéré pour un tiers (art. 321a al. 3 CO), l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs requise sur la mauvaise parcelle par un avocat⁴⁸⁶ ou la méconnaissance par celui-ci des effets juridiques de la ratification par le juge d'une convention réglant les effets accessoires du divorce⁴⁸⁷, l'estimation inexacte du coût des travaux par un architecte⁴⁸⁸, la livraison de la marchandise par le voiturier à une adresse inexacte (art. 440 ss CO), la conclusion par l'associé d'une société simple d'affaires préjudiciables au but de la société (art. 536 CO).

Ces violations purement contractuelles seraient transformées, par l'effet de l'art. 42 (et 99 al. 3) AP et, surtout, de l'art. 46 al. 2 AP, en autant d'actes illicites. En revanche, les violations purement contractuelles qui font l'objet d'une réglementation dans la partie spéciale échapperaient aux art. 41 ss CO. Il n'est pas certain que ce résultat soit voulu par les auteurs de l'Avant-projet qui envisageaient l'hypothèse de violations contractuelles constituant – en droit actuel – des actes illicites⁴⁸⁹. L'unification de la responsabilité civile se ferait au prix d'une distinction sans justification du point de vue contractuel entre les diverses hypothèses de violation du contrat. Le risque, mis en évi-

484 Rapport explicatif, 63 et 64.

485 ATF 123 III 124, JdT 1998 I 295.

486 ATF 117 II 563 c. 3b.

487 ATF 127 III 357 c. 3b–e, JdT 2002 I 192.

488 ATF 122 III 61 c. 2a, JdT 1995 I 605, précisant l'ATF 119 II 249 c. 3b.aa, JdT 1994 I 303.

489 Cf. *supra*, n. 475.

dence par le Rapport explicatif, «d'opérer des distinctions juridiques artificielles»⁴⁹⁰ est déplacé, pire, aggravé par la tentative d'unifier les deux branches de la responsabilité.

La garantie pour les défauts de l'ouvrage (art. 367 ss CO) fournit un bon exemple des difficultés auxquelles conduirait la délictualisation d'une partie – seulement – des comportements de l'entrepreneur. Prenons l'exemple⁴⁹¹ d'une construction d'envergure présentant divers défauts, en particulier un défaut de verticalité des murs, dont la réparation impose de retrancher les éléments dépassant le cadre vertical. Cette opération peut être dommageable pour d'autres parties de l'immeuble, comme les vitres qui risquent d'être endommagées par des éclats provenant de la remise en état des murs. Le défaut de verticalité constituerait une exécution défectueuse pour laquelle des règles spécifiques sont prévues (art. 368 CO), alors que les atteintes portées aux autres parties de l'immeuble seraient qualifiées de violation positive du contrat et soumises à la responsabilité délictuelle. Cette différenciation aurait pour conséquence nuisible que la prescription (cinq ans dans le premier cas, trois ans dans le second⁴⁹²) devrait être interrompue de manière distincte pour les différents postes du dommage. Une telle conclusion fait clairement apparaître le caractère artificiel tenant à l'intégration de la violation positive au chapitre délictuel.

dd. L'extension de la responsabilité des auxiliaires et organes

La solution prévue par l'Avant-projet aurait des effets probablement inattendus, certainement inacceptables, sur la responsabilité des auxiliaires et organes du débiteur d'une obligation contractuelle. En l'état actuel du droit, seul le débiteur, en tant que partie au contrat, est responsable d'une violation de celui-ci, à l'exclusion des auxiliaires ou organes agissant pour lui. Ceux-ci n'engagent leur responsabilité personnelle (art. 41 al. 1 CO, et art. 55 al. 3 CC pour l'organe d'une personne morale), à côté de celle de l'employeur (art. 55 al. 1 CO) ou de la personne morale (art. 55 al. 2 CC), qu'à la condition d'avoir commis un acte illicite fautif.

Le déplacement de frontière entre contrat et délit souhaité par les auteurs de l'Avant-projet aurait pour conséquence un élargissement de la responsabilité des auxiliaires et organes du débiteur. Ces derniers deviendraient personnellement responsables pour la violation d'un contrat auxquels ils ne sont pas parties. Ainsi, le stagiaire qui avait omis de vérifier les numéros de parcelle

490 WIDMER/WESSNER, 65.

491 L'exemple est emprunté à B. CHAPPUIS, Quelques réflexions d'un praticien (à paraître).

492 Art. 371 al. 2 CO, resp. art. 55 al. 1 AP.

au cadastre aurait commis un acte illicite dont le client aurait pu le rendre personnellement responsable avec son patron de stage⁴⁹³.

Un tel résultat, qui provient de la transformation d'un devoir particulier fondé sur le contrat en un devoir général dont la violation est illicite, n'est pas acceptable. Lorsqu'un devoir est général, il doit être respecté par tous, par le débiteur contractuel de même que par ses auxiliaires ou organes; en revanche, si le devoir est particulier, il doit être respecté par le seul partenaire contractuel, à l'exclusion des autres intervenants dans le cadre de l'exécution du contrat. Le déplacement de frontière critiqué aboutirait à rendre personnellement responsable l'auxiliaire dans l'exécution à côté du débiteur, seul lié par le contrat, partant, le stagiaire à côté de son patron.

ee. Une obligation librement assumée

Un régime totalement unifié, y compris sur la prescription (portée à trois ans par l'art. 55 al. 1 AP), est censé abolir toute distinction entre les deux régimes et permettre de surmonter l'obstacle conceptuel de l'identité quant au contenu du devoir général et du devoir particulier, fondé sur le contrat. Cependant, un délai de prescription de trois ans n'est pas suffisant dans les rapports contractuels. Il n'est pas pensable que le délai général de dix ans – qui paraît déjà court par rapports aux pays voisins – soit ramené à trois ans. Le débiteur d'une obligation volontairement assumée doit répondre à l'égard du créancier pendant une plus longue durée qu'à l'égard de tout un chacun à qui il doit un égal respect des devoirs généraux.

De plus, la solution proposée a trait à un aspect particulier de la question, soit la violation d'une obligation contractuelle qui contrevient simultanément à un devoir général. Toutefois, elle ignore la problématique contractuelle dans son ensemble. Or, la réparation du dommage n'est que l'un des moyens à disposition du créancier. Outre la réparation du dommage subi (art. 208 al. 2 et 3, 259a al. 1 lit. c, 368 al. 1 et 2 *in fine* CO, art. 45 al. 2 et 74 ss CVIM), la palette complète des moyens ouverts au créancier comprend le remplacement (art. 206 CO, art. 46 al. 2 CVIM) et la réparation de la chose (art. 258a al. 1 let. a, 368 al. 2 CO⁴⁹⁴, art. 46 al. 3 CVIM), la diminution du prix (art. 205, 259a al. 1 lit. b, 368 al. 2 CO⁴⁹⁵, art. 50 CVIM), la résolution du contrat

493 ATF 117 II 563 c. 3b.

494 Le Tribunal fédéral vient de donner une vigueur nouvelle à la prétention du maître tendant à la réparation de l'ouvrage en obligeant l'entrepreneur à avancer les frais de la réparation: ATF 128 III 416 c. 4.2.2, SJ 2003 I 89.

495 Dans le silence de la loi, ce moyen a été accordé par la jurisprudence au mandant en cas de mauvaise exécution du mandat: ComRom-THÉVENOZ, Intro. Art. 97–109 CO N. 4. ATF 124 III 423.

(art. 208, 259b lit. a, 368 al. 1 CO, art. 49 CVIM)⁴⁹⁶. Pourquoi soumettre l'un seul de ces moyens – la réparation du dommage – à un régime différent lorsqu'il n'existe aucune «règle spécifique»?

Un tel dépeçage des moyens contractuels est au surplus contraire à la tendance internationale sur deux points. D'une part, les instruments internationaux récents – la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 45 CVIM), les Principes UNIDROIT sur les contrats du commerce international (art. 7.1.1 PU) et les Principes européens de droit des contrats (art. 8:101 PE) – prévoient un système de moyens à disposition du créancier, sans distinction théorique quant au type de violation contractuelle en cause (impossibilité, retard, exécution défectueuse)⁴⁹⁷. La condition générale d'une contravention au contrat (inexécution selon les PU et PE) est commune à tous les remèdes prévus. Une distinction fondée sur le type de violation en cause (inexécution, exécution tardive et hypothèses prévues par des règles spécifiques, d'un côté, mauvaise exécution, de l'autre) entre en contradiction avec un tel système uniforme.

D'autre part, lorsqu'il s'agit de déterminer si la responsabilité précontractuelle relève de la matière contractuelle ou de la matière délictuelle en relation avec l'art. 5(1) resp. (3) de la Convention de Bruxelles, la CJCE⁴⁹⁸ s'en tient à une définition claire du champ contractuel comme excluant toute obligation qui n'est pas librement assumée par une partie envers l'autre. Dans cette optique, le domaine délictuel concerne les obligations imposées par la loi, par opposition à celles qui sont librement acceptées par les parties. La frontière repose sur la volonté des parties et non sur le contenu des devoirs.

ff. La faute contractuelle subjective

On reproche à l'Avant-projet de soumettre la responsabilité du débiteur d'une obligation contractuelle à la faute subjective prévue par l'art. 48a AP⁴⁹⁹. Il convient de faire deux observations à cet égard. En premier lieu, le standard de diligence permettant d'apprécier la négligence, tel qu'il est prévu par

496 A quoi il convient d'ajouter l'assistance du créancier dans le procès avec un tiers (art. 193, 259a al. 1 lit. d CO, art. 42–44 CVIM) et la consignation du loyer (art. 259a al. 2 CO).

497 UNIDROIT, PU 7.1.2 Comm., 162; LANDO/BEALE, PE 8:101 Comm. A., 359, Note 1, 361. En général, ComRom-THÉVENOZ, Intro. Art. 97–109 CO N. 3; SCHWENZER, N. 60.04. PETER LOSER-KROGH, p. 159 ss de son rapport, soulève la même objection. Même critique chez SCHMID, 311 s.

498 *Tacconi c. HWS*, 17 septembre 2002, C-334/00, par. 23; voir aussi *Handte* C-26/91, [1992] 1–3967, par. 15. Cf. à ce sujet, MICHAEL JOACHIM BONELL, «Pre-contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and... the UNIDROIT Principles (Case 334/00 *Tacconi v. HWS*)», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles (De Boeck & Larcier) 2003, 359 ss, 368.

499 Cf. *supra*, I.C.4.a. Voir aussi SCHMID, 310.

l'art. 48 al. 1 et 2 AP ne conduit pas nécessairement à une diminution de la responsabilité du débiteur. En effet, ce standard devra tenir compte de l'existence d'une relation contractuelle au titre des circonstances (alinéa 1^{er}); par ailleurs, la formation et les connaissances professionnelles de l'auteur (alinéa 2) pousseront les exigences vers le haut et non dans le sens d'une diminution de la diligence attendue du partenaire contractuel⁵⁰⁰. Sur ce point, le reproche formulé à l'encontre de l'Avant-projet ne me paraît pas fondé. En revanche, et en second lieu, le créancier perd le bénéfice de la présomption de faute de l'art. 97 al. 1 CO, ce qui est contestable. Les auteurs de l'Avant-projet considèrent que la faute ne serait pas un fait susceptible d'être prouvé, mais un jugement de valeur au moyen duquel le tribunal qualifierait le comportement de l'auteur au même titre que l'illicéité⁵⁰¹. Il n'en demeure pas moins que les faits sous-jacents à la qualification juridique doivent être prouvés. Il est important à cet égard de déterminer si le lésé doit apporter la preuve des circonstances dont on peut déduire la négligence du débiteur ou si c'est au débiteur de prouver qu'il n'aurait pas pu empêcher la survenance du dommage. Sur ce point, le déplacement vers la zone délictuelle est effectivement négatif pour le lésé.

En conclusion, l'unification de la responsabilité civile, par le déplacement de la frontière actuelle entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, crée des distinctions artificielles là où elles n'existent pas aujourd'hui, tout en compliquant la tâche du partenaire contractuel plutôt qu'elle ne la simplifie. L'intérêt de traiter de la même manière un devoir dont le contenu est le même dans les rapports contractuels que dans les rapports avec tout un chacun est bien léger face aux inconvénients signalés plus haut. L'actuel art. 99 al. 3 CO, qui renvoie aux règles délictuelles, en particulier pour la fixation du dommage et de l'indemnité, assure de manière suffisante la cohésion entre les deux chapitres. Pour ces motifs, les auteurs de l'Avant-projet ne peuvent pas être suivis dans leur choix du réaménagement des frontières entre contrat et délit.

2. *Le rapport entre les prétentions*

Cette question ne se pose que si le système proposé par l'Avant-projet est rejeté et que la prétention contractuelle en réparation du dommage conserve une existence propre par rapport à la prétention délictuelle.

Le comportement de l'auteur du dommage peut constituer aussi bien une violation contractuelle qu'un acte illicite lorsqu'il est contraire à un devoir re-

500 Cf. *supra*, I.C.2.

501 WIDMER /WESSNER, 68 s., 118. Cf. *supra*, n. 249–250.

latif du débiteur envers le créancier de même qu'à un devoir absolu existant envers tout un chacun. Les situations sont connues: celle du médecin qui, par exemple, ne respecte pas les règles de l'art en matière de stérilisation lors d'une injection dans l'épaule⁵⁰², de l'entreprise de remontées mécaniques qui n'entoure pas un poteau ou un arbre d'une couche protectrice évitant aux usagers des pistes de se blesser⁵⁰³, de l'aubergiste qui tolère l'organisation d'un concours de tir improvisé au cours duquel un consommateur est blessé⁵⁰⁴, de l'organisateur d'un feu d'artifices⁵⁰⁵ ou d'un match de hockey qui ne prend pas les mesures de précaution permettant d'éviter qu'un spectateur ne soit blessé⁵⁰⁶, de l'employeur qui laisse deux nouveaux employés épousseter un fusil chargé sans leur donner les instructions nécessaires pour éviter qu'un coup ne parte⁵⁰⁷, du sellier qui répare mal la sangle d'un électricien occasionnant la chute de ce dernier⁵⁰⁸, du locataire qui endommage la chose louée, etc. La question est de savoir si le lésé dispose du choix entre les moyens contractuel et délictuel ou si, du fait de l'existence d'un contrat, la voie délictuelle lui est fermée.

Le rappel de la conception classique (a.) sera suivi d'une remise en cause (b.).

a) *La conception classique*

Selon une jurisprudence plus que séculaire⁵⁰⁹, qualifiée de *einleuchtend*⁵¹⁰ et approuvée par la majeure partie de la doctrine suisse⁵¹¹, la victime d'un dommage dispose du choix entre la prétention délictuelle et la prétention contractuelle pour autant que les conditions de l'une (en particulier, l'acte illicite) et de l'autre (en particulier la violation d'une obligation) soient réalisées. Le concours⁵¹² des responsabilités est à l'avantage du lésé qui a la possibilité d'agir selon la voie qui lui est la plus favorable.

502 ATF 120 II 248, JdT 1995 I 559, précisé in TF, Pra 2000 928 c. 2.

503 ATF 121 III 358, JdT 1996 I 66.

504 ATF 71 II 107.

505 ATF 70 II 215, JdT 1945 I 446.

506 ATF 79 II 66.

507 ATF 112 II 141.

508 ATF 64 II 254 c. II.1 a, JdT 1939 I 42.

509 ATF 15 312 c. 4; 18 336 c. 4, 858 c. 5; 64 II 254 c. II.1, JdT 1939 I 42; ATF 113 II 246 c. 3, JdT 1988 I 3; ATF 118 II 502 c. 3, SJ 1993 487; ATF 120 II 58 c. 3 a, JdT 1994 I 754.

510 KELLER, 421.

511 ComRom-THÉVENOZ, Intro. Art. 97–109 CO N. 13; SCHWENZER, N. 5.03; ENGEL, 756 ss; OPTINGER/STARK I, § 13 N. 42 ss; BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97–109 N 15; REY, N. 38 ss; SECRETAN, *passim*. *Contra*: v. TUHR/ESCHER, § 68 108 ss.

512 L'art. 53 AP utilise le mot de «cumul», dont il ne faudrait toutefois pas déduire que le lésé ait droit à un cumul des prétentions aboutissant à une double indemnisation (WIDMER/WESSNER, 163 s.).

La responsabilité pour violation d'une obligation (art. 97 ss CO) est généralement considérée comme plus favorable pour plusieurs raisons. i) La question du dommage dit purement économique ne se pose pas dans le cadre du contrat qui assure précisément la protection des intérêts économiques du créancier. ii) La faute du débiteur est présumée; cet avantage ne joue, il est vrai, que peu de rôle en pratique. iii) La responsabilité pour les auxiliaires est plus stricte dans le domaine contractuel car le débiteur ne peut pas se libérer en apportant la preuve libératoire des trois *curae in eligendo, instruendo et custodiendo*, encore que cette différence entre les art. 55 al. 1 et 101 al. 1 CO ne doive pas être exagérée depuis que le Tribunal fédéral a rendu la libération de l'employeur pratiquement impossible dans l'affaire de la chaise du dentiste⁵¹³. iv) La prescription de la prétention en responsabilité contractuelle est longue, dix ans, par opposition à la prescription annuelle de la prétention délictuelle (art. 127, resp. 60 CO).

Sur certains points toutefois, la prétention délictuelle est plus favorable au lésé. i) L'auxiliaire (ou l'organe d'une personne morale) auteur d'un acte illicite est personnellement responsable à côté de l'employeur ou de la personne morale (art. 41 al. 1 CO, art. 55 al. 3 CC et 41 CO ou 722 CO), ce qui peut présenter un intérêt dans l'hypothèse où l'auteur du dommage est solvable et que l'employeur ou la personne morale ne l'est pas. ii) La responsabilité extracontractuelle n'est pas nécessairement soumise à la faute (art. 55 CO, art. 1 LRFP). iii) La garantie contractuelle peut être prescrite ou atteinte de déchéance (art. 210 al. 1 ou 201 CO, art. 371 al. 1 ou 367 CO), alors que la prescription d'un an dès la connaissance du dommage et de l'auteur de l'acte illicite n'est pas acquise (art. 60 al. 1 CO). iv) Les règles de droit international privé fixent la compétence d'une manière plus favorable au lésé en matière d'actes illicites (art. 129 al. 2 et 3 LDIP).

La justification du concours réside dans l'idée que le lésé ne doit pas être plus mal placé du fait qu'il est lié par contrat à l'auteur du dommage que n'importe quelle autre personne, lésée sans être au bénéfice d'un contrat⁵¹⁴. Si l'existence d'un contrat peut améliorer la protection minimale qui résulte de la loi, elle ne doit pas la diminuer. La responsabilité extracontractuelle correspond à un standard minimum de comportement destiné aux sujets de droit entrant dans un contact fortuit à l'occasion et en raison du dommage occasionné par l'un à l'autre. Le contrat augmente en principe l'étendue de la protection dont bénéficiait déjà le partenaire au titre de la loi. Il n'est pas souhai-

513 ATF 110 II 456, JdT 1985 I 378; cf. FRANÇOIS CHAUDET, «La responsabilité extracontractuelle du fait des produits», in JdT 1986 I 568. Cf. G. PETITPIERRE, Apparition d'un besoin social, II.C.1.

514 BK-BECKER, Vorb. CO 41–60 N. 1.

table de retirer ces avantages au lésé, sur la base d'un raisonnement purement dogmatique.

Le concours étant admis, se pose la question de savoir quelle est l'influence de la perte des droits contractuels sur la prétention délictuelle, par exemple du fait que l'avis des défaut n'a pas été donné en temps utile (art. 201 al. 2 et 3, 370 al. 2 et 3 CO). Le Tribunal fédéral a tranché la question de manière contradictoire. Ainsi, a-t-il admis que la perte des droits à la garantie contre l'entrepreneur (art. 367 CO) ne provoquait pas automatiquement la perte de du droit à la réparation du dommage sur la base des art. 41 ss CO⁵¹⁵. La question a été laissée ouverte dans un cas relevant de la vente (explosion d'une friteuse sans thermostat)⁵¹⁶, car l'employeur pouvait de toute façon apporter la preuve libératoire de l'art. 55 al. 1 CO.

La déchéance automatique des droits fondés sur l'acte illicite ne trouve pas de justification dans les règles de la garantie, qu'elle soit due par le vendeur ou par l'entrepreneur. La conséquence de la perte des droits à garantie doit être autre. Le raisonnement du Tribunal fédéral dans l'arrêt relatif à la sangle de l'électricien⁵¹⁷ mérite d'être suivi sur cette question. L'électricien, qui utilise la sangle réparée par le sellier sans tester suffisamment la solidité de la réparation, puis grimpe à un poteau électrique et tombe, commet une faute concomitante consistant à confier sa vie à un objet réparé dont il ne vérifie pas la sécurité. Cette faute n'est pas suffisamment grave pour interrompre le lien de causalité entre la mauvaise réparation, la chute et le dommage qui s'en est suivi, mais elle doit être prise en compte à titre de facteur réduisant l'indemnité due par l'entrepreneur (art. 44 al. 1 CO).

La question de savoir si, en cas de concours de responsabilités, une convention restrictive de la responsabilité contractuelle vaut également pour la responsabilité délictuelle sera examinée plus bas⁵¹⁸.

En conclusion, je suis d'avis qu'aucune raison ne peut justifier que la personne lésée soit privée de la possibilité de choisir entre les deux voies⁵¹⁹. La solution du concours alternatif est préférable à celle préconisée par l'Avant-projet.

515 ATF 64 II 254 c. II.1, JdT 1939 I 242 (sangle de l'électricien).

516 ATF 90 II 86 c. 2, JdT 1964 I 560. Un arrêt antérieur (ATF 67 II 132) avait admis que l'omission de signaler les défauts (art. 201 al. 1 CO) provoquait la déchéance de l'action contractuelle aussi bien que de l'action délictuelle.

517 Cf. *supra*, n. 515.

518 Cf. *infra*, II.D.1.b.

519 Dans le même sens, ComRom-THÉVENOZ, Intro. art. 97–109 CO N. 17.

b) *La remise en cause*⁵²⁰

La critique présentée plus haut sur l'art. 42 AP convainc sur plus d'un point. Elle ne remet toutefois pas en cause le soutien de principe qu'il convient, selon moi, d'apporter à cette norme. Après une évaluation rapide de la critique (aa.), j'exposerai les motifs qui me poussent à considérer que la théorie du concours d'actions mérite d'être modifiée (bb.)

aa. L'appréciation de la critique présentée

Des critiques adressées ici à l'art. 42 AP, il en est essentiellement trois sur lesquelles je voudrais m'arrêter:

1. Il est sans doute juste de dire que l'art. 42 AP ne définit pas clairement la violation du contrat qu'il conviendrait de traiter comme un délit. A mon sens, cette notion est ambiguë. De plus, il y a, comme le note ma collègue, une différence entre les explications des auteurs de l'Avant-projet dans le Rapport, où ils considèrent qu'il faut la voir comme la violation positive du contrat lorsque celle-ci constitue en même temps un délit⁵²¹, et le texte de l'art. 42 AP: celui-ci soumet au délit toute hypothèse qui ne correspond pas à l'impossibilité, à la demeure ou à d'autres hypothèses visées par les règles spécifiques (garantie pour les défauts). Il conviendrait de savoir si la disposition est censée viser uniquement l'hypothèse des violations contractuelles qui, en droit actuel, sont aussi comprises comme des délits ou non. Il est douteux que la règle de l'art. 42 AP puisse avoir pour effet d'aller au-delà de cette seule hypothèse. Il est douteux aussi dans ce cas d'étendre *la responsabilité extra-contractuelle des auxiliaires et des organes*.

Cela étant, je comprendrais le délit, ainsi que je l'ai montré plus haut, comme la violation par l'auteur du dommage d'un devoir d'agir selon la diligence requise dans les circonstances de l'espèce.

2. Il est vrai que le découpage de la notion de violation du contrat que reprend l'art. 42 AP en distinguant l'impossibilité, la demeure et l'exécution défectueuse est contraire aux textes européens (principes Lando) ou internationaux (CVIM) qui prévoient la sanction du contrat sans distinction théorique entre ces différentes hypothèses («remedies approach» plutôt que «causes approach»)⁵²².

520 FRANZ WERRO est l'auteur II.C.2.b.

521 Cf. WIDMER/WESSNER, 62 ss.

522 Cf. FRANZ WERRO/EVA MARIA BELSER, Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge: eine Würdigung aus schweizerischer Sicht, in Rapports suisses présentés au XV^e Congrès international de droit comparé, Zurich 1998, 511–566; cf. ég. FRANZ WERRO, La responsabilité du vendeur dans le commerce international et dans le marché intérieur européen, in SJ 2002 II, 289–323.

On remarquera au demeurant que si tous ces instruments internationaux rejettent à juste titre ces distinctions consacrées par les codes allemand et suisse⁵²³, ils ne règlent pas la manière dont il faut envisager les rapports entre le contrat et le délit. La Commission Lando s'est posée plusieurs fois la question de savoir comment aborder ce problème. Elle a toujours conclu qu'elle entendait ne pas s'y frotter. Les principes viennent de paraître dans leur intégralité; la question n'a pas été abordée. Cela étant, une notion de la violation du contrat indépendante de ses causes n'empêche pas qu'on réserve un sort à part à celle qui constitue en même temps un délit.

3. Ma collègue redoute les difficultés pratiques qu'entraînerait la délictualisation d'une partie seulement des comportements du débiteur. Elle donne l'exemple d'une construction présentant divers défauts, et envisage que la réparation de ces défauts entraîne des dommages à d'autres parties de l'immeuble. Selon l'Avant-projet, le défaut serait régi par les règles sur la garantie pour les défauts, alors que les autres atteintes seraient qualifiées de violations positives du contrat et soumises à la responsabilité délictuelle. Cette différenciation aurait pour conséquence nuisible que la prescription (cinq ans dans le premier cas, trois ans dans le second) devrait être interrompue de manière distincte pour «les différents postes du dommage». Certes, mais peut-on en déduire qu'une telle conclusion démontre le caractère artificiel de l'intégration de la violation positive au chapitre délictuel?

En application du droit actuel, le découpage existe aussi: certains comportements de l'entrepreneur entraînent l'application des règles pour la garantie pour les défauts, d'autres celle des règles générales contenues aux art. 97 ss CO. Là non plus, les délais de prescription ne sont pas les mêmes (l'un est de cinq ans, l'autre est de dix ans). Est-ce le seul raccourcissement du délai de prescription qui montre le caractère artificiel de la construction de l'art. 42 AP? Je n'en suis pas convaincu. Le concours d'actions classique n'empêche pas que les délais de prescription soient différents.

bb. Une conception différente

La pertinence d'une partie des objections ne me dissuade pas d'apporter mon soutien de principe à cette norme, pas plus que le concert de protestations que celle-ci a provoqué au cours de la procédure de consultation. A mon sens, il ne suffit pas en particulier de dire que les problèmes de délimitation entre contrat et délit existent de toute façon et de proclamer que l'art. 42 AP ne fait que déplacer le problème: il est vrai qu'on peut toujours décider de conserver

523 Cf. HEIN KÖTZ, La révision du code civil allemand: expérience et projets, Liber Memorialis François Laurent, Bruxelles 1989, 550, qui qualifie cette consécration de «Geburtsfehler» du BGB.

l'acquis. Je suis de l'avis qu'il faut aussi de temps en temps essayer de l'améliorer.

aaa. La justification

Le soutien de principe qu'il convient d'apporter à l'art. 42 AP tient essentiellement à la raison suivante: rien ne justifie de traiter des situations semblables de façon différente. On ne voit pas pourquoi on apprécierait une obligation de prudence au regard des art. 41 ss CO quand il n'y a pas de contrat, pour la soumettre au régime spécial des art. 97 ss CO (présomption de faute, responsabilité du fait des auxiliaires et prescription), quand il y en a un, du moment que *le contrat ne change rien au contenu de l'obligation sanctionnée*. Il est dès lors plus juste de retenir que celui qui commet un délit doit être sanctionné en conséquence, que la victime soit ou non son partenaire contractuel. Ce qui constitue formellement peut-être la violation du contrat, parce qu'il y a un contrat entre le responsable et le lésé, n'est du point de vue matériel qu'un *délit*.

Il convient de le répéter: Rien ne justifie selon moi que quelqu'un qui devait agir avec prudence en vertu de la loi soit sanctionné différemment quand il a passé avec sa victime un contrat qui n'ajoutait rien à ce devoir de prudence. On ne voit pas pourquoi un médecin qui manque à la diligence requise dans le traitement qu'il administre répondrait à la fois en application du contrat et du délit lorsque le contrat de soins – comme c'est le plus souvent le cas – ne change strictement rien à son devoir de diligence. On ne peut soumettre la violation d'un même devoir à deux régimes de responsabilité différents.

On rappellera que c'est en 1936 que la Cour de cassation a consacré en France la distinction entre obligation de moyens et obligations de résultat, et reconnu qu'un médecin ne pouvait pas être soumis au régime de l'obligation de résultat de l'art. 1147 CCfr (le pendant de 97 CO), mais qu'il devait être soumis à un régime de responsabilité contractuelle pour faute prouvée, équivalent à celui qui est prévu en application de l'art. 1382 CCfr (le pendant de l'art. 41 CO). On notera qu'un médecin américain qui ne promet pas la guérison⁵²⁴, ne peut pas être recherché sur la base du contrat de soins, mais seulement pour sa faute, laquelle se juge exclusivement dans le cadre d'une action délictuelle (*tort of negligence*)⁵²⁵.

524 Il y des arrêts qui, exceptionnellement, admettent la promesse de résultat et donc une action fondée sur le contrat. Cf. *Hawkins v. McGee*, 84 N. H. 114, 146 A. 641 (chirurgie plastique); *Sullivan v. O'Connor*, 363 Mass. 579, 296 N. E. 2d 183 (chirurgie plastique).

525 Pour plus de détails, cf. FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets*, thèse d'habilitation, Fribourg 1993.

bbb. Quelques éléments de discussion

Je ne vais pas reprendre ici le détail d'une analyse que j'ai livrée dans mon ouvrage sur le mandat, ou plus récemment dans diverses contributions⁵²⁶. Je me contenterai de soulever quelques points:

1. A mon avis, on doit admettre que l'existence d'un contrat n'érige pas forcément l'obligation assumée par le débiteur en une obligation de résultat soumise à l'art. 97 CO; quand le contrat ne change rien au devoir général de prudence – c'est le cas pour l'obligation principale du mandataire – ce devoir doit rester soumis au régime des art. 41 ss CO.

2. Si on retient ce point de départ, il est juste d'admettre que celui qui manque simplement à la diligence requise par la loi au préjudice de son partenaire contractuel doit en répondre en vertu de l'art. 41 CO, et non pas en application de l'art. 97 CO. C'est l'approche du droit américain qui soumet la *malpractice* des professionnels à une action délictuelle. On pourrait aussi suivre la voie française et envisager une *action contractuelle* de moyens, comme le fait la Cour de cassation depuis 1936 pour éviter la courte prescription de l'action délictuelle, mais la solution me paraît dogmatiquement moins convaincante dans la mesure où le contrat n'est que le support, et non le fondement de l'obligation du responsable. Quoi qu'il en soit, on doit écarter notamment l'art. 97 CO dont le mécanisme de fonctionnement repose sur la preuve par le lésé de l'absence d'un résultat promis et, le cas échéant, sur la présomption d'un manque de diligence du responsable.

3. Selon moi, la délimitation entre les art. 41 ss CO et les art. 97 ss CO pourrait être tracée en se fondant sur le *genre d'obligations* qu'il s'agit de sanctionner⁵²⁷. Dans l'approche ici soutenue, celui qui – *malgré* le contrat – n'est tenu que d'une obligation de prudence doit en répondre selon les art. 41 ss CO. L'application des art. 97 ss CO ne doit être envisagée que lorsqu'il existe entre le lésé et le responsable un rapport qui a fait naître une obligation de résultat ou une obligation dont le contenu est véritablement déterminé par les parties et dépasse ce qui est dû de par la loi. Que l'obligation soit principale ou accessoire n'y change d'ailleurs rien. C'est la raison pour laquelle j'estime que l'art. 398 CO (comme d'ailleurs l'art. 321e CO) ne renvoie pas à l'art. 97 CO, mais bien à l'art. 41 CO⁵²⁸.

526 Cf. not. WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung et WERRO, Ruminations.

527 Cf. ég. LUKAS HECKENDORN, «La relation entre responsabilité contractuelle et délictuelle (Art. 42 AP)», in Foëx/Werro (édit.), *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Zurich 2003 (à paraître).

528 Cf. FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets*, Fribourg 1993, N. 881 ss.

Ainsi, *lorsqu'un résultat est dû* et que l'obligation a un contenu déterminé par les parties (le médecin a promis non seulement des soins de qualité, mais aussi la guérison), il est normal que l'auteur du dommage réponde en vertu de l'art. 97 CO (ou des art. 367 ss CO). Dans la logique du système mis en place par ces règles, le créancier lésé n'a pas à démontrer l'absence de diligence du débiteur: il peut se contenter de prouver qu'il n'a pas obtenu le résultat auquel il avait droit; tout au plus, le débiteur est-il admis à échapper à sa responsabilité quand il parvient à prouver que l'absence de résultat n'est pas due à son manque de diligence (obligation de résultat atténuée).

En revanche, *lorsqu'aucun résultat n'est dû*, la règle doit imposer au lésé de prouver que l'auteur du dommage a manqué de diligence. Aucun résultat n'étant dû, il est juste d'admettre en principe que la survenance du dommage ne suffit pas à elle seule pour imposer à celui qui en est l'auteur la preuve du fait qu'il n'a pas manqué de diligence. Il faut donc appliquer l'art. 41 CO et retenir que le lésé doit démontrer que la personne recherchée a manqué à la diligence qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elle dans les circonstances de l'espèce et que rien ne justifie ce manquement. C'est cette absence de justification qui rend ce manquement (faute objective) «illicite» ou tout simplement contraire à l'obligation due en vertu de la loi⁵²⁹.

4. A noter, et le point est capital, que lorsqu'un résultat est dû, la théorie du concours conserve sa justification. L'entrepreneur qui livre un ouvrage entaché d'un défaut viole son contrat. Ce fait ne doit pas empêcher l'application des règles sur le délit. Si la personne qui subit un dommage est le maître de l'ouvrage, celui-ci pourra, comme le tiers, invoquer les dispositions sur les actes illicites lorsque les conditions en sont remplies⁵³⁰. Celui qui est privé de l'action contractuelle doit ainsi pouvoir bénéficier de l'action délictuelle⁵³¹.

5. Ma collègue souligne à juste titre que l'auxiliaire n'assume pas les conséquences de la violation de l'obligation contractée par l'employeur. Seul ce dernier en répond. Le stagiaire qui a omis de vérifier les numéros de parcelle du cadastre ne commet aucun acte qui engage sa propre responsabilité. Le système est le même pour l'organe d'une personne morale. En revanche, quand

529 Cf. WERRO, *Sorgfaltspflichtsverletzung*, 356s.

530 Cf. ATF 66 II 254, JdT 1939 I 42; cf. URBAN BIERI, *Die Deliktshaftung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller für mangelhafte Werke*, thèse, Beromünster 1993, 103 ss; cf. ég. les exposés de synthèse récents de GAUCH, *Werkvertrag*, N. 2341 ss; WERRO, *Responsabilité de l'entrepreneur*, 66 ss; FRANZ WERRO, *Construction et responsabilité civile*, in *Journées suisses du droit de la construction* 2003, Fribourg 2003, 249–276.

531 Cf. ATF 64 II 254, JdT 1939 I 42.

l'auxiliaire ou l'organe d'un débiteur contractuel viole un devoir légal de diligence, il est juste qu'il en réponde aussi.

ccc. Une proposition

Il résulte de ce qui précède que l'Avant-projet a raison d'envisager un régime de responsabilité délictuelle pour certains manquements commis au préjudice d'un partenaire contractuel. Mais ce régime ne trouve de justification que pour le manquement qu'on peut véritablement définir comme un délit. Dans ma conception, cela ne peut valoir que pour les violations d'un devoir de diligence imposé par loi, auquel le contrat n'apporte aucune modification quant au contenu. Pour des raisons de cohérence, l'Avant-projet a aussi raison de proposer la voie délictuelle à l'exclusion de toute autre voie. Il a en revanche tort de parler pour désigner ce manquement de «violation d'une obligation contractuelle». Encore une fois, le terme est ambigu: une obligation de diligence peut être désignée de contractuelle parce qu'il existe un contrat entre le lésé et le responsable, et qu'elle en est même peut-être l'objet principal (par ex. l'obligation du mandataire). Néanmoins, ce qui justifie l'exclusion du régime contractuel, c'est précisément que le contrat ne change rien au contenu du devoir imposé par la loi même quand il est assumé par un débiteur: le manquement à la diligence requise de par la loi reste un délit. Seul l'acte constitutif d'un délit doit être, nonobstant l'existence d'un contrat entre le lésé et le responsable, traité comme tel.

Si c'est le sens qu'on accepte de donner à la règle de l'Avant-projet, peut-être conviendrait-il de modifier l'art. 42 AP de la manière suivante: «Les règles qui régissent la responsabilité du débiteur pour la violation de son obligation (art. 97 ss CO) ne s'appliquent pas lorsque celle-ci a pour seul objet la diligence requise par la loi et sanctionnée par le présent chapitre».

La formule négative est peut-être regrettable, mais elle a le mérite de mettre en évidence le but poursuivi: seul l'acte illicite entre parties au contrat est soumis aux art. 41 ss CO.

ddd. Un peu de casuistique

Pour reprendre les exemples discutés plus haut, l'avocat qui fait inscrire une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs sur la mauvaise parcelle en répond en vertu du contrat. Il a manqué à une obligation de résultat: il n'est pas nécessaire de constater que l'avocat a manqué à son devoir de diligence pour entraîner sa responsabilité en vertu de l'art. 97 CO. Il lui appartiendra au besoin de s'exonérer pour échapper à son obligation de réparer. Il en va de même pour la livraison de la marchandise par le voiturier à une adresse inexacte. Ici, le contenu spécifique de l'obligation est déterminé par les parties. Dans ces deux exemples, le droit actuel n'a pas besoin d'être corrigé.

L'Avant-projet va trop loin s'il envisage ici d'écarter l'application des art. 97 ss CO.

L'entrepreneur qui restitue une sangle mal réparée livre un ouvrage défectueux et contraire à son obligation contractuelle de résultat. Il est soumis à la sanction de la garantie pour les défauts. Si son acte repose *aussi* sur la violation de son devoir diligence, l'entrepreneur doit répondre non seulement en vertu des règles de la garantie, mais aussi en vertu des art. 41 ss CO. Cette solution consacrée par le Tribunal fédéral est la bonne⁵³²: le concours conserve ici toute sa justification.

En revanche, l'exemple des remontées mécaniques montre à l'envi que, sans égard à son fondement contractuel ou légal, l'obligation imposée à l'exploitant a une teneur identique: il s'agit d'une seule obligation de prudence. Le Tribunal fédéral le souligne de manière on ne peut plus précise⁵³³. Pour cette raison, contrairement à ce qu'il admet, rien ne justifie de soumettre la violation de cette obligation au régime des art. 41 ss CO d'une part, et à celui des art. 97 ss CO d'autre part. La violation de l'obligation de prudence doit être soumise exclusivement aux art. 41 ss CO.

Il en va de même pour le médecin ou l'avocat qui viole les règles de l'art. Qu'il soit engagé par contrat ou pas ne change rien à son devoir de respecter les règles de l'art. Autre serait la solution si le débiteur promettait plus que le respect de ces règles.

eee. Pour conclure

En somme, la théorie du concours est critiquée à juste titre⁵³⁴. D'abord parce qu'elle revient à étendre à l'excès la notion d'obligation contractuelle; ensuite parce qu'elle a pour effet de sanctionner une même obligation – formellement contractuelle, mais matériellement légale – au moyen de règles différentes selon qu'il y a contrat ou non, de façon contraire au principe qui veut qu'une même réalité soit traitée juridiquement de la même façon. C'est surtout ce second point qui me paraît décisif.

Dès lors, la solution de l'Avant-projet, qui entend corriger les limites remédier aux insuffisances de la théorie du concours, doit être approuvée dans son principe. Elle prend en compte l'unité du fondement de la responsabilité civile et permet d'éviter l'incohérence d'un système qui, aujourd'hui, accepte de soumettre à des conditions de responsabilité différentes l'auteur d'un dom-

532 Cf. ATF 64 II 254, JdT 1939 I 242.

533 Cf. ATF 126 III 113; à ce sujet, cf. WERRO, Ruminations.

534 Pour une présentation de la critique, cf. WIDMER/WESSNER, 65; DESCHENAUX/TERCIER, § 32 N. 23 ss.

mage, selon qu'il y a ou non contrat, alors même que le contenu de l'obligation violée n'est pas influencé par l'existence du contrat.

La solution proposée cependant manque de précision: elle ne révèle pas suffisamment que l'exclusivité de la voie délictuelle ne se justifie que pour les manquements que l'on peut véritablement définir seulement comme des délits. Elle ne prend en effet pas suffisamment en considération les cas où il se justifie d'appliquer à la violation (positive) d'un contrat le régime de responsabilité plus strict prévu aux art. 97/101 CO. Il en est ainsi, on l'a vu, lorsque l'obligation violée est de résultat.

Cette dernière affirmation remet toutefois en cause la manière dont il faut comprendre le rapport entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Je retiens trois points: 1. Lorsque le contrat n'ajoute rien au contenu de l'obligation légale de prudence, il faut considérer que le manquement à cette obligation est simplement un acte illicite, et non pas aussi une violation du contrat. 2. Sans égard à la question de savoir si une obligation a un fondement contractuel ou légal, il conviendrait de reconnaître que la violation d'une obligation de prudence relève des art. 41 ss CO. Le système de responsabilité spéciale prévu aux art. 97 ss CO ne devrait sanctionner que la violations des obligations de résultat. 3. L'Avant-projet a raison de prévoir qu'un manquement commis par une partie à un contrat au détriment de son partenaire contractuel peut constituer un acte illicite. Cela ne devrait toutefois exclure l'application des art. 97 ss CO que lorsque l'obligation violée est de diligence. Lorsqu'elle est de résultat, le manquement ne s'épuise pas dans le délit. Les art. 97 ss CO offrent, notamment en raison du mécanisme de la présomption de faute, une solution plus juste pour la victime. Le créancier d'une obligation de résultat est en droit, compte tenu de l'intensité accrue de l'obligation, de bénéficier d'une protection plus grande que le créancier d'une obligation de seule prudence.

D. Les conventions restrictives de responsabilité⁵³⁵

La responsabilité délictuelle est fondée sur la loi. La question de savoir si les parties ont la possibilité de restreindre par avance cette responsabilité de nature légale fait l'objet de la présente section. Je m'interrogerai sur l'existence et la portée d'une convention restrictive⁵³⁶ de responsabilité (1.), puis sur les limites dans lesquelles une telle convention est admise (2.). La présentation

⁵³⁵ CHRISTINE CHAPPUIS est l'auteure du point II.D.1–3.

⁵³⁶ Conformément à la terminologie adoptée par l'art. 57 AP, le terme «restrictive» est utilisé ici comme englobant les conventions exclusives et les conventions limitatives de responsabilité.

de la solution de l'Avant-projet (3.) sera suivie d'une brève prise de position complémentaire (4.).

1. L'existence et la portée d'une convention restrictive de responsabilité

L'existence d'une convention restrictive de responsabilité (a.) est le préalable nécessaire à la question de savoir s'il est possible de renoncer par avance à la protection de la loi dans le domaine de la responsabilité civile (b.). Le cas particulier de l'avis de restriction de responsabilité sera examiné en dernier lieu (c.).

a) L'existence d'une convention restrictive de responsabilité

La restriction de la responsabilité qu'encourt une partie envers l'autre repose nécessairement sur un accord des volontés (art. 1 CO). Si les parties ne se sont pas entendues à ce sujet, la responsabilité de chacune d'elles est pleine et entière.

A première vue, l'hypothèse d'une limitation de la responsabilité délictuelle par l'effet d'une convention des parties n'est pas envisageable puisque la relation entre l'auteur du dommage et le lésé ne préexiste pas, mais qu'elle naît du fait de l'obligation de réparer le dommage sur la base des art. 41 ss CO. Faute d'un contact préalable, les parties n'ont ainsi en principe pas l'occasion de s'entendre à l'avance sur l'étendue de l'éventuelle responsabilité de l'une envers l'autre⁵³⁷. Le problème peut cependant surgir dans deux cas, soit lorsqu'un acte contraire à un contrat constitue également un acte illicite engageant la responsabilité délictuelle de son auteur (en cas de concours entre les deux types de responsabilité)⁵³⁸, soit dans des situations proches d'un rapport contractuel où les parties sont entrées en rapport sans que leur relation ne soit véritablement contractuelle (par ex., relations existant entre le demandeur de renseignements et celui qui les fournit).

b) La portée d'une convention restrictive de responsabilité

Lorsque, dans un contrat, la responsabilité du débiteur est limitée ou exclue, il faut se demander si cette limitation ne porte que sur la responsabilité dé-

537 Je laisserai de côté la question de la transaction relative à l'étendue de la réparation une fois le dommage survenu: art. 58 AP; voir aussi, art. 87 al. 2 LCR, art. 8 al. 2 LRCN, art. 17 LRespC.

538 Sur l'admissibilité du concours entre responsabilité contractuelle et délictuelle, cf. *supra*, II.C.2.a. et b.

coulant du contrat ou si elle s'étend à la responsabilité délictuelle. La question est controversée⁵³⁹.

Le Tribunal fédéral hésite. Il a parfois considéré, comme s'il s'agissait d'une évidence, que la responsabilité délictuelle ne pouvait pas être écartée⁵⁴⁰. Dans d'autres affaires, au contraire, il est parti de l'idée que la clause contractuelle restrictive de responsabilité serait rendue illusoire si la responsabilité pour acte illicite devait subsister⁵⁴¹.

La doctrine⁵⁴², malgré certains avis négatifs⁵⁴³, admet que l'exclusion contractuelle de responsabilité est susceptible de s'étendre à la responsabilité délictuelle, tout en précisant qu'il s'agit là d'un problème d'interprétation de la clause.

L'art. 100 al. 1 CO permet aux parties à un contrat de répartir entre elles le risque de la mauvaise exécution de leurs obligations, choix qui peut être répercuté sur la détermination du prix des prestations et fait donc partie de la négociation. Etant donné que les parties ne feront pas – ou très rarement – la subtile distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle, il faut en principe considérer, avec la doctrine majoritaire, que la convention restrictive s'étend à la responsabilité délictuelle. Dans le cas contraire, on réintroduirait par la fenêtre une responsabilité à laquelle le contrat avait soigneusement fermé la porte⁵⁴⁴. Une telle interprétation irait à l'encontre du sens que les

539 Les auteurs de l'Avant-projet, prenant acte de la controverse, estiment une intervention législative nécessaire: WIDMER/WESSNER, 44, 259 s.

540 TF, SJ 1 981 433 c. 1 b; ATF 111 II 471 c. 11, JdT 1986 I 485. La question aurait pu être examinée dans l'ATF 117 II 259 c. 3, JdT 1992 I 559 (affaire du talus): les parties avaient convenu que: «Pour le surplus, toute garantie en cas d'éviction ou en raison des défauts est entièrement supprimée». Après avoir renvoyé à la Cour cantonale la question de savoir si cette clause visait la stabilité du talus dont les demandeurs réclamaient le remboursement des frais d'assainissement au vendeur, le Tribunal fédéral rejette la prétention délictuelle au motif que la condition de l'illicéité n'était pas réalisée sans examiner l'incidence de la clause exclusive de responsabilité sur la prétention délictuelle.

541 ATF 107 II 161 c. 8 a, JdT 1981 I 582; ATF 120 II 58 c. 3 a, JdT 1994 I 754. Question laissée ouverte in ATF 111 II 471 c. 11, JdT 1986 I 485 (renseignement bancaire donné «ohne oblige»). Pour le surplus, voir réf. cit. par BK-BREHM, CO 58 N. 135.

542 ComRom-THÉVENOZ, CO 100 N. 11 s.; SCHWENZER, N. 24.02; OFTINGER/STARK I, § 12 N. 7 ss; BK-BREHM, CO 58 N. 134. Voir également, BRINER, 238 s.; SCHÖNLE, Renseignements inexacts, 233 s. Dans le même sens, BUOL, N. 580, pour autant que la restriction de la responsabilité délictuelle soit clairement convenue. GAUCH, Contrat d'entreprise, N. 2567 s., refuse de donner une réponse générale à cette question dont il estime qu'elle dépend en première ligne de l'interprétation de l'accord concret des parties. Nuancé, G. PETITPIERE, Conventions exclusives, 351.

543 MISTELI, 261; ENGEL, 723 ss; PERRIN, Limitation de responsabilité, 211; IDEM, Validité des clauses de non responsabilité, 66; YUNG, Renonciation au bénéfice de la loi, 151 s.

544 L'image est utilisée par la Cour cantonale citée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 107 II 161 c. 8 b, JdT 1981 I 582.

parties pouvaient raisonnablement donner à la clause contractuelle restrictive de responsabilité.

Ce raisonnement, qui correspond, dans l'ensemble, à la doctrine majoritaire et à une partie de la jurisprudence⁵⁴⁵, suppose qu'il soit fondamentalement possible d'écarter la responsabilité délictuelle. Que les parties soient autorisées à écarter, d'un commun accord, les conséquences de la violation d'une obligation créée de par leur commune volonté, cela se conçoit aisément. Si besoin était, les art. 100 al. 1 et 101 al. 2 CO le confirmeraient – le premier implicitement, le second explicitement. En revanche, il est moins évident que la commune volonté des parties ait le pouvoir d'écarter une responsabilité fondée sur la loi. Le droit français ne l'admet pas, considérant que la responsabilité délictuelle est d'ordre public⁵⁴⁶. Comme l'a démontré H. SCHÖNLE⁵⁴⁷ pour le droit suisse, rien n'indique que la répartition légale de la charge du dommage entre l'auteur de celui-ci et la victime soit impérative. La fonction essentielle de la responsabilité civile est réparatrice et non répressive. Contrairement à la responsabilité pénale ou administrative, la responsabilité civile reste à la libre disposition des parties. Il s'ensuit que les conséquences d'un acte illicite sont théoriquement susceptibles d'être écartées par contrat.

Cela ne signifie toutefois pas que la restriction de responsabilité soit valable par principe et en toute circonstance. La restriction est soumise aux limites spéciales relatives à ces clauses et aux limites générales résultant notamment des règles d'interprétation des contrats, comme on le verra plus bas⁵⁴⁸.

c) *L'avis d'exclusion ou de limitation de responsabilité*

Dans l'hypothèse où les parties ne sont pas engagées dans un rapport contractuel proprement dit⁵⁴⁹, ni n'ont noué un contact préalable, la restriction de responsabilité peut reposer sur un avis émanant de l'une seule d'entre d'elles. La question est de savoir si un tel avis est opposable à la personne lésée.

545 Cf. *supra*, n. 541 et n. 542.

546 WERRO, Responsabilité de l'entrepreneur, 70 et réf. cit. n. 70.

547 SCHÖNLE, Renseignements inexacts, 232 s.

548 Voir *infra*, II.D.2.b.

549 A signaler toutefois l'ATF 108 II 449 (Perle du Lac): les parties avaient conclu un contrat de restauration (*Gastnahmeauftrag*) ne comportant pas, pour le restaurateur, l'obligation de garder les effets du client. Celui-ci avait déposé un manteau de vison dans une pièce où se trouvait un écriteau indiquant que le vestiaire n'était pas gardé. Le Tribunal fédéral déduit des circonstances qu'aucun contrat de dépôt n'était conclu entre le restaurateur et le client; le restaurateur ne pouvait par conséquent pas être rendu responsable pour le vol du manteau de vison. La raison de l'absence de responsabilité ne résultait pas ici du panneau excluant toute responsabilité mais de l'absence de contrat de dépôt. Le panneau était par conséquent dénué de toute valeur juridique lors même que l'on se trouvait dans un contexte contractuel, celui du contrat de restauration.

Une affaire bancaire⁵⁵⁰ permet d'illustrer le propos. La banque recherchée en responsabilité avait recommandé un client à une banque correspondante qui l'interrogeait pour le compte de l'un de ses propres clients. La mention «*ohne oblige*» figurait au bas de la lettre de réponse. Suivant sa jurisprudence restrictive en la matière, le Tribunal fédéral n'admet pas que l'information et la recommandation soient données sur une base contractuelle, mais traite le cas selon la règle délictuelle non écrite déjà mentionnée⁵⁵¹. Puisque l'existence d'un contrat, même conclu par actes concludants et à titre gratuit, est niée, une exclusion de la responsabilité ne peut pas être envisagée, dans la mesure où elle supposerait un accord des parties. Un tel accord était en l'espèce exclu, du fait que l'éventuelle validité de l'exclusion de responsabilité aurait été limitée aux rapports entre les deux banques.

Si la jurisprudence, cédant à certaines critiques⁵⁵², reconnaissait l'existence d'un contrat de renseignements par actes concludants, le problème se poserait en des termes différents. En effet, il faudrait alors construire la demande de renseignements comme une offre et la fourniture de celui-ci avec mention de la restriction de responsabilité comme une contre-offre. La réception du renseignement sans réaction quant à la restriction de la responsabilité pourrait, selon le principe de la confiance, être interprétée comme une acceptation de la restriction de responsabilité qui est liée au renseignement⁵⁵³. La mention «*ohne oblige*» au bas de la lettre déploierait dès lors des effets juridiques.

Une autre situation à envisager est celle de l'avertissement (*Schild*) en dehors de tout complexe contractuel et sans aucun contact préalable entre les parties (par ex., panneau portant les mentions suivantes: «à vos risques et périls», «nous déclinons toute responsabilité», etc.). Une telle manifestation de volonté tendant à écarter sa responsabilité ne peut pas déployer d'effet si elle n'est pas acceptée par l'autre partie. Une acceptation ne doit pas être admise trop facilement⁵⁵⁴. Ainsi, la personne qui agit nonobstant un panneau avertisseur ne peut être pas tenue pour avoir accepté l'offre de restriction de responsabilité, sous la réserve très éventuelle de l'art. 6 CO. Tout au plus pourra-t-on lui reprocher une faute concomitante⁵⁵⁵.

De tels avertissements (*disclaimer*) figurent fréquemment sur des sites Internet. On peut distinguer trois cas. Premièrement, s'agissant de sites payants,

550 ATF 111 II 471, JdT 1986 I 485.

551 Cf. *supra*, I.C.3.b.bb.

552 SCHÖNLE, Renseignements inexacts, 228 s.

553 Un tel raisonnement suppose toutefois que l'on décèle chez les parties l'intention de se lier, ce que HÜRLIMANN-KAUP, N. 110 ss, 116 ss, 122, n'est prête à admettre qu'avec retenue.

554 OFTINGER/STARK I, § 12 N. 13.

555 BK-BREHM, CO 58 N. 133; BRINER, 240 s.

l'acceptation de la restriction de responsabilité peut intervenir en même temps que celle des conditions générales accompagnant la conclusion du contrat et devra être jugée selon les mêmes principes: place des conditions générales à l'entrée du site, facilité d'accès, lisibilité, mise en évidence des clauses importantes, absence de clauses insolites⁵⁵⁶. Deuxièmement, sur certains sites, le visiteur doit nécessairement passer, avant d'accéder aux informations recherchées, par une page d'avertissement et ne peut pas poursuivre avant d'avoir, par un clic de souris, manifesté qu'il a lu la page en question (ou du moins confirme-t-il par là son passage). Il tient alors seulement au visiteur de prendre connaissance de la clause de renonciation, raison pour laquelle son clic de souris peut, en fonction des termes figurant dans la case correspondante, être interprété comme une acceptation de la restriction par acte concluant (art. 1 al. 2 CO), qu'il ait effectivement lu l'avertissement ou non. Il y a, dans cette hypothèse, accord sur la restriction de responsabilité, alors même que la visite du site ne comporte pas nécessairement la conclusion d'un contrat.

Troisièmement, de nombreux sites contiennent une clause de renonciation sans que le visiteur soit particulièrement invité à y prêter attention, les informations étant par ailleurs librement accessibles. Ce dernier cas peut être assimilé au panneau avertisseur en dehors de tout contact préalable entre les parties, mentionné ci-dessus. En effet, le simple fait de visiter un site ne peut, dans la règle, pas être interprété comme l'acceptation par actes concluants d'une offre qui serait le fait de l'auteur du site, tout comme le simple fait de se promener entre les rayons d'un magasin ne peut pas être interprété comme une quelconque manifestation de volonté. Dans ces conditions, un avis d'exclusion de responsabilité sera en principe sans effet juridique, si ce n'est, le cas échéant, à titre de facteur de réduction de l'indemnité (art. 44 al. 1 CO).

2. Les limites

Les clauses restrictives de responsabilité sont soumises à certaines limites spécifiques au domaine de la responsabilité civile (a.), de même qu'aux limites générales résultant de l'ordre juridique et des principes d'interprétation des contrats (b.).

556 SCHWENZER, N.45.01 ss; BARBARA NESTLÉ, «Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internet Angeboten (nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Konsumentenschutzrecht)», in Weber/Hilty/Auf der Maur, *Geschäftsplattform Internet*, Zurich 2000, 249 ss, 267 ss; LEONARDO CEREGHETTI, «Disclaimers und Haftungsfreizeichnungen im E-Commerce», in *SIC* 2002 1 ss, 10 ss. Voir également *infra*, II.D.2.b.4.

a) *Les limites spéciales*

Les lois spéciales instituant des responsabilités objectives excluent ou, plus rarement, limitent la possibilité d'écarter la responsabilité ainsi instituée. Ainsi, les art. 16 LRespC, 8 LRFP, 8 al. 1 LRCN, 39 LIE, 87 LCR et 65 al. 3 LFP frappent de nullité toute disposition contractuelle contraire. La loi fédérale sur les voyages à forfait exclut toute limitation de responsabilité dans deux situations: celle des dommages corporels, de même que celle d'un dommage commis par faute intentionnelle, négligence ou imprudence graves (art. 16 LVF); dans les cas non visés, il est possible de limiter la responsabilité au double du prix du voyage à forfait (art. 16 al. 2 LVF). Quant à la loi fédérale sur les transports publics, elle autorise uniquement la limitation conventionnelle de la responsabilité pour les marchandises dont le transport présente des difficultés spéciales ou un risque élevé, de même que pour les marchandises et bagages transportés à un tarif exceptionnel selon l'art. 9 al. 2 ou conformément aux accords particuliers prévus par l'art. 10 al. 2 (art. 42 LTP).

Il apparaît que, dans l'ensemble, la plupart des lois qui traitent de la question excluent les conventions restrictives de la responsabilité concernée⁵⁵⁷, en affirmant le caractère impératif des dispositions qui instituent celle-ci.

b) *Les limites générales*

Les limites générales résultent des art. 19 al. 2, 20, 100, 101 al. 2 et 3 CO, de même que des principes d'interprétation des contrats, en particulier des conditions générales.

1. La doctrine est unanime à proscrire toute restriction à la responsabilité pour le *dommage corporel*. En effet, le fait pour une partie de renoncer par avance à la responsabilité d'autrui pour le dommage à la vie ou à l'intégrité corporelle qui pourrait lui être causé est considéré comme une aliénation de la liberté contraire aux mœurs (art. 27 al. 2 CC). La clause prévoyant une telle renonciation est illicite, partant nulle (art. 19 al. 2 et 20 CO)⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ OFTINGER/STARK I, § 12 N. 6.

⁵⁵⁸ SCHWENZER, N. 24.14; BK-BREHM, CO 58 N. 139; TERCIER, Obligations, N. 974; IDEM, Dommage corporel, 267; G. PETITPIERRE, Conventions exclusives, 349; WERRO, Responsabilité de l'entrepreneur, 70; BIERI, 42. Le Tribunal fédéral a récemment précisé qu'une convention limitant excessivement la liberté personnelle d'une partie n'était pas nécessairement contraire aux mœurs et donc nulle selon l'art. 20 CO; la protection contre les engagements excessifs étant de nature hautement personnelle, seule la personne protégée – et non par exemple ses héritiers – peut s'en prévaloir; par ailleurs le juge ne relève pas d'office une telle violation des droits de la personnalité (ATF 129 III 209 c. 2.2, SJ 2003 I).

2. Une autre limite aux restrictions de responsabilité résulte de l'art. 100 al. 1 CO qui interdit au débiteur de s'exonérer à l'avance de sa responsabilité pour dol ou faute grave. En revanche, le débiteur peut valablement s'exonérer de toute responsabilité du fait de ses auxiliaires (art. 101 al. 2 CO)⁵⁵⁹. Cette distinction n'est aujourd'hui plus justifiée. Dans la plupart des cas, ce n'est pas le débiteur (la personne morale, soit, pour elle, ses organes) qui est à l'origine de l'acte illicite, mais ses auxiliaires (les employés de la personne morale). Par ailleurs, il n'est parfois pas même possible de déterminer quelle est la faute pertinente. C'est la raison pour laquelle la possibilité d'écarter plus largement la responsabilité pour les auxiliaires n'est plus opportune. Il conviendrait donc d'abolir la différence entre les art. 100 al. 1 et 101 al. 2 CO⁵⁶⁰.

De même, dans le cas où le créancier, au moment où il a convenu de l'exclusion de responsabilité, était au service du débiteur ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle la clause qui libérerait le débiteur de sa responsabilité pour sa faute propre légère (art. 100 al. 2 CO). Dans ces deux situations, le débiteur ne peut pas du tout s'exonérer de la responsabilité pour le dol ou la faute grave de ses auxiliaires (art. 101 al. 3 CO). A nouveau, la différence de traitement ne se justifie pas: l'exonération ne devrait être valable ni dans un cas ni dans l'autre.

3. Une limite, qui doit être mentionnée même si sa réalisation est probablement rare en pratique, est celle de l'absence de validité d'une restriction de responsabilité figurant dans une pure *clause de style* non voulue par les parties (*Vertragsfloskel*)⁵⁶¹. La qualification de clause de style suppose, en premier lieu, une formulation usuelle par rapport au type de contrat considéré et, en second lieu, que le contenu de la clause ait échappé à la prévision des parties, donc qu'elle ne soit pas couverte par leur accord⁵⁶².

Dans l'arrêt Kilintra⁵⁶³, le Tribunal fédéral opère une distinction entre les défauts avec lesquels les parties doivent raisonnablement compter, pour lesquels la responsabilité du vendeur d'un immeuble peut être exclue, et les défauts sortant complètement des prévisions raisonnables des parties, qui ne sont pas couverts par la clause restrictive de responsabilité. Cette limite à l'exclusion de responsabilité, posée en rapport avec une vente immobilière, a

559 ComRom-THÉVENOZ, CO 101 N. 37 ss.

560 G. PETITPIERRE, Conventions exclusives, 354s.

561 L'ATF 107 II 161 c. 6c, JdT 1981 I 582 mentionne cette notion qui avait trouvé application dans une ancienne décision (ATF 60 II 436, JdT 1935 I 506) dont le Tribunal fédéral avait ensuite refusé de tirer un véritable principe général (ATF 72 II 267 c. 3, JdT 1946 I 586; ATF 83 II 401 c. 2, JdT 1957 I 582); cf. cep., arrêt cité n. 564.

562 WESSNER, DC 1987 10 ss, 11-12.

563 ATF 107 II 161 c. 6d, JdT 1981 I 582.

été récemment confirmée s'agissant de la vente d'un vase Gallé⁵⁶⁴. Elle peut certainement être transposée à d'autres domaines.

4. Etant donné que les clauses restrictives de responsabilité sont fréquemment contenues dans des *conditions générales*, les principes développés en cette matière valent pour la problématique ici abordée. Ainsi, la première question à trancher est celle de l'incorporation des conditions générales, donc de la clause litigieuse⁵⁶⁵. Selon le principe de la confiance, il faut que la partie qui se réfère à ses conditions générales puisse admettre que l'autre partie les accepte. Tel est le cas si l'attention du cocontractant, en particulier du consommateur, a été attirée sur l'existence des conditions générales et que la possibilité matérielle d'en prendre connaissance lui a été donnée. Dans ce cas, un renvoi global, couvert par la signature du consommateur, peut suffire. Une fois la validité de la clause admise, elle est soumise aux règles d'interprétation particulières en la matière. Elle doit, par conséquent, être exprimée clairement (*Unklarheitsregel*)⁵⁶⁶, en particulier sur le fait qu'elle s'étend à la responsabilité du débiteur pour acte illicite⁵⁶⁷. L'art. 8 LCD, qui ne permet pas de poser de véritables limites dans ce domaine⁵⁶⁸, tant en raison de ses conditions particulières que de ses conséquences incertaines, ne sera pas approfondi ici.

Ces différentes règles d'interprétation des clauses restrictives de responsabilité montrent une tendance générale à en apprécier la validité avec sévérité⁵⁶⁹.

3. La solution de l'Avant-projet

Sous le titre «Conventions restrictives de responsabilité», l'Avant-projet traite de l'exclusion et de la limitation de la responsabilité délictuelle (art. 57 AP). L'idée fondamentale est que les normes de responsabilité civile ont en

564 ATF 126 III 59 c. 4a et b (admis que le défaut pouvait être raisonnablement envisagé par l'acheteuse).

565 Sur les exigences en matière d'incorporation des conditions générales, cf. INGEBORG SCHWENZER, «Beschränkungen und Modifikation der vertraglichen Haftung», in Koller (édit.), *Haftung aus Vertrag*, St Gall 1998, 99 ss, 107 s.; BERND STAUDER, «Droit suisse», in Ghestin (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, Paris (LGDJ) 1991, 96 ss, 102 ss. Voir en outre, *supra*, II.D.1.b.

566 SCHWENZER, op. cit. n. 565, 111 ss.

567 STAUDER, op. cit. n. 565, 128 s.

568 SCHWENZER, N. 46.03 ss; IDEM, op. cit. n. 565, 117. Plus optimiste, STAUDER, op. cit. n. 565, 123 s.

569 OFTINGER/STARK I, § 12 N. 15. Voir aussi, SCHWENZER, N. 24.03, 46.02, pour les clauses restrictives contenues dans des conditions générales.

principe un caractère impératif. Les conventions restrictives de responsabilité sont par conséquent limitées à la mesure admissible. Dans la conception des auteurs de l'Avant-projet, cette réglementation s'applique aux responsabilités extra-contractuelles, à celle résultant de la violation positive d'un contrat (art. 42 AP), de même qu'à toute responsabilité contractuelle conformément au renvoi de l'art. 99 al. 3 AP⁵⁷⁰.

Ainsi, l'art. 57 alinéa 1^{er} AP prohibe toute convention restrictive de responsabilité pour deux types d'atteintes: les atteintes à la personne (vie ou intégrité physique ou psychique) et celles portées à l'environnement. La première limite reprend le principe développé par la doctrine selon lequel le fait de renoncer par avance à la réparation du dommage corporel infligé par un tiers constitue une aliénation excessive de la liberté personnelle (art. 27 CC)⁵⁷¹. Alors que les conséquences d'une violation des droits de la personnalité ne sont pas très certaines selon la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁷², l'art. 57 al. 1 AP prévoit clairement la nullité de la clause.

La seconde limite est un signe de la hiérarchie des biens sous-tendant l'Avant-projet. La personne occupe le sommet de la liste; en seconde place, se trouve l'environnement⁵⁷³. L'importance ainsi accordée au bien protégé que constitue l'environnement s'inscrit dans la ligne de l'art. 45 d AP qui fait de l'atteinte à l'environnement un élément du dommage patrimonial⁵⁷⁴. Ces dispositions reposent sur une décision politique relative à la nécessité de reconnaître l'environnement comme un bien protégé par les règles de la responsabilité civile. Pour ma part, j'y suis pleinement favorable étant donné que l'environnement (qualité de l'air, de l'eau, des végétaux de consommation, etc.) est directement lié à la santé physique de l'homme et que ce bien gagne en valeur au fur et à mesure de l'augmentation (inéluçtable) de la population mondiale.

L'art. 57 al. 1 AP admet la validité des conventions restrictives de la responsabilité pour les autres atteintes (aux choses et au patrimoine). Toutefois, l'art. 57 al. 2 AP prévoit une série de limites supplémentaires à ces conventions qui, comme telles, sont admissibles.

Les hypothèses des lettres a) à c) constituent une reprise des actuels art. 100 et 101 al. 2 et 3 CO. Elles visent la faute grave de l'auteur du dommage, le fait que la personne lésée se trouve au service de la personne responsable et l'hypothèse d'une responsabilité découlant d'une activité soumise à

570 WIDMER/WESSNER, 44 s., 257 et 258, 260.

571 Cf. *supra*, n. 558.

572 L'ATF 129 III 209 c. 2.2, SJ 2003 I, réserve l'invocation de la violation des droits de la personnalité à la victime de l'atteinte.

573 WIDMER/WESSNER, 257 et 260.

574 Cf. *supra*, I.A.4.

autorisation ou concédée par l'autorité. On relèvera deux différences bienvenues par rapport au régime actuel. Premièrement la distinction entre responsabilité pour propre fait et responsabilité pour le fait d'autrui est abandonnée. Aucun motif, il est vrai, ne justifie que l'auteur du dommage puisse se libérer plus facilement si l'acte contraire au droit est le fait d'un auxiliaire ou le sien propre, ce qui, du point de vue de la personne lésée, est sans pertinence⁵⁷⁵. Deuxièmement, l'art. 57 al. 2 AP prévoit la nullité de toute convention contraire, alors que les art. 100 al. 2 et 3 et 101 al. 2 et 3 CO laissent la question à l'appréciation du juge.

Un dernier motif de nullité figure à l'art. 57 al. 2 lit. d AP: lorsque la clause restrictive de responsabilité figure dans des conditions générales préimprimées, elle est nulle. La même limite existe en matière de bail où la protection du locataire exclut qu'une renonciation à la garantie du bailleur intervienne par le biais de conditions générales (art. 256 al. 2 lit. a CO). Cette nouveauté mérite d'être saluée. La protection qu'était censée conférer l'art. 8 LCD contre des conditions générales trompeuses s'est en effet montrée insuffisante⁵⁷⁶. S'il entend être libéré, le responsable devra dès lors démontrer l'existence d'un accord distinct de celui que traduisent les conditions générales.

Les limites ainsi posées par l'art. 57 AP aux conventions restrictives de responsabilité reflètent un juste équilibre entre une solution abandonnant la question à la liberté totale des parties et la solution radicale d'une responsabilité civile au caractère impératif, échappant entièrement à la volonté des parties.

4. *Une prise de position*⁵⁷⁷

Le rapport très complet qui précède n'appelle pour l'essentiel pas de remarque majeure. Je voudrais simplement souligner ce qui suit.

Selon le Tribunal fédéral, la clause qui supprime la garantie en raison des défauts exclut aussi en principe les actions fondées sur l'acte illicite⁵⁷⁸. Il vient d'être rappelé avec raison que cette solution trouve sa justification dans l'idée que les parties veulent adopter une solution raisonnable qui ne soit pas qu'une demi-mesure.

Selon la doctrine dominante, il ne s'agit toutefois que d'une présomption; celle-ci ne s'applique que dans les cas où il existe une incertitude sur la vo-

⁵⁷⁵ Cf. *supra*, n. 560.

⁵⁷⁶ WIDMER/WESSNER, 263 et réf. cit. n. 1348. Voir en outre, *supra*, n. 568.

⁵⁷⁷ FRANZ WERRO est l'auteur du point II.D.4.

⁵⁷⁸ Cf. ATF 107 II 161, JdT 1981 I 674, DC 1982, 19 avec la note de PETER GAUCH.

lonté des parties et qu'à la condition qu'une autre règle d'interprétation (*in dubio contra stipulatorem*) ne s'impose pas⁵⁷⁹.

Il est vrai que la plupart du temps, les parties ne font pas la distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle. Pour autant, je n'admettrais pas trop facilement que la convention restrictive s'étende à la responsabilité délictuelle.

D'abord parce que si une personne renonce à la protection accrue du contrat, elle n'entend pas forcément abandonner celle de la loi. Ensuite, parce qu'une limitation de la responsabilité contractuelle ne saurait valoir dans l'hypothèse où elle prive la victime de la réparation d'un dommage corporel auquel celle-ci n'a pas consenti (cf. art. 19 CO et 27 CC). L'Avant-projet répond heureusement sur ce point. Revenons brièvement sur le premier point.

Celui qui renonce à l'action en dommages-intérêts contractuelle et à la présomption de faute qu'elle prévoit (art. 97 CO) ne renonce pas du même coup au droit de prouver la faute qui fonde la responsabilité légale de l'auteur du dommage.

En droit suisse, la question de savoir si les art. 100 et 101 al. 3 CO ne s'appliquent qu'à la limitation de la responsabilité contractuelle pour faute présumée (cf. art. 97 CO) est controversée. Si on admettait qu'il en soit ainsi, peut-être pourrait-on reconnaître que l'exclusion de la responsabilité pour faute prouvée n'est pas possible, et cela quel que soit le degré de gravité de la faute. De plus amples développements seraient toutefois nécessaires pour le démontrer. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du Tribunal fédéral en cette matière manque de précision et elle doit, de ce fait, être remise en cause.

579 Pour une discussion récente de la limitation de la responsabilité contractuelle, cf. BUOL.

Dialogue conclusif

Dans un droit où le rôle du juge reste éminent, on pourrait douter de l'opportunité de procéder à la réécriture des règles légales du droit de la responsabilité civile. Au seuil de notre étude, nous avons éprouvé d'importantes réserves face à l'entreprise de réforme proposée par PIERRE WIDMER et PIERRE WESSNER.

Une étude approfondie de l'Avant-projet nous a pourtant convaincus que celui-ci contient un nombre important d'améliorations utiles. Nous avons acquis la certitude qu'il ne faut pas y renoncer. L'Avant-projet contient des parts d'ombre, peut-être là essentiellement où il a pris le parti de ne pas innover. En particulier, les fondements de la responsabilité civile restent calqués sur le modèle du Code des obligations de 1911, alors même que de nombreux motifs justifieraient qu'on s'en éloigne.

Pour conclure, nous avons décidé de résumer notre analyse sous la forme d'une série de propositions. Nous signalons nos points de convergence et de divergence, au besoin en les accompagnant d'un bref commentaire ou d'une règle.

Dans l'ordre des questions traitées, voici nos conclusions:

1. Le dommage

FW/CC: La catégorisation des dommages prévue aux art. 45 à 45f AP n'est pas opportune. D'une part, elle est incomplète (atteinte aux droits de la personnalité et aux droits de la propriété immatérielle).

FW: D'autre part, elle reprend le catalogue critiquable des droits absolus dont est tirée l'illicéité de résultat.

FW/CC: La délimitation entre dommage patrimonial et tort moral ne laisse pas de place à une appréciation plus normative du dommage (cf. art. 45 al. 1 AP). Ce parti pris empêche peut-être une évolution souhaitable, du moins dans certains cas.

FW: La manière dont le dommage en cas d'atteinte aux choses est défini menace sans raison la libre évolution de la jurisprudence (art. 45c al. 3 AP). La même critique vaut pour la règle introduisant l'indemnisation des postes complémentaires du dommage (art. 45f AP). Le législateur se substitue au juge qui a pourtant démontré son aptitude à éviter les dérives.

CC: La réparation de la perte de jouissance est étendue à l'usage non professionnel dans la mesure où la chose était nécessaire ou utile à la personne lésée. Ces critères, connus ailleurs (cf. not. art. 65 CO), sont adéquats et permettent de contenir l'indemnisation dans des limites raisonnables.

FW/CC: La règle relative aux dommages en cas d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique ou psychique (cf. art. 45 a et b AP) est bonne. Elle laisse à la jurisprudence le soin de trancher des questions délicates telles que le dommage consécutif à la naissance d'un enfant non désiré. L'art. 46 al. 2 CO est heureusement changé.

FW/CC: L'Avant-projet introduit à bon escient la réparation du dommage en cas d'atteinte à l'environnement. Il cherche à favoriser la protection d'un bien plus menacé que jamais et donne au juge civil un moyen d'intervenir. On peut craindre que cette disposition ne demeure lettre morte en l'absence d'autres règles sur la causalité et le fondement de la responsabilité en cette matière.

2. L'illicéité

CC: L'Avant-projet maintient à juste titre la condition de l'illicéité distincte de la faute. Il la définit de manière acceptable en y comprenant la violation des règles de la bonne foi, mais en y ajoutant à tort la violation d'un devoir contractuel.

FW: L'Avant-projet maintient à tort la conception de l'illicéité qui est celle du Code actuel. Il continue ainsi de dresser une barrière destinée à limiter en principe la réparation des dommages purement économiques. Il favorise l'insécurité juridique en rendant nécessaire la création de moyens de protection palliatifs. L'Avant-projet aurait mieux fait de retenir qu'agit de façon illicite celui qui, indépendamment du bien atteint, manque à la diligence raisonnablement requise dans les circonstances objectives du cas, sans pouvoir faire valoir de motifs justificatifs. Dans cette conception, sous réserve de tels motifs, la faute objective ne se distingue pas de l'illicéité, alors que la faute dite subjective se limite à l'examen de la capacité de discernement de l'auteur (cf. *infra* 3).

CC/FW: L'Avant-projet érige à tort l'illicéité en condition générale de tous les types de responsabilité.

3. La faute

CC: L'introduction d'une appréciation subjective de la faute (art. 48a AP) doit être approuvée, parce qu'elle permet d'augmenter la mesure de la diligence exigée d'un professionnel et en général de fixer l'indemnité de manière plus nuancée.

FW: L'introduction de la faute subjective (art. 48 al. 1 in fine et al. 2 AP) doit être condamnée. Elle est contraire à la finalité du droit de la responsabilité ci-

vile. Elle compromet la protection de la victime d'un comportement objectivement inadéquat et risque de ralentir le règlement des litiges. Elle constitue une solution isolée dans les droits européens. La prise en compte des facultés individuelles de l'auteur du dommage doit se faire dans les limites de l'incapacité de discernement.

FW/CC: L'articulation des art. 48a et 50 AP crée une lacune: le comportement contraire à la diligence objectivement requise, mais subjectivement excusable échappe à la sanction de l'une et l'autre de ces dispositions dans la mesure où l'on n'est pas en présence d'une activité à risque.

4. La responsabilité de l'employeur

FW: L'Avant-projet sanctionne la responsabilité de l'employeur dans les mêmes termes que l'actuel art. 55 CO et maintient ainsi, à tort, le mécanisme désuet de la preuve libératoire.

CC: La preuve libératoire appréciée de manière suffisamment sévère aboutit à des résultats satisfaisants.

FW/CC: La règle spéciale sur la responsabilité dans les entreprises mérite pleine approbation. A préciser par la jurisprudence, la notion d'entreprise devrait au demeurant être limitée à celles dont la complexité justifie qu'on n'examine pas le comportement de l'employé qui est à l'origine du dommage.

5. La responsabilité à raison du risque

FW/CC: L'introduction de la clause générale de responsabilité pour risque doit être approuvée. Le pouvoir ainsi accordé au juge ne viole en rien le principe de la séparation des pouvoirs. La règle proposée crée cependant une lacune en relation avec la responsabilité pour faute (cf. *supra* 3).

6. Le cumul de responsabilités

CC: A tort, l'Avant-projet soumet exclusivement la violation de certaines obligations contractuelles (dites «violation positive du contrat») aux art. 41 ss AP et supprime le concours actuellement admis entre la responsabilité pour acte illicite et la responsabilité pour la violation d'une obligation.

FW: L'Avant-projet a raison de soumettre la violation de certaines obligations contractuelles aux seules règles de la responsabilité pour acte illicite. Il a tort d'étendre cette solution à la violation d'autres obligations que celles de pure diligence – diligence requise par la loi indépendamment du contrat. En ce

sens, la règle à retenir pourrait être formulée comme suit: «Les règles qui régissent la responsabilité du débiteur pour la violation de son obligation (art. 97 ss CO) ne s'appliquent pas lorsque celle-ci a pour seul objet la diligence requise par la loi et sanctionnée par le présent chapitre».

7. Les conventions restrictives de responsabilité

CC/FW: Les limites posées par l'Avant-projet à l'exclusion et à la restriction de la responsabilité méritent approbation (art. 57 AP).

* * *

Les considérations qui précèdent révèlent des points de convergence importants entre les auteurs du présent rapport. A l'exception de la règle concernant la responsabilité entre contractants (art. 42 AP), les innovations proposées par l'Avant-projet ici étudiées emportent leur adhésion. Sous réserve de quelques aménagements, cela est vrai tant pour la nouvelle norme de responsabilité dans les entreprises que pour la clause générale de responsabilité pour risque et le dommage écologique. Ce sont là des questions essentielles.

Les points de divergence portent principalement sur le contenu respectif de l'illicéité et de la faute. Importantes sur le plan dogmatique ou conceptuel, ces différences de vue ont des répercussions non négligeables en pratique. Deux aspects surtout ressortent: la manière d'envisager le principe de la réparation du préjudice purement économique et l'appréciation de la faute professionnelle. Néanmoins, une conclusion s'impose clairement: les points de divergence relevés ne sauraient mettre en échec la révision totale proposée par l'Avant-projet. Sous les réserves évoquées, les défauts cèdent le pas à la qualité.

Aucune dérive à l'américaine n'est en vue!

Liste des ouvrages cités

- ATYIAH PATRICK SELIM, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1985.
- BANAKAS EFSTATHIOS K., «Tender is the Night: Economic Loss – the Issues», in *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Londres, etc. 1986, 1–25.
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar, *Allgemeine Bestimmungen* (art. 1–183 CO), Berne 1917.
- BERGER MAX, «Der Geschädigte hat ein Recht auf Ersatz seiner Anwaltskosten», in *REAS* 2003, 131–138.
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* (art. 41–61 CO), 2^e éd., Berne 1998.
- BRINER ROBERT G., «Haftung für Informationen auf Websites», in *Sic* 2002, 231–241.
- BRÜGGEMEIER GERT, «Grundlagen der Haftung nach dem Schweizerischen Gesetzentwurf zur Reform des Haftpflichtrechts», in Foëx/Werro (édit.), *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Zurich 2003 (à paraître) (cité: Grundlagen).
Prinzipien des Haftungsrechts, Baden-Baden 1999.
- BUOL MARTINA, *Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung*, thèse de Fribourg, Zurich 1996.
- BUSSANI MAURO/PALMER Vernon, *Pure Economic Loss in Europe*, in *The Common Core of European Private Law*, Cambridge 2003.
- CARBONNIER JEAN, *Droit Civil, Les Obligations*, 22^e éd., Paris 2000.
- CHAPPUIS BENOÎT, «La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale, Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence», in *SJ* 2000 II, 304–316 (cité: Notion d'illicéité civile).
«Quelques réflexions d'un praticien sur l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile», in Foëx/Werro (édit.), *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Zurich 2003 (à paraître) (cité: Quelques réflexions d'un praticien).
- CHAPPUIS CHRISTINE, «La responsabilité de l'actionnaire majoritaire fondée sur la confiance», in Chappuis/Peter/von Planta (édit.), *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire*, Zurich 2000, 67–112 (cité: Responsabilité de l'actionnaire majoritaire).
«Cour de Justice des Communautés Européennes: un arrêt significatif pour la notion de dommage?», in *SJ* 2002 II, 389–403 (cité: Notion de dommage).
«Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon», in Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*, Zurich 2001, 21–36 (cité: Tour d'horizon).

- «Un plongeur dangereux», in *DC* 1998, 45–49 (cité: Plongeur dangereux).
- CHAPPUIS CHRISTINE/WINIGER BÉNÉDICT (édit.), *La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*, Zurich 2001.
- Responsabilités objectives*, Zurich 2003 (à paraître).
- CHAUDET FRANÇOIS/KOCH ISABELLE, «Responsabilité pour les dommages réputés purement économiques: une critique des solutions actuelles en droit suisse», in *Responsabilité civile et assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Lausanne 2000, 59–86.
- DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 1982.
- DEUTSCH ERWIN, *Allgemeines Haftpflichtrecht*, 2^e éd., Cologne 1996.
- DOBBS DAN B., *The Law of Torts*, St. Paul, Minnesota 2000.
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997.
- ESSER JOSEF/SCHMIDT EIKE, *Schuldrecht: ein Lehrbuch*, AT, T. I/2, 8^e éd., Heidelberg 2000.
- FELLMANN WALTER, «Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht», in *RDS* 1987/I, 339–366.
- FUHRER STEPHAN, «Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Liquidation von Sachschäden», in Koller A. (édit.), *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993*, St. Gall 1993, 75–121.
- GABRIEL BRUNO, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR*, thèse, Fribourg 1987.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, 7^e éd., Zurich 1998.
- GAUCH PETER/SWEET JUSTIN, «Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden», in Forstmoser et al. (édit.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zurich 1989, 117–140 (cité: GAUCH/SWEET).
- GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 4^e éd., Zurich 1996 (cité: Werkvertrag).
- «Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts», in *recht* 1996, 225–239 (cité: Grundbegriffe).
- «Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung», in *RDS* 1997/I, 315–341 (cité: Vereinheitlichung).
- GAUCH PETER, *Le contrat d'entreprise* (trad. Benoît Carron), 4^e éd., Zurich 1999 (cité: Contrat d'entreprise).
- GILLIARD FRANÇOIS, «Vers l'unification du droit de la responsabilité» in *RDS* 1967/II, 193–323.
- GUHL THEO, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9^e éd., Zurich 2000 (cité: GUHL-AUTEURS).
- GUILLOD OLIVIER, «Responsabilité médicale: de la faute objectivée à l'absence de faute», in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003 (à paraître).

- HAAS JOSIANE, *La responsabilité de l'entreprise en Europe: un droit unique pour le marché unique? Contribution au débat sur l'eupéanisation du droit privé*, thèse, Fribourg (à paraître).
- HEINZER BORIS, *La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client*, thèse de Lausanne, Bâle, etc. 2001.
- HOLMES OLIVER WENDELL, *The Common Law*, Boston 1881, 54^e réimpression.
- HONSELL HEINRICH, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3^e éd., Zurich 2000 (cité: Haftpflichtrecht).
- «Die Reform der Gefährdungshaftung», in *RDS* 1997/I, 297–314.
- HORTON ROGERS W. V., «A Common Lawyer Looks at the Swiss Tort Law Reform Project», in *RDS* 2001/I, 351–370.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, *Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen*, thèse, Fribourg 1999.
- JAAG TOBIAS, «Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts», in *SSJ* 2003/I, 3–124.
- JÄGGI PETER, «Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung», in *Mélanges W. Schönenberger*, Fribourg 1968, 181–197.
- JAUN MANUEL, «Der Fahrensatz – Gefahr oder Chance?», in *RJB* 2003, 141–179.
- KELLER ALFRED, *Haftpflicht im Privatrecht*, vol. I, 6^e éd., Berne 2002.
- KOCH BERNHARD A./KOZIOL HELMUT, «Generalklausel für die Gefährdungshaftung», in *REAS* 2002, 368–375.
- KOLLER ALFRED, «Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen», in *PJA* 1992, 1483–1500.
- KOLLER THOMAS, «Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffs im Privatrecht», in *recht* 1994, 25–31.
- KOZIOL HELMUT, «Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?», in *MJ* 5/1998, 111–128.
- KRAMER ERNST A., ««Reiner Vermögensschaden» aus Folge von Stromkabelbeschädigungen (BGE 106 II 175)», in *recht* 1984, 128–134.
- LANDO OLE/BEALE HUGH, *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, La Haye, etc. 2000.
- LOSER-KROGH PETER, «Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts: Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung», in *SSJ* 2003/II, 127–233.
- MANNSDORFER THOMAS M., *Pränatale Schädigung*, thèse, Fribourg 2000 (cité: thèse).
- «Haftung für perinatale Schädigung», in *REAS* 2003, 101–118 (cité: perinatale Schädigung).
- MISTELI CHRISTOPHE, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse de Lausanne, Zurich 1999.

MÜLLER CHRISTOPH, *La perte d'une chance*, thèse, Berne 2002.

«Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, Rechtsvergleichende Überlegungen zur Zulässigkeit von *Wrongful birth*- und *Wrongful life*-Klagen im schweizerischen Recht», in *PJA* 2003, 522–538 (cité: Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes).

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 5^e éd., Zurich 1995 (cité: I).

Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, vol. II/1, *Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, 4^e éd., Zurich 1987 (cité: II/1).

PERRIN JEAN-FRANÇOIS, «La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse», in *SJ* 1973, 209–218 (cité: Limitation de responsabilité).
«La validité des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité», in *Recueil des travaux suisses présentés au IX^e Congrès international de droit comparé*, Bâle 1976, 65–79 (cité: Validité des clauses de non responsabilité).

PETITPIERRE ANNE, *Environmental Law in Switzerland*, Berne 1999.

PETITPIERRE GILLES, «Les fondements de la responsabilité civile», in *RDS* 1997/I, 273–295 (cité: Fondements).

«A propos des conventions exclusives de la responsabilité», in *Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle et Genève 1998, 347–358 (cité: Conventions exclusives).

«L'apparition d'un besoin social face à une réglementation lacunaire», in Chappuis/Winiger, *Responsabilités objectives, Journée de la responsabilité civile 2002*, Zurich 2003 (à paraître) (cité: Apparition d'un besoin social).

PIOTET DENIS, «L'art. 55 du Code civil et l'unification des responsabilités contractuelles et délictuelles, nouvelle réflexion sur l'avant-projet de révision totale du droit de la responsabilité civile», in *Responsabilité civile et assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Lausanne 2000, 267–277.

PORTMANN WOLFGANG, «Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht», in *RSJ* 1997 (14) 273–279 (cité: Erfolgsunrecht).

«Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – Eine Auseinandersetzung mit dem geplanten Bundesgesetz», in *RDS* 2001/I 327–350 (cité: Revision).

RÉSULTATS DE LA PROCEDURE DE CONSULTATION, Résultats provisoires fournis par l'Office fédéral de la Justice (cité: Consultation).

REY HEINZ, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2^e éd., Zurich 1998.

ROBERTO VITO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002.

- ROMY ISABELLE, «L'eupéanisation du droit de la responsabilité civile pour les dommages de pollution», in Werro (édit.), *L'eupéanisation du droit privé, Vers un Code civil européen?* Fribourg 1998, 463–477.
- SCHAMPS GENEVIÈVE, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, Analyse de droit comparé*, Bruxelles, Paris 1998.
- SCHMID JÖRG, «Die Folgen der Nichterfüllung», in Gauch/Schmid (édit.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, 301–322.
- SCHÖNENBERGER BEAT, *Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten: eine rechtsvergleichende Studie*, thèse, Bâle 1999.
- SCHÖNLE HERBERT, «La responsabilité des banques pour renseignements inexacts» (1977), in *Droit des obligations et droit bancaire, Etudes*, Bâle et Francfort-s-l-M 1995, 219–240 (cité: Renseignements inexacts).
«La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit envers les tiers en droit suisse», in *SAS* 1977, 149–154 (cité: Responsabilité du donneur de crédit).
- SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Berne 2000.
- SCHWENZER INGEBORG/SCHÖNENBERGER BEAT, «Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland», in *Rapports suisses présentés au XV^e Congrès international de droit comparé*, Zurich 1998, 353–382.
- TERCIER PIERRE/WERRO FRANZ, «Les grandes notions de la responsabilité civile: quoi de neuf?», in *Journées du droit de la circulation routière* 1996, 1–39.
- TERCIER PIERRE, *Le droit des obligations*, 2^e éd., Zurich 1999.
«La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile (A propos de deux arrêts récents du Tribunal fédéral)», in *Gedächtnisschrift Peter Jäggi*, Fribourg 1977, 239–271 (cité: Préjudice réfléchi).
«De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages», in *Festschrift Assista 1968–1978*, Genève 1979, 247–267 (cité: Dommage corporel).
«Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile», in *RDS* 1976/I, 1–28 (cité: Fondements).
«Cent ans de responsabilité civile en droit suisse», in *Le centenaire du CO*, Fribourg 1982, 203–226 (cité: Cent ans de responsabilité).
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire Romand du Code des obligations*, vol. I, Genève, etc. 2003 (cité: ComRom-AUTEURS).
- UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome 1994.

- VAN GERVEN WALTER, *The Common Law of Europe Casebooks: Tort Law*, Oxford and Portland, 2000 (cité: Casebooks).
- «Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after Francovich and Brasserie», in *ICLQ* 1996, 507–544 (cité: Bridging the Unbridgeable).
- VON BAR CHRISTIAN, «Vicarious Liability», in *Towards a European Civil Code*, 2^e éd., La Haye, Londres, Boston 1998, 431–447.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, *Allgemeiner Teil des Obligationenrechts*, vol. II, 3^e éd., Zurich 1974. *Supplement zur dritten Auflage*, Zurich 1984.
- WALTER HANS PETER, «La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral», in Chappuis/Winiger, *La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*, Zurich 2001, 147–161 (cité: Responsabilité fondée sur la confiance).
- «Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsoptionen», in Koller (édit.), *Haftung aus Vertrag*, St-Gall 1998, 43–73 (cité: Verschulden und Vertragsverletzung).
- WEBER STEPHAN, «Von der Entstehung durch unerlaubte Handlung zur Entstehung durch Schädigung», in Gauch/Schmid (édit.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, 253–300.
- WERRO FRANZ, «Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR: Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht», in *RDS* 1997/I, 343–385 (cité: Sorgfaltspflichtverletzung).
- «La responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) de l'entrepreneur vis-à-vis du maître pour les défauts de l'ouvrage», in *DC* 1996, 64–71 (cité: Responsabilité de l'entrepreneur).
- «Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile», in *REAS* 2002, 14–23 (cité: Avant-projet de révision).
- «Les fondements de la responsabilité civile: quoi de neuf?», in *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, Berne 2002, 15–50 (cité: Fondements).
- «Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law», in *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Londres, etc. 1986, 181–196 (cité: Pure Economic Loss).
- «La responsabilité objective du producteur est-elle stricte?», in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003 (à paraître), (cité: responsabilité du producteur).
- «Quelques ruminations sur les relations entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle à partir d'un accident de

- télési (ATF 126 III 113)», in *DC* 2001, 10–16 (cité: Ruminations).
- «Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung: braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung», in *recht* 2003, 12–20 (cité: fehlerhafte Auskunft).
- «L'homme raisonnable a perdu sa pipe», in *Figures juridiques, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, Zurich 2003, 109–120 (cité: L'homme raisonnable).
- WERRO FRANZ (édit.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, Berne 2002.
- WERRO FRANZ/PALMER VERNON (collab. HAHN), «The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law» (à paraître).
- WESSNER PIERRE, «Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile», in *RSA* 65 (1997) I, 16–21 (cité: Droit contractuel et droit délictuel).
- «La responsabilité fondée sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile», in Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*, Zurich 2001, 129–141 (cité: Responsabilité fondée sur la confiance).
- «L'indemnisation du préjudice résultant de l'invalidité: une réglementation inadaptée aux jeunes lésés», in *Hommage à Raymond Jeanprêtre: recueil de travaux*, Neuchâtel 1982, 159–176 (cité: Indemnisation du préjudice).
- WIDMER CORINNE, «Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen», in *ZSR* 2001 I, 101–125.
- WIDMER PIERRE/WESSNER Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, Rapport explicatif.
- WIDMER PIERRE, «Privatrechtliche Haftung», in Münch/Geiser (édit.), *Schaden-Haftung-Versicherung*, Bâle, etc. 1999, 7–93 (cité: Privatrechtliche Haftung).
- WINIGER BÉNÉDICT, «La responsabilité pour risque est-elle dangereuse pour la faute?», in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003 (à paraître) (cité: Responsabilité pour risque).
- «L'architecture de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile», in *RDS/IV* 2001, 299–326 (cité: Architecture de l'Avant-projet).
- YUNG WALTER, «Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse» (1968), in *Etudes et articles*, Genève 1971, 413–429 (cité: Principes fondamentaux).
- «La renonciation au bénéfice de la loi», in *Etudes et articles*, Genève 1971, 128–161 (cité: Renonciation au bénéfice de la loi).
- ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., Tübingen 1996.