



La réforme de la responsabilité civile en droit suisse : modèle pour le droit français?

Eve Matringe

► To cite this version:

Eve Matringe. La réforme de la responsabilité civile en droit suisse : modèle pour le droit français?. Droit. Université de Strasbourg, 2010. Français. <NNT : >. <tel-00630169>

HAL Id: tel-00630169

<https://theses.hal.science/tel-00630169v1>

Submitted on 7 Oct 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Université de Strasbourg

Ecole doctorale de droit et de sciences politiques 101

Centre de droit privé fondamental

THESE

pour l'obtention de grade de DOCTEUR en droit

Discipline : droit privé

présentée et soutenue publiquement le

27 mars 2010

Eve MATRINGE

LA RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT SUISSE : MODÈLE POUR LE DROIT FRANÇAIS ?

sous la direction de J. FLAUSS-DIEM

Membres du jury

Mme M.-F. FEUERBACH-STEINLE, professeur à l'université de Haute-Alsace, rapporteur

M. F. RANIERI, professeur à l'université de la Sarre, rapporteur

Mme D. D'AMBRA, professeur à l'université de Strasbourg, examinateur

M. J.-P. EICHLER, président de chambre, Cour d'appel de Colmar, examinateur

Mme J. FLAUSS, professeur à l'université de Picardie, directeur de thèse

M. F. WERRO, professeur à l'université de Fribourg, examinateur

Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme.

Je souhaite ici remercier mes parents pour le soutien qu'ils m'ont apporté tout au long de mes études, la Cour d'appel de Colmar pour tout ce qu'elle m'a apporté, M. le conseiller Allard pour sa relecture attentive. Je tiens aussi à exprimer ma reconnaissance envers les membres du jury, pour certains venus de loin dans des conditions difficiles, dont les remarques m'ont permis d'améliorer ce travail. Je désire enfin manifester toute ma gratitude à celui qui m'a soutenu tout au long de la période incommode que constitue la rédaction et la soutenance.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent ouvrage.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

ABRÉVIATIONS

AJP	Actualité juridique Pénal (France)
al.	alinéa
AP	Avant-projet de réforme suisse
APD	Archives de philosophie du droit
art.	article
ASDI	Annuaire suisse de droit international (SJFIR)
Ass.	assemblée
Ass. pl.	assemblée plénière de la Cour de cassation française
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (code civil allemand)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (décision du Tribunal fédéral en matière civile)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Ccc	Contrats, concurrence, consommation
cCC	cahiers du Conseil constitutionnel
CCF	Code civil français
CCS	Code civil suisse
CEDH	Selon le cas : Convention européenne de protection et de sauvegarde des droits de l'Homme ou la Cour européenne qui juge les violations de cette même convention
cf.	<i>conferre</i> (voir)
CH.	Suisse, suisse, selon le cas
ch.	chambre
chap.	chapitre
chron.	Chronique
CIS	Cahiers internationaux de sociologie
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
coll.	collection
comm.	commentaire
cons.	considérant
COS	Code des obligations, 5e livre du Code civil suisse
CPC	Code de procédure civile (France)
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale (France)
crim.	criminel
D.	Dalloz

DA	Droit administratif (France)
Defr.	Defrenois
DFJP	Département fédéral de justice et police (équivalent suisse de la Chancellerie)
Dir.	publié sous la direction de
DS	Revue Droit & société
ECLJ	European Consumer Law Journal (REDC)
éd.	éditeur ou édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
EFS	Établissement Français du Sang
EG	Édition générale (JCP)
EE	Édition entreprise (JCP)
EN	Édition notariale (JCP)
ERPL	European Review of Private Law
FF	Feuille fédérale (JORF suisse)
Fr.	France
GP.	Gazette du Palais
HAVE	Haftung und Versicherung (REAS)
ib.	<i>Ibidem</i> (même référence que la citation précédente)
i. e.	<i>id est</i> (en d'autres termes)
infra	plus bas
JCL	Jurisclasseur
JCP	Semaine juridique
JdT	Journal des Tribunaux (suisse)
JdT belge	Journal des Tribunaux (belge)
JZ	Juristenzeitung (Allemagne)
LAA	Loi fédérale sur l'Assurance-Accident
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, RS 833. 1
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance accident et maladie avant la LAMAL
LAMAL	Loi fédérale sur l'assurance maladie du 18 mars 1994, RS 832. 10
LCA	Loi sur le contrat d'assurance (Suisse)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241
LCR	Loi sur la circulation routière du 19 décembre 1958, RS 741. 01
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987
LEp	Loi fédérale sur les épidémies du 18 décembre 1970, RS 818. 101
Lexpl	Loi fédérale du 25 mars 1977 sur les substances explosibles, RS. 941. 41
LF	Loi fédérale
LIE	LF du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (dite Loi sur les installations électriques, LIE), RS 734
LITC	Loi fédérale sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (Loi sur les installations de transport par conduites) du 4 octobre 1963 (Etat le 13 juin 2006).
LOGA	LF du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS. 172. 010.
LPA	Les petites affiches
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) du 7 octobre 1983, RS. 814.01.
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale des assurances sociales, entrée en vigueur le

	1er janvier 2003.
LRAR	lettre recommandée avec accusé de réception
LRCF	Loi sur la responsabilité civile de la Fédération
LRCN	Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire
LRFP	Loi sur la responsabilité du fait des produits
LrespC	Loi sur la responsabilité des chemins de fer
LTAF	Loi sur le tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005, RS. 173.32
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
NCPC	Nouveau code de procédure civile (Fr) aujourd'hui CPC.
n°	numéro
obs.	observations
op. cit. (p. 1)	<i>opere citato</i> , dans l'ouvrage précité, (cité en première occurrence à la page 1 de l'ouvrage)
§	paragraphe
p.	page
PETL	Principles of European Tort Law
p. ex.	par exemple
panor.	panorama de jurisprudence
Pas. belge	Pasicrisie belge
PJA	Pratique juridique actuelle (Praxis suisse)
PPS	Problèmes politiques et sociaux (revue française)
Praxis	Pratique juridique actuelle (Praxis suisse) ou PJA
Projet CATALA	Projet de réforme français
Proc.	Procédures
PU.	Presses universitaires
PUF	Presses universitaires de France
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RCEA	Responsabilité civile et assurances
RDC	Revue des contrats (France)
RDCiv.	Revue de droit civil (France)
RDI	Revue de droit immobilier (France)
RDPS	Revue de droit pénal suisse (SZStrR)
RDS	Revue de droit suisse (ZSR)
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
RDU	Revue de droit uniforme
REAP	Rapport explicatif de l'avant-projet (de réforme suisse)
REAS	Responsabilité et Assurance (suisse) = HAVE
REDC	Revue européenne de droit de la consommation (ECLJ)
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RFDA	Revue française de droit administratif
RFE	Revue française d'économie
RFS	Revue française de sociologie
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale de droit des assurances

RHD	Revue d'histoire du droit
RHDFE	Revue historique de droit français et étranger
RIDA	Revue internationale des droits de l'Antiquité (Belgique)
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJPD	Revue Juridique Personnes et Famille
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RO	Recueil officiel suisse
RRJ	Revue de la recherche juridique
RS	Recueil systématique du droit fédéral (accessible en ligne)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (SJZ)
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDeur.	Revue trimestrielle de droit européen
RUDH	Revue universelle des droits de l'Homme
S.	Recueil de doctrine et de jurisprudence Sirey (France, ancien)
s.	suivant(e)
SARL	Société à responsabilité limitée
SJ	Semaine Judiciaire (Suisse)
SJFIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (ASDI)
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung (RSJ)
spéc.	spécialement
somm.	sommaire de jurisprudence
Supra	plus haut
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
SZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue de droit pénal suisse)
t.	tome
TF	Tribunal fédéral
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	thèse de doctorat
TI	Tribunal d'instance
vol.	volume
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht (Allemagne)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (RDS)

SOMMAIRE

ABRÉVIATIONS	5
SOMMAIRE.....	9
INTRODUCTION.....	11
PARTIE 1. LE MÉCANISME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE	31
TITRE 1. DES CONDITIONS GÉNÉRALES RÉNOVÉES.....	59
CHAPITRE 1 L'OUVERTURE DU DROIT À RÉPARATION : LE FAIT DE RATTACHEMENT ET LE DOMMAGE.....	67
CHAPITRE 2 LES LIMITES À LA RÉPARATION : L'ILLICÉITÉ ET LA CAUSALITÉ.....	183
TITRE 2. COORDINATION DU DROIT COMMUN AVEC LES RÉGIMES SPÉCIAUX.....	255
CHAPITRE 1 LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE EST-ELLE ENCORE UN DROIT SPÉCIAL ?.....	257
CHAPITRE 2 LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE.....	283
CHAPITRE 3 ORDRE D'APPLICATION DES RÉGIMES DE RESPONSABILITÉS.....	313
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	317
PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	319
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LE DROIT À RÉPARATION.....	321
TITRE 1. L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE.....	345
CHAPITRE 1 LE JUGE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	347
CHAPITRE 2 LES MODALITÉS DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE.....	381
TITRE 2. LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	463
CHAPITRE 1 LES DIFFÉRENTS PAYEURS.....	467
CHAPITRE 2 LES MÉCANISMES DE COORDINATION.....	493
CHAPITRE 3 LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LE TEMPS.....	531
CONCLUSION	535
ANNEXES	539
BIBLIOGRAPHIE.....	577
INDEX.....	611
TABLE DES MATIÈRES.....	623

INTRODUCTION

1 Le droit comparé est l'un des moyens par lesquels le juriste national peut mettre en lumière les défauts de son droit ou parfois en constater les qualités. L'œuvre de MONTESQUIEU est l'exemple même de ce que permet le droit comparé : l'analyse, la précision, l'amélioration, la critique du droit positif. La comparaison est une tâche ardue en raison de l'impossibilité de comprendre et de décrire un droit ou une institution juridique sans considérer également les éléments non juridiques qui sont susceptibles d'influer sur la solution du droit positif. En outre, le comparatiste ne peut se borner à une comparaison des textes, il doit également s'intéresser aux sources de droit informelles que sont en droit français la jurisprudence et la coutume, ainsi que les mœurs judiciaires de la société civile étudiée.

2 Le juriste, insatisfait d'un état des choses au demeurant en évolution constante, cherche à voir affirmer et concrétiser des valeurs par le biais de la technique juridique. Un auteur dit bien que « le droit n'est pas ce qui est mais ce qui peut et ce qui doit être... Il n'est jamais achevé »¹. En outre, « le droit est une pathologie »², il n'intervient qu'en présence d'un déséquilibre et son intervention est elle-même susceptible d'engendrer d'autres déséquilibres.

Bien que matière en évolution constante, le droit doit pourtant être accessible, lisible et compréhensible par tous, tant par celui à qui il s'applique que par celui qui doit l'appliquer. Or en matière de responsabilité civile, les principes et règles juridiques ne sont plus accessibles. Ils ne découlent plus de la loi générale ; le Code civil leur consacre cinq articles auxquels s'ajoutent les lois spéciales tell les articles 1386-1 et s. du Code civil dont les dix huit articles organisent la responsabilité du fait des produits. Les règles générales résultent de la jurisprudence fondée sur ces cinq articles, jurisprudence que rapportent et commentent abondamment les juristes mais qui n'est pas facilement accessible au citoyen³. De plus, la

¹M.-T. CALAIS-AULOY, Le droit à l'occidentale, D. 1989, p. 55-60.

²J. CARBONNIER, Terre et ciel dans le droit français du mariage, Mélanges G. RIPERT, Le droit privé au milieu du XXe siècle, LGDJ, Paris, 1950, p. 325-345, spéc. p. 325, bien que dressé à l'occasion d'une analyse de l'évolution du droit de la famille, ce constat vaut pour l'ensemble du droit. KANT remarquait déjà qu'il n'y a affirmation d'une règle qu'en présence d'un trouble. Plus ce trouble est grave, et/ou fréquent, plus la proclamation de la règle est solennelle.

³L'inaccessibilité n'est pas seulement matérielle, la Cour de cassation publiant volontiers ses décisions, mais intellectuelle. Il n'est pas facile d'apprécier la portée d'un arrêt, comme en témoigne l'appréciation critique de M. le professeur J. GHESTIN, L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2004, p. 2239 et s. : l'auteur commente les capacités de certains juristes à comprendre exactement un arrêt de la Cour de cassation. La Cour de cassation a également récemment publié sur son site une fiche méthodologique : J.-F. WEBER, Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, www.courdecassation.fr. À fortiori, pour le citoyen, l'accès aux règles issues de la jurisprudence n'est pas aisé.

compréhension des décisions de justice de la Cour suprême française n'est pas évidente, il faut parfois compléter la décision par ses travaux préparatoires.

Outre le petit nombre de textes qui engendre une jurisprudence volumineuse, l'ampleur actuelle des règles de la responsabilité civile traduit une évolution de notre droit. Alors qu'en 1804, le droit des obligations était quasi exclusivement composé des règles contractuelles, l'augmentation des occasions de contact et donc de dommages résultant du développement de notre société a conduit à un développement sans précédent du droit de la réparation des dommages. Le terme de droit de réparation des dommages est employé à dessein, le terme de droit de la responsabilité civile ne suffit pas à décrire le corps de règles auquel recourra la victime pour obtenir réparation : droit des assurances, droit de la sécurité sociale, droit des fonds de garantie, théorie générale des obligations, droit processuel.

3 La responsabilité civile, bien que régie par les articles 1382 et s. du Code civil, n'est pas envisagée sous cette dénomination par les rédacteurs du Code de 1804 ; le terme n'y apparaît pas⁴. En droit suisse également, si le terme de responsabilité est employé, le Code des obligations préfère désigner cette matière par l'intitulé d' « *obligations résultant des actes illicites* ». L'idée de l'obligation à réparation en raison de l'imputation juridique d'un dommage subi par autrui était cependant déjà présente en droit romain⁵. Toutefois la responsabilité ne se caractérise pas par l'obligation à réparation du dommage, laquelle peut incomber à un organisme de sécurité sociale, mais par le rattachement opéré par le droit entre un individu responsable et un dommage⁶. Il ne s'agit pas de causalité mais de rattachement juridique. Lorsqu'un parent répond du dommage causé par son enfant mineur, le comportement parental n'est le plus souvent pas la cause du dommage. Il doit donc en répondre parce que le droit établit un « *lien de rattachement* »⁷. La responsabilité civile se caractérise par l'imputation à un individu de l'obligation de réparer le dommage en fonction d'un rattachement juridique. Le droit de la responsabilité civile est l'ensemble des règles qui définissent ce rattachement et ses

⁴M. VILLEY, Esquisse historique sur le mot responsable, in La responsabilité, APD. n°22, 1977, p. 45-58. P.-M. DUPUY, La responsabilité, in Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Lamy-Puf, Paris, 2003, p. 1341-1347, spéc. p. 1343.

⁵M. VILLEY, op. cit. : l'auteur relève que le terme de responsable vient du langage juridique pour ensuite être importé dans le langage courant. M. SERIAUX Responsabilité civile, in Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Lamy-Puf, Paris, 2003, p. 1353 et s. L'auteur indique que la racine du mot responsabilité, « *spondeo* » était employée pour « *formuler la « sponsio* », acte par lequel quelqu'un s'obligeait solennellement à répondre sur ses biens propres, voire sur sa personne, de la prestation promise à un autre ». Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité (en général), Encyclopédie Dalloz de droit civil, (mai 2009), n°2, relève que si le mot responsabilité n'existait pas, celui de responsable était employé dans le sens de garant.

⁶P. JOURDAIN, Du critère de la responsabilité civile, Etudes offertes à G. VINEY, Liber amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 553-562.

⁷Ib.

conséquences. Certains auteurs estiment devoir distinguer entre réparation (par le biais de la responsabilité et fondée sur la causalité et la notion de préjudice⁸) et indemnisation du dommage (« associée à l'idée de secours », de répartition, et qui par conséquent « ne renvoie pas à un patrimoine individuel, mais à une collectivité »⁹). On retrouve là le critère de distinction entre la responsabilité civile et les autres mécanismes qui permettent l'indemnisation du dommage : la responsabilité civile détermine sur quel individu doit peser la charge du dommage¹⁰.

4 La justification du rattachement opéré par le droit, ce que l'on qualifie usuellement de « *fondement* » de la responsabilité civile, n'a en réalité rien de juridique puisqu'elle est extérieure au système juridique comme au droit de la responsabilité civile¹¹. L'évolution historique permet de le vérifier : alors que le droit romain de la réparation des dommages était animé par l'idée de préserver l'équilibre patrimonial existant entre les différentes familles¹² et prévoyait une obligation de réparer dans certains cas bien spécifiques, le droit naturel envisageait la morale de l'individu¹³ et le principe de la responsabilité pour faute. Aujourd'hui, le juriste contemporain revient à une notion objective de la responsabilité visant à assurer l'indemnisation de la victime¹⁴.

5 En 1988, partant du constat que le droit suisse de la responsabilité civile était complexe, parfois incohérent et impropre à assurer l'indemnisation de certaines victimes, mandat a été donné à une commission de préparer une réforme globale du droit de la responsabilité civile¹⁵. L'un des aspects importants du projet de réforme suisse du droit de la responsabilité civile est la mise en cohérence, la coordination et l'harmonisation du droit commun de la responsabilité civile avec les autres corps de règles afin d'assurer l'indemnisation du préjudice subi et une répartition de la charge du dommage conforme à l'intérêt de la société civile.

⁸Sur la distinction entre préjudice et dommage, cf. infra.

⁹M. SOUSSE, La notion de réparation de dommages en droit administratif français, thèse Aix-Marseille, 1994, LGDJ, Paris, 1994, Bibliothèque de droit public, tome 174, spéc. p. 7-10.

¹⁰Ainsi, S. ABRAVANEL-JOLLY, JCL Civil, articles 1382 à 1386, Fasc. 1800 (19 janvier 2004), n°8, l'auteur relève que la loi de 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation « *est une loi de responsabilité civile car elle permet de déterminer grâce au concept d'implication, les auteurs d'accident de la circulation tenus à réparation* ».

¹¹V. infra, sur la distinction entre fondement et fait de rattachement, infra, p. 61 et s., §. 92.

¹²M. VILLEY, op. cit. (p. 12), spéc. p. 49 et s. : « *la cause véritable, essentielle de l'obligation — si notre analyse est exacte — c'est toujours le désordre jeté dans une relation entre plusieurs personnes, et la réaction de la justice (sinon seulement « commutative ») corrective et réparatrice* ».

¹³Ib., p. 55 et s.

¹⁴Y. LAMBERT-FAIVRE, L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, RTDciv. 1987, p. 1-19.

¹⁵Le Département fédéral de justice et police helvétique, l'équivalent de notre ministère de la Justice, par décision du 26 août 1988, a institué une Commission d'étude chargée de préparer la révision totale du droit de la responsabilité civile. P. WIDMER & P. WESSNER, rapport explicatif de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, Berne, 2000, cité sous l'abréviation « REAP », p. 16 et s.

6 L'intérêt d'une étude de ce projet n'est pas évident en définitive si l'on pense qu'il a été définitivement abandonné, les autorités suisses préférant s'orienter vers une retouche du droit de la prescription. En outre, la France a elle-même produit son propre projet de réforme¹⁶. Enfin, il semble que l'Union européenne veuille poser un cadre commun de référence, certes *a priori* consacré au droit des contrats mais qui matériellement semble devoir en déborder pour englober l'ensemble du droit des obligations¹⁷. Parmi ces multiples projets, auxquels s'ajoute la littérature foisonnante de la doctrine juridique en matière de responsabilité civile, on peut se demander quel motif plaide pour le choix d'étudier le projet de réforme suisse plutôt qu'un autre ?¹⁸

7 Pour répondre à cette question, il faut se rappeler que le projet de réforme suisse a une longue histoire, comme le code des obligations suisse. L'histoire du droit suisse de la responsabilité civile est étroitement liée à celle du Code des obligations. L'histoire du Code des obligations illustre le fait que la réalisation d'un espace économique nécessite une unification juridique du moins dans la mesure où les relations économiques concernent l'ensemble des citoyens de cet espace. Dans le cas contraire, les seuls acteurs concernés ont la possibilité d'élaborer un droit qui leur sera propre, un droit conventionnel, applicable seulement à leurs relations. En 1848 est adoptée la constitution qui crée l'Etat fédéral suisse. Cependant l'unification du droit privé ne figure pas parmi les compétences dévolues à la Confédération par la constitution. En 1851, l'idée d'un droit cambiaire uniforme est émise¹⁹. Un projet de loi fédérale du droit du change est rédigé par le professeur BURCKHARDT-FURSTENBERGER, mais n'est adopté que par six cantons, avec des modifications cantonales. En 1861, le Code de commerce général pour toute l'Allemagne (« *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* ») voit le jour. Le Code allemand traduit l'influence du Code de commerce français, notamment par l'adoption de la notion d'acte de commerce comme critère de la qualité de commerçant²⁰. Il sera remplacé en 1897, par le Code de commerce (« *Handelsgesetzbuch* »). En Suisse, le Conseil fédéral charge M. CURTI, de Saint-Gall, d'élaborer un projet de code de commerce suisse,

¹⁶P. CATALA (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005. Le rapport est accessible en ligne sur le site de la documentation française.

¹⁷B. FAUVARQUE-COSSON, Terminologie, principe, élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence, RTDeur. 2008, p. 695-705.

¹⁸Au demeurant, des travaux comparant les différents projets nationaux et européens ont également été publiés, v. par ex. B. WINIGER (dir.), La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens, Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008.

¹⁹Rapport de la commission du Conseil des Etats chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial du 31 mai 1880, FF. 12 juin 1880, p. 139.

²⁰C. WITZ, Droit privé allemand, Litec, Paris, 1992, p. 14, n°14.

projet qui sera finalement rédigé par W. MUNZINGER et publié en 1864²¹. Toutefois, l'élaboration de ce projet mit en évidence la nécessité d'élargir le champ de compétence de la Fédération au domaine des obligations²². Le projet de code de commerce²³ indique dans son article 204 que « *Les dispositions du livre 3 sont applicables à tous les contrats qui concernent des objets mobiliers, à moins que la loi n'en ait restreint l'effet aux actes de commerce* ». Très clairement, le rapport indique que « *Ce livre [Livre 3] n'est pas autre chose qu'une partie du droit qui régit la matière des obligations, mais il en est la partie la plus importante pour les transactions commerciales, et, par conséquent, celle dont les dispositions ont le plus besoin d'uniformité et qui s'y prêtent le mieux* »²⁴. Le projet de code de commerce revendique déjà la spécificité du droit suisse, refusant notamment la transposition pure et simple du Code de commerce allemand, d'autant plus que le projet met en lumière le fait que l'unification du droit des obligations est une condition nécessaire à l'édiction d'un droit commercial fédéral²⁵. En 1868, ayant compris la nécessité d'une unification du droit des obligations au niveau fédéral, une conférence des cantons charge le professeur MUNZINGER d'élaborer un projet de code suisse des obligations et de commerce. En 1871, une première version de ce projet est rendue publique. En 1872, la votation populaire rejette la modification de la Constitution fédérale, qui contenait une disposition prévoyant l'élargissement des compétences de la Confédération aux matières de droit civil et de procédure civile. En 1873, MUNZINGER meurt avant d'avoir pu achever son ouvrage. Le Docteur FICK, sur la base de son ouvrage partiellement remanié, soumet un second projet à une commission d'experts. Le 19 avril 1874, les peuples de la Suisse se dotent d'une constitution fédérale, révisée le 29 mai 1874, texte aujourd'hui entièrement remplacé par la constitution du 18 avril 1999. En 1875, le projet FICK est publié, après modification, pour intégrer les conséquences de la réforme constitutionnelle. En 1876, une nouvelle révision de l'article 64 de la Constitution place dans le champ de compétence de la confédération toutes les matières se rapportant au commerce et aux transactions mobilières : droit des obligations, droit commercial, droit de change. Le troisième projet est présenté aux chambres fédérales avec un message du conseil fédéral daté

²¹W. MUNZINGER, *Motifs du projet de code de commerce suisse*, trad. M. DUFRAISSE, Zurich, Imprimerie Zurcher & Furrer, 1865. Le texte de ce projet est également publié dans le recueil réalisé par U. FASEL, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, éd. P. Haupt, Berne, 2000.

²²Ainsi, Rapport MUNZINGER, *Contrats*, p. 189 (livre 3), les dispositions qui portent une trop grande atteinte aux lois cantonales sont expressément écartées (par ex. p. 192) : « *nous n'adoptons pas les prescriptions relatives au degré de soins dont une partie est tenue à l'égard de l'autre, non plus qu'à la quotité des dommages-intérêts (...). La disposition que « les dommages et intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain qu'il a été empêché de faire* », empièterait sur le domaine des lois cantonales. ».

²³Rapport MUNZINGER, p. 10.

²⁴Rapport MUNZINGER, p. 11.

²⁵Rapport MUNZINGER, p. 12.

du 27 novembre 1879²⁶.

8 Le législateur fédéral promulgue le 14 juin 1881 le Code fédéral des obligations, entré en vigueur le 1er janvier 1883. Cette codification intervient donc presque un siècle après le Code Napoléon et le Code de commerce de 1807, dont les dispositions avaient déjà donné lieu à jurisprudence. Les questions posées, débattues et parfois résolues par les juristes français feront l'objet d'un examen soigneux par les juristes suisses et seront confrontées aux solutions dégagées par le droit allemand résultant du *Handelsgesetzbuch* et du *Wechselordnung*. Par différence avec le droit français et le droit allemand, le législateur suisse décide de ne faire qu'un code des obligations régissant tant le droit civil que le droit commercial ; le projet est d'ailleurs à l'origine intitulé *Projet de Code suisse des obligations et de commerce*²⁷. Comme le remarque un auteur, « la consécration du droit commercial comme branche particulière du droit privé est assurément un héritage français »²⁸. Le Code des obligations suisse intervient à la fin du 19e siècle, alors que s'amorce un mouvement qui se détache de l'influence de la codification française. Entré en vigueur en 1883, le Code des obligations suisse précède le Code civil allemand, le *bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). À l'issue de l'unification de l'Empire allemand en 1871, la Fédération allemande se voit reconnaître la compétence législative nécessaire à l'élaboration d'un Code civil commun en 1873. Une commission est nommée, et le Code civil allemand sera adopté le 18 août 1896 et entrera en vigueur le 1er janvier 1900.

9 Après le Code des obligations, la Suisse va se doter d'un Code civil. Le 13 novembre 1889, le principe de l'unification intégrale du droit civil est adopté, par une majorité populaire de 264 914 voix contre 101 762, et de 15 cantons, plus 3 demi-cantons, contre 4 cantons et 3 demi-cantons. Il est décidé de faire le point sur les législations cantonales. Dans ce cadre, le professeur Eugen HUBER publie de 1886 à 1893 un ouvrage en quatre volumes intitulé *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*. Le professeur HUBER fut ensuite chargé de rédiger un avant-projet de Code civil suisse. En 1898, l'article 64 de la Constitution suisse fut révisé pour donner compétence à la Confédération en matière civile pour réaliser l'unification de la législation fédérale dans ce domaine. Un avant-projet complet de code civil fut publié en 1900, le professeur HUBER fit paraître l'exposé des motifs en français et en allemand en 1901 et 1902. La commission d'experts délibéra de 1901 à 1903, et sur la base de ses observations, Eugen HUBER prépara un nouveau projet de code civil, présenté par le Conseil fédéral à l'Assemblée

²⁶FF. du 17 janvier 1880, p. 115-189.

²⁷Rapport de la commission nationale sur le projet de code suisse des obligations et de commerce, novembre 1880.

²⁸C. WITZ, op. cit (p. 14).

fédérale le 28 mai 1904²⁹. Le titre final relatif aux obligations est détaché du projet de Code civil. Le 10 décembre 1907, les deux conseils adoptèrent le Code civil suisse qui entra en vigueur le 1er janvier 1912. Le Code des obligations fut remanié car les débats sur le Code civil avaient fait apparaître la nécessité d'harmoniser leurs dispositions. Le Conseil fédéral soumit à l'Assemblée fédérale un projet de Code des obligations par un message du 1er juin 1909, adopté après modification par les deux chambres le 30 mars 1911 et entra en vigueur en même temps que le Code civil suisse dont il devint le cinquième livre³⁰. Toutefois, l'habitude de désigner le livre V du Code civil suisse par le terme de Code des obligations perdure encore aujourd'hui en droit suisse, où les versions allemande comme française des arrêts du Tribunal fédéral font apparaître l'abréviation « CO » ou « OR » pour indiquer que le texte est issu du Code des obligations³¹. Le Code des obligations du 30 mars 1911 est toujours en vigueur aujourd'hui.

10 En matière de responsabilité civile, le Code des obligations ne s'éloigne pas de la technique législative du Code civil français : peu ou pas de définition, pas d'intitulé des articles³². L'habitude d'indiquer en marge le sujet de la norme apparaît au début du 20e siècle, le Code civil suisse de 1905 recourt à cette technique de présentation et les lois suisses actuelles l'emploient systématiquement.

11 Ultérieurement, le législateur suisse a encore adopté diverses lois spéciales parmi lesquelles il convient de mentionner la révision de l'article 49 du Code des obligations relatif à la réparation morale en cas d'atteinte à la personnalité par la loi du 16 décembre 1983, la réforme concernant les animaux résultant de la loi du 4 octobre 2002, qui introduit un article 42 alinéa 3 et un article 43 alinéa 1er bis dans le Code des obligations. Divers textes spéciaux ont été adoptés parallèlement au texte général que constitue le Code des obligations, notamment la loi sur la circulation routière (LCR). Le manque d'unité du droit suisse de la responsabilité civile est l'un des arguments en faveur du projet de réforme suisse³³.

12 En droit français comme dans les autres droits européens, y compris le droit suisse, la responsabilité civile est essentiellement orientée vers la réparation du dommage³⁴. Par cette

²⁹FF. 1904. IV. 1.

³⁰Message du Conseil fédéral du 1er juin 1909, FF. 1909. III. 747 ; rapport de la commission de rédaction, FF. 1911. I. 695.

³¹Par commodité, nous emploierons dans nos développements les abréviations suivantes : COS pour Code des obligations suisse, CCS pour Code civil suisse, CCF pour Code civil français.

³²V. le Code des obligations de 1881, FF du 18 juin 1881, p. 73 et s.

³³V. REAP p. 16 et s. le mandat donné à la commission de réforme.

³⁴G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, 2e édition, LGDJ, Paris, 2001, p. 1, n°1. F. WERRO, Introduction aux articles 41-61, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. 1, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, p. 260 et s., n°2. I. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Stämpfli, Berne, 2009, 5e éd., p. 349, n°49.04.

vocation principalement réparatrice, la responsabilité civile se distingue clairement de la responsabilité pénale, et ce dès l'Antiquité. La responsabilité civile n'existe alors pas en tant que théorie générale, mais on décèle parmi les règles de droit des mécanismes répondant à une logique identique visant à reporter la charge définitive du dommage sur le patrimoine de la personne jugée responsable³⁵. Le projet suisse de réforme de la responsabilité civile s'inscrit dans cette conception essentiellement réparatrice de ce mécanisme : comme l'indiquent les auteurs du rapport explicatif « *le droit de la responsabilité civile a pour but prioritaire d'assurer la réparation socialement adéquate des dommages* »³⁶. Cependant, les idées de sanction et de prévention n'en sont pas totalement absentes. Il s'agit de permettre une certaine transposition de la charge du dommage lorsqu'il est légitime de ne pas laisser la victime en supporter seule la charge. L'appréciation de la légitimité de la réparation résulte d'une confrontation des intérêts en présence : une responsabilité civile trop étendue conduirait à interdire toute entreprise, tout progrès, toute action, de peur de devoir assumer les éventuels dommages qui pourraient en résulter. C'est tout le problème de l'actuel débat sur la portée à donner au principe de précaution.

13 La responsabilité civile illustre le rôle de la technique juridique comme moyen d'affirmation de certaines valeurs. La responsabilité civile est ce qu'il est convenu d'appeler une norme secondaire, elle intervient pour sanctionner la violation d'une norme primaire, norme qui prescrit un comportement donné³⁷. Si la responsabilité civile a autant évolué, c'est

³⁵G. CARDASCIA, Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain, in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, Paris, 1989, p. 1-45.

³⁶REAP, p. 16-19.

³⁷La distinction entre norme primaire et norme secondaire est généralement attribuée à JHERING (v. P.-M. DUPUY, *Hart. Conceptions de l'ordre juridique international. L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public* (2000), Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye, vol. 297, 2002, p. 74 et s.) qui distinguait d'une part le droit et d'autre part la sanction juridique de ce droit par le système juridique, c'est-à-dire l'action en justice (JHERING, *L'esprit du droit romain*, traduit par O. de MEULENAERE, éd. A. Maresq, Paris, 2e éd. 1880, tome 4, p. 325-326). La distinction sera ensuite reprise par d'autres, auteurs publicistes comme privatistes, qui relèveront que la responsabilité relève de la deuxième catégorie.

Ainsi, le philosophe du droit J. AUSTIN expose, dans son ouvrage, *La philosophie du droit positif*, trad. française, avec une préf. et des notes, par G. HENRY, éd. A. Rousseau, Paris, 1894, p. 33 : « *Les droits et les obligations qui sont les conséquences des délits ont le caractère d'une sanction (caractère préventif) et le caractère d'un remède (caractère réparatif). En d'autres termes, la fin, le but en vue duquel ils sont conférés ou imposés est double : en premier lieu, prévenir la violation de droits et d'obligations qui ne sont pas eux-mêmes la conséquence de délits ; en second lieu, remédier aux maux, réparer le dommage que de telles violations engendrent.*

On peut distinguer les droits et devoirs juridiques qui ne sont pas la conséquences de délits par la dénomination de primaires (ou principaux), et les droits et devoirs juridiques qui sont la conséquences de délits par la dénomination de sanctionnateurs (ou secondaires)...».

La même idée se retrouve chez H. L. A. HART, dans son ouvrage, paru en 1976, *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove, traduit de *The concept of law*, éd. Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 4e éd., 1994, Collection Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 45 et s.

P.-M. DUPUY, *La responsabilité*, op. cit. (p. 12), p. 1341-1347. Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité (en général)*, op. cit. (p. 12), n°5.

parce que les normes primaires qu'elle sanctionne ont également énormément varié, passant d'une dette de responsabilité à une créance de réparation, de la question de l'obligation à réparation d'un coupable à celle de l'indemnisation par la société du dommage subi par la victime³⁸. En matière pénale, le comportement réprimé doit être minutieusement caractérisé, tandis qu'en matière de responsabilité civile, il appartient le plus souvent au juge de relever dans le même temps le comportement requis et l'infraction commise au regard des circonstances de l'espèce³⁹. La responsabilité civile est stable dans ses principes parce que son principe même ne varie pas : elle est une norme secondaire qui sanctionne, par le biais de la transposition de la charge du dommage, un manquement à une règle primaire. Cette distinction n'est ni nouvelle ni propre au droit privé mais relève au contraire de la théorie générale du droit telle qu'elle résulte des travaux de nombreux auteurs. Ainsi, un auteur de droit international public expose la distinction entre règles primaires, c'est-à-dire celles qui fixent des obligations déterminées aux Etats, par opposition aux « autres règles, qui couvrent précisément le domaine de la responsabilité et qui peuvent se définir comme « secondaires » en tant qu'elles s'attachent à déterminer les conséquences d'un manquement aux obligations établies par les premières »⁴⁰. Si le principe de la responsabilité civile est stable, sa concrétisation est évolutive parce que le contenu de la règle primaire est lui-même évolutif. Ainsi, la notion de faute a évolué au cours du temps, en revanche le principe de la responsabilité pour faute n'a pas varié. Par conséquent, s'il est possible de codifier les éléments stables, il convient au contraire de garantir la possibilité d'évolution du droit lorsqu'il s'agit d'éléments instables.

14 Le délicat problème de la spécialisation du droit se pose alors : à mesure que la société évolue, qu'elle développe des secteurs d'activités, apparaissent des corps de règles sectoriels, adaptation du droit commun aux spécificités d'une profession ou d'une activité particulière. À cela s'ajoute le développement du nombre de règles que comprend le droit commun de la responsabilité civile. Là où l'article 1382 pouvait suffire, il faut désormais préciser le fait de rattachement de la responsabilité pour faute et de la responsabilité pour risque. L'augmentation des règles traduit l'apparition d'un domaine nouveau du droit qui appelle une consécration législative. À côté du droit général des contrats, le Code civil pourrait intégrer un droit général de la responsabilité civile, auquel les lois spéciales n'auraient plus

³⁸Y. LAMBERT-FAIVRE, op. cit. (p. 13).

³⁹Cette différence entre le droit pénal et le droit civil est illustrée par les travaux préparatoires du Code civil où les rédacteurs exposent que le juge pénal ne peut condamner en l'absence de texte tandis que le juge civil doit compléter la norme législative lacunaire.

⁴⁰R. AGO, 2e rapport sur la responsabilité des Etats, doc. A/CN.4/233, L'origine de la responsabilité internationale, ACDI 1970, vol. II, p. 189 et s., spéc. p. 191, §. 11.

qu'à se référer ou à déroger expressément.

15 L'idée d'une réforme du droit français de la responsabilité civile a déjà été exprimée par le passé et ne résulte pas seulement d'un effet de mode⁴¹. Le droit de la responsabilité civile a d'ailleurs déjà accueilli des nouveautés et ainsi fait évoluer ses institutions. Mais jusqu'à ce jour, il ne s'est agi que de réformes ponctuelles, découlant soit de lois spéciales, soit de jurisprudences nouvelles. Les lois spéciales visent à régler un problème précis, sans vue d'ensemble sur le droit de la responsabilité civile, ce qui explique les problèmes ultérieurs de cohérence, de lisibilité et surtout le traitement inégal des victimes qui en résulte. Cependant, ces adaptations ponctuelles ont pu laisser penser qu'une réforme d'ensemble ne serait pas indispensable.

16 La rédaction de ce travail a posé un problème de limitation : le projet de réforme suisse présente la particularité d'envisager de façon très large la responsabilité civile et ses relations avec les moyens matériels de financer la réparation. Cette démarche ne peut qu'être suivie, il est illusoire d'édicter des règles de responsabilité extrêmement généreuses si par la suite la victime ne trouve aucun payeur solvable. La difficulté qui en résulte est l'ampleur des questions soulevées. Il aurait fallu, pour traiter convenablement ce sujet, des travaux de sociologie pour dégager les attentes de la société en matière de réparation et de responsabilité civile⁴², des travaux d'économistes pour déterminer le coût de la non réparation de certains dommages⁴³, ou la prise en charge par les assureurs privés ou publics de tel dommage, ainsi que le coût du processus judiciaire par rapport à un système d'assurance générale du dommage corporel. En outre, si une comparaison est possible entre un droit et un autre, entre un mécanisme juridique et un autre, il est impossible de faire correspondre exactement les

⁴¹V. par ex. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, thèse, Paris 1963, LGDJ, Paris, 1965, spéc. p. 384.

⁴²La nécessité de ces études est illustrée par la contradiction existant entre l'attitude qui consiste à pester contre cette société de surprotection où l'on indemnise tout et n'importe quoi, ce qui engendre des coûts d'assurance de plus en plus lourds, et paradoxalement, à valider ce système par l'inaction législative qui règne dans cette matière. Si les règles dégagées par la jurisprudence semblaient inacceptables, le législateur serait intervenu. À défaut, on peut supposer que globalement la société s'en contente.

⁴³Les victimes qui ne sont pas indemnisées peuvent peser sur le système de sécurité sociale ou être à charge de l'aide sociale. Plus radicalement, la société ne peut créer de richesses que par l'intermédiaire des individus qui la composent, si ceux-ci sont en trop grand nombre handicapés et hors d'état d'agir parce que les moyens de compenser leur handicap ne leur ont pas été réellement donnés, l'ensemble de la société est pénalisé. Cette façon de voir les choses peut sembler cynique, mais c'est parce que l'Etat voyait trop de conscrits réformés en raison d'infirmités dues au travail des enfants que l'obligation scolaire jusqu'à l'âge de seize ans a été imposée, ainsi que la prohibition subséquente du travail des enfants. Sur ce point v. Y. GUIN, *Au cœur du libéralisme : la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans la manufactures, usines ou ateliers*, in *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, J.-P. LE CROM (dir.), Les éditions de l'Atelier, Paris, 1998, p. 29-41, spéc. p. 41 ; S. YOSHIFUMI, *Le problème du travail des enfants en Alsace au XIXe siècle : l'industriel alsacien et la loi du 22 mars 1841*, In *Histoire, économie et société*. 2006, 25e année, n°2, p. 181-193, spéc. p. 186.

notions, qu'il faut alors replacer dans le cadre du système juridique dont elles sont issues. Ainsi, on comprend mieux l'absence de responsabilité du fait des choses en droit suisse, si l'on sait que le Tribunal fédéral a dégagé un principe de responsabilité du fait de l'organisation obligeant le producteur à réparer le dommage causé par le défaut de son produit. Ces deux mécanismes ont depuis été écartés par le régime de responsabilité objective fondé sur la directive européenne du 25 juillet 1985. Par conséquent, la mise en valeur des apports du projet de réforme suisse nécessite un exposé des mécanismes du droit de la responsabilité civile suisse comme français, pour poser le contexte à partir duquel les auteurs ont mené leur réflexion. Il ne doit pas s'agir de rédiger un manuel de droit de la responsabilité franco-suisse, exposant de façon exhaustive jurisprudences et doctrines, mais de tenter de présenter les notions nécessaires à la compréhension des propositions du projet de réforme suisse, et éventuellement des lacunes qu'il présente par rapport aux besoins du droit français. Ce sujet impose une réflexion sur des réalités juridiques qui ne sont pas toutes déjà décrites par la doctrine ou par la jurisprudence, ou bien qui sont décrites et catégorisées de façon différente en France et en Suisse. Aussi, la terminologie employée devra-t-elle fréquemment être précisée.

17 Le caractère satisfaisant d'un droit peut se mesurer au regard de la façon dont les objectifs qui lui sont assignés sont atteints. Il convient donc d'examiner les fonctions dévolues à la responsabilité civile, tant en droit suisse que français, pour ensuite déterminer dans quelle mesure les objectifs assignés au droit de la responsabilité civile, de réparation en premier lieu, de sanction et d'incitation à la prévention en second lieu, sont atteints ?

18 Les fonctions assignées jusqu'alors à la responsabilité ont modelé sa configuration. Poser la question de la fonction de la responsabilité civile, c'est aussi poser la question de savoir à qui elle doit être utile ou plus précisément, quel est le destinataire du résultat de l'application finale de la norme de responsabilité civile ?⁴⁴ Comme le relève un auteur, « *rechercher la fonction des règles établissant une responsabilité, c'est rechercher le résultat à venir qu'attendait de l'établissement de ces règles la société qui les a édictées* »⁴⁵. Il faut distinguer différents degrés entre

⁴⁴Poser la question en terme de destinataire du résultat final de l'application de la règle de droit permet d'affiner l'analyse. Nous reprenons ici l'idée d'un auteur qui s'interrogeait sur le fondement de la responsabilité civile. Or la question du fondement (entendu dans le sens des notions de faute et de risque) reconnu à la responsabilité civile est en lien avec celle de la fonction que doit remplir ce mécanisme juridique, mais ne saurait y être assimilée. L. BACH, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, RTDciv.1977, p. 17-53 et p. 221-242, spéc. p. 222 : « *il nous paraît fondamental de définir avec soin dans quelle direction, plus précisément en direction de qui, doit être recherché le fondement de la responsabilité civile. En d'autres termes, le fondement de la responsabilité civile doit-il être recherché du côté de la personne déclarée responsable ou, au contraire, du côté de la victime du dommage ?* ».

⁴⁵L. BACH, op. cit., spéc. p. 22.

les fonctions de la responsabilité civile. Le mécanisme de la responsabilité civile intervient pour sanctionner l'inobservation d'une première norme qui prescrivait implicitement ou expressément un comportement donné. Cette étape fait intervenir le corps social dans son ensemble, et non plus seulement la victime et l'auteur du dommage dans leur confrontation au juge. Il s'agit d'imputer à une personne la charge du préjudice subi par une autre en fonction de critères prédéfinis par le droit en considération de la légitimité sociale d'une telle règle.

19 Il est paradoxal de vouloir étudier les concepts historiques de la responsabilité civile puisque ceux-ci n'ont existé que dans la mesure où les auteurs contemporains les ont ainsi définis. En effet, ce domaine du droit a longtemps échappé à toute conceptualisation, en raison sans doute de la construction même du droit romain. De nos jours encore, il arrive que l'on se trouve face à des règles pratiques non systématisées⁴⁶. Il est aujourd'hui possible, à l'aide des concepts contemporains, de décrire la pratique juridique des droits antiques, étant entendu que cette présentation n'est pas celle des auteurs de l'époque⁴⁷. Un bref retour sur les sources du droit de la responsabilité civile sera utile pour comprendre à quel point ce mécanisme est tributaire de l'environnement juridique et social au sein duquel il intervient. Outre cette difficulté théorique, la qualité de la rédaction de l'article 1382 du Code civil ainsi que sa portée idéologique ont contribué à rejeter dans l'ombre tout ce qui avait pu exister auparavant. À ceci, s'ajoute le mouvement d'émancipation du droit français envers le droit romain entre le 16^e et le 17^e siècle, au nom de la spécificité culturelle française. Aussi les débats doctrinaux sur le droit de la responsabilité civile, la notion de faute, la réparation du dommage ont-ils été cantonnés à l'étude de la tradition juridique française⁴⁸. La trace la plus évidente de l'influence du droit romain en matière de responsabilité civile est l'adjectif « *aquilien* », parfois employé en droit français et suisse par référence à la *Lex Aquilia*. Le droit romain ne connaissait pas un principe général de responsabilité civile, mais des hypothèses de responsabilité, des « *délits spéciaux* »⁴⁹ : dans certains cas déterminés, le dommage causé dans des circonstances précises obligeait à réparation⁵⁰. Le droit romain ne s'intéressait pas à l'aspect psychologique de la responsabilité civile : la réparation due par le responsable ne

⁴⁶Cf. par exemple le concept de responsabilité pour risque, qui se traduit par la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui, mais sans être expressément rattaché à ce chef d'imputation.

⁴⁷Cf. G. CARDASCIA, op. cit. (p. 18) V. également l'incise de la partie consacrée aux obligations de l'ouvrage de J.-P. LEVY & A. CASTALDO, Histoire du droit civil, Dalloz, 2002, p. 643.

⁴⁸J.-L. THIRIAU, Droit français, in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit. (p. 12).

⁴⁹G. VINEY, Introduction à la responsabilité, p. 8, n° 7.

⁵⁰G. CARDASCIA, op. cit. (p. 18), p. 26 : ils (prêteurs et édiles) « *se sont contentés de sanctionner des actes - préventivement dénoncés comme constitutifs d'imprudence - dans la mesure où ils entraînaient des conséquences dommageables* ».

découlait pas d'une volonté de sanctionner sa faute⁵¹. La responsabilité civile telle qu'elle apparaît progressivement est casuistique, plutôt objective bien que le droit romain ait déjà élaboré la notion de *culpa*, intervient dans les relations privées, et vise à assurer la réparation sans se préoccuper de la sanction. La responsabilité est indissociable du fait, elle n'existe qu'à partir du moment où certaines données factuelles sont réunies. À l'origine, la responsabilité civile ne relève pas d'un principe général⁵². Les textes qui ont précédé la *Lex Aquilia*, cette dernière, et ultérieurement les droits qui s'en sont inspirés, sont fondés sur l'idée que seuls certains dommages sont réparables, ceux prévus par les textes. Dans le cas de la *Lex Aquilia*, les cas de responsabilité sont précisément décrits⁵³. Certes, les jurisconsultes ont interprété ces dispositions de façon extensive afin d'assurer la meilleure indemnisation possible aux victimes⁵⁴. Toutefois, la casuistique propre au droit processuel romain n'a pas permis aux juristes romains de dégager un principe général de responsabilité civile, et par conséquent « les juristes romains n'ont pas été amenés à se poser réellement la question du fondement de la responsabilité civile »⁵⁵. Au contraire le droit français, sous l'influence de l'individualisme des rédacteurs du Code civil, place la faute au centre du système. C'est d'ailleurs à partir de la notion de faute que les auteurs de l'ancien droit et les rédacteurs du code civil vont formuler un principe général de responsabilité⁵⁶. Enfin, la responsabilité civile a pour objet d'assurer la réparation du dommage.

20 Le droit français de la responsabilité civile de droit commun est aujourd'hui toujours fondée sur la faute, au moins dans son principe⁵⁷. Cette conception est celle des

⁵¹En ce sens : M. SOUSSE, op. cit. (p. 13). B. WINIGER, La responsabilité aquilienne romaine, thèse, Genève, éd. Helbing & Lichtenhahn, coll. Genevoise, Droit et Histoire, Bâle & Francfort, 1997, p. 17 : « Les racines historiques du débat moderne sur la responsabilité civile remontent jusqu'au droit romain. C'est la *Lex Aquilia* (3^e siècle avant notre ère) qui en a fixé les grandes lignes (...). Le débat romain n'a jamais atteint l'ampleur thématique qui nous paralyse aujourd'hui. Essentiellement pragmatique, il est concentré sur l'utilitas de la loi, le dédommagement, auquel il subordonne toute l'interprétation. (...) La finalité de la *Lex Aquilia* est le dédommagement du lésé. (...) Le législateur met la réparation du dommage au centre de la *Lex Aquilia*. L'auteur d'un acte dommageable doit remplacer à la victime exactement la valeur du dommage causé ». P.-M. DUPUY, op. cit. (p. 12), p. 1343 : « La conception romaine de la responsabilité était d'abord tournée vers la réparation objective du dommage et la restauration de l'ordre antérieur, non vers la rétribution négative du comportement fautif et subjectif de l'auteur du désordre à effacer ». P. WIDMER, Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, RDS. 1977, p. 417-439, spéc. p. 419.

⁵²G. VINEY, Introduction à la responsabilité, p. 8, n° 7.

⁵³Toutefois, l'énoncé initial de la *Lex Aquilia* n'est pas connu avec certitude : B. WINIGER, op. cit., p. 23.

⁵⁴G. CARDASCIA, op. cit. (p. 18), p. 1 et s. : « l'extension que les jurisconsultes ont donnée au chapitre 3 de la *lex aquilia* a fait qu'il recouvre presque tout le champ occupé dans notre droit, par les art. 1382 et s. du code civil (...). Être « tenu par l'action de la *Lex Aquilia* » préfigure notre « être civilement responsable ». Le souvenir s'en est conservé de nos jours. Et l'auteur cite les doctrines italiennes et polonaises qui parlent de responsabilité aquilienne. C'est le cas également en Belgique ».

⁵⁵G. VINEY, Introduction à la responsabilité, p. 9.

⁵⁶G. VINEY, Introduction à la responsabilité, spéc. p. 13 : l'auteur relève que « l'acquis le plus original de la réflexion de nos anciens auteurs a consisté à dégager un principe général de responsabilité civile fondée sur la notion de faute civile ».

⁵⁷Chr. RADÉ, Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile - 1. L'impasse, D. 1999, p. 313-320.

rédacteurs du code civil de 1804. TERRIER, lors de son discours devant le Corps législatif du 19 pluviôse an XII, expose que « *Le dommage pour qu'il soit sujet à réparation doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un : s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort dont chacun doit supporter les chances...* »⁵⁸. Le dommage, personnel, certain et direct, doit alors être réparé par le seul fautif. En réalité, si les termes n'ont que peu évolué, la réalité juridique du droit de la responsabilité civile a profondément changé de visage.

21 Une fois devenu évidente l'idée que la responsabilité n'est pas au premier chef un mécanisme reposant sur la prise en compte de la subjectivité de l'auteur du dommage, il est possible d'envisager l'indemnisation des risques, dans un souci de protection des victimes face aux risques engendrés par nos sociétés, notamment à l'aide de la technique de l'assurance. Il existe une « *notion de réparation de dommages (...) indexée, non plus sur la responsabilité, mais sur le risque, ce qui explique son extension* »⁵⁹. Par souci d'indemniser les victimes, la jurisprudence aurait en effet « *dénaturé* » la responsabilité civile. Parce que la doctrine subjectiviste imposait de rechercher une faute pour engager la responsabilité civile, la jurisprudence a eu tendance à déceler des fautes « *virtuelles* ». Autrefois technique exclusivement de droit privé, la responsabilité civile intervient aujourd'hui dans tous les domaines. L'extension la plus notable de son champ d'application est l'admission de la responsabilité de l'État et des personnes morales de droit public⁶⁰. On distinguera alors deux hypothèses : celle où l'État répond de son fait et celle où l'État supplée à l'absence de responsable ou de responsable solvable en garantissant l'indemnisation des victimes. Par souci d'indemniser les victimes, la jurisprudence a élargi les hypothèses de responsabilité civile, certaine de ce que l'assurance du responsable prendrait en charge l'indemnisation. Le responsable deviendrait alors celui dont l'assurance doit prendre en charge les dommages.

22 Les textes fondateurs du droit français de la responsabilité civile n'ont que peu changé depuis 1804⁶¹. La même observation peut être faite en droit suisse puisque « *Les règles de l'ancien Code fédéral des obligations (articles 50 à 69), adoptées le 14 juin 1881 et entrées en vigueur le 1er janvier 1883, ont été largement reprises dans les dispositions correspondantes du Code des obligations du 30 mars 1911 (articles 41 à 61), et ces textes nous régissent aujourd'hui encore, si l'on fait abstraction de l'abrogation de*

⁵⁸LOCRE, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Trauttel & Würtz, Paris, 1828, tome 13, p. 58.

⁵⁹M. SOUSSE, op. cit. (p. 13).

⁶⁰C. DEBBASCH, Droit administratif, 6e édition, Economica, 2002, p. 555 : l'auteur indique que « *pendant longtemps le principe qui a dominé est celui de l'irresponsabilité des personnes publiques* ». Nous verrons plus loin que la question est plus complexe qu'un principe d'irresponsabilité.

⁶¹Le Code civil, textes antérieurs et version actuelle, Flammarion, Paris 1986, art. 1382 à 1386, p. 394 à 396.

l'article 48 et d'une correction mineure apportée en 1971 à la formulation de l'article 55 »⁶².

23 Depuis 1804, des projets de révision du Code civil ont vu le jour. Certains avaient pour objet une révision de l'ensemble du texte (commission extra parlementaire de décembre 1904, et commission de réforme du code civil de juin 1945), mais n'ont pas donné lieu à la soumission d'un texte au Parlement⁶³. D'autres réformes plus limitées ont été réalisées en matière de droit de la famille et des personnes⁶⁴. Aujourd'hui, le texte du Code civil est toujours censé présenter le droit applicable. Or pour constater le caractère désuet de certaines dispositions, il suffit de lire le texte même du Code civil⁶⁵.

24 En droit français de la responsabilité civile, les évolutions juridiques seront le fait, non du législateur mais de la jurisprudence. Confrontée à des textes qui ne correspondaient plus à la réalité sociale et tenue d'apporter des solutions juridiques aux litiges qui lui étaient soumis, la jurisprudence a élaboré un ensemble complexe de règles. Le droit suisse connaît un mouvement similaire mais moins prononcé du fait de l'intervention du législateur par des lois spéciales venant remédier aux problèmes posés : *« la stabilité des textes dissimule en fait de profonds changements (...). L'histoire récente de la responsabilité civile doit être dès lors étudiée non dans les textes du droit commun, mais autour d'eux : dans l'évolution de la jurisprudence, dans l'apparition de règles de responsabilité nouvelles, dans le développement des mécanismes d'assurance individuels et collectifs... »*⁶⁶. Outre l'inflation de règles jurisprudentielles, l'apparition de problèmes nouveaux a conduit le législateur à édicter ponctuellement des lois spéciales. Le droit de la responsabilité civile est aujourd'hui éparpillé dans une multitude de textes spéciaux et de règles jurisprudentielles. Historiquement, le droit commun de la responsabilité civile s'est très tôt vu accoler une loi spéciale afin de répondre à des besoins sociaux nouveaux. C'est en effet par la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail que le législateur est pour la première fois intervenu⁶⁷. Outre l'incohérence des règles nationales, on se trouve aujourd'hui confronté à l'introduction du droit communautaire, dont le morcellement est dénoncé par le conseil de l'Europe⁶⁸.

⁶²P. TERCIER, Cent ans de responsabilité civile en droit suisse, in Mélanges en l'honneur du centenaire du Code des obligations, dir. H. Peter, E. W. Starck, P. Tercier, éd. Universitaires de Fribourg, 1982, p. 203-226.

⁶³J.-L. HALPÉRIN, Le code civil, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2e édition Paris, 2003, p. 124 et s.

⁶⁴J.-L. HALPÉRIN, ib.

⁶⁵Pour un relevé de divers anachronismes qui jalonnent le texte, voir Chr. RADÉ, eod loc. (p. 23).

⁶⁶P. TERCIER, op. cit. (p. 25).

⁶⁷Voir Chr. RADÉ, Droit du travail et responsabilité civile, Th., LGDJ, 1997, spéc. n° 361 et s.

⁶⁸V. La responsabilité civile en Europe. Avant-projet de rapport de H. KOZIOL et A. WEIß, Comité européen de coopération juridique, Strasbourg, 26 novembre 2003, accessible sur internet à l'adresse suivante : [http://www.coe.int/T/F/affaires_juridiques/coop%20juridique/Comit%20directeurs/CDCJ/Documents/2003/\(CDCJ%202003%2028%20f%20-%20Rapport%20de%20M.%20Koziol%20sur%20la%20responsabil%20205\).pdf](http://www.coe.int/T/F/affaires_juridiques/coop%20juridique/Comit%20directeurs/CDCJ/Documents/2003/(CDCJ%202003%2028%20f%20-%20Rapport%20de%20M.%20Koziol%20sur%20la%20responsabil%20205).pdf)

25 Du fait de cet éparpillement des règles du droit de la responsabilité civile, il devient impossible d'en prendre connaissance. Certes, les professionnels du droit savent comment comprendre et utiliser les règles de la responsabilité civile, mais ce n'est pas le cas du justiciable. À ce premier inconvénient s'ajoute celui du traitement inégal des victimes. Le même dommage ne sera pas indemnisé de la même façon selon que la victime relève d'un accident du travail, d'un accident de voiture, d'une infraction ou d'une négligence de son voisin. De plus, se pose la question de l'application concurrente des règles d'indemnisation⁶⁹.

26 En raison de la diversité des règles, qui sont en outre pour certaines extrêmement changeantes, il est impossible de prévoir le risque juridique afférent à une activité, et donc impossible de l'assurer. Être doté d'un système de responsabilité civile désuet et obscur engendre des coûts, tant au niveau des entreprises (d'où la possibilité d'une intervention européenne) que des particuliers, tant sur le plan national qu'international. La responsabilité civile d'une personne peut être engagée de façon imprévisible suite à une évolution jurisprudentielle. Le justiciable se trouve donc dans l'impossibilité de s'assurer contre un risque qu'il ne connaît pas. De même, son assureur peut se trouver obligé de prendre en charge un risque qui n'était pas pris en compte dans ses calculs de prévisibilité.

27 Les critiques à l'encontre du morcellement du droit résultant de ces modifications ponctuelles ne sont pas nouvelles⁷⁰. Le droit de la responsabilité civile résulte d'un ensemble de textes épars, de principes jurisprudentiels incertains et d'interventions législatives ponctuelles qui viennent achever l'émiettement de la matière. Il en résulte un manque de clarté et d'efficacité qui amène de nombreux juristes à réexaminer et à reformuler de façon synthétique les concepts qui inervent ce droit⁷¹.

28 La sécurité juridique implique une clarification des concepts et des mécanismes. Le droit pourra ensuite mieux répondre aux besoins pratiques d'évolution car il est plus facile d'évoluer à partir de bases théoriques précises que de naviguer à vue au gré des besoins⁷² dans

⁶⁹Voir par ex. le non lieu à avis du 7 juin 2004 de la Cour de cassation, BICC n°604, 15 septembre 2004, sur le point de savoir « *si l'exclusion de la réparation des accidents du travail par le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions doit s'étendre au fait d'un tiers intentionnel ou non* », les observations de M. DOMINGO, av. gén. et le Rapport de M. LESUEUR DE GIVRY, cons. rap.

⁷⁰Cf. Y. LAMBERT-FAIVRE & S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, Paris, 6e éd. 2008 ; G. VINEY, thèse, op. cit. (p. 20).

⁷¹Un exemple parmi d'autres : la responsabilité dite « responsabilité contractuelle du fait d'autrui », notion employée par certains auteurs pour exprimer l'idée que le débiteur contractuel répond de l'inexécution de ses obligations lorsqu'il recourt à des auxiliaires, et qui cependant ne correspond à aucun terme législatif. V. par ex. S. HOCQUET-BERG, *Responsabilité contractuelle du fait d'autrui*, RCEA. 2010/6, comm. 143.

⁷²Chr. RADÉ dénonce un droit dont « *la plupart des régimes particuliers votés ces dernières années l'ont été sous la contrainte et dans la douleur* », Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile, D. 2003, p. 2247, spéc. p. 2251.

le brouillard des incertitudes et imprécisions actuelles afin de fournir des solutions tout aussi brumeuses quand elles ne sont pas purement et simplement commandées par un mot d'ordre politique sans aucune pertinence juridique. D'ailleurs nous verrons que cette incertitude sur le droit positif français complique considérablement la comparaison avec le droit suisse. Le droit suisse n'est pas moins touffu, mais d'une part, les arrêts du Tribunal fédéral sont bien plus développés, ce qui permet d'avoir une meilleure connaissance de la conception juridique retenue par la juridiction suprême, et d'autre part, les textes suisses ont un siècle d'écart avec le Code civil. Leur facture plus récente se traduit par une construction systématique qui a pris en compte les défauts de leurs prédécesseurs. Il suffit de se reporter aux messages du conseil fédéral relatifs aux projets de code civil et de code des obligations pour constater la fréquente comparaison des solutions entre les différentes législations de l'époque.

29 Ces travaux montrent d'ailleurs à la fois l'utilité et la difficulté du droit comparé. Le comparatiste ne peut, pas plus que l'historien du droit, appeler à transposer directement un concept ou une institution juridique provenant d'un autre droit, d'une autre époque⁷³. Le terme de modèle est ici employé dans le sens de projection théorique élaborée dans le but de permettre la réflexion ; c'est un outil et non une fin en soi. Cet outil doit nous permettre de mieux comprendre notre système, de l'améliorer ou le cas échéant, d'en apprécier la commodité. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous avons préféré ce terme à celui d'exemple, qui sous-entend déjà un *a priori* positif.

30 L'un des objectifs principaux du projet de réforme est d'assurer la meilleure indemnisation possible de la victime du dommage. À cette fin, une réflexion a été menée sur les moyens techniques qui assurent aujourd'hui l'indemnisation de la victime : assurances privées, assurances sociales. En effet, le mandat donné à la commission d'études comportait la prise en compte des normes appelées à intervenir dans le cadre de l'indemnisation du préjudice⁷⁴. La commission d'études a tranché le point de savoir s'il était opportun de remplacer le système de la responsabilité civile par un système d'assurance sociale généralisé,

⁷³D. DEROUSSIN, *Culpa in contrahendo*. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités, RHDfE. 2004, p. 189-222 : l'auteur relève que « Si l'Histoire offre parfois des exemples à méditer, elle ne lègue jamais de modèle à transposer. D'autant que la modélisation par l'historien n'est pas toujours innocente : elle confine parfois à l'instrumentalisation ». L'auteur expose en quoi JHERING a largement accommodé le droit romain pour y trouver de quoi fonder en droit allemand un principe général de *culpa in contrahendo* fondant la responsabilité contractuelle en cas de dommage précontractuel.

⁷⁴REAP, p. 16-17 : « sa tâche consistait à élaborer les bases d'une révision en profondeur du droit de la responsabilité civile, en tenant compte de toutes les normes et réglementations du droit positif qui prévoient directement une compensation du dommage ou qui influencent celle-ci d'une manière ou d'une autre (telles que notamment la législation en matière d'assurances privées ou sociales). »

à l'instar de celui qui existe en Nouvelle-Zélande⁷⁵. Le projet de réforme est donc dans une optique visant à maintenir la répartition actuelle entre assurances privées et publiques. Un rapport a d'ailleurs eu pour objet d'en examiner la pertinence⁷⁶. L'option de l'assurance sociale générale des dommages corporels a été écartée. Cette solution a été diversement appréciée⁷⁷. Il existe certains droits qui ont adopté la technique de l'assurance généralisée dont la Nouvelle-Zélande est l'exemple le plus connu. Toutefois, ce système a été remis partiellement en cause dans ce pays⁷⁸. À défaut d'un système général d'assurance sociale, on pourrait imaginer un cadre pour la création de fonds de garantie. Dans certains cas, il est évident que l'assurance privée ne suffit pas à indemniser les dommages, par conséquent, c'est à la « *solidarité nationale* » de prendre le relais. Le problème est qu'actuellement, cette prise en charge s'effectue par le biais de fonds de garantie créés au cas par cas, sous le coup de l'émotion et de la pression médiatique, ce qui conduit à des disparités de procédures, de conditions d'accès et de délais. Dans un souci d'égalité de traitement des victimes et d'efficacité, il faudrait élaborer un système cadre établissant les règles générales valables pour tous les fonds existant et à venir.

31 Le projet de réforme ayant écarté la solution d'une assurance accident généralisée, les auteurs de l'avant-projet ont cependant entendu harmoniser les relations entre assurances privées et responsabilité civile. L'aspect le plus caractéristique du projet suisse réside dans sa volonté affichée d'unifier et de systématiser l'ensemble du droit de la responsabilité civile. Le projet suisse a prévu l'intégration au sein du Code des Obligations des différentes dispositions et la numérotation des articles, ainsi que la mise en conformité des dispositions des différentes lois spéciales. De la même façon, le Code civil français pourrait supporter l'intégration de nouvelles normes. La volonté unificatrice qui anime le projet suisse est particulièrement intéressante dans un domaine qui, en droit français comme en droit suisse, souffre d'un morcellement excessif et d'une considérable évolution jurisprudentielle.

32 Comme l'indiquent les magistrats de la Cour de cassation dans leur rapport sur le projet français de réforme du droit des obligations ainsi que les membres de l'association Capitant, mener une réflexion sur le droit des obligations, dont le droit de la responsabilité

⁷⁵Pour une présentation de ce système, cf. notamment A. TUNC, 14 ans après : le système d'indemnisation néo-zélandais, RIDC. 1989, p. 139-144.

⁷⁶J.-L. DUC, (dir.), Assurance sociale et assurance privée, Rapport du groupe de travail de la Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances institué pour examiner les tâches dévolues à l'assurance privée, d'une part, et celles incombant à l'assurance sociale d'autre part, Staempfli, Berne.

⁷⁷S. FÜHRER, Zum Verhältnis von Haftpflicht und Privatversicherung im Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, RDS. 2001, p. 371-395.

⁷⁸Von KLAUS BITTERICH, Neuseeländische Accident Compensation als Volksunfallversicherung in der Bewährung : Der Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act 2001, RabelsZ. 2003, p. 494-549.

civile, est indispensable pour mettre nos juristes en position de défendre les concepts juridiques qui sont les nôtres. Il ne s'agit pas de les défendre parce qu'ils sont nôtres, mais parce qu'ils ont été élaborés au cours des siècles afin de régler d'une certaine façon les questions relatives à la réparation des dommages. Ces réponses correspondent à notre société, et il s'agit de se donner les outils nécessaires pour mener une réflexion sur le point de savoir s'il faut changer notre droit, changer notre société ou les deux.

33 La construction d'un marché commun et la réalisation de l'objectif d'une concurrence libre et non faussée rendent indispensable l'édiction de règles de responsabilité civile uniformes applicables aux entreprises qui interviennent sur ce marché. Par activité des entreprises, il faut comprendre non seulement la responsabilité du fait des produits défectueux, mais également la responsabilité du fait des activités de ces entreprises ou du fait des leurs employés. Il est exact que la compétence de l'Union européenne en matière d'obligations peut être discutée. La responsabilité du fait des produits défectueux est le premier jalon d'un Code européen des obligations. La responsabilité civile n'est en effet que l'un des aspects du droit en cause, l'ensemble du droit des contrats étant également concerné, et au demeurant, les réflexions ont d'abord été menées en matière de droit des contrats. L'ambition juridique et théorique qui porte un projet de code n'est pas si récente que l'on pourrait le croire. Des précurseurs existent, tel le projet franco-italien de Code des obligations et des contrats (1927) ou le projet de Code international des obligations en 3115 articles publié en 1937 par le professeur COSENTINI⁷⁹. Il est aujourd'hui illusoire de croire que la qualité des règles de droit d'une part, leur contenu favorable aux entreprises d'autre part, ne constituent pas des facteurs d'attractivité économique. À partir du moment où une règle de droit a des conséquences économiques, les acteurs du marché l'intègrent dans leurs calculs. C'est bien pour cette raison que dès les années 1980, l'Union européenne a réfléchi à une législation sur la responsabilité du fait des produits. Certes, le but n'était pas exclusivement d'assurer une concurrence non faussée par des règles de responsabilité différentes d'un pays à un autre. Il s'agissait aussi d'assurer une réparation uniforme des préjudices subis par les consommateurs. Toutefois, la responsabilité du producteur conditionne la confiance des consommateurs, et partant, leur capacité à acquérir des biens au sein du marché commun. La responsabilité civile

⁷⁹F. COSENTINI, Code international des obligations, Institut américain de droit et de législation comparée. Etudes et documents, série française, n°9, Paris 1937, lib. Marchal et Billiard. L'auteur indique que ce « *projet a un caractère d'universalité, il vise à l'application dans tous les pays du monde* », estimant qu'il n'y a « *pas de barrières insurmontables entre les différents systèmes de législation* ». L'auteur se démarque d'ailleurs du projet franco-italien qui n'avait pas pour but d'harmoniser par le haut toutes les législations, mais seulement les législations françaises et italiennes.

du fait des produits n'est qu'une étape, et il est prévisible que les droits des États membres se rapprochent. C'est d'ailleurs l'un des arguments retenus par le groupe de travail de la Cour de cassation relatif au projet CATALA : la réforme du droit des obligations français, dont la responsabilité civile, doit permettre une meilleure lisibilité et donc une meilleure appréciation des qualités de notre système par rapport aux autres systèmes juridiques, ce, afin que le droit français puisse s'inscrire dans le débat européen sur l'élaboration du cadre commun de référence⁸⁰. Confronté notamment au modèle anglo-saxon et aux droits européens objet de récentes réformes, notre droit serait plus facile à défendre s'il était clair, moderne, facilement accessible au lieu du *corpus* légal et jurisprudentiel hétéroclite qui existe actuellement. Cependant, s'il ne s'agit pas de révolution mais d'une évolution et donc d'une reformulation du droit existant, « *le changement de forme entraîne – s'il ne l'exprime pas – un changement de fond, si imperceptible soit-il* »⁸¹. Il ne s'agit pas ici de proposer un code européen, mais bien d'envisager, à la lumière de la réforme de la responsabilité civile en droit suisse, les améliorations et les modifications du droit français de la responsabilité civile, ainsi que la synthèse en un ensemble cohérent et qui se voudrait compréhensible par tous. Cette opération a déjà été réalisée s'agissant du droit de la prescription qui forme désormais un tout relativement cohérent. C'est également la cohérence qui aura guidé les auteurs du projet de réforme suisse dans leur projet d'unification et d'harmonisation du droit de la responsabilité civile tant dans son organisation même que dans sa relation avec la tradition juridique du droit suisse. Comme le relève un auteur à propos d'un projet de Code, l'insertion réussie du droit nouveau « *est subordonnée à la réalisation d'une certaine harmonie, établie par le sens du présent, par le rapport au passé, par la prévision de l'avenir* »⁸².

La démarche d'unification et d'harmonisation de l'ensemble du droit de la responsabilité civile a conduit les auteurs du projet de réforme suisse à envisager le mécanisme même de la responsabilité civile (Partie 1.) pour ensuite examiner sa mise en œuvre (Partie 2.).

⁸⁰P. SARGOS (dir.), Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, consultable sur le site de la Cour de cassation http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html. Le groupe de travail indique notamment §. 3 que « *on ne peut contribuer efficacement à une construction nouvelle en se bornant à invoquer un modèle remontant à la société agricole et artisanale du début du 19^e siècle, modèle qui, quelles que soient ses qualités, ne correspond plus aux « évolutions-ruptures » survenues depuis la seconde guerre mondiale dans les domaines économiques, internationaux ...* ».

⁸¹F. TERRE, Codification : insertion du droit nouveau, in Codification : valeurs et langage, colloque international de droit civil comparé, Montréal, 1981, consultable en ligne : <http://www.cslf.gouv.qc.ca/publications/PubF115/F115-1.html#table>.

⁸²Ib.

PARTIE 1. LE MÉCANISME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

34 Les modalités de fonctionnement du mécanisme de la responsabilité civile résultent de la place qui lui est attribuée dans le système juridique? Nous avons dit que la responsabilité civile joue le rôle de norme secondaire car elle intervient pour sanctionner la violation d'une norme primaire⁸³. Le terme de norme secondaire ne signifie pas qu'elle joue un rôle mineur, mais qu'elle intervient pour sanctionner la violation d'une première norme⁸⁴. La responsabilité civile concrétise des normes primaires, elle participe indirectement à leur interprétation et à leur application. Comme le relève un auteur, « *il ne saurait y avoir responsabilité sans violation d'une règle primaire par un sujet qu'elle oblige* »⁸⁵. Toutefois, la responsabilité civile présente la particularité de sanctionner un comportement incompatible avec le droit, mais dont la règle de conduite n'était pas forcément préalablement exprimée, se déduisant de l'ensemble des règles déjà existantes et ayant vocation à évoluer. Ainsi, lorsque la Cour de cassation met à la charge d'un débiteur une obligation de sécurité de résultat, elle impose de fait la modification du comportement de tous ceux qui seraient susceptibles de voir engager leur responsabilité civile, ce, au nom de principes supérieurs telle la nécessité de tout mettre en œuvre pour que soit préservée l'intégrité du corps humain⁸⁶. Comme le relève un auteur, il y a alors « *prescription de comportement généraux en creux des engagements de responsabilité* »⁸⁷.

35 Par ailleurs, en tant qu'élément du système juridique, la responsabilité civile intervient dans le cadre posé par les normes de rang supérieur. Il peut arriver que ces normes de rang supérieur constituent également une norme primaire. Il convient donc de présenter sommairement ces normes et leur influence sur le droit de la responsabilité civile. Cette présentation n'a pas pour but de traiter de façon exhaustive ces questions qui mériteraient que leur soient consacrées une thèse à part entière⁸⁸, mais d'exposer sommairement l'état du droit

⁸³V. supra §.13 et les références citées.

⁸⁴V. supra §.13 et les références citées.

⁸⁵P.-M. DUPUY, La responsabilité, op. cit. (p. 12).

⁸⁶Y. LAMBERT-FAIVRE & S. PORCHY-SIMON, Droit du dommage corporel, op. cit. (p. 26), p. 42 et s. n°12 et s.

⁸⁷M.-A. FRISON-ROCHE, La dialectique entre responsabilité et assurance, Risques n°43, septembre 2000, p. 79-84, *in fine*.

⁸⁸Des travaux existent mais la responsabilité civile n'est que l'un des aspects du droit privé qui sont envisagés. V. par ex. A. DEBET, L'influence de la CEDH sur le droit civil, Thèse Paris II, 2001, éd. Dalloz, Paris, 2001, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 15. N. MOLFESSIS, Le conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, Paris, 1997.

positif et les conséquences qu'il faut en tirer dans le cadre d'un projet de réforme du droit de la responsabilité civile.

SECTION PRÉLIMINAIRE : LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

36 Le terme de système juridique est polysémique⁸⁹. Cette diversité engendre des variations qu'il est indispensable d'envisager. Ayant présenté le mécanisme de la responsabilité civile, nous devons maintenant évoquer les ressorts qui l'entourent, leurs relations et leurs interactions. Un auteur, qui conteste au demeurant toute systématisme au droit, relève que la notion de système est ambiguë car les juristes emploient ce terme à la fois pour désigner le droit lui-même et « *l'ordre systématique que la connaissance scientifique du droit tâche d'imposer à son objet* »⁹⁰. Le recours au terme de système juridique permet d'indiquer que l'on désigne « *un ensemble complexe constitué de parties liées entre elles par des relations stables* »⁹¹, un ensemble de règles juridiques, qui au sens large peut englober le droit lui-même par opposition à la religion, à la morale, à la société⁹².

37 Le terme de système juridique est également employé en droit comparé pour désigner un ensemble de règles applicables sur un territoire donné⁹³ ; la notion de système juridique ne se confond pas avec celle de droit national ou de droit d'un Etat puisque des droits différents peuvent être appliqués sur le territoire d'un même Etat⁹⁴. La Suisse en est un exemple puisque le système juridique suisse est lui-même composé des systèmes juridiques des différents cantons complétés par le système juridique du droit fédéral. La notion de système juridique se distingue du régime juridique par le fait que les règles qui composent ce dernier

⁸⁹G. TIMSIT, *Système*, in Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Lamy-PUF, Paris, 2003, p. 1462-1465 : l'auteur relève que « *la générosité de la science juridique dans l'emploi de la notion de système n'a d'égale que la disparité des significations qu'elle lui attribue* ».

⁹⁰R. J. VERNENGO, *Le droit est-il un système ?* APD. 1991, tome 36, p. 253-264.

⁹¹G. TIMSIT, op. cit.

⁹²G. CORNU, *Droit civil*, Introduction, Montchrestien, 2007, n°9 et s. et p. 259, définit le système juridique dans un premier sens comme un « *ensemble des données qui structurent le droit (droit objectif, droits subjectifs)* ».

⁹³G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, coll. Quadrige, 6e éd. 2004 : « *En législation comparée, nom donné aux traits marquants qui caractérisent le droit d'un pays relativement aux autres, dans ses principes, ses sources, ses modes d'interprétation, ses tendances, sa conception même du droit. Synthèse de traits dominants qui, dans la comparaison des droits, permet d'établir des oppositions, des affinités, des regroupements entre les divers systèmes (ex. : entre les pays de Common Law et les droits codifiés, entre les droits continentaux, entre les pays d'Orient et d'Extrême Orient et les droits occidentaux, etc.)* ». Certains auteurs ont tenté de classer les différents systèmes juridiques en grandes familles. R. DAVID notamment a présenté les grands systèmes de droit. R. LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*. Lexisnexis, Paris, 2e édition 2008, p. 2, n°3 indique que les « *grands systèmes de droit* » sont les « *systèmes de droit auxquels on doit se référer particulièrement et qui sont comme des clefs de la vie juridique du monde. ... loin de toute idée de « hiérarchiser » les droits* ».

⁹⁴R. LEGAIS, op. cit., p. 1, n°2.

ont un objet commun spécifique, tandis que les règles qui composent un système juridique sont extrêmement variées : règles matérielles comme règles processuelles, principes généraux comme exceptions, normes impératives comme règles supplétives, etc. Ainsi, le régime juridique de la responsabilité civile du fait des produits défectueux est un ensemble de règles avec un objet spécifique, en vue duquel il est possible de déroger aux règles générales. Le comparatiste peut avoir une approche globale des systèmes juridiques objets de son étude, il peut également porter son attention sur une institution ou un mécanisme particulier, tel celui de la responsabilité civile. L'intérêt de cette démarche est de mettre en lumière des éléments qui n'apparaissent pas à la seule étude d'un système juridique. En effet, un système juridique peut être ouvert ou fermé⁹⁵. Dans ce dernier cas, il ne subit aucune influence extérieure et se suffit à lui-même. Mais le droit est justement un système ouvert⁹⁶, sur lequel influent notamment les considérations économiques, sociologiques, psychologiques, morales, religieuses, sans même parler de l'influence d'autres corps de règles juridiques que sont aujourd'hui le droit communautaire et le droit dérivé de l'application de la convention européenne de sauvegarde et de protection des droits de l'Homme. Or ces divers éléments n'étant pas tous des éléments juridiques, ils ne sont pas forcément exprimés dans la description du système juridique lui-même. En revanche, lors d'une comparaison entre systèmes juridiques, la bonne compréhension des similitudes et des différences fonctionnelles implique une prise en compte de ces éléments et permet donc de mettre en évidence ceux qui demeureraient inexprimés si l'on se bornait à les considérer d'un point de vue interne à un système juridique donné. Cette mise en évidence permet alors de les discuter en appréciant leur pertinence. En résumé, le droit comparé permet d'appréhender des éléments qui ne font pas partie du système juridique mais qui l'influencent.

38 La responsabilité civile fait partie d'un système au sommet duquel se trouvent les normes constitutionnelles⁹⁷. L'examen des impératifs constitutionnels conduit à soulever dans

⁹⁵La distinction entre système ouvert et fermé a été employée par R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11e éd., 2002, n°270 et n°307) comme critère de distinction entre les droits de la famille romano-germanique, systèmes fermés, « où toute espèce de question peut et doit, au moins dans la théorie, être résolue par « interprétation » d'une règle juridique existante » et le Common Law, qui serait un système ouvert, « une méthode qui permet de résoudre toute espèce de question », mais qui ne comporte pas de règles de fond à appliquer pour donner la solution de droit. Mais comme le relève G. TIMSIT, ce critère est utilisé pour distinguer seulement les familles de droit occidentales, laissant de côté la famille des droits socialistes par ex. Une autre critique peut être faite à la lumière de l'étude du rôle du juge en matière de responsabilité civile (cf. infra, Le juge et la responsabilité civile, p. 347 et s.), celui-ci ne se contente pas, même en droit français, d'appliquer le droit écrit et crée des normes juridiques en fonction des évolutions de la technique et de la société.

⁹⁶N. LUHMANN, L'unité du système juridique, APD. 1986, tome 31, p. 163-188 : Le système juridique est un « système auto-créateur. Cela implique que le système soit à la fois clos du point de vue normatif et ouvert du point de vue des informations provenant de l'environnement ».

⁹⁷L'ordonnancement du système juridique fait actuellement débat dans la doctrine juridique. Sans développer

le même temps une autre question : celle de l'organisation des compétences législatives et exécutives, car le projet de réforme suisse comporte certains points de répartition des pouvoirs sur lesquels une réflexion est nécessaire. Ainsi, à l'époque où le projet de réforme suisse a été élaboré, la compétence pour régler la procédure civile relevait en principe des cantons. La réforme constitutionnelle du 18 avril 1999 a modifié cette répartition⁹⁸ et depuis, un certain nombre de lois fédérales sont intervenues, tel le Code fédéral de procédure civile du 18 décembre 2008 (CFPC) ou le Code fédéral de procédure pénale⁹⁹. La question des impératifs constitutionnels a été partiellement envisagée par les auteurs du projet de réforme suisse dans le cadre de la discussion sur la modalité d'édiction d'obligations d'assurance¹⁰⁰. D'autres normes supérieures peuvent être prises en compte, spécialement celles résultant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950. Un auteur évoque d'ailleurs la conjugaison de la constitutionnalisation de la responsabilité civile avec une « *conventionnalisation* », dont il annonce les turbulences à venir¹⁰¹. Cet auteur précise également que le terme de constitutionnalisation devrait être réservé aux hypothèses dans lesquelles le Conseil constitutionnel reconnaît expressément valeur constitutionnelle à la règle de droit considérée. De même, le terme de conventionnalisation devrait être réservé à l'hypothèse dans laquelle la Cour européenne des Droits de l'Homme reconnaît valeur de droit fondamental à la règle de droit considérée. Bien plus souvent les termes de constitutionnalisation et de conventionnalisation sont employés pour désigner l'hypothèse dans laquelle le juge supérieur prend en considération une règle du droit de la responsabilité civile, « *qu'il n'envisage cependant que par le truchement de principes distincts tels que le principe d'égalité* »¹⁰². En d'autres termes, l'angle d'attaque du juge n'est pas le même selon qu'il se situe sur le plan constitutionnel ou sur le plan judiciaire. La considération de la hiérarchie des normes implique en droit français comme en droit suisse la prise en compte des principes supérieurs (§.1) et le droit de la responsabilité civile n'échappe pas à leur influence (§.2).

d'avantage une question qui touche à la théorie fondamentale du droit, deux études méritent néanmoins d'être citées : V. LASSERRE-KIESOW, L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit, D. 2006, p. 2279 et s. ; P. PUIG, Hiérarchie des normes : du système au principe, RTDciv. 2001, p. 749 et s.

⁹⁸La réforme constitutionnelle a été acceptée en votation populaire du 18 avril 1999 (AF du 18 décembre 1998, ACF du 11 août 1999, RO 1999 2556 ; FF 1997 I 1, 1999 176 5306).

⁹⁹Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse. Selon un communiqué de presse du Parlement en date du 9 avril 2008, le projet de Code de procédure civile devrait être soumis au Parlement au cours de la session d'été 2008. Par un communiqué de presse en date du 31 mars 2010, le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, de la procédure pénale applicable aux mineurs et du code de procédure civile au 1er janvier 2011.

¹⁰⁰V. infra, L'obligation d'assurance, p. 481 et s.

¹⁰¹Ph. BRUN, La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute, RCEA. 2003/6, p. 37-42.

¹⁰²Ph. BRUN, ib., n°5.

§.1 LES NORMES FONDAMENTALES

39 Le récent débat sur la décision du 16 avril 2010 de la Cour de cassation¹⁰³ de transmettre une question préjudicielle à la CJUE préalablement à la saisine du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁴ illustre l'actuel désordre de la hiérarchie des normes déjà évoqué. Toutefois, ces discussions concernent la théorie générale du droit et ne peuvent être ici détaillées¹⁰⁵.

40 La responsabilité civile est fondée sur deux idées complémentaires : la réparation d'une rupture d'égalité entre la victime et ses contemporains ; la sanction du comportement répréhensible qui se traduit par une atteinte à un droit que la société estime devoir protéger. En réalité, ces deux fondements se fondent en un seul : la responsabilité civile a pour but d'assurer la réparation socialement adéquate des dommages. La société estime légitime de faire peser la charge du dommage sur le responsable dans deux types de cas : la rupture d'égalité, lorsque la victime seule supporte un dommage à la suite d'une activité dont les autres membres de la société tirent un bénéfice, et la faute, lorsque le dommage résulte d'un manquement à un comportement attendu. En présence de normes fondamentales, la rupture d'égalité et la faute se confondent puisque l'atteinte au droit garanti est suffisamment grave pour constituer à la fois un préjudice anormal dont la victime ne doit pas supporter la charge, et une violation de l'ordre juridique qui manifeste une faute de comportement de la part de la personne publique.

41 La responsabilité civile n'intervient qu'à titre complémentaire, les atteintes les plus

¹⁰³Cass. QPC, 16 avr. 2010, n°10-40.002, M. DOMINGO, avis sur Cour de cassation, 16 avril 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, n°10-40.001 et 10-40.002, RFDA. 2010, p. 445 ; J.-F. AKANDJI-KOMBE, QPC versus question préjudicielle à la CJUE : à qui la priorité ? JCP. EG. 2010, 563 ; Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité. Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, D. 2010, p. 1725 et s. ; D. DE BECHILLON, Libres propos, JCP. EG. 2010, supra act. 550 ; P. GAIA, La Cour de cassation résiste... mal, À propos de l'arrêt du 16 avril 2010, RFDA. 2010, p. 458 ; M. GAUTIER, La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ?, À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010, RFDA. 2010, p. 449 ; B. MATHIEU, Libres propos, JCP. EG. 2010, act. 464 ; J.-B. PERRIER, La CJUE et la question prioritaire de constitutionnalité : entre primauté et priorité, LPA. 30 août 2010 n°172 ; F. PICOD, JCP. EG. 2010, act. 509.

¹⁰⁴La possibilité de soumettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité résulte de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, JORF 24 juillet 2008, p. 11890. La loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 définit la procédure selon laquelle à un justiciable peut soulever l'inconstitutionnalité de la règle qui pourrait lui être appliquée dans le litige. Les dispositions organiques mettant concrètement en place la question prioritaire constitutionnalité, laquelle peut être soulevée devant les juridictions françaises depuis le 1er mars 2010. Sur la procédure elle-même v. en autres BICC n°716 du 15 février 2010 ; P. BON, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, RFDA. 2009, p. 1107 et s. ; H. CROZE, La question prioritaire de constitutionnalité, Procédures 2010/2, étude p. 7-13.

¹⁰⁵L'ordonnancement du système juridique fait actuellement débat dans la doctrine juridique. Sans développer davantage une question qui touche à la théorie fondamentale du droit, trois études méritent néanmoins d'être citées : M. GUYOMAR & D. SIMON, La hiérarchie des normes en Europe, GP. du 12 février 2009, p. 11 et s. ; V. LASSERRE-KIESOW, L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit, op. cit. (p. 34) ; P. PUIG, Hiérarchie des normes : du système au principe, op. cit. (34).

graves sont d'abord sanctionnées par le droit pénal. Elle joue néanmoins un rôle pratique considérable aujourd'hui comme en témoigne le poids économique de l'assurance et de la sécurité sociale dans la vie des sociétés modernes. Le droit pénal n'a pas vocation à réparer le tort causé à la victime mais à rétablir l'ordre social troublé par l'infraction en sanctionnant la faute du coupable. À côté de la responsabilité pénale, la responsabilité civile vient en complément pour faire compenser le dommage causé à la victime.

42 La responsabilité civile doit donc tenir compte des principes supérieurs qui l'environnent et dont elle est l'utile complément : droit constitutionnel, droit pénal, droits fondamentaux. Le constat du caractère secondaire du mécanisme de la responsabilité civile et de son lien avec des principes supérieurs conduit à se demander dans quelle mesure ceux-ci ne modèlent pas également le procès en responsabilité civile. Il faut envisager les règles posées par la Constitution (A), à la fois comme norme supérieure et comme règle cadre définissant les conditions dans lesquels les principes fondamentaux garantis par les conventions internationales peuvent être appliqués en droit interne, pour ensuite décrire la portée de ces normes en droit français et en droit suisse (B).

A La constitution

43 La hiérarchie des normes nous indique quelles sont les normes juridiques supérieures au premier rang desquelles figure la Constitution. La Constitution nous intéresse à différents titres. D'abord, elle organise la répartition des compétences entre pouvoirs, ce qui peut avoir un effet sur les modalités de réforme du droit de la responsabilité civile. La constitution détermine la répartition des pouvoirs entre exécutif et législatif (1.) et entre Fédération et cantons (2.). Ensuite, les droits garantis ont donné lieu à quelques décisions (3.).

1. Législatif et exécutif

44 En droit français, les principes fondamentaux du droit des obligations relèvent de la loi¹⁰⁶ tandis que la procédure relève du règlement conformément à la répartition opérée par l'article 34 de la Constitution¹⁰⁷. Dans les développements qui suivent, les problèmes de répartition de compétence seront évoqués en même temps que les points concernés. Ainsi, le Conseil d'État a eu l'occasion d'affirmer que l'édiction d'un délai de prescription touchant le

¹⁰⁶ « La loi détermine les principes fondamentaux : ...du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ».

¹⁰⁷ CE, Section, 4 juillet 1969, Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris et autres, JCP. EG. II. 1969. 16126, note B. BOCCARA : le Conseil d'État annule l'article 7 du décret du 3 janvier 1966 modifiant le régime des baux commerciaux, mais rejette le recours contre l'article 3 qui prévoit des règles de procédure, car « les règles de procédures civiles ne sont pas au nombre de celles qui doivent être fixées par la loi ».

régime des obligations relève du domaine de la loi¹⁰⁸. Par conséquent, une réforme de l'action en responsabilité civile qui toucherait aux délais de prescription nécessite l'intervention du législateur.

2. Fédération et cantons

45 Le projet de réforme suisse propose d'unifier autant que faire se peut le droit de la responsabilité civile. Il propose donc de reconnaître au droit de la responsabilité civile valeur de droit commun, auquel serait soumise la responsabilité des personnes publiques. L'article 43 du projet de réforme suisse dispose que : « *Sous réserve de dispositions spéciales, la Confédération, les cantons et communes ainsi que leurs corporations, établissements et agents sont soumis aux dispositions du droit fédéral régissant la responsabilité civile* ». Le législateur fédéral peut toutefois déroger à ce principe notamment pour la responsabilité découlant de l'exercice d'activités de puissance publique. La responsabilité des cantons échappe cependant à la compétence de principe du droit commun de la responsabilité civile car la constitution suisse pose une règle de répartition des compétences qui interdit à la Confédération de légiférer sur la responsabilité publique des cantons. Toutefois, les auteurs du projet de réforme suisse se fondent sur un avis de droit de l'office fédéral de la Justice du 23 mars 1993 pour considérer que les propositions de modifications du droit « *sont compatibles avec l'interprétation qui peut être donnée de la Constitution fédérale* »¹⁰⁹. L'article 122 al. 1er de la Constitution de 1999 dispose que « *La législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération* ». À partir du moment où la responsabilité à raison des activités qui ne relèvent pas de la puissance publique tombe dans le champ d'application du droit civil, la responsabilité de droit privé des cantons devrait relever du droit commun de la responsabilité civile. Il n'est donc pas possible de supprimer le droit public cantonal de la responsabilité, mais le projet de réforme en fait une exception au droit commun, dont l'application serait fondée sur le critère de la puissance publique. Seule la responsabilité publique cantonale échapperait à la législation fédérale, la responsabilité de la Confédération pouvant être soumise par le législateur fédéral au droit commun, l'article 146 de la Constitution indique seulement que « *La Confédération répond des dommages causés sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions* », sans préciser la nature des règles applicables à cette responsabilité. Une fois posées quelques règles spécifiques, la loi sur la responsabilité de la confédération ainsi que les lois cantonales sur la responsabilité des cantons renvoient expressément au droit commun des articles 41 COS et s. De ce fait, le droit privé commun est du droit public supplétif.

¹⁰⁸CE, Section, 4 juillet 1969, précité.

¹⁰⁹REAP p. 72.

3. Les droits garantis

46 En droit français, la garantie des droits fondamentaux résulte de la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1958, le Préambule procédant à un renvoi aux dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 et du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹¹⁰. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas fondée sur un principe de responsabilité mais sur un principe supérieur dont la responsabilité civile n'est que la concrétisation : le principe d'égalité. Le juge constitutionnel se place avant l'opération de répartition de la charge du dommage, au moment où se réalise la disparité de situations entre la victime et ses contemporains.

47 Le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à se prononcer directement sur une législation concernant la responsabilité civile à proprement parler¹¹¹. La loi du 4 mars 2002 relative à la responsabilité du fait médical a été soustraite au contrôle du juge constitutionnel¹¹². Les décisions analysées ne portent donc qu'à titre accessoire sur la responsabilité civile, lorsque le législateur a assorti les règles matérielles d'une sanction par le biais de la responsabilité civile selon des conditions particulières qu'il a jugé bon de préciser.

48 Ainsi, la décision constitutionnelle n°2008-564 du 19 juin 2008¹¹³, rendue sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés, concerne la constitutionnalité du régime de responsabilité de plein droit édicté à la charge de tout exploitant agricole mettant en culture un organisme génétiquement modifié dont la mise sur le marché est autorisée, pour le préjudice économique résultant de la présence accidentelle de cet organisme génétiquement modifié dans la production d'un autre exploitant agricole. La critique de cette disposition législative portait sur le fait que « *ce régime d'indemnisation des exploitants cultivant sans organisme génétiquement modifié en cas de contamination de leur production* », qui est soumis à des conditions « *manifestement trop restrictives* » et est fondé sur « *la seule dépréciation du produit contaminé en raison d'une différence de prix* » méconnaît la liberté d'entreprendre de ces exploitants et n'assure pas la réparation de l'atteinte à leur droit de propriété ». Le Conseil constitutionnel rejette l'objection d'inconstitutionnalité en relevant que « *ces dispositions, qui simplifient l'indemnisation d'un préjudice économique, ne limitent pas le droit des exploitants agricoles ayant subi un dommage d'en demander la*

¹¹⁰DC 16 juillet 1971, n°71-44, relative à la Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

¹¹¹N. MOLFESSIS, Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Association Henri Capitant, Journées nationales, t. 1, Lille, 1996, LGDJ, 1997, p. 65-108, spéc. p. 78, n°18.

¹¹²Ph. BRUN, op. cit. (p. 34), spéc. p. 38, n°7.

¹¹³DC 19 juin 2008, n°2008-564.

réparation sur un autre fondement juridique, indépendamment des conditions prévues par l'article L. 663-4 précité, ou pour d'autres chefs de préjudice ; que, dès lors, ces dispositions n'apportent aucune limitation au principe de responsabilité qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 et n'ont ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la liberté d'entreprendre ou au droit de propriété ». En d'autres termes, le Conseil constitutionnel entend que le régime de responsabilité de plein droit édicté par le législateur n'est conforme à la Constitution que parce qu'il n'interdit pas le recours à un autre régime de responsabilité, notamment le régime de responsabilité pour faute.

49 En France, la première décision identifiée comme ayant un impact sur la responsabilité¹¹⁴ a été rendue par le Conseil constitutionnel le 22 octobre 1982, à propos d'une loi modifiant la responsabilité des syndicats en cas de dommages causés par une grève¹¹⁵. L'article 8 de la loi relative au développement des institutions représentatives du personnel disposait que « *Aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation des dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical* ». Le Conseil constitutionnel relève que ce texte exclut toute réparation même en cas de faute des auteurs du dommage, et sans prévoir par ailleurs une réparation par d'autres personnes physiques ou morales, ce qui aurait été envisageable, comme le soulignent les considérants 4 et 9¹¹⁶. En revanche, l'exclusion de toute réparation en présence de dommages causés par une faute n'est pas admissible, le Conseil constitutionnel affirmant que « *le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes* ». Le Conseil indique que le principe général qui interdit de nuire à autrui implique le droit de demander réparation en cas de dommage, ce qui est incompatible avec « *une prohibition générale d'agir en justice pour obtenir réparation* » qui porterait une atteinte grave au principe d'égalité. Le principe posé par le Conseil constitutionnel ne vaut qu'entre personnes privées, *a contrario*, le législateur pourrait prévoir une exonération totale de responsabilité en faveur d'une personne publique. Le Conseil constitutionnel n'a pas tant posé un principe de responsabilité qu'un principe de réparation des dommages dus à la faute d'une personne

¹¹⁴N. MOLFESSIS, op. cit. (p. 38), n°20.

¹¹⁵DC 22 octobre 1982, n°82-144, note F. LUCHAIRE, D. 1983, p. 189-192.

¹¹⁶« *Il résulte nécessairement de ce texte que devraient demeurer sans aucune espèce de réparation de la part de leurs auteurs ou co-auteurs ni, en l'absence de toute disposition spéciale en ce sens, de la part d'autres personnes physiques ou morales, les dommages causés par des fautes, même graves, à l'occasion d'un conflit du travail, dès lors que ces dommages se rattachent, fût-ce de façon très indirecte, à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical et qu'ils ne procèdent pas d'une infraction pénale* ».

privée, *a fortiori* en cas de faute grave.

50 Cette conception sera confirmée par la décision du 20 juillet 1983 sur la loi relative à la démocratie du secteur public à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître la valeur constitutionnelle du principe de responsabilité en précisant que celui-ci ne s'oppose pas à l'existence de régimes spéciaux moins rigoureux que le droit commun ; le Conseil refuse également de conférer valeur constitutionnelle au principe de réparation en précisant que celui-ci permet certaines exonérations de responsabilité en cas de fautes présumées excusables¹¹⁷. Un auteur emploie la formule de « *lien tendu entre le droit à réparation et la faute* » pour décrire la position du Conseil constitutionnel¹¹⁸. Cette position nuancée et fondée sur le principe d'égalité sera dépassée par la décision du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le PACS, par laquelle le Conseil constitutionnel indique que « *l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dont il résulte que tout fait quelconque de l'Homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »¹¹⁹. Ultérieurement, le Conseil constitutionnel se borne à rappeler le lien entre le principe de responsabilité et l'article 4 de la Déclaration de 1789¹²⁰.

51 Dans la mesure où le Conseil constitutionnel admet la possibilité pour le législateur de prévoir des régimes de réparation dérogeant au droit commun, faut-il en conclure qu'il a également la possibilité de limiter l'étendue de la réparation en cas de responsabilité pour faute ? Une décision du 13 décembre 1985 semble indiquer que le principe devrait être la réparation intégrale, le Conseil constitutionnel jugeant contraire au principe d'égalité devant les charges publiques la disposition législative « *faisant partir le délai de prescription, non du jour de la naissance du préjudice, mais « du jour où les travaux ont pris fin* », au motif que « *cette disposition interdit la réparation de préjudices pouvant se révéler tardivement* »¹²¹. Or le principe d'égalité devant les charges publiques fonde la responsabilité sans faute de l'État. Il est donc tentant d'étendre ce principe

¹¹⁷DC n°83-162 du 20 juillet 1983.

¹¹⁸N. MOLFESSIS, op. cit. (p. 38), n°22.

¹¹⁹DC n°99-419 du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le PACS, cons. 70. G. VINEY, L'article 1382 du Code civil traduit une « exigence constitutionnelle », JCP. EG. 2000. I. 280, p. 2281.

¹²⁰DC n°2007-556, du 16 août 2007 : « *les dispositions critiquées se bornent à mettre en œuvre le principe de responsabilité qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789* » responsabilité des entreprises de transport obligeant au remboursement de tous les titres de transport lorsque l'entreprise n'aura pas mis en œuvre le plan de transport adapté en cas de grève. DC n°2008-564 du 19 juin 2008 : même mention du « *principe de responsabilité qui découle de l'article 4 de la déclaration de 1789* », auquel il n'est pas porté atteinte en l'espèce dans la mesure où le régime de responsabilité objective à raison d'une contamination de culture par des OGM prévu par le législateur n'exclut pas la mise en jeu de la responsabilité sur un autre fondement et pour d'autres dommages que ceux que le législateur a voulu limitativement réparer.

¹²¹DC n°85-198, 13 décembre 1985 relative à la loi modifiant la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.

de réparation intégrale à la responsabilité pour faute : serait inconstitutionnelle la disposition qui ne permettrait pas la réparation intégrale, sauf à placer tous les citoyens dans la même situation. Mais il faut mettre cette règle en relation avec la référence systématique effectuée par le Conseil à la prise en considération de la gravité de la faute : en pratique, une atteinte corporelle devrait donner lieu à réparation intégrale, mais pas forcément un dommage matériel de peu d'ampleur. Il y aurait ainsi une possibilité d'instaurer une sorte de « franchise » légale. La gravité de la faute pourrait aussi résulter de la masse des victimes : par exemple la perte subie par les consommateurs du fait du calcul effectué par un professionnel gagnant peu mais sur un grand nombre de victimes devrait donner droit à réparation. Le droit à réparation, et donc le droit de la responsabilité civile, est rattaché au principe d'égalité dont il constitue l'un des modes de sanction.

52 Pour ne pas nous lancer dans une étude du droit constitutionnel dérivé comparé entre la France et la Suisse, et parce qu'il s'agit de proposer une réforme pour le droit français de la responsabilité civile et non pour le droit suisse, nous nous bornerons à indiquer que la réforme constitutionnelle suisse a été l'occasion d'inclure dans la Constitution fédérale un catalogue détaillé des droits fondamentaux¹²². Le Tribunal fédéral a également admis la possibilité de reconnaître un droit fondamental non écrit.

B Portée de ces normes en droits suisse et français

53 La concrétisation des droits fondamentaux relève d'abord de l'office du législateur. Les obligations positives découlant des impératifs de protection des droits de l'Homme ou des garanties constitutionnelles pèsent d'abord sur l'Etat. Lorsque le législateur contrevient à ces normes, par exemple en excluant la possibilité de demander réparation à raison du dommage causé par une personne déterminée, la sanction ne sera pas la même selon que le principe violé est de nature constitutionnelle (1.), relève de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (2.) ou est appelé à produire effet dans les relations des particuliers entre eux sous l'égide de l'Etat (3.).

1. Le contrôle de constitutionnalité des lois

54 Le système fédéral suisse connaît un système de contrôle de constitutionnalité mais seulement des normes cantonales par rapport aux normes fédérales. Le recours de droit public devant le Tribunal fédéral pour violation d'un droit constitutionnel ne peut être dirigé que contre une décision ou un arrêté cantonal, le Tribunal fédéral s'interdisant en revanche de

¹²²Articles 7 à 36.

contrôler la constitutionnalité des lois fédérales¹²³. Par différence avec le droit suisse, le droit français prévoit un contrôle abstrait de constitutionnalité des lois. Ce contrôle est effectué par le Conseil constitutionnel dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution. Droit suisse et droit français ont en commun de ne pas permettre au juge d'exercer un contrôle constitutionnel concret des normes législatives nationales, ce qui l'oblige à recourir aux principes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme pour exercer un contrôle concret sur les lois. La réforme constitutionnelle suisse n'a pas modifié cette situation¹²⁴. L'article 191 de la constitution du 18 avril 1999 dispose que « *Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international* ». Cette disposition était déjà présente dans la Constitution de 1874 et a été interprétée comme une interdiction pour le Tribunal fédéral de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales. Une évolution récente consiste pour le Tribunal fédéral à exiger une interprétation conforme aux principes constitutionnels, mais sans s'autoriser à écarter l'application d'une loi fédérale inconstitutionnelle¹²⁵. Le Tribunal fédéral a ensuite affirmé que l'article 190 de la Constitution l'oblige à appliquer la loi fédérale mais ne lui interdit pas d'en examiner la compatibilité constitutionnelle, ce qui signifie que « *le juge est habilité à constater qu'une loi fédérale viole la Constitution* »¹²⁶. Le Tribunal fédéral a même admis qu'en cas de constat d'inconstitutionnalité, il pouvait inviter le législateur à modifier la législation.

55 En droit français, l'article 46-I de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 introduit dans la constitution un article 61-1 aux termes duquel « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». La possibilité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité est effective depuis le 1er mars 2010¹²⁷. L'article 62 alinéa 2 indique qu'« *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure*

¹²³Une proposition parlementaire déposée par H. STUDER en 2005 vise à permettre au Tribunal fédéral d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales. Il est actuellement en cours d'examen au Parlement suisse : il s'agirait de modifier l'article 189bis de la Constitution relatif au contrôle des normes afin d'indiquer que « *en rapport avec un acte d'application, le Tribunal fédéral examine si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale viole des droits constitutionnels ou le droit international* ».

¹²⁴Pour un exposé des propositions de réforme et de leur rejet au cours du processus parlementaire, lire A. AUER (dir.), *Droit constitutionnel suisse*, Staempfli, Berne, 2006, n°1876.

¹²⁵A. AUER, *ib.*, n°1860 et s.

¹²⁶*Ib.*, n°1878. Pour un exemple jurisprudentiel, v. entre autres ATF 125 III 209 : le Tribunal fédéral constate que la disposition du Code civil qui prévoit que le droit de cité s'acquiert par le père et non par la mère viole le principe d'égalité des sexes (cons. 4), mais que le juge est cependant tenu d'appliquer la loi fédérale (cons. 5).

¹²⁷V. *supra* p. 35, les indications en note de bas de page n°104.

fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Dans la mesure où le texte constitutionnel ne prévoit qu'une possibilité et non une obligation, la portée pratique de cette disposition ne peut encore être évaluée. Une chose est certaine cependant : si les juridictions administrative et judiciaire décident de recourir à cette voie, les principes posés par le Conseil constitutionnel déploieront tous leurs effets en droit privé, et les lacunes dues au caractère casuel des décisions rendues seront ainsi complétées. Le Conseil constitutionnel aura peut-être aussi la possibilité de se prononcer globalement sur l'ensemble du système de la responsabilité civile en cas de réforme globale.

Cependant, une personne victime d'une violation d'un droit fondamental dispose en France comme en Suisse de la possibilité d'invoquer devant le juge national les dispositions du droit international, et tout spécialement de la Convention européenne de protection et de sauvegarde des Droits de l'Homme.

2. Le contrôle de conventionnalité des lois

56 En droit suisse, le Tribunal fédéral a admis en 1993 que « la jurisprudence et la doctrine consacrent le principe de la primauté du droit international sur le droit interne. Ce principe découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne. Il en résulte que le juge ne peut pas appliquer une loi fédérale qui violerait un droit fondamental consacré par une convention internationale »¹²⁸. Le Tribunal fédéral peut donc écarter une loi fédérale qui viole un droit fondamental garanti par la convention européenne de protection et de sauvegarde des droits de l'Homme¹²⁹. La loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF) renforce encore cette solution car l'article 122 impose au Tribunal fédéral de réviser sa jurisprudence lorsque celle-ci a été jugée contraire à la Convention par la Cour européenne et qu'il ne peut être remédié aux effets de la violation par le seul octroi d'une indemnité.

57 En droit français, le juge peut également écarter l'application d'une loi incompatible avec un traité international. Les règles dégagées par le juge tant européen que constitutionnel sont susceptibles d'avoir une influence sur le droit de la responsabilité civile. Une réforme du droit de la responsabilité civile ne peut donc négliger les principes ainsi dégagés, sauf à courir le risque de la sanction des violations par le juge international.

3. L'effet horizontal

¹²⁸ ATF 131 V 66, cons. 3.2. A. AUER, ib., n°1881 à 1886.

¹²⁹ Par ex. ATF 125 II 417 : conflit entre la loi fédérale excluant le recours contre les décisions du Conseil fédéral et l'article 6 §1 CEDH.

58 Les droits garantis par la Constitution ou par la CEDH sont opposables aux États, mais leur effectivité commande également aux États de garantir leur application dans les relations privées¹³⁰. Il s'agit alors d'assurer « la protection de l'homme contre l'homme »¹³¹. Comme l'indique un auteur, ce sont deux aspects complémentaires car « Celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination de puissances privées ne ferait que changer de servitude », de plus, lorsque l'individu soumet au juge sa prétention, celui-ci est tenu, en tant qu'organe de l'État d'appliquer les droits garantis¹³². L'État doit veiller à structurer le système juridique de façon à ce qu'il ne soit pas porté atteinte par un particulier aux droits d'un autre particulier, et que l'atteinte réalisée soit ensuite réparée et sanctionnée de façon proportionnée.

59 En droit suisse, l'article 35 alinéa 3 de la Constitution fédérale dispose que « Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». L'effet horizontal se manifeste notamment lors de l'interprétation par le juge des clauses générales. Le Tribunal fédéral indique que « Les lois, en particulier civiles et pénales, doivent être interprétées de manière conforme aux droits fondamentaux. L'interprétation conforme à la Constitution implique notamment que, lorsque la loi contient des notions juridiques imprécises, le juge détermine leur sens en tenant compte de la liberté ou de la garantie constitutionnelle en cause. C'est ce que doctrine et jurisprudence désignent par l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux »¹³³.

Après avoir envisagé les normes fondamentales, il s'agit d'envisager leur influence sur le droit de la responsabilité civile.

§.2 INFLUENCES SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE

60 Le système juridique est tenu d'assurer la sanction et la réparation d'une atteinte à

¹³⁰J. RIVERO, La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées, Mélanges R. CASSIN, Amicorum Discipulorumque Liber, éd. Pédone, 1970, (quatre volumes), tome 3 : La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées, p. 311-322 ; même ouvrage, M.-A. EISSEN, La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour, p. 151-162.

¹³¹D. ALLAND, Observations sur le devoir international de protection de l'individu, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 13-30.

¹³²J. RIVERO, op. cit., spéc. p. 322.

¹³³ATF 120 V 312. R. FRANCISCO, in Droit constitutionnel suisse, sous la dir. de A. AUER, p. 62, n°130. ATF 123 I 112, cons. 9, p. 140-141 : le requérant critiquait les dispositions légales établissant une présomption de consentement au prélèvement d'organes, en estimant qu'à défaut d'information des citoyens, ceux-ci ignoraient que l'on pourrait disposer de leur corps sans leur consentement exprès. Le Tribunal fédéral estime que la réglementation attaquée repose sur un intérêt public suffisant (cons. 8 ; elle respecte le principe de la proportionnalité, pour autant que la politique d'information projetée soit mise en place et que le devoir d'informer au sens étroit soit dûment précisé et concrétisé ; la loi se prête, sur ce point, à une interprétation conforme à la Constitution (cons. 9).

un droit fondamental. La sanction passe d'abord par le droit pénal, mais la réparation peut relever du droit de la responsabilité civile¹³⁴. Inversement, lorsque le droit de la responsabilité civile donne un droit à un particulier, celui-ci est au bénéfice des garanties processuelles découlant de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les dispositions de la Convention jouent un rôle prédominant en raison de l'absence de recours constitutionnel *a priori* jusqu'à l'introduction récente dans la constitution d'un article 61-1 aux termes duquel « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »¹³⁵. Le contrôle *a priori* exercé par le Conseil constitutionnel a cependant donné lieu à des décisions relatives à l'organisation de la procédure et qui sont susceptibles d'exercer une influence malgré l'absence de consécration d'un droit à la responsabilité civile (1.). Cependant, il existe une obligation à réparation (2.), ainsi que des garanties procédurales dans le cadre du procès en responsabilité civile (3.).

1. Absence de droit à la responsabilité civile

61 Le Conseil constitutionnel français a eu l'occasion de se prononcer sur la place dans la hiérarchie des normes de la responsabilité civile : saisi par des parlementaires d'un argument fondé sur l'existence d'un « principe de responsabilité de valeur constitutionnelle, consacré par la déclaration de 1789 et reconnu par les lois de la République, notamment par le Code civil et le code pénal ; ... principe qui imposerait à l'auteur de toute faute d'en répondre civilement »¹³⁶, le Conseil rétorque « sans qu'il soit besoin de rechercher si un tel principe a valeur constitutionnelle, il suffit d'observer qu'en tout état de cause, il ne s'opposerait pas à l'aménagement de régimes de responsabilité spéciaux moins rigoureux que le régime de droit commun... ». Le Conseil ajoute que le principe de réparation s'oppose au refus absolu de toute réparation sans égard à la gravité de la faute, mais non à certaines exonérations de responsabilité pour des fautes présumées excusables. Toutefois, le Conseil affirmera en 1999 que « la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »¹³⁷.

62 Le législateur n'est pas tenu de prévoir la sanction de la violation d'un droit

¹³⁴G. COHEN-JONATHAN, Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la convention européenne des droits de l'Homme, Mélanges P. LAMBERT, Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 109-140.

¹³⁵Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, article 46-1.

¹³⁶DC n°83-162 du 20 juillet 1983, cons. 76 et s.

¹³⁷DC n°99-419 du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le PACS, cons. 70.

fondamental par la responsabilité civile puisque le plus souvent il s'agit d'abord de prévenir ou de faire cesser l'atteinte. Il n'est pas non plus tenu de sanctionner par la voie de la responsabilité civile la violation d'un droit quelconque. En ce sens, il n'y a pas de droit à la responsabilité civile. Un auteur indique que « *il n'existe aucun droit ou principe propre au droit de la responsabilité civile dans les textes à valeur constitutionnelle* », les décisions sont rendues au visa du principe d'égalité¹³⁸. Toutefois, comme l'indique le Conseil constitutionnel dans la décision de 1983, le principe du droit à réparation implique que le législateur doive tenir compte de la gravité de la faute cause du dommage : il semble qu'en présence de la violation d'un droit fondamental, faute grave, le législateur n'est plus libre d'exclure le droit à réparation de la victime. Mais la réparation peut résulter d'une indemnisation par l'État sans mise en jeu de la responsabilité de l'auteur du dommage par exemple.

63 Or le législateur suisse est tenu par l'article 35 alinéa 3 de la Constitution selon lequel « *Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux* ». Les droits fondamentaux garantis par la Constitution et plus largement par les traités internationaux doivent être concrétisés non seulement dans les relations de l'État avec l'individu mais également entre individus. En l'absence de norme de droit écrit, le juge tranche les litiges qui lui sont soumis à la lumière des principes constitutionnels, des principes généraux du droit et du droit conventionnel.

2. L'obligation de réparation

64 La Cour européenne a mis à la charge des États des obligations positives, c'est-à-dire l'obligation de prendre des mesures de nature à prévenir ou à sanctionner les violations des droits garantis¹³⁹. La garantie des droits fondamentaux comprend un devoir de protection qui se traduit par l'adoption d'une législation adaptée pour prévenir ou sanctionner les comportements des particuliers. Ainsi, le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention impose à l'État de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction, en assurant par exemple un environnement sans risque ou plutôt en prenant les mesures nécessaires pour éviter la réalisation d'un risque connu ou qui aurait dû être connu.

La violation d'un droit fondamental doit donner lieu à réparation. En présence d'une atteinte volontaire à la vie, la responsabilité pénale est la sanction naturelle. En revanche, en

¹³⁸N. MOLFESSIS, op. cit. (p. 38), p. 78, n°18.

¹³⁹F. TULKENS, Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1605-1626.

présence d'atteinte involontaire, une réparation civile est envisageable¹⁴⁰.

65 En revanche, la constatation d'une violation d'un droit fondamental par la CEDH n'impose pas à l'État de réparer les conséquences de la violation constatée pour la victime directe sauf les mesures d'exécution de l'arrêt de la CEDH : il lui est imposé de faire en sorte à l'avenir de prévenir la violation constatée¹⁴¹. L'article 41 de la convention permet à la Cour européenne d'octroyer elle-même une satisfaction équitable lorsque le simple constat de la violation ne suffit pas à réparer le dommage subi par la victime et que « *le droit interne de la Haute partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation* ». Cette possibilité a une vocation subsidiaire : ce n'est que si le droit de l'État ne permet pas d'effacer la violation que la Cour peut être saisie d'une demande de réparation¹⁴². La réparation peut être une réparation en nature : la victime de la violation obtient une *restitutio in integro*, comme par exemple dans le cas d'une victime d'une violation du droit à un procès équitable, que son affaire soit rejugée conformément au standard procédural européen. La possibilité offerte par l'article 41 de la CEDH de demander à la Cour une satisfaction équitable n'est ouverte qu'en l'absence de compensation effective par l'État du tort subi par le requérant¹⁴³. Si le droit interne permet effectivement d'obtenir une compensation, la Cour n'a pas lieu d'intervenir.

66 Le droit interne français n'admettait pas jusqu'à récemment la remise en cause de la force de chose jugée des décisions de l'ordre interne par les décisions de la CEDH¹⁴⁴. Comme le relève un auteur, « *après épuisement des voies de recours, la nécessité d'assurer la sécurité et la stabilité des situations juridiques impose aux parties au procès, comme vérité, ce qui a été jugé* »¹⁴⁵. Or admettre tant une révision de la décision judiciaire interne dont résulte la violation d'un droit fondamental

¹⁴⁰CEDH, 17 janvier 2002, CALVELLI et CIGLIO c/ Italie, Req. 32967/96, §.51 : à la suite du décès de l'enfant lors de l'accouchement, les parents agissent contre le médecin mais des dysfonctionnements de la procédure pénale conduisent à ce que la prescription soit acquise. Les parties avaient transigé avec l'assureur du responsable sur les intérêts civils, ce qui conduit la Cour à considérer qu'ils ne pouvaient plus agir contre le médecin.

¹⁴¹Ainsi, dans l'affaire VERMEIRE c/ Belgique, un enfant illégitime reprochait à la Belgique de n'avoir pas tiré les conséquences de l'arrêt MARCKX du 13 juin 1979 condamnant la discrimination entre enfants légitime et naturel par les règles successorales. Par un arrêt du 29 novembre 1991, req. 12849187, la Cour estime que la solution de l'arrêt MARCKX était suffisamment claire pour être directement appliquée par les tribunaux belges et qu'à défaut, l'Etat belge doit compenser le préjudice correspondant à la perte patrimoniale que représente la part de la succession qui aurait dû être celle de l'enfant nonobstant sa filiation illégitime. La Cour rejette l'argument de la Belgique selon lequel le législateur belge avait préféré ne pas réformer hâtivement et n'avait pas donné d'effet rétroactif à la loi pour préserver la sécurité juridique en indiquant que « *la liberté de choix reconnue à l'Etat quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979* ».

¹⁴²J.-L. CHARRIER, Code de la Convention européenne des droits de l'Homme, Lexisnexis, Paris, 2005, p. 300 et s.

¹⁴³G. COHEN-JONATHAN, op. cit. (p. 45).

¹⁴⁴J.-P. DINTILHAC, La vérité de chose jugée, in le rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, La Vérité, p. 49-57.

¹⁴⁵Ib.

qu'une responsabilité civile du fait de cette violation conduit à remettre en cause une décision passée en force de chose jugée¹⁴⁶. Selon la formule de la Cour de cassation, « *les décisions rendues par ladite Cour (européenne)... n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales* »¹⁴⁷.

67 Depuis, le législateur français a prévu une possibilité extrêmement restreinte de réexamen d'une décision pénale en raison d'une condamnation par la CEDH. La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a introduit dans le Code de procédure pénale un article 626-1 sur le fondement duquel la victime d'une violation de la Convention réalisée par le prononcé d'une décision pénale peut en demander le réexamen à condition que « *par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable... ne pourrait mettre un terme* »¹⁴⁸. En dehors de cette hypothèse, le constat de violation par la CEDH n'a pas d'effet direct sur les décisions antérieurement rendues par les juridictions internes.

68 Cette situation est un frein à la concrétisation des droits fondamentaux. Toutefois, la solution contraire pourrait porter atteinte à la chose jugée et donc à la sécurité juridique. En droit français, l'autorité de chose jugée a une source législative¹⁴⁹ mais le principe de la sécurité juridique a valeur constitutionnelle. La conciliation de ces deux exigences mérite réflexion et justifie que le juge judiciaire n'ait pas de lui-même admis un recours en l'absence de texte, comme un auteur le suggérait à l'instar de l'admission prétorienne de l'appel-nullité¹⁵⁰. La révision de la décision viciée n'est d'ailleurs pas forcément la meilleure solution puisque cela signifie, spécialement en matière pénale, de rejuger l'affaire et donc d'imposer un

¹⁴⁶C'est en tout cas la position défendue par le Gouvernement français devant la CJCA à l'occasion de l'affaire KÖBLER c/ Autriche, aff. C-224/01, arrêt du 30 septembre 2003, point 23: « *la reconnaissance d'un droit à réparation en raison d'une application prétendument erronée du droit communautaire par une décision définitive d'une juridiction nationale serait contraire au principe du respect de l'autorité de la chose définitivement jugée... Le principe de l'intangibilité de la chose définitivement jugée revêt une valeur fondamentale dans les systèmes juridiques fondés sur la prééminence du droit et le respect des décisions de justice. Or, si la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire par un organe judiciaire était reconnue, cette prééminence et ce respect seraient remis en cause* ».

¹⁴⁷Cass. crim. 4 mai 1994, n°93-84547, SAÏDI, Bull. n°166. Cass. crim. 3 février 1993, n°92-83443, KEMMACHE, Bull. n°57.

¹⁴⁸V. par ex. Commission de révision, 14 mars 2002, Bull. crim. n°2.

¹⁴⁹Articles 480 du Code de procédure civile, 1350 et s. du Code civil. La doctrine indique que l'autorité de chose jugée est « *un attribut conféré par la loi aux actes juridictionnels afin d'assurer l'immutabilité de la vérification juridictionnelle et d'interdire le renouvellement du procès* », R. PERROT & N. FRICERO, Autorité de la chose jugée au civil sur le civil, JCL de procédure civile, fasc. 554 (1998).

¹⁵⁰P.-Y. GAUTIER, De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, D. 2005 p. 2773, n°11. L'appel nullité est admis par la jurisprudence *contra legem* lorsque le législateur a fermé ou limité la voie de l'appel en cas d'excès de pouvoir du juge. Sur ces notions, voir N. FRICERO, L'excès de pouvoir en procédure civile, Revue générale des procédures, 1998/1, p. 17 et s.; F. KERNALEGUEN, L'excès de pouvoir du juge, Justices 1996/3, p. 151 et s. Le commissaire du gouvernement R. SCHWARTZ dans ses conclusions sur CE 11 février 2005, n°257682, D. 2004, p. 1414 et s. indique d'ailleurs que le juge administratif a pu par le passé « *créer ex nihilo des voies de recours extraordinaires* », et donne l'exemple de la tierce-opposition, de la rectification du dispositif du renvoi d'un arrêt de cassation devenu inexécutable, le recours en rectification d'erreur matérielle et le recours en homologation d'une transaction hors de tout litige.

nouveau procès aux parties civiles par exemple. Le recours à la responsabilité civile à raison de la violation d'un droit protégé par la Convention serait une solution conciliant à la fois les intérêts de la victime de la violation, et ceux des autres parties qui ne se verraient pas obligées de faire rejurer leur affaire.

69 Une évolution en ce sens peut être envisagée compte tenu de divers éléments. La subsidiarité de l'intervention de la Cour lorsqu'elle accorde une satisfaction équitable sur le fondement de l'article 41 pourrait conduire le législateur interne à préférer confier à une juridiction interne le soin de procéder à la compensation du tort subi ; le législateur pourrait ainsi diminuer le nombre de condamnations par la Cour européenne, et également permettre l'exercice d'actions récursoires lorsque la violation résulte d'agissements fautifs d'individus qui devraient alors supporter la charge définitive de la réparation au lieu et place des finances publiques. En sens inverse, la Cour a voulu diminuer le volume des requêtes dont elle est saisie et a imposé aux États membres d'introduire dans leur droit une procédure permettant d'obtenir réparation en cas de délai de procédure déraisonnable. À défaut, la Cour européenne condamne automatiquement pour violation de l'exigence du délai raisonnable l'État qui n'a pas été en mesure d'apporter la preuve qu'une voie de droit effective existait en droit interne pour obtenir réparation des préjudices causés par la lenteur de la procédure. La Cour européenne a admis que la procédure prévue par l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire¹⁵¹ pouvait être considérée comme de nature à permettre la réparation en cas de violation de l'exigence de délai raisonnable.

70 Comme ce texte ne s'appliquait pas à la juridiction administrative et dans la mesure où il était « inutile d'attendre une intervention du législateur »¹⁵², le Conseil d'État a admis par un arrêt d'assemblée du 28 juin 2002¹⁵³, que la responsabilité de l'État pouvait être engagée lorsque la durée excessive d'une procédure portait atteinte aux articles 6 § 1 et 13 de la CEDH, ainsi qu'aux « principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives », dont il résulte que les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable. Comme le relève le commissaire du Gouvernement, s'agissant d'une procédure

¹⁵¹ « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement defectueux de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

La jurisprudence retient la responsabilité de l'État en cas de destruction de scellés sans que le propriétaire ait été averti de ce qu'il pouvait les reprendre (Cass. civ. 1re, 8 juillet 2008, n°07-18239) ; en cas de procédure ayant duré 14 ans alors qu'il s'agit d'un accident du travail ayant occasionné la perte d'un bras et ne présentant pas de difficulté juridique particulière (Cass. civ. 1re, 20 février 2008, n°06-20384) ; l'inaction d'un juge d'instruction pendant 4 ans et 7 mois et n'ayant pas accompli les actes nécessaires au bon déroulement de l'information (Cass. civ. 1re, 13 mars 2007, n°06-13040).

¹⁵² Conclusions du Commissaire du gouvernement, F. LAMY sur l'arrêt cité ci-dessous.

¹⁵³ CE, ass., 28 juin 2002, n°239575, MAGIERA, concl. F. LAMY, RFDA. 2002. 756.

déjà terminée, « l'action en réparation paraît particulièrement appropriée ». Il s'agit d'un régime de responsabilité pour faute simple. Toutefois, ce régime de responsabilité ne joue qu'en cas de violation de l'exigence d'un délai raisonnable et n'a pas été étendu à d'autres hypothèses de constat de violation de la Convention.

71 Ces hypothèses de mise en cause de la responsabilité de l'État ne concernent que la violation d'obligations procédurales et spécialement l'exigence du délai raisonnable, mais non la violation d'une norme de droit matériel supérieure telles les règles de droit issues de la CEDH. Toutefois, le Conseil d'État a été récemment saisi d'une demande de réparation du dommage causé par le fait¹⁵⁴ de l'État ayant adopté une loi inconstitutionnelle. Par un arrêt du 8 février 2007¹⁵⁵, le Conseil d'État admet la responsabilité de l'État du fait de l'adoption d'une loi de validation en violation des exigences de l'article 6 de la CEDH. Le requérant, chirurgien-dentiste de son état, avait refusé de se soumettre à l'augmentation de ses cotisations minimales obligatoires à la caisse autonome de retraite prévue par le décret n°85-283 du 27 février 1985. En raison d'un vice de procédure, ce texte fût déclaré illégal par le Conseil d'État saisi d'une question préjudicielle. Le Parlement a rétroactivement validé les appels de cotisation effectués sur le fondement de ce décret, entraînant la condamnation du requérant à payer l'augmentation de cotisation. Ce dernier a saisi le Premier Ministre d'une demande d'indemnisation du préjudice causé par la loi de validation. Le refus implicite fût ensuite soumis à la juridiction administrative. Bien que le requérant ait invoqué les dispositions de la Convention européenne de protection et de sauvegarde des droits de l'Homme, et spécialement l'article 6, la Cour administrative d'appel refusa d'admettre la responsabilité de l'État du fait de cette loi de validation. Le juge de cassation est saisi d'une demande d'indemnisation fondée à titre principal sur la responsabilité pour faute de l'État, et à titre subsidiaire sur sa responsabilité sans faute. Le commissaire du gouvernement suivi en cela par le Conseil d'État relève que la Cour d'appel ne pouvait juger que la validation législative ayant pour objet de préserver l'équilibre financier de la caisse autonome de retraite des chirurgiens-dentistes était intervenue dans un but d'intérêt général suffisant alors que la jurisprudence de la CEDH exige d'impérieux motifs d'intérêt général.

72 S'agissant de la violation du droit communautaire, le Conseil d'État a admis, tout en rejetant la demande du requérant en l'espèce, que « la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste du droit

¹⁵⁴Le terme de fait de l'État est employé à dessein, le Conseil d'État n'ayant pas voulu indiquer si cette responsabilité du fait des lois était une responsabilité sans faute ou une responsabilité pour faute.

¹⁵⁵CE, ass., 8 février 2007, n°279522, GARDEDIEU, concl. L. DUREPAS, Lebon p. 2007.

communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers »¹⁵⁶. La Haute juridiction n'avait en réalité pas vraiment le choix dans la mesure où la CJCE, par un arrêt du 30 septembre 2003¹⁵⁷, s'est prononcée sur la responsabilité de l'État en cas de violation du droit communautaire du fait d'une juridiction suprême pour le préjudice causé aux particuliers.

73 Affirmer que la violation d'un droit fondamental engage la responsabilité de l'État permet, d'une part, une meilleure protection de ces droits, et d'autre part, le transfert de la charge finale du dommage sur le responsable direct par le biais de l'action récursoire que l'État devrait pouvoir engager devant les juridictions internes. En outre, lorsque l'atteinte est directement le fait d'un individu que l'État ne s'est pas donné les moyens d'empêcher de nuire, la CEDH n'impose pas que la réparation civile soit prise en charge par le particulier auteur du dommage : l'obligation de réparer pèse d'abord sur l'État, qui peut ensuite décider de la faire peser définitivement sur le responsable direct. En admettant que la responsabilité de l'État rentre également dans le champ de la responsabilité civile, il devient concevable qu'une décision constatant une violation des droits fondamentaux par l'État soit de nature à engager sa responsabilité pour faute. Une telle évolution reste encore à réaliser mais elle s'inscrirait dans le cadre des principes posés par le Conseil constitutionnel qui admet que la réparation soit assurée par un régime d'indemnisation, mais seulement si le législateur prend en considération la gravité de la faute¹⁵⁸.

74 L'une des différences entre le droit suisse et le droit français de la responsabilité civile réside dans la définition de la notion de dommage réparable. Alors que le droit français admet la réparation de tout dommage, défini comme la lésion d'un intérêt, le droit suisse ne prévoit pas la réparation des dommages qui ne résultent pas d'une atteinte à un droit absolu ou à un droit expressément protégé par une norme de protection¹⁵⁹. Les notions de préjudice réparable et d'illicéité se confondent pour exclure la réparation des dommages que la société ne juge pas utile de réparer¹⁶⁰.

3. Le droit au recours et le procès équitable

75 Lorsque le système juridique interne confère un droit de nature civile ou que l'ordre juridique international garantit un droit fondamental, celui qui en est titulaire doit pouvoir saisir le juge pour le faire respecter ou faire sanctionner la violation déjà réalisée, et la

¹⁵⁶CE, 5 et 4e sous-sections, 18 juin 2008, n°295831, note S.DEYGAS, la responsabilité de l'État peut être engagée du fait du contenu d'une décision juridictionnelle, Procédures 2008/8-9, p. 71.

¹⁵⁷CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-224/01, G. KÖBLER c/ Autriche, concl. Ph. LÉGER.

¹⁵⁸V. supra p. 38 et s., la constitution, les droits garantis.

¹⁵⁹V. infra, p. 158 et s., Le dommage réparable.

¹⁶⁰V. infra, p. 216 et s., La notion d'illicéité en droit positif suisse.

procédure doit lui garantir un procès équitable. C'est la même idée d'effectivité qui conduit les auteurs du projet de réforme suisse à s'intéresser à la mise en œuvre procédurale du droit à réparation.

Par conséquent, tout droit à réparation entre dans le domaine d'application de l'article 6 de la Convention, ce qui implique que le système juridique de l'État doit offrir un accès au juge pour trancher le litige (a), une procédure équitable (b) et des normes juridiques prévisibles (c).

a Le droit au recours

76 Le droit de saisir un juge est garanti tant au niveau national qu'international. Comme l'indique M. le doyen GUINCHARD¹⁶¹, des textes internationaux et spécialement la CEDH, comme des textes nationaux dont la Constitution¹⁶², garantissent le droit d'agir en justice. En droit suisse, la garantie du droit au juge résulte de l'article 29¹⁶³ de la Constitution complété par l'article 35 relatif à la réalisation des droits fondamentaux¹⁶⁴.

77 Selon la jurisprudence de la CEDH, le législateur ne peut s'affranchir de cette obligation d'organiser une voie de recours : il doit réaliser les conditions procédurales nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité civile à partir du moment où le droit interne reconnaît un droit à réparation. Le législateur n'est donc pas totalement libre dans l'aménagement du système¹⁶⁵. La qualification de « *droit de caractère civil* » est une notion autonome et ne dépend pas de la définition qui en est donnée par le droit interne. La Cour européenne a ainsi précisé que « *L'article 6 §.1 (art. 6-1) vaut pour les "contestations" relatives à des "droits" (de caractère civil) que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne, qu'ils*

¹⁶¹S. GUINCHARD, Le procès équitable : droit fondamental ? AJDA. 1998/7-8, n° spécial, p. 191-208, spéc. p. 197 : Déclaration universelle des droits de l'Homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, CEDH.

¹⁶²Conseil constitutionnel, décision n°93-325 du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ; décision n°93-335 du 21 janvier 1994, Urbanisme et construction, cons. 4 : les dispositions prises par le législateur « *n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la possibilité ouverte à tout requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus explicites ou implicites ; que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours* » ; décision n°96-373 du 8 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française : censure de la disposition législative qui limite l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

¹⁶³« 1 Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.

2 Les parties ont le droit d'être entendues ».

¹⁶⁴« 1 Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.

2 Quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

3 Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ».

¹⁶⁵Y.-H. LELEU, Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens, JdT. (belge), 29 avril 2006, p. 277-284.

soient ou non protégés de surcroît par la Convention »¹⁶⁶. En l'espèce, le requérant demandait à bénéficier de dégrèvements fiscaux et d'allègements postaux, c'est-à-dire la possibilité de pouvoir bénéficier des avantages réservés à certaines publications. La Cour considère que « Au centre de la contestation figurait donc un droit, le droit à une indemnité pour faute de l'administration de nature à engager la responsabilité de l'État », à partir de là, les garanties procédurales prévues par la Convention trouvent à s'appliquer, nonobstant l'origine du différend et la compétence de la juridiction administrative¹⁶⁷. Le droit en question ne résulte pas nécessairement de la loi, la jurisprudence est également prise en compte¹⁶⁸.

78 L'effectivité de la protection des droits fondamentaux implique la possibilité du recours au juge pour en obtenir la sanction. Les atteintes aux droits fondamentaux doivent être réparées, la victime doit pouvoir agir en justice pour demander réparation et la faute du responsable ne doit pas rester sans sanction¹⁶⁹. Convention et Constitution imposent certaines règles *a minima*. De ces règles découlent des conséquences procédurales pour permettre à la victime d'obtenir réparation. Indépendamment du fait que le législateur ait l'obligation positive de prévoir la sanction et la réparation des atteintes aux droits fondamentaux¹⁷⁰, lorsque le droit interne reconnaît un droit, celui-ci bénéficie des règles relatives au procès équitable¹⁷¹. Le juge européen contrôle l'existence d'une voie de droit et le caractère proportionné des limitations que l'État a pu poser à l'accès au juge¹⁷². Les limitations posées par la législation interne de l'État à l'accès au juge peuvent être de différentes sortes. Ainsi, la

¹⁶⁶Voir, entre autres, CEDH 26 mars 1992 aff. éditions Périscope c/ France, série A n°234-B ; CEDH, Neves e Silva c. Portugal du 27 avril 1989, série A n°153-A, p. 14, §. 37.

¹⁶⁷P. TAVERNIER, La Convention européenne des droits de l'Homme et la distinction droit public - droit privé, Mélanges M.-A. EISSEN, Liber Amicorum, Bruylant & LGDJ, Bruxelles & Paris, 1995, p. 399-413. L'auteur mène une réflexion critique sur la tendance de la Cour à étendre la notion de droit de nature civile en se fondant sur les critères de l'absence de prérogatives de puissance publique et de l'existence d'un droit patrimonial. J.-P. COSTA, Les droits et obligations de caractère civil selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Mélanges P. JULIEN, La justice civile au XXI^e siècle, N. Fricero, G. Taormina, M. Zavarro (dir.), éd. EDILAIX, Aix en Provence, 2003, p. 103-113. F. MATSCHER, Quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme au sujet des garanties procédurales en matière civile, Mélanges N. VALTICOS, éd. Pédone, Paris, 1999, p. 449-457.

¹⁶⁸Ainsi, la CEDH a pris en compte la jurisprudence Perruche (Ass. pl. 17 novembre 2000, n°99-13701, JCP. 2000. II. 10438, concl. J. SAINTE-ROSE, rapport P. SARGOS) et Quarez (CE, 14 février 1997, concl. V. PECRESSE, RFDA. 1997. 374) dans les affaires Maurice c/ France et Draon c/ France du 6 octobre 2005 pour déterminer les droits dont les requérants avaient été privés du fait de l'intervention de la loi dite anti-Perruche du 4 mars 2002. Lire sur cette question Y.-H. LELEU, article précité, spéc. p. 283, n°15.

¹⁶⁹G. COHEN-JONATHAN, op. cit. (p. 45).

¹⁷⁰J. WALINE, L'influence des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit positif français, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1707-1727.

¹⁷¹J.-P. COSTA, op. cit. (p. 53). Par exemple, l'Etat ne peut adopter des lois rétroactives afin de modifier l'issue des procès en cours sans porter atteinte au principe du procès équitable prévu à l'article 6 de la Convention : lire sur cette question Y.-H. LELEU, op. cit. (p. 52). S. PRIGENT, Loi anti-Perruche : condamnation des ingérences législatives rétroactives dans l'exercice du droit à réparation, note sous Cass. civ. 24 janvier 2006, LPA. 31 mars 2006, n°65, p. 13-19.

¹⁷²F. MATSCHER, op. cit. (p. 53).

prescription, qui interdit d'engager une action après l'écoulement d'un délai est une limite posée au droit d'accès au juge. Comme l'indique la Cour, le droit au juge n'est pas absolu, encore faut-il que les limitations apportées ne soient pas déraisonnables et n'aient pas pour effet de porter atteinte à la substance même du droit : « *pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 §1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »¹⁷³.

b Les garanties procédurales

79 Pour comprendre l'importance que peuvent avoir les garanties procédurales dans le cadre du procès, il suffit de se reporter aux écrits de M. CANIVET traitant du principe d'efficience en droit judiciaire privé¹⁷⁴ : « *l'objet essentiel de la procédure est de rendre effectifs les droits des citoyens à l'égard de la justice, le droit à un procès équitable, c'est-à-dire l'accès à un juge offrant une méthode de qualité pour la préparation d'une solution, sinon le plus rapidement possible, au moins dans un temps acceptable...* ». Celui qui allègue être victime d'un préjudice doit pouvoir faire juger sa prétention dans un délai raisonnable, par un juge ayant les moyens de juger, dans des conditions lui permettant de faire effectivement valoir ses droits. Inversement, le responsable recherché doit pouvoir se défendre¹⁷⁵. Ces considérations d'effectivité ont inspiré les auteurs du projet de réforme suisse qui ont par exemple prévu des modifications des règles de compétence territoriale en faveur de la victime ou envisagé d'introduire en droit suisse le droit d'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité du responsable afin de permettre une indemnisation rapide sans devoir forcément attendre l'issue du procès en responsabilité civile. La procédure est l'un des moyens de réaliser le droit à réparation.

80 Au cours du procès en responsabilité civile, la Convention déploie également ses effets. Le procès équitable implique aussi que le législateur organise le service public de la

¹⁷³CEDH, 22 octobre 1996, Stubbings et a. c/ Royaume-Uni, Rec. 1996-IV, fasc. 18, p. 1503. V. également F. MATSCHER, op. cit. (p. 53), spéc. p. 452.

¹⁷⁴G. CANIVET, Du principe d'efficience en droit judiciaire privé, Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, Paris, 2000, p. 243-252.

¹⁷⁵Par un arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009, la Cour de cassation rappelle que « *constitue un droit fondamental, en vue d'un procès équitable, le droit d'être pleinement informé de la faculté de contester devant un juge une transaction opposée à celui qui n'y était pas partie* ». En l'espèce, le conducteur fautif non assuré était poursuivi par le Fonds de garantie sur la base de la transaction passée avec la victime. Or le Fonds de garantie s'était borné à lui réclamer une somme avec pour seule indication que le recours était exercé sur le fondement des textes légaux sans indication de la possibilité d'exercer son droit de contestation. Ass. pl. 29 mai 2009, n°08-11422, Bull. n°5 ; S. ABRAVANEL-JOLLY, Recours du FGAOD contre le responsable d'un accident de la circulation, JCP. 2009. EG., n°25 ; S. BEAUGENDRE, Fonds de garantie : transaction avec l'assureur d'une victime, D. 2009, p. 1607 ; Ph. BRUN & O. GOUT, chron. Responsabilité civile (juillet 2008 - septembre 2009), D. 2010. p. 49 ; R. DE GOUTTES, avis sur Ass. pl. 29 mai 2009, GP. 28 juin 2009, n°179-181, p. 8-16 ; P. Y. GAUTHIER, Où la transaction, à l'occasion de son effet relatif, fait une entrée peut-être excessive dans le Panthéon des droits fondamentaux RTDciv. 2009, p. 550-552 ; H. GROUDEL, Recours du fonds de garantie après transaction avec la victime, RCEA. 2009/9, p. 30-31, Comm. 272 ; chron. Droit des assurances terrestres (juillet 2008 - décembre 2009), D. 2010 p. 1740 ; J. LANDEL, note sous Ass. pl. 29 mai 2009, RGDA 2009, p. 769.

justice de façon à donner effectivement la possibilité au demandeur de soumettre sa prétention au juge et au défendeur de la discuter. Cette exigence implique que la prétention soit jugée dans un délai raisonnable. Elle implique également que le juge lise effectivement les pièces essentielles du dossier qui lui est soumis ; la France a d'ailleurs été condamnée parce que l'arrêt de rejet d'un pourvoi affirmait le contraire de ce que le requérant avait écrit dans ses conclusions d'appel¹⁷⁶.

c La qualité du droit

81 Outre le bien-fondé des règles qui le composent, la qualité du droit résulte de sa clarté, de son intelligibilité et de sa stabilité. Dans le cadre d'une réforme du droit de la responsabilité civile, le principe de clarté et d'intelligibilité du droit, ainsi que l'exigence de sécurité juridique devraient être pris en compte. L'exigence de sécurité juridique ne se définit pas aisément¹⁷⁷ ; « principe flou, d'application incertaine, la sécurité juridique colore certaines évolutions jurisprudentielles alors même que son nom n'est pas prononcé »¹⁷⁸, devant le juge administratif¹⁷⁹, le juge constitutionnel¹⁸⁰ ou le juge judiciaire¹⁸¹. Le droit étant par nature appelé à évoluer, il s'agit de donner aux destinataires de la norme d'une part les clefs pour prévoir cette évolution, d'autre part les moyens de parer aux inconvénients des changements inévitables. Le premier aspect relève de la technique législative. Le second concerne également la technique juridictionnelle. Un auteur y ajoute la technique doctrinale car pour lui, « la sécurité juridique est le résultat à la fois de la clarté et de la constance de la norme écrite, de la prudence éclairée des juges qui l'appliquent et l'interprètent, de la qualité de la doctrine qui rend compte de l'état du droit »¹⁸². Pour le juge administratif, la sécurité juridique peut être entendue comme « la nécessité pour les autorités administratives d'assurer la stabilité des situations juridiques individuelles dans le temps, d'une part, ainsi que de veiller à la clarté et la prévisibilité des normes d'autre part »¹⁸³. Comme le juge constitutionnel et le juge

¹⁷⁶CEDH 31 janvier 1996, Fouquet c/ France : la victime avait été renversée par une automobile et le tribunal avait retenu sa faute pour diviser l'indemnité par 2. La victime contestait en appel l'existence même de la faute, et subsidiairement affirmait que la légèreté de la faute aurait dû interdire au juge d'en tenir compte pour procéder à un partage de responsabilité. La Cour de cassation rejette le pourvoi qui reprenait cette argumentation en affirmant qu'elle n'avait pas été soulevée en appel et était donc irrecevable comme nouvelle.

¹⁷⁷S. CALMES, Les différentes facettes du principe de sécurité juridique, in L'État de droit, PPS. 2004, p. 35-37.

¹⁷⁸B. MATHIEU, présentation, in Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 99.

¹⁷⁹S. BOISSARD, Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif, in Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 105-123.

¹⁸⁰F. LUCHAIRE, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, in Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 100-104.

¹⁸¹J.-G. HUGLO, La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique, in Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 124-139.

¹⁸²J.-G. HUGLO, ib. spéc. p. 138.

¹⁸³S. BOISSARD, ib.

judiciaire, le juge administratif français ne reconnaît pas en tant que tel le principe de sécurité juridique hors le domaine du droit communautaire¹⁸⁴. En revanche, il recourt à des « principes plus ciblés » tel le principe des droits acquis ou la non rétroactivité des actes administratifs¹⁸⁵.

82 Le Conseil constitutionnel indique que « cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas " »¹⁸⁶. Plus simplement, un auteur indique que « la règle de droit ne doit pas se transformer en chausse-trappes pour les particuliers »¹⁸⁷.

83 La multitude de normes, leur incohérence et leur mutabilité ne permettent pas d'assurer la compréhension et la connaissance préalable du droit. Cette insécurité prend deux aspects, d'une part les normes existantes sont trop nombreuses et sans cohérence entre elles, d'autre part, elles changent trop vite. À cela s'ajoute l'imprévisibilité de la jurisprudence, inconvénient que la Cour de cassation a elle-même cherché à limiter¹⁸⁸.

84 Comme le relève un auteur, « Accessibilité et simplicité sont liées. Il s'agit pour les protagonistes d'un procès et pour ceux qui les assistent ou les représentent, de connaître facilement la procédure dans toutes ses modalités de mise en œuvre, savoir comment saisir la juridiction, ne pas méconnaître ses propres droits et obligations comme ceux de l'adversaire, en quelque sorte disposer d'une règle du jeu transparente, sûre et lisible »¹⁸⁹. Il est exact que l'exigence d'accessibilité et de clarté du droit est un idéal et qu'en vérité, peu de justiciables seront à même de comprendre la règle de droit qui leur est appliqué. D'ailleurs, JHERING se dénonçait déjà en son temps cette illusion : « Quant aux juristes qui partagent et aident à propager l'illusion d'un droit populaire, accessible à tout individu, citadin ou campagnard, et n'exigeant point les lumières des juristes, je ne puis que leur conseiller, pour se guérir, de s'essayer au métier de cordonnier ou de tailleur. Bottes et habits leur apprendront ce que la jurisprudence n'a su leur enseigner ; ils se convaincront que l'art le plus humble a sa technique, laquelle n'est que le dépôt accumulé et devenu objectif de la saine raison humaine, mais ne peut être appliquée et jugée que par celui qui se donne la peine de l'étudier »¹⁹⁰.

¹⁸⁴Ib., spéc. p. 108 et s.

¹⁸⁵Ib. p. 109.

¹⁸⁶Conseil Constitutionnel, DC n°99-421 du 16 décembre 1999.

¹⁸⁷P. WACHSMANN, De la qualité de la loi à la qualité du système, in Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1685-1705, spéc. p. 1698.

¹⁸⁸V. infra, p. 360, L'aménagement dans le temps des effets du revirement.

¹⁸⁹G. CANIVET, op. cit. (p. 54), spéc. p. 245.

¹⁹⁰R. VON JHERING, L'esprit du droit romain, Juristes et gens du monde (§ 42). Trad. fr. par O. DE MEULENAERE,

Toutefois, si le juriste ne peut atteindre cet idéal d'accessibilité du droit, il doit néanmoins tendre ses forces pour s'en approcher autant que possible. De la même façon qu'un médecin se doit d'expliquer à son malade les procédés qu'il compte employer sur sa personne, les juristes doivent travailler à l'amélioration et à la simplification du droit. Deux raisons justifient cette démarche : d'une part, une règle de droit est plus facilement suivie si elle est comprise, d'autre part, lorsqu'un règle est obscure, comment savoir si elle n'est pas arbitraire ?

85 Actuellement, les voies par lesquelles une victime est susceptible d'obtenir réparation sont complexes, et les règles de droit qui déterminent l'existence et l'étendue de son droit à réparation le sont encore plus. En outre, les évolutions de la jurisprudence ne permettent pas de déterminer à l'avance les droits et obligations des individus. Ainsi, un assureur ayant souscrit un contrat de responsabilité civile pour les dommages causés par les enfants de l'assuré n'assure pas le même risque avant et après l'affirmation par la Cour de cassation d'une responsabilité de plein droit.

86 Une réforme du droit de la responsabilité civile doit donc s'attacher à exprimer de façon intelligible au moins les principes fondamentaux de la matière. Il faut donc codifier les règles qui résultent de la jurisprudence. Une simplification des procédures d'indemnisation devrait également être envisagée, avec la coopération des assureurs, privés comme publics. Cette réforme ne doit pas être comprise comme une faveur à destination des victimes : les problèmes rencontrés dans la prise en charge des dommages pénalisent l'ensemble de la société. Une victime qui doit attendre la fin d'une procédure interminable pour obtenir la réparation d'un dommage peut être un individu dont le sort n'aura que peu d'incidence à l'échelle de la société¹⁹¹, mais ce peut également être une entreprise, qui ne pouvant plus assumer ses obligations devra cesser ses activités.

87 Aujourd'hui, la responsabilité civile devrait avoir un rôle doublement secondaire, c'est-à-dire que son intervention viendrait seconder une norme primaire dont elle assure la sanction. Par ailleurs, elle ne devrait pas intervenir au premier chef, mais seulement postérieurement à l'application du droit de l'indemnisation, pour régler les recours en contribution après l'indemnisation préalable de la victime par un assureur ou par l'État par le biais de l'assurance sociale ou d'un fonds de garantie. Cette construction avait déjà été proposée par un auteur qui exposait dans les années soixante qu'une réforme devrait d'abord

3e éd., rééd. 2004, éd. Forni, Bologne.

¹⁹¹Néanmoins le trouble social engendré par l'absence de réparation de certains dommages n'est pas à négliger : ainsi le caractère insupportable du refus d'indemnisation des victimes d'accident automobile en raison des carences du droit positif a fait scandale à l'époque.

établir une phase d'indemnisation de la victime et ensuite seulement, l'intervention des règles de la responsabilité civile pour faire peser la charge définitive du dommage sur telle ou telle personne ¹⁹².

Ces considérations sur les normes supérieures susceptibles d'influer sur la responsabilité civile conduisent à proposer comme cadre d'une réforme du droit de la responsabilité civile le maintien de la responsabilité pour faute, l'admission d'un régime de responsabilité sans faute en cas de rupture d'égalité rattachable à une activité assurable, l'élaboration de procédures efficaces afin de garantir l'indemnisation effective de la victime, l'élaboration d'un corps de règles claires, compréhensibles par tout citoyen. Ces objectifs ont également été ceux des instigateurs du projet de réforme suisse et se sont traduits par le mandat donné à la commission de réforme puis aux auteurs du projet de réforme¹⁹³. Leur travail s'est axé d'une part sur l'unification et l'harmonisation du droit commun de la responsabilité civile (Titre 1.), d'autre part sur l'examen des relations entre le droit commun et certains droits spéciaux (Titre 2.).

¹⁹²G. VINEY, op. cit. (p. 20), spéc. p. 384 et s.

¹⁹³REAP p. 1-18.

TITRE 1. DES CONDITIONS GÉNÉRALES RÉNOVÉES

88 Les conditions de la responsabilité civile présentent une fonction double : elles fondent l'exception au principe selon lequel chacun doit supporter les coups du sort¹⁹⁴ ; elles limitent le champ de cette exception pour contenir l'obligation de réparer dans des limites socialement acceptables. Cette dernière idée est d'ailleurs exprimée par la règle du droit français qui limite la réparation en cas de responsabilité contractuelle au « *dommage prévisible* » afin de ne pas perturber les équilibres économiques que les contractants ont envisagés. Elle est également exprimée par l'idée de limiter la réparation au dommage « *directement causé* » par le fait dommageable en matière de responsabilité délictuelle. Ces notions, pour floues qu'elles soient, ont pour fonction de limiter l'étendue de la réparation en tenant compte des circonstances.

89 A l'origine, les juristes, puis les légistes ont dégagé des cas dans lesquels il y avait obligation de réparer en raison d'un comportement spécifique, ayant engendré un dommage précis. La description de ces cas confondait les différentes conditions de la responsabilité sous une même rubrique (ex. la *Lex Aquilia*). Puis la technique consistant à prévoir une énumération de cas de responsabilité a été abandonnée au profit de celle consistant à énumérer les droits dont la violation ouvrait droit à réparation totale¹⁹⁵. Au 17^e siècle GROTIUS a exprimé de façon synthétique tant la clause générale de la responsabilité pour faute, que les responsabilités

¹⁹⁴ A propos de la responsabilité pour faute, B. DUBUISSON, *Libres propos sur la faute aquilienne*, Mélanges offerts à M. FONTAINE, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 125-161, spéc. p. 127 : l'auteur relève qu'« *on ne saurait trop insister sur le fait que les articles 1382 et 1383 du Code civil conçoivent la responsabilité aquilienne comme un simple correctif au principe suivant lequel les dommages doivent, en règle, être supportés par ceux qui les subissent. Le transfert du coût de la réparation ne peut se justifier que si une faute peut être reprochée à l'auteur du dommage* ». TERRIBLE, lors de son discours devant le Corps législatif du 19 pluviôse an XII, expose que « *Le dommage pour qu'il soit sujet à réparation doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un : s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort dont chacun doit supporter les chances...* », in LOCRE, *La législation civile*, op. cit. (p. 24), tome 13, p. 58.

¹⁹⁵ Il est à noter cependant que le droit anglais fonctionne toujours selon un système de cas de responsabilité, en théorie du moins, car la jurisprudence a notablement élargi le champ des conditions de la réparation. V. à ce propos les remarques de O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 219-220, n°392-393. En droit anglais, les principaux cas de responsabilité sont : *Trespass to the person* (et les torts plus spécifiques : *assault, battery, false imprisonment*), *trespass to land*, *nuisance*, *conversion*, *deceit*, *breach of a statutory duty*, *negligence*. On emploie d'ailleurs le terme de *tortious liability* pour désigner cette responsabilité fondée sur le tort. V. également les observations de F. RANIERI sur l'évolution du droit anglais (F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, Springer Verlag, Wien, New York, 3^e éd., 2009, p. 1428-1442) : l'auteur décrit l'évolution qui a abouti à l'admission de « *tort of negligence* » dans une mesure comparable à la négligence que connaissent droit français et allemand.

G. RAVARANI relève d'ailleurs (G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise, Luxembourg, 2006, 2^e éd.) que ces cas ne couvrent pas toutes les hypothèses de préjudices et qu'il y a par conséquent des dommages non réparables, notamment le préjudice économique pur ou *pure economic loss*, notion qui sera développée dans le cadre de l'étude de la notion d'illicéité en droit suisse, infra, §. 437, p. 218 et s.

objectives. GROTIUS, dans son ouvrage *De Jure Belli ac Pacis* indique parmi les éléments de base composant le sentiment naturel du droit : « *qu'il faut s'abstenir religieusement du bien d'autrui, et restituer ce que l'on peut en avoir entre les mains, ou le profit qu'on en a tiré ; que l'on est obligé de tenir sa parole ; que l'on doit réparer le dommage qu'on a causé par sa faute [c'est nous qui soulignons] ; et que toute violation de ces règles mérite punition, même de la part des hommes* »¹⁹⁶. Mais en parallèle à cette sanction morale de la faute par la responsabilité civile, GROTIUS pose également le principe des responsabilités objectives. Selon M. le professeur R. FEENSTRA, si le droit romano-hollandais des 17^e et 18^e siècles a pu offrir à la théorie du risque comme principe de la responsabilité objective moderne un tel apport théorique, il faut l'attribuer à GROTIUS¹⁹⁷. Toujours selon cet auteur, c'est également GROTIUS qui le premier va concevoir la distinction entre la responsabilité pour faute et la responsabilité sans faute¹⁹⁸, toutes deux parties de l'ensemble que constitue le « *Deliktsrecht* », la responsabilité délictuelle¹⁹⁹.

En 1804, les rédacteurs du Code civil recourent à une clause générale comprenant les conditions abstraites de la responsabilité délictuelle pour faute²⁰⁰, suivie de responsabilités objectives fondées sur la présomption de la violation d'un devoir de diligence telle la responsabilité du fait des animaux. Le Code des obligations suisse s'en est inspiré mais sans pour autant le copier. Le Code civil français présente un haut degré d'abstraction et de généralisation des règles de responsabilité civile, et par opposition, le BGB s'est voulu plus précis, ce qui explique le détail des §. 823 et s.²⁰¹, dont la formulation est calquée sur celle du Code prussien de 1794 (*preußische allgemeine Landrecht*, I, 6, 1) et du Code autrichien (*österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, §. 1293). Plus les règles sont abstraites et générales, plus la jurisprudence est foisonnante. Toutefois, le Code civil, malgré son caractère abstrait ne s'est

¹⁹⁶H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, Discours préliminaire, De la certitude du droit, dans la traduction de J. BARBEYRAC, 1729.

¹⁹⁷R. FEENSTRA, Zum Ursprung der deliktischen Generalklauseln in den modernen europäischen Kodifikationen, *ZeUP*. 2001, p. 585-594, spéc. p. 589-590, et les références citées en note de bas de page n°30.

¹⁹⁸R. FEENSTRA, estime également, op. cit. p. 589, que GROTIUS a le premier formulé en une clause générale la responsabilité du fait des animaux, en la justifiant par la difficulté que représentait la charge de la preuve pour la victime, sauf justement à établir cette responsabilité objective.

¹⁹⁹R. FEENSTRA, op. cit. p. 591, précise bien que le système de GROTIUS est exprimé dans la terminologie de l'époque, mais qu'il ouvre la voie aux théoriciens postérieurs.

²⁰⁰R. FEENSTRA indique que la filiation intellectuelle entre les rédacteurs du Code civil et GROTIUS n'est pas évidente. Bien que l'auteur démontre que l'expression première de la clause générale de responsabilité pour faute a été originellement formulée par GROTIUS, il semble que les juristes français aient été indirectement influencés par POTHIER par exemple, mais aussi par d'autres auteurs moins connus de l'époque. M. VILLEY, op. cit. (p. 12), spéc. p. 56 relie en revanche la formulation de l'article 1382 à GROTIUS.

²⁰¹O. BERG, L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française, *RTDciv*. 2006, p. 53-62. V. également G. RAVARANI, op. cit. (p. 59), p. 26, n°11 : l'auteur indique que les auteurs du BGB ont voulu s'écarter du système français, afin de « *limiter la responsabilité au regard tant des victimes autorisées à agir en responsabilité que des dommages réparables : en droit allemand, toute valeur patrimoniale ou extra-patrimoniale n'est pas considérée comme digne de protection par la loi* ».

pas aventuré à regrouper dans la même catégorie juridique que constitue la responsabilité civile, les sous-catégories de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Le Code des obligations suisse considère en revanche la responsabilité contractuelle comme une application particulière de la responsabilité délictuelle, aux règles desquelles il est d'ailleurs renvoyé par exemple pour la détermination et l'évaluation du dommage réparable. Cette présentation sera exposée lors de l'examen de la responsabilité contractuelle²⁰².

90 Le projet de réforme suisse tire la conséquence de l'accroissement des normes matérielles relatives à la responsabilité civile, il se veut pédagogique et complet. Si le Code des obligations contient formellement une vingtaine d'articles relatifs à la responsabilité civile, le projet de réforme en comporte une soixantaine, dont une partie a vocation à constituer le droit commun supplétif des dispositions spécifiques contenues dans d'autres textes.

91 L'article 41 COS nouveau introduit l'ensemble des autres dispositions en posant le principe essentiel selon lequel les obligations résultant de la responsabilité civile naissent dans les conditions posées par la loi : « Une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi ». Ce texte pose les fondations doctrinales de l'ensemble du système du projet de réforme suisse.

92 A ce stade, il n'est encore question de faute, ni d'activité dangereuse ou de fait des auxiliaires, parce que ces notions ne sont pas le fondement de la responsabilité civile. Malgré la confusion terminologique entretenue par le projet de réforme suisse sur ce point, il convient de relever que ce que l'on désigne couramment par le terme de « fondement de la responsabilité civile » est en réalité une catégorie juridique de classification interne au droit de la responsabilité civile. Un auteur a exposé par le passé²⁰³ que « rechercher le fondement d'une responsabilité juridique (...) c'est rechercher la raison qui la justifie, c'est-à-dire qui permet d'affirmer que la réglementation établie en la matière par le législateur et l'« application » (avec toute la création de droit qu'implique ce mot) que font de celle-ci les tribunaux, sont conformes aux idéaux de justice que fait siens une société donnée à une époque déterminée... »²⁰⁴. L'auteur explique ensuite qu'une règle juridique peut permettre d'apprécier la validité d'une autre règle juridique mais non sa justification, laquelle doit être recherchée non seulement dans une norme « métajuridique », et plus précisément dans une « norme suprajuridique, c'est-à-dire qui transcende le droit ou, du moins, qui soit considérée comme telle ».

²⁰²V. infra, p. 283 et s., La responsabilité contractuelle. Un exposé détaillé de la responsabilité contractuelle est rendue nécessaire par la divergence entre les deux droits suisse et français sur la position à donner respectivement à la responsabilité contractuelle par rapport à la responsabilité délictuelle : complémentarité, exclusion, identité ?

²⁰³Cette conception est toujours d'actualité, et permet d'ailleurs d'avoir un éclairage intéressant sur la notion même de droit. Nous y reviendrons.

²⁰⁴L. BACH, op. cit. (p. 21), spéc. p. 19 et s.

Ces considérations avaient déjà été exposées par EISENMANN, qui en outre, les étendait tant au droit privé qu'au droit public de la responsabilité, conçue comme un moyen de mise en œuvre d'une politique par le législateur²⁰⁵. À la lumière des concepts du droit de la responsabilité publique, EISENMANN indique que l'obligation de réparer peut avoir deux fondements : le principe de corrélation entre avantages et inconvénients et le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, mais ce dernier serait d'une application trop restreinte pour se voir reconnu comme un principe général et serait en outre spécifique au droit public. En revanche, le principe de corrélation entre avantages et charges serait un fondement commun au droit public et privé de la responsabilité.

En d'autres termes, la responsabilité a pour fondement la volonté de compenser le dommage excédant les charges qui sont la contrepartie normale de la vie en société. Inversement, l'obligation de réparer ne doit pas excéder l'avantage que représente l'activité ou le fait qui a occasionné le dommage sauf à voir disparaître toute activité économique sous le poids de l'assurance et des procès.

Ces considérations sur la notion de fondement de la responsabilité ont toutes leur pertinence s'agissant d'apprécier la construction du projet de réforme suisse, qui pèche justement sur ce point, au moins d'un point de vue terminologique. Le droit français ne se dégage pas mieux de la confusion entre métanorme et élément technique du droit de la responsabilité civile²⁰⁶.

M. le professeur L. BACH indique encore que l'idée de prévention des dommages n'est pas un fondement mais une fonction de la responsabilité civile²⁰⁷. Dans la continuité de cette réflexion doctrinale, M. le professeur LE TOURNEAU relève que dans la mesure où la commodité de langage qu'est le terme « *fondement de la responsabilité* » sert à distinguer les différents corps de règles désignant la personne responsable, le fondement de la responsabilité ne serait-il pas plutôt le préjudice ?²⁰⁸. La raison d'être de la responsabilité civile, ce que l'on qualifie usuellement de fondement, est la justification de la dérogation au principe selon lequel chacun supporte le poids du destin ; il s'agit d'assurer la réparation du dommage conformément aux attentes de la société, et c'est en principe la loi qui exprime les choix

²⁰⁵Ch. EISENMANN, Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques, JCP. EG. 1949. I. 751.

²⁰⁶V. par exemple les réflexions de C. RADE qui distingue la fonction de la faute comme justification du droit de la responsabilité civile et la fonction de la faute, condition de mise en jeu d'un certain type de responsabilité : C. RADE, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, D. 1998, p. 301-305.

²⁰⁷Op. cit. p. 20.

²⁰⁸Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité (en général), op. cit. (p. 12), n°107.

fondamentaux opérés dans cette matière. Par souci de précision terminologique et de pédagogie, il faudrait abandonner l'usage du terme de fondement pour désigner les grandes catégories de faits auxquelles le législateur et le juge rattachent l'obligation de réparer le dommage. Comment faire comprendre sinon au destinataire de la norme que la faute n'est pas l'idée directrice de la responsabilité civile ? Au contraire, la réparation du dommage n'est pas un dû mais un droit consenti par la société en fonction d'une appréciation de tous les intérêts en présence, celui de la victime n'étant pas forcément primordial ? Pour ces raisons, il est regrettable que le texte du projet de loi suisse qualifie improprement du terme de « *fondement* » à l'article 48 COS nouveau et s. ce que l'on pourrait qualifier de « *chefs d'imputation* »²⁰⁹. Il s'agit de désigner les regroupements principaux de la matière, à partir desquels les dispositions techniques vont venir préciser à quels faits la responsabilité sera juridiquement rattachée et les dispositions spéciales qui préciseront les règles applicables à un domaine donné. Ces trois clauses générales correspondent sensiblement à la distinction que fait EISENMANN entre la responsabilité-sanction (faute), la responsabilité-contrepartie d'une activité (commettant, auxiliaire, bâtiment, ouvrage, etc.) et la responsabilité-assurance (accident du travail). Il relève d'ailleurs que si, selon lui, la responsabilité pour faute ne joue aucun rôle en droit public parce qu'en réalité les personnes publiques garantissent les actes de leurs subordonnés, les deux autres clauses trouvent à s'appliquer de façon comparable en droit privé et public.

93 Il est également à noter que le projet de réforme suisse, s'il établit trois chefs d'imputation de droit commun, entendus dans le sens où ils seront mis en œuvre à défaut de disposition plus spécifique, ne pose pas le principe d'un régime commun aux différentes responsabilités objectives qui n'apparaissent qu'aux articles 59 AP et s. La doctrine suisse distingue en effet entre la responsabilité aquilienne ou responsabilité pour faute qui repose sur « *le reproche moral qui s'attache au comportement déraisonnable de l'auteur capable de discernement* », de la responsabilité objective simple qui « *sanctionne un comportement déraisonnable, sans égard à la capacité de discernement de l'auteur* » et de la responsabilité objective aggravée qui résulte de « *la réalisation d'un risque spécifique* »²¹⁰. La distinction repose sur les conditions dans lesquelles le responsable recherché peut s'exonérer de sa responsabilité : en prouvant l'absence de faute, en prouvant que toutes les mesures raisonnables ont été prises de façon à éviter le dommage, ou exclusivement en prouvant que le dommage est dû à l'intervention d'un événement de force

²⁰⁹Le terme « *chef* », (du latin classique « *caput* », tête) a été choisi parce qu'il désigne dans l'une de ses acceptions la « *partie d'un ensemble située en tête* » et dans une autre au sens figuré le « *point principal dans la division d'un exposé* » (Trésor de la langue française informatisé, <http://atilf.atilf.fr>). Le terme d'imputation résulte de l'idée qu'il s'agit d'imputer un préjudice sur un patrimoine dans le sens purement comptable qu'avait ce terme à l'origine.

²¹⁰F. WERRO, Introduction aux articles 41-61, in Commentaire romand, op. cit. (p. 17).

majeure. Les différents types de responsabilité ne se recoupent pas forcément en droit suisse et en droit français. Ainsi, en droit français, le propriétaire d'un animal ne peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a mis en œuvre toutes les mesures permettant raisonnablement d'éviter le dommage contrairement au droit suisse²¹¹, tandis que le père de famille français ne peut éviter de répondre des dommages causés par l'enfant mineur en démontrant qu'il a raisonnablement pris toutes les mesures propres à l'éviter²¹². En revanche, la distinction entre ces différents types de responsabilité se retrouve dans les deux droits. Toutefois, le droit français connaît des variations terminologiques pour désigner les responsabilités objectives.

94 De sorte que si les dispositions générales relatives au dommage ou à la faute additionnelle (article 51a AP) sont susceptibles de s'appliquer, c'est à l'exclusion des principes posés dans le cadre des chefs d'imputation. Il est regrettable que le souci pédagogique qui a animé les auteurs du projet de réforme suisse ne les ait pas conduits à adopter une division tripartite au sein de laquelle les dispositions relatives aux responsabilités objectives auraient trouvé place. À côté de la faute, le dommage peut résulter d'une activité donnée, qu'il s'agisse de la détention d'un animal, d'un bien ou de l'exploitation d'une usine SEVESO, ou d'une organisation donnée, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'une institution en charge de mineurs. Ces considérations seront reprises en conclusion, après l'exposé du projet de réforme suisse.

95 La formulation adoptée par les auteurs du projet suisse à l'article 41 COS nouveau consacre un changement radical dans la conception scientifique du droit de la responsabilité civile : il y a rupture entre l'idéologie de l'article 1382 du code civil, fondé sur la faute comme fondement de droit naturel de la responsabilité civile²¹³, et les règles actuelles qui résultent de la volonté du juge et du législateur d'assurer une réparation socialement adéquate aux victimes. En cela, le nouvel article 41 COS exprime l'unification de la construction de la responsabilité civile en posant le principe de l'imputation légale de la charge du dommage quel que soit par ailleurs le régime de responsabilité ou le préjudice envisagé. Comme l'indiquent les auteurs du projet de réforme suisse, « *En cas de survenance d'un préjudice, la question élémentaire consiste à se demander si la victime doit en supporter elle-même les conséquences pécuniaires (selon l'adage *Casum sentit dominus*) ou si, par application d'une disposition légale fondant une créance, elle peut reporter tout*

²¹¹V. infra, p. 119 et s., La responsabilité du fait d'un animal.

²¹²V. infra, p. 129 et s., La responsabilité du chef de famille.

²¹³Nombre d'auteurs contestent au demeurant que la responsabilité civile puisse exister en tant que telle hors la faute, sauf à recourir à une fiction juridique (cf. entre autres, Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action 2006-2007, 6e éd. 2006, n°107). Il convient toutefois de relever qu'à l'origine, la casuistique des dommages réparables ne s'embarrassait pas de la notion de sanction morale. V. infra la notion de dommage réparables §. 302, p. 158 et s.).

ou partie du poids de la réparation sur une tierce personne »²¹⁴. L'affirmation du caractère légal de ce mécanisme correctif est nécessaire. Après tout, il est demandé aux juristes de faire intervenir le droit pour corriger une réalité déplaisante, de réparer le dommage, ce qui est une fiction puisqu'aucune allocation d'argent ne ressuscitera les morts, ni ne ressoudera les os cassés ; même en matière de préjudice purement matériel, on sent toute l'insuffisance de la fiction de la réparation par rapport à la réalité du dommage et du préjudice.

96 Le texte de l'article 41 COS nouveau laisse entrevoir les développements ultérieurs : la causalité juridique, exprimée par l'expression « *dans la mesure* », indique que le législateur fixe des limites à la réparation ; le terme de « *fait dommageable* » pose le principe d'une responsabilité civile unifiée ; les termes « *réparer le dommage* » qui excluent la notion de préjudice punitif et indiquent que le dommage ainsi placé en première ligne est la notion clef du droit de la responsabilité civile. Il est à noter que le projet suisse ne reprend pas l'opposition doctrinale entre la responsabilité pour faute et la responsabilité pour risque, se contentant d'envisager comme chefs d'imputation le comportement fautif, le fait d'auxiliaires et les activités dangereuses. Comme le relevait M. le professeur P. WIDMER, « *en principe, toute responsabilité est une responsabilité pour risque. En effet, d'un point de vue purement logique et causal, force est d'admettre que chaque accident et chaque préjudice pour lequel on cherche un responsable a nécessairement dû être précédé d'une phase de danger plus ou moins imminent qui s'est ensuite concrétisé et réalisé dans le fait dommageable dont il est question* »²¹⁵ ; par conséquent, le risque envisagé dans le cadre d'une responsabilité engagée pour un autre motif qu'une faute doit être un risque qualifié.

Parmi les conditions générales de mise en jeu de la responsabilité civile, certaines fondent l'ouverture du droit à réparation (Chapitre 1) tandis que d'autres visent à limiter le champ de la responsabilité (Chapitre 2).

²¹⁴REAP p. 60.

²¹⁵P. WIDMER, eod loc. (p. 23).

CHAPITRE 1 L'OUVERTURE DU DROIT À RÉPARATION : LE FAIT DE RATTACHEMENT ET LE DOMMAGE

97 Le projet de réforme suisse, par souci de pédagogie, introduit formellement des articles relatifs au dommage avant les articles relatifs au fait de rattachement puisque c'est dans cet ordre que procède un juge saisi d'une demande de réparation. Cette présentation est discutable car le dommage réparable est envisagé au regard du fait auquel on envisage de le rattacher pour obtenir réparation²¹⁶. Cette méthode est appelée à être généralisée dans la mesure où l'introduction de la responsabilité pour activité dangereuse ou du fait des auxiliaires comme fait de rattachement à côté de la faute conduit dans certains cas à la limitation des dommages réparables. Par conséquent, avant de se pencher sur le dommage réparable (Section 2), il convient d'examiner le fait de rattachement (Section 1).

SECTION 1 LE FAIT DE RATTACHEMENT

98 Dans le projet de réforme suisse, les clauses générales qui comportent les principaux faits de rattachement sont évoqués dans la norme fondamentale d'imputation de l'article 41 AP. Le terme « *norme fondamentale d'imputation* » posé en exergue de l'article 41 nouveau du projet suisse marque une évolution du droit de la responsabilité civile²¹⁷. Imputer, en son sens originel, signifie « *porter au compte de quelqu'un* ». Par la suite, ce terme sera employé au sens figuré pour décrire l'imputation des fautes morales sur le compte de chaque créature en vue de la rétribution finale²¹⁸. Pour finir, il est actuellement employé par la doctrine juridique majoritaire pour décrire le fait d'attribuer la responsabilité subjective d'un acte à une personne dans le cadre de la responsabilité pour faute.

²¹⁶Ainsi, en droit allemand, la réparation des atteintes à des intérêts purement incorporels suppose une faute intentionnelle : O. BERG, eod. loc, (p. 60), spéc. p. 54 et s.

²¹⁷Le législateur suisse emploie des titres dans la présentation de ses textes législatifs. Le terme de norme fondamentale d'imputation n'est pas contenu dans le texte de l'article 41 lui-même, mais dans le titre qui le précède : « *A. Norme fondamentale d'imputation...* ». L'avant-projet de loi suisse présenté en annexe reprend exactement la présentation suisse, v. p. 547 et s.

²¹⁸Que le lecteur ne voit là aucune dérision envers les croyants de quelque obéissance qu'ils fussent. Simplement, de la même façon que le langage religieux s'est approprié le terme originellement juridique de « *responsabilité* » (M. VILLEY, op. cit. (p. 12) spéc. p. 53 et s.), à une époque, le commerce d'indulgences et autres moyens de drainer des fonds ont donné à cette matière une connotation comptable qui s'est traduit par une contamination terminologique, à l'instar de celle qui a conduit au remploi par les libertins des termes relatifs à la guerre pour décrire leurs activités (BALHADJ, Lexique et grammaire de l'amour dans les liaisons dangereuses de Choderlos de Laclos, th. mars 1997, Grenoble 3, p. 122-131, les métaphores militaires).

Toutefois, pour les raisons exposées ci-dessus à propos de la notion discutable de « *fondement* » de la responsabilité, l'emploi du terme de « *norme fondamentale* » n'est pas très heureux et nous lui préférerons celui de « *chef d'imputation* »²¹⁹. Par le passé, dans la mesure où la responsabilité a été conçue comme découlant de la sanction d'une faute, l'imputation a été opérée en fonction du reproche moral que l'on pouvait formuler à l'encontre du responsable recherché. Aujourd'hui, le terme « *imputabilité* » désigne encore non pas le lien qui peut être établi juridiquement mais la condition de discernement²²⁰ qui permet, selon une certaine conception de la responsabilité pour faute, de considérer l'agent comme conscient de ses actes et de le condamner à réparer le dommage arrivé par son intention de nuire ou par sa négligence coupable. Dans la mesure où le projet de réforme propose d'introduire la responsabilité objective à côté de la responsabilité pour faute, les termes d'imputation et de chef d'imputation devraient de nouveau être employés dans un sens exclusivement objectif.

99 Le terme de chef d'imputation désigne une catégorie juridique de classification interne au droit de la responsabilité civile dans laquelle doit être rangé le fait de celui dont la responsabilité civile est recherchée, sauf à ne relever que de la catégorie fourre-tout des dispositions spéciales : faute, activités dangereuses, auxiliaires ou bien cas particulier telle la responsabilité du fait des animaux par exemple. Le principe de l'imputation est posé par l'article 41 AP qui dans son alinéa 2 indique les chefs d'imputation de droit commun :

« *Un dommage résultant d'un fait illicite est imputable notamment :*

- a. *À la personne qui l'a causé par son comportement fautif ;*
- b. *À la personne qui recourt à des auxiliaires ;*
- c. *À la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse ».*

Ce texte appelle trois remarques.

100 D'abord, la notion d'activité spécifiquement dangereuse, catégorie de circonstances regroupées au sein d'un fait de rattachement unique, mais susceptible de concerner des activités extrêmement diverses, illustre le caractère intellectuel et non plus moral du lien établi entre le dommage et le fait de rattachement. Nous emploierons le terme

²¹⁹Le terme de « *chef d'imputation* » est également employé par les auteurs du projet de réforme, mais dans le rapport explicatif et non dans le texte du projet de loi. Ainsi, à propos de la responsabilité du fait des auxiliaires et du fait des activités dangereuses, il est indiqué qu'« *Elles reposent l'une et l'autre sur un chef d'imputation, qui n'est donc plus la réprobation morale attachée à tel comportement humain, mais qui représente la compensation de la faculté et du privilège d'exercer telle activité, que cela se manifeste par la manière d'exécuter l'activité (responsabilité pour les auxiliaires, art. 49 et 49a AP de l'activité (responsabilité pour risque, art. 50 AP) »* (REAP p. 61)

²²⁰La responsabilité pour faute exige en principe un discernement suffisant pour apprécier le caractère inapproprié d'un acte au regard des circonstances, le législateur ayant cependant apporté une restriction d'importance par l'article 414-3 (ou 489-2 ancien) du Code civil aux termes duquel : « *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* ».

de fait de rattachement de préférence au terme fait générateur pour exprimer le fait que la responsabilité ne résulte pas d'une réalité objective mais d'un rattachement intellectuel qui permet de ne pas exiger une preuve absolue du lien de causalité, l'existence de celui-ci étant présumé. En outre, lorsque le juriste part du dommage pour le rattacher à un fait et ainsi remonter à un responsable, il opère bien un rattachement²²¹. L'inadéquation du terme « *fait générateur* » apparaît lorsqu'on l'applique par exemple à la responsabilité des parents du fait de leur enfant : ce n'est pas le fait d'être parent qui a causé le dommage dont il est demandé réparation, en revanche le droit rattache la responsabilité à la qualité de parent de l'enfant dont le fait a causé le dommage. On devrait donc distinguer le fait de rattachement d'une part, circonstance à laquelle le droit de la responsabilité civile attache une conséquence, et le fait générateur, fait primaire qui parfois constitue le fait de rattachement. Ainsi, le régime de responsabilité du fait des activités dangereuses établit une présomption de causalité entre l'exercice d'un certain type d'activités et la réalisation d'un certain type de dommage. On ne peut pas à proprement parler d'un fait générateur, mais d'une condition juridique qui est remplie dès lors que certains éléments sont réunis.

Il est aussi plus parlant de marquer ainsi le caractère juridique de la relation établie entre le fait et le dommage. Le droit établit ce lien tant au regard de la probabilité que de la prévisibilité : si en effet il est impossible à l'échelle individuelle de prévoir tel ou tel événement, il est possible statistiquement de prévoir à l'échelle d'une société que telle activité produira *grosso modo* tant d'accidents, qui eux-mêmes se solderont par tant de victimes à indemniser pour un montant compris dans tel ordre de grandeur. Le lien entre fait et dommage ne dépend donc pas de la vérité, mais de la nécessité sociale appréciée par le biais des conditions de mise en jeu de la responsabilité civile ; le rapport explicatif de l'avant-projet parle bien de « *réparation socialement adéquate du dommage* ».

101 La deuxième remarque induite par le texte du projet de réforme suisse porte sur la division tripartite des chefs d'imputation de droit commun, auxquels s'ajoutent les dispositions spéciales. Il est dommage que les chefs d'imputation de droit commun ne permettent pas une systématisation des dispositions spéciales, de sorte qu'il soit clairement posé que la dérogation apportée par le droit spécial au droit général n'est que partielle, les principes généraux ayant vocation à régir tout ce qui n'est pas expressément soustrait à leur

²²¹Un auteur français évoque les « *liens* » de la responsabilité civile pour désigner les notions par lesquelles on établit un rapport entre le dommage d'une part et sa réparation par un responsable : J. FISCHER, Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Libre droit, Dalloz, Paris, 2008, p.383-396.

empire.

102 Le projet de réforme suisse comporte une incohérence de rédaction : l'article 41 AP est intitulé « *norme fondamentale d'imputation* », alors que les articles 48 à 50 traitent des « *fondements de la responsabilité* » que seraient la faute, le fait des auxiliaires et les activités spécifiquement dangereuses. Or le fondement de la responsabilité doit en réalité s'entendre comme le but affirmé d'assurer la réparation socialement adéquate du dommage. Cet objectif est réalisé par l'élaboration d'une norme d'imputation légale dont découlent divers chefs d'imputation que l'on peut regrouper en faute, d'une part, sans faute d'autre part, et qui comportent divers faits de rattachement, telle la faute personnelle, le fait d'autrui, le fait d'un animal, l'activité spécifiquement dangereuse... Le mécanisme de la responsabilité civile n'est pas exclusivement fondé sur la réprobation d'une faute, mais aussi sur la volonté de réparer le dommage lorsque la société l'estime nécessaire en fonction de certaines valeurs²²². De ce point de vue, non seulement la responsabilité civile a un rôle de norme secondaire en tant qu'elle sanctionne une norme primaire, mais elle est aussi la traduction d'une hiérarchie des intérêts et des valeurs en présence.

103 Cette confusion terminologique entre fondement et chef d'imputation se retrouve tant en droit français et suisse qu'en droit communautaire où, par exemple, la CJCE interdit le concours de régime de responsabilité ayant le même fondement que le régime de responsabilité objective du fait des produits défectueux²²³. En réalité, la CJCE refuse l'application d'un autre régime de responsabilité objective entre non contractants dont le fait de rattachement serait le défaut du produit. Elle admet en revanche qu'un régime fondé sur la faute trouve à s'appliquer, ainsi que le régime de responsabilité pour les vices cachés. Cette dernière hypothèse conduit à s'interroger sur la notion de défaut du produit, qui constitue bien un vice caché. Toutefois, la différence entre le régime de responsabilité prévu par la directive peut résulter de deux choses : le vendeur serait présumé connaître le vice de la chose, tandis que le producteur n'aurait pas forcément conscience du défaut du produit au moment de sa mise sur le marché. En outre, le régime de responsabilité édicté par la directive ne nécessite pas l'existence d'un contrat entre le consommateur final et le producteur tandis que l'action en garantie des vices cachés repose sur le contrat de vente. Il semble que le législateur

²²²REAP p. 61. On trouve déjà cette idée de pesée des intérêts en présence dans le discours de TARRIBLE devant le corps législatif le 19 pluviôse an XII : « *Lorsqu'un dommage est commis par la faute de quelqu'un, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre avec celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé, un cri soudain de la justice s'élève, et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur* », in LOCRE, La législation civile, op. cit. (p. 24), t. 6, p. 57-58.

²²³CJCE, 25 avril 2002, aff. C-183/00.

communautaire n'ait pas eu l'intention d'exclure l'action pour vice caché au profit de l'action en responsabilité du fait des produits défectueux. En tout cas, la CJCE a expressément admis que la victime dispose, outre l'action fondée sur la responsabilité du fait des produits édictée par la directive, d'une action en garantie des vices cachés ou en responsabilité pour faute²²⁴.

104 Dans un souci de précision terminologique, il est préférable d'employer le terme générique de chef d'imputation pour désigner la catégorie des faits de rattachement et le terme de fait de rattachement pour qualifier le fait permettant de remonter jusqu'à la personne à laquelle la réparation du dommage sera imputée. Ainsi, dans une responsabilité pour faute, le fait de rattachement sera la faute personnelle, dans la responsabilité du fait d'autrui, le fait de celui dont on doit répondre et le lien entre l'auteur du dommage et le responsable recherché. Par commodité et afin d'en mieux discuter le bien-fondé, nous adopterons la présentation du projet de réforme suisse qui pose d'abord trois clauses générales (§.1 Les clauses générales) pour ensuite indiquer expressément certaines dispositions spéciales (§.2 Les dispositions spéciales) et enfin porter une appréciation critique sur cette construction (§.3 Une construction satisfaisante ?).

§.1 LES CLAUSES GÉNÉRALES

105 Parmi les clauses générales posées par les rédacteurs du projet de réforme suisse figure la faute (article 48 AP et s., A), suivie par la responsabilité du fait de l'auxiliaire (article 49 et 49a AP, B), et enfin la responsabilité du fait des activités spécifiquement dangereuses (article 50 AP, C).

A Le maintien de la faute

106 L'article 48 AP, sous l'intitulé « responsabilité pour faute », affirme que « La personne qui cause un dommage à autrui par son comportement fautif, soit intentionnellement, soit par négligence, est tenue de le réparer ». L'article 48a AP dispose que :

« 1 Agit par négligence la personne qui n'observe pas la diligence commandée par les circonstances et par sa situation individuelle.

2 La diligence requise s'apprécie suivant l'âge, la formation, les connaissances ainsi que les autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage ».

²²⁴CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, Commission c/ France, point 22 : « La référence, à l'art. 13 de la directive, aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle doit être interprétée en ce sens que le régime mis en place par ladite directive... n'exclut pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute ».

107 La responsabilité pour faute, bien que la plus répandue actuellement dans les constructions de la responsabilité civile, n'est pas la source originelle exclusive de la responsabilité²²⁵. Après avoir admis une responsabilité purement objective, les jurisconsultes voudront pouvoir tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, et donc des capacités mentales de l'auteur du dommage²²⁶.

108 La faute résulte de la violation d'une norme explicite ou implicite prescrivant un comportement donné dont l'inobservance a causé le dommage. La norme de comportement explicite sera celle qui résulte de la loi ou du contrat tandis que la norme implicite sera celle qui est communément acceptée au sein de la société, à charge pour le juge d'en dégager les caractères et de la formuler expressément lors du procès en responsabilité civile. Comme le soulignent les auteurs du projet de réforme suisse, « *la faute constitue un jugement de valeur au moyen duquel le tribunal qualifie un certain comportement* »²²⁷. Le projet de réforme suisse maintient la responsabilité pour faute mais avec des modifications.

109 En droit positif suisse comme français, la responsabilité pour faute est la responsabilité de droit commun, c'est-à-dire qu'elle peut être mise en jeu dans tous les cas dès lors que ses conditions sont réunies. La faute est donc actuellement la seule clause générale en droit suisse. La situation du droit français diffère selon que l'on se base exclusivement sur la lettre des textes, ou bien si l'on prend en compte l'évolution jurisprudentielle qui a admis une clause générale de responsabilité du fait des choses, et semble-t-il une responsabilité générale du fait d'autrui.

La faute est une notion juridique, sur laquelle tant le Tribunal fédéral que la Cour de cassation exercent un contrôle. La responsabilité civile a évolué au cours des siècles et ce n'est qu'à partir du moment où l'on a voulu moraliser le droit et le systématiser que le système de la responsabilité pour faute est venu remplacer le système de la constellation de cas dans lesquels

²²⁵M. VILLEY, op. cit. (p. 12), spéc. p. 49 : « *Le leit-motiv du régime romain de réparation des dommages n'est pas la faute, mais la défense d'une juste répartition entre les biens répartis entre les familles, d'un juste équilibre... Quand intervient une rupture de cet équilibre, un préjudice contraire au droit et à la justice (damnum injuria datum), entre alors en jeu la « justice » dite « corrective », dont la fonction sera de réduire le déséquilibre... Dans cette perspective, peu importe que le désordre à corriger soit ou non précédé d'une faute* ». L'auteur précise ensuite que l'idée de sanction morale n'est pas ignorée du droit romain, mais que ce n'est pas le principe directeur de la responsabilité. Dans le même sens, J.-L. GAZZANIGA, Note sur l'histoire de la faute, Droits 1987, in Fin de la faute ? p. 17-28, spéc. p. 19, l'auteur indique cependant que les interprètes de la *Lex Aquilia* dégageront les notions d'intention de nuire et de faute délictuelle. B. WINIGER, dans sa thèse, Responsabilité aquilienne romaine, op. cit. (p. 23) indique que si la *Lex Aquilia* a au départ prévu une responsabilité purement objective, la jurisprudence va la subjectiviser afin de tenir compte des circonstances (spéc. conclusions p. 187, et les développements consacrés à l'utilisation des notions de *culpa* et de *diligentia*, p. 116 et s.).

²²⁶B. WINIGER, op. cit., (p. 23), spéc. p. 123 et s.

²²⁷REAP p. 118.

l'auteur d'un dommage répondait objectivement de sa réparation. Ainsi, POTHIER écrit qu' « On appelle délit le fait par lequel une personne par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre. Le quasi-délit est le fait par lequel une personne sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre »²²⁸. Comme l'indique SAVATIER, la négligence est conçue comme une faute parce que l'auteur du dommage a pu et aurait dû l'éviter²²⁹.

110 Le droit positif suisse résulte de l'article 41 COS : « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Le code civil français prévoit à l'article 1382 que « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». L'article 1383 précise que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Le Code des obligations suisse n'emploie pas le terme de faute, mais distingue l'intention de la négligence ou de l'imprudence. La même conséquence d'obligation à la réparation intégrale du dommage en découle dans les deux droits. Comme l'exprime B. de GREUILLE lors de la présentation du projet de Code civil au Tribunat le 16 pluviôse an XII, « On pourrait, au premier aspect, se demander si cette conséquence n'est pas trop exagérée, et s'il n'y a pas quelque injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse et du malheur, et à laquelle son cœur et son intention sont absolument étrangers. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand principe d'ordre public : c'est que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe, et celui qui souffre »²³⁰. Cette considération aujourd'hui sans conséquence du fait de l'existence de l'assurance impliquait à l'époque la volonté de privilégier la fonction de réparation de la responsabilité civile sur celle de sanction. Comme l'indique TARRIBLE, les faits illicites « ne sont envisagés que sous le rapport de l'intérêt de la personne lésée »²³¹. En réalité, le fait illicite est examiné en premier lieu pour savoir s'il y a lieu de mettre en jeu la responsabilité civile, et l'intérêt de la personne lésée intervient pour déterminer l'étendue du dommage.

111 Une différence importante entre le droit suisse et le droit français résidait dans le principe de l'unité des fautes civile et pénale posé par la jurisprudence française en 1912, c'est-à-dire « l'identité de contenu des fautes non intentionnelles en droit civil et en droit pénal »²³². Ce principe, conjugué avec celui de l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil, avait pour conséquence que le prévenu relaxé d'un homicide par imprudence ne pouvait plus être déclaré civilement

²²⁸J. POTHIER, Traité des obligations, Œuvres de Pothier en 18 volumes, M. Siffrein (éd. sc.), éd. Chanson & Videcoq, Paris, 1821-1824, tome 1, p. 129. Des délits et quasi-délits. n°116.

²²⁹R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, 2e éd. LGDJ, Paris, 1951, tome 1, p. 5, n°4.

²³⁰B. de GREUILLE, in LOCRE, La législation civile, op. cit. (p. 24), t. 6, p. 40-41, n°9.

²³¹TARRIBLE, in LOCRE, La législation civile, op. cit. (p. 24), t. 6, p. 44 et s. spéc. p. 57-58.

²³²P. JOURDAIN, Faute civile et faute pénale, RCEA. 2003/6, p. 74-77.

responsable. Cette différence entre droit suisse et droit français a aujourd'hui disparu²³³.

En droit français comme en droit suisse, la mise en jeu de la responsabilité pour faute nécessite la réunion de deux éléments : la violation d'une règle de comportement préexistante (1.) et son imputabilité à l'agent (2.).

1. Violation d'une règle de comportement préexistante

112 Nous reprendrons la formule d'un auteur selon laquelle « *la faute est un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi ou par la coutume* »²³⁴. Plus précisément, la faute résulte d'une contravention au comportement attendu par l'ordre social, encore que ce comportement ne soit pas expressément exigé par le droit : le juge apprécie quel aurait été le comportement attendu. Le manquement au comportement requis peut résulter d'une action ou d'une abstention.

En droit français comme en droit suisse, les textes ne définissent pas le comportement objectivement attendu de l'auteur du dommage, laissant à la jurisprudence le soin d'en déterminer les contours. Tout l'intérêt réside dans la plus ou moins grande sévérité de la notion retenue selon que le comportement attendu est défini par rapport à un modèle abstrait, tel le bon père de famille, ou par rapport à la situation concrète du fautif, en se plaçant dans les mêmes conditions objectives et subjectives que lui. Ainsi, dans la première conception, l'acte d'un médecin sera apprécié par rapport aux normes de l'art, et dans la seconde, par référence au comportement qu'aurait pu avoir un médecin dans la même situation de fatigue, d'inexpérience ou de stress que le médecin qui a commis l'acte dommageable. Actuellement, en droit français comme suisse, c'est la première conception qui est retenue : les magistrats apprécient donc *in abstracto* la faute de nature à mettre en jeu la responsabilité civile de l'auteur du dommage²³⁵. C'est sans doute pour manifester cet aspect objectif que la doctrine emploie plutôt le terme de « *responsabilité du fait personnel* » que celui de « *responsabilité pour faute* »²³⁶.

113 L'article 48 du projet de réforme suisse mentionne le « *comportement* » comme fait de rattachement pour marquer qu'il s'agit d'apprécier l'action ou l'abstention d'une personne humaine, de manière individualisée et concrète²³⁷. C'est en ce sens que les auteurs du projet de

²³³Pour des développements, v. infra, p. 451 et s., §. 947 et s.

²³⁴Ph. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), n°6705. Cette définition répond aux critiques formulées à l'encontre de la définition de PLANIOL. Pour une présentation détaillée des différentes définitions doctrinales de la faute, lire L. BACH, op. cit. (p. 21), spéc. p. 25 et s.

²³⁵Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité (en général), n°59. F. WERRO, La responsabilité civile, Staempfli, Berne, 2005, p. 61, n°241.

²³⁶V. par ex. en droit français, Ph. Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité (en général), n°63 et s. Pour le droit suisse, v. F. WERRO, La responsabilité civile, p. 69 et s.

²³⁷REAP p. 120.

réforme suisse entendent « resubjectiviser » la notion de faute. Les auteurs ont voulu par là se démarquer de l'appréciation *in abstracto* qui conduit à apprécier le comportement requis d'après un standard idéal et irréaliste afin d'étendre les droits de la victime. L'article 48a AP précise ensuite la notion de faute par négligence :

« Agit par négligence la personne qui n'observe pas la diligence commandée par les circonstances et par sa situation individuelle. »

La diligence requise s'apprécie suivant l'âge, la formation, les connaissances ainsi que les autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage ».

114 En droit suisse, cette définition de la négligence permet de consacrer le rattachement du *Gefahrensatz* à la notion de faute plutôt qu'à celle d'illicéité. L'illicéité est également en droit suisse une condition de mise en jeu de la responsabilité civile²³⁸. Aussi, pour permettre la réparation dans certains cas, une théorie a proposé de retenir la responsabilité de celui qui crée un danger pour autrui sans prendre les mesures suffisantes pour y parer. Le Tribunal fédéral a un temps admis que celui qui crée un état de fait dangereux doit prendre les mesures nécessaires à prévenir la survenance du dommage ; à défaut, son abstention est illicite. Le Tribunal fédéral retenait l'illicéité de l'abstention d'agir car « selon ce principe non écrit du droit de la responsabilité civile, celui qui crée un danger doit adopter les mesures propres à l'éviter »²³⁹. Toutefois cette conception semble aujourd'hui fermement condamnée par le Tribunal fédéral qui rattache systématiquement le principe du danger créé à la faute²⁴⁰.

115 Dans la conception du projet de réforme suisse, il s'agit de proposer un raisonnement en deux temps. D'abord, le comportement requis est déterminé objectivement au regard du modèle de conduite de sa catégorie. Ensuite, le juge apprécie dans quelle mesure les capacités du responsable à ce moment donné et dans cette situation donnée lui permettraient d'adopter ce comportement. À défaut d'une telle possibilité, l'auteur du dommage ne peut voir sa responsabilité engagée. En revanche, les responsabilités objectives seront susceptibles d'être mises en jeu pour peu que les conditions en soient réunies.

116 En proposant de resubjectiviser la faute, les auteurs du projet de réforme suisse mettent en avant l'aspect de sanction de la responsabilité civile pour faute. Pourtant comme le relève un auteur, l'être humain n'étant pas capable de juger, il n'a pas qualité pour condamner ce qui devrait faire disparaître la justification des « fonctions de châtiment et de rétablissement de

²³⁸V. infra p. 215 et s., L'illicéité.

²³⁹ATF 124 III 297, cons. 5b, p. 300 : « Nach diesem ungeschriebenen haftpflichtrechtlichen Grundsatz hat, wer Gefahren schafft, die nötigen Schutzmassnahmen zu treffen ».

²⁴⁰V. infra p. 224, *Gefahrensatz*.

l'ordre jadis attribuées à la responsabilité civile »²⁴¹. Les travaux sociologiques font apparaître que dans les conceptions populaires de la responsabilité, l'accent est mis sur la nécessité de protéger l'individu²⁴². Ces deux conceptions sont toutes deux exactes. L'être humain est certes pétri de paradoxes, mais il s'agit surtout de deux aspects différents et complémentaires de la même question. Si le coût social de la responsabilité civile doit être assumé par la collectivité lorsqu'il s'agit d'un risque de la vie en société et que même en cas de faute, la victime a droit à une indemnisation rapide assurée par le corps social, il n'en demeure pas moins que le système n'est économiquement et moralement supportable que si les perturbateurs sont punis, notamment en faisant peser sur eux la charge finale de la réparation dans la mesure du possible.

117 Un exemple de cette appréciation délicate des intérêts en présence, facteur de contorsions doctrinales et terminologiques, peut être tiré de la jurisprudence administrative française sur la notion de faute lourde nécessaire pour engager la responsabilité de l'administration pour certaines activités. Pour « *tenir compte de la plus ou moins grande difficulté dans laquelle fonctionnent certains services* », le juge administratif français a exigé la preuve d'une faute lourde pour la mise en jeu de la responsabilité publique²⁴³. Il eût été plus simple de considérer que ce n'était pas la faute qui était lourde ou simple, mais que la norme fixant le comportement diligent était plus ou moins stricte selon la difficulté de la tâche à accomplir. En d'autres termes, ce n'est pas le manquement qui est plus ou moins grave, mais la référence par rapport à laquelle s'apprécie ledit manquement qui est plus ou moins stricte. Il ne s'agit pas seulement de dissuader les comportements antisociaux²⁴⁴, mais d'abord de les sanctionner, ce qui peut éventuellement avoir ensuite un effet dissuasif.

Cependant, comme le fait observer un auteur suisse, retenir cette conception de la faute serait injuste pour les victimes qui ne pourraient obtenir de réparation sauf à entrer dans le champ des clauses générales de responsabilité objective, ce qui ne sera pas toujours le cas²⁴⁵. Autant il est concevable d'aggraver les sanctions civiles à l'encontre de celui qui aura commis

²⁴¹A. TUNC, Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux, Recueil d'Etudes en hommage à M. ANCEL, Aspects nouveaux de la pensée juridique, tome 1 : études de droit privé, de droit public et de droit comparé, éd. Pédone, Paris, 1975, p. 407-415, spéc. p. 408.

²⁴²KELLERHALS J., LANGUIN N., SARDI M., Les formes du sentiment de responsabilité dans les mentalités contemporaines : une étude empirique. Rev. fr. sociol. 2000, p. 307-329.

²⁴³J. WALINE, L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, EDCE 1994, n°46, p. 459-477. L'auteur indique que la notion de faute lourde échappe à toute définition et qu'au final, « *constitue une faute lourde toute faute reconnue comme telle par le juge !* ».

²⁴⁴Ib.

²⁴⁵F. WERRO, avec la collaboration de A.-C. HAHN, Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, HAVE. 2002, p. 14-23.

volontairement une faute, autant limiter la réparation à la seule faute appréciée *in concreto* nuirait de façon déraisonnable aux intérêts des victimes.

118 Si la réforme proposée par les auteurs du projet suisse doit être écartée, la prise en compte de la subjectivité de l'auteur du fait dommageable ne devrait pas pour autant être totalement interdite. Le raisonnement s'effectuerait également en deux temps : d'abord le juge examine dans quelle mesure le comportement dommageable est ou non conforme à la diligence objectivement attendue pour ensuite décider si les intentions du responsable appellent une sanction spécifique. La « *faute lucrative* » a beaucoup fait parler d'elle, en lien avec la notion de « *dommages-intérêts punitifs* »²⁴⁶ chers aux droits anglo-saxons²⁴⁷. Comme l'indiquent les auteurs du projet de réforme français, la faute lucrative est « *une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés* »²⁴⁸. Elle se caractérise par le fait que l'auteur du dommage a calculé que l'obligation de réparer le dommage serait moins lourde que l'avantage attendu de l'acte générateur du préjudice. Ces notions seraient en contradiction avec le principe de la réparation intégrale du préjudice : même si l'auteur du dommage a agi intentionnellement dans le seul but d'obtenir un avantage économique indu, la victime ne doit pas pouvoir obtenir davantage que le préjudice réellement subi. Un auteur a donc proposé de verser les dommages-intérêts punitifs, non à la victime à laquelle ils procureraient un enrichissement sans cause, mais à un fonds de garantie²⁴⁹. D'autres auteurs relèvent le caractère controversé de cette innovation et proposent plutôt d'expérimenter l'introduction de cette solution dans un droit spécial comme le droit de la presse, la contrefaçon ou la concurrence déloyale²⁵⁰.

119 A cet égard, le droit positif suisse peut apporter un éclairage précieux : il comporte une action dite « *en remise de gain* »²⁵¹, ouverte dans certains cas comme l'atteinte à la

²⁴⁶V. notamment le projet de réforme français, article 1371 : « *L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables* ».

²⁴⁷P. S. CODERCH, *Punitive Damages and continental Law*, ZeuP. 2001, p. 604-616.

²⁴⁸Projet de réforme français, Exposé des motifs, p. 148.

²⁴⁹Ph. LE TOURNEAU, Le projet français de révision de la responsabilité civile - une voix critique, in *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, B. WINIGER (dir.), Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008, p. 181-196, spéc. p. 192. Pour être complet, précisons que l'auteur indique aussi que pour éviter les excès du droit américain, les dommages-intérêts punitifs devraient être fixés en fonction des capacités financières du responsable.

²⁵⁰VAN BOOM W. & PINNA A., Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe. Questions choisies, in *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, B. WINIGER (dir.), Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008, p. 261-277, p. 274-275.

²⁵¹Chr. CHAPPUIS, *La restitution des profits illégitimes*, thèse, Genève, 1991.

personnalité²⁵², par laquelle la victime d'une atteinte à ses droits obtient le versement du gain que l'auteur du dommage a pu réaliser grâce à cette atteinte²⁵³. Cette action obéit aux principes généraux de la gestion d'affaires imparfaite²⁵⁴ et est ouverte par différents textes spéciaux²⁵⁵. Sans empiéter sur les développements consacrés à l'évaluation et aux modes de réparations du dommage, il importe de détailler cette solution car elle est une façon d'appréhender la spécificité de la faute lucrative et d'en donner une sanction plus appropriée que ne le sont les dommages-intérêts punitifs. Le droit suisse part de l'idée qu'il faut « éviter qu'un acte illicite puisse profiter à celui qui le commet et de sanctionner un comportement que le droit ne saurait tolérer ; lorsqu'un profit est réalisé au moyen du patrimoine d'autrui, il doit revenir au titulaire de ce patrimoine, et non à l'auteur de l'acte »²⁵⁶. C'est en effet l'existence d'une faute lucrative qui justifie le recours à ce mode d'évaluation du préjudice. Le gain est défini comme la différence entre le patrimoine réel et le patrimoine hypothétique de l'auteur du dommage²⁵⁷. Le projet de réforme suisse n'envisage pas la généralisation de l'action en restitution de gain. Certains auteurs proposent néanmoins de déplacer la disposition relative à la gestion d'affaires imparfaite de la partie spécial du Code des obligations à la partie générale²⁵⁸.

120 La faute lucrative est « celle qui laisse à son auteur une marge suffisante, une fois le paiement des dommages et intérêts, pour qu'il n'y ait aucune raison économique de ne pas la commettre, même s'il aurait des raisons morales »²⁵⁹. Un autre auteur relève l'aspect nécessairement intentionnelle de la faute lucrative qui est « commise sciemment dans l'intention de réaliser des bénéfices »²⁶⁰. Si la responsabilité civile est principalement orientée vers la réparation du dommage, elle présente également un aspect préventif et punitif. La meilleure façon de prévenir le dommage est de sanctionner son

²⁵²Article 28 al. 3 CCS : « Sont réservées les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi que la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires ».

²⁵³F. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), spéc. p. 352, n°1398 et s.

²⁵⁴La restitution de gain est prévue par l'article 423 COS en matière de gestion d'affaires : « Lorsque la gestion n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître, celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier les profits qui en résultent ». La gestion d'affaires imparfaite de mauvaise foi est celle qui est entreprise non dans l'intérêt du maître mais dans celui du gérant et d'un tiers lorsque son auteur savait ou aurait dû savoir qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif de le faire : ATF 126 III 69.

²⁵⁵V. par ex. l'article 28a CCS précité ; l'article 9 LCD : « Celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est menacé... (...) peut en outre, conformément au code des obligations, intenter des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi qu'exiger la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires » ; l'article 55 de la loi sur la protection des marques ; l'article 62 de la loi sur le droit d'auteur.

²⁵⁶ATF 126 III 69, cons. 2b, p. 73.

²⁵⁷ATF 133 III 153, cons. 3.5, p. 165.

²⁵⁸F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), spéc. p. 352, n°1398 et s., et les références citées en note de bas de page n°1626.

²⁵⁹Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), spéc. p. 23 et s., n°48-1 et s.

²⁶⁰A. COURT DE FONTMICHEL, La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français, Revue de droit uniforme, 2005/4, p. 737-758.

auteur par là où il pêche, à savoir le bénéfice retiré des agissements ayant causés le dommage²⁶¹. Il est d'ailleurs à noter que si le droit anglais a aboli en 1964 les dommages-intérêts punitifs parce qu'ils étaient contraires au principe de la réparation intégrale du dommage, la *Law Commission* a proposé leur rétablissement en donnant pouvoir au juge de condamner le responsable « *lorsque le comportement du responsable manifeste une méconnaissance délibérée et scandaleuse des droits de la victime et que les autres sanctions seraient impropres à la sanctionner* »²⁶².

121 Une telle faute appelle une sanction spécifique, qui, bien que civile, doit se situer sur la privation des gains retirés des agissements fautifs. De ce point de vue, le droit positif suisse constitue un terrain d'observation de ce que pourrait donner concrètement une disposition prévoyant la sanction de la faute lucrative par l'obligation d'en restituer les gains. Il connaît en effet des dispositions spéciales prévoyant la restitution du gain illicite. Cette disposition se situerait dans la même ligne que celle qui prévoit que les conséquences d'une faute intentionnelle de l'assuré ne sont pas couvertes par l'assureur de responsabilité civile. Un auteur définit la faute intentionnelle propre à exclure la garantie de l'assureur comme la commission d'« *un acte avec la volonté tendue vers la réalisation du dommage* »²⁶³ ou plus précisément comme la faute commise par celui qui a agi avec la volonté de causer le dommage qui en a effectivement résulté²⁶⁴. De la même façon que le Code des assurances interdit au responsable d'une faute intentionnelle de se prévaloir de la garantie de l'assureur, le législateur pourrait introduire dans notre droit une disposition permettant au juge d'obliger le responsable à reverser à la victime la totalité du gain réalisé à ses dépens. Pour éviter les actions uniquement motivées par l'avidité, le législateur pourrait également laisser au juge le soin d'apprécier l'opportunité d'allouer une partie de la somme à un fonds de garantie²⁶⁵.

122 En droit français, la faute se confond avec l'illicéité qui n'en est que l'aspect

²⁶¹V. en ce sens les arguments présentés par Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit. (p. 64).

²⁶²« *if the defendant's conduct showed a deliberate and outrageous disregard of the plaintiff's right and the other remedies awarded would be inadequate to punish the defendant for his conduct* », extrait du *Law Commission's report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, cité par P. S. CODERCH, op. cit. (p. 77).

²⁶³Article L. 113-1 C. ass. H. GROUDEL, *Faute et assurance*, RCEA. 2003/6, p. 56-58.

²⁶⁴G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité civile*, op. cit. (p. 17), spéc. p. 650 et s. n°366 et s. Pour une illustration de cette notion, v. par ex. Cass. civ. 2e, 23 septembre 2004, n°03-14389, Bull. n°410 : un ouvrier en congé maladie s'était néanmoins rendu sur un chantier et était décédé des suites d'un accident mortel intervenu au cours des travaux ; l'assureur opposait la faute de l'assuré à ses ayants-droits, solution que censure la Cour de cassation en relevant que l'assuré n'a pas voulu créer le dommage tel qu'il en est résulté. G. VINEY, *Responsabilité civile*, JCP. EG. 2005. I. 132, n°6.

²⁶⁵Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit. (p. 64), spéc. p. 23 et s., n°48-1 et s. : l'auteur penche pour une attribution systématique de la somme retirée de la restitution du gain illicite à un fonds de garantie. Toutefois, les fonds de garantie devraient en principe relever à titre principal de la solidarité nationale et non de la sanction civile des fautes lucratives.

objectif²⁶⁶. L'illicéité résulte de la contravention à l'ordre juridique, soit que celui-ci interdise une action, soit qu'il la prescrive. Comme le relève SAVATIER, si aucune règle légale ou contractuelle ne prescrit un comportement, celui-ci peut néanmoins s'imposer du fait d'un « *devoir général de ne pas nuire à autrui* », d'un « *devoir habituel d'épargner à autrui un préjudice* »²⁶⁷. En revanche, en droit suisse où ce principe général n'existe pas²⁶⁸, faute et illicéité sont deux conditions distinctes de la responsabilité civile²⁶⁹. Les auteurs du projet de réforme suisse formulent la différence entre ces deux notions de la façon suivante :

*« La question de l'illicéité se pose par rapport à la victime : elle revient à se demander si la violation porte atteinte à un droit juridiquement protégé. Quant à la question de la faute, elle se pose par rapport à l'auteur : elle amène à s'interroger si la violation constitue une attitude répréhensible »*²⁷⁰.

Le fait fautif doit en outre être subjectivement imputable à son auteur.

2. L'imputabilité

123 Le terme d'imputabilité provient de l'imputation, qui, entendue dans son sens originel, désigne l'opération financière par laquelle quelque chose est porté au compte de quelqu'un²⁷¹. Par la suite, le terme sera employé pour désigner le fait de faire supporter les conséquences d'un dommage par une personne en raison de sa capacité à discerner le bien du mal. Plus précisément, un auteur distingue l'« *imputation du préjudice* » qui « *relie le dommage au responsable* » et l'imputabilité qui « *relie le fait générateur... au responsable qui doit réparer le préjudice* »²⁷². À cet égard les solutions du droit français (a) et du droit suisse (b) diffèrent, non pas tant dans leur résultat que dans leur expression formelle et leur principe. L'exposé de l'évolution du droit français est également une occasion de mesurer le coût social qui résulte de la malfaçon législative et le rôle salvateur que le juge a pu jouer en faveur des victimes.

²⁶⁶ A. PIROVANO, Faute civile et faute pénale. Essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal, thèse, Nice, 1964, LGDJ, 1966. V. également R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, op. cit. (p. 73) qui indique note 2 : « nous nous rencontrons donc avec tous les auteurs qui, en déclarant que la faute comporte un élément illicite, supposent du même coup qu'elle viole un devoir ».

²⁶⁷R. SAVATIER, ib., p. 8-9.

²⁶⁸V. L'illicéité, infra p. 215 et s., §. 433 et s.

²⁶⁹Sur l'opportunité de l'accueil de cette distinction en droit français, cf. infra p. 246 et s.

²⁷⁰REAP p. 118. La même idée est exprimée par F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 59, n°237, et M. CARTIER, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, thèse, Saint-Gallen, 2007, p. 54, n°158 : « Bei der Erfolgsunrechtstheorie erschöpft sich die Widerrechtlichkeit in der Prüfung der Rechtsgutverletzung, während sich das Verschulden im weitesten Sinne mit der Prüfung des Schädigerverhaltens befasst », « Dans la conception de l'illicéité en raison du résultat, on examine l'atteinte aux droits, tandis que la faute au sens large concerne l'examen du comportement de l'auteur du dommage ».

²⁷¹G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, op. cit. (p. 32), v. Imputation, Imputable, Imputabilité.

²⁷²J. FISCHER, Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile, op. cit. (p. 69), spéc. p. 385.

a En droit français

124 Les travaux préparatoires du Code civil n'indiquent pas que ses rédacteurs aient entendu admettre ou exclure la responsabilité des personnes privées de discernement²⁷³. Il semble plutôt qu'ils aient voulu offrir à la victime un autre responsable que la personne privée de discernement : le parent ou le gardien de la personne ayant causé le dommage. Ces responsables se voyaient imputer un défaut de vigilance présumé, à charge pour eux de prouver que ce n'était pas le cas.

La doctrine²⁷⁴ et la jurisprudence²⁷⁵ ont estimé que la faute impliquait le discernement, de sorte que le fou ou l'*infans* ne répondaient pas des conséquences de leurs actes²⁷⁶. Un auteur a relevé qu'il n'y a pas de raison de privilégier la victime du dommage par rapport à celui qui est irresponsable²⁷⁷. L'absence de discernement était souverainement appréciée par les juges du fond qui n'étaient pas tenus par la minorité ni par l'incapacité ou l'internement du fou²⁷⁸. Cette conception subjective de la faute comme impliquant le discernement de l'agent a été critiquée et sera progressivement abandonnée, d'abord par le législateur à propos du majeur incapable, puis par la jurisprudence à propos de l'*infans*. Un auteur remarque notamment qu'il est contradictoire d'apprécier la négligence de façon objective s'agissant des actes d'un majeur capable, c'est-à-dire sans se soucier de ses capacités intellectuelles réelles au moment de l'acte, mais de façon subjective lorsqu'il s'agissait d'un mineur ou d'un fou : il y a alors confusion entre responsabilité civile et responsabilité pénale²⁷⁹. Cette conception subjective de la faute s'est cependant longtemps maintenue en droit français.

125 S'agissant de l'incapable majeur, il avait été proposé au cours des travaux préparatoires à la loi du 30 juin 1938 sur les aliénés, de prévoir un texte disposant que « les aliénés encourent la responsabilité civile édictée par les articles 1382 et 1383 du Code civil pour les actes commis

²⁷³ MAZEAUD, MAZEAUD, TUNC, Traité, t. 1, p. 504, n°449.

²⁷⁴ P.-A. MERLIN (dir.), Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 4e éd., éditeur Garnery, Paris, 1812-1825, tome 10, Délit, p. 501 : « Il résulte de la définition que nous avons donnée des Quasi-délits (fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque préjudice à une autre personne), qu'il n'y a que les personnes qui ont l'usage déjà raison qui en soient capables. Car il y a essentiellement dans le Quasi-délit une imprudence ; or, une imprudence est un oubli ou un écart de la raison ; et pour oublier la raison, ou s'en écarter, il faut l'avoir ». À propos des déments : C. E. DELVINCOURT, Cours de Code Napoléon, éd. P. GUEFFIER, 1813, Paris, tome 3, p. 682, note 7 ; J. POTHIER, Traité des obligations, n°118 ; A. SOURDAT, Traité général de la responsabilité, et de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, éd. De Cosse, Paris, 1852, tome 1, p. 9, n°16.

²⁷⁵ Cass. 1er avril 1848, S. 1848, p. 320, s'agissant d'un dément.

²⁷⁶ Ib. n°455 et les références citées. Req. 14 mai 1866, DP. 1867. I. 296 : « par l'emploi de l'expression fautive, la loi suppose évidemment un fait dépendant de la volonté et qu'un insensé, n'ayant pas de volonté, ne saurait être responsable, même civilement, des faits par lui accomplis dans l'état de démence ».

²⁷⁷ A. SOURDAT, ib.

²⁷⁸ Ib. n°450 et s.

²⁷⁹ Ib. p. 509, n°459.

par eux en dehors de l'établissement d'internement »²⁸⁰. Ce n'est qu'en 1968 qu'un article 489-2 fût introduit dans le Code civil : « 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 ». La question a alors été de savoir si ce texte s'appliquait aussi au mineur ? La jurisprudence a conclu que si l'enfant était sous l'empire d'un trouble mental, il était responsable, mais non si son absence de discernement résultait seulement de son jeune âge²⁸¹.

126 Ce n'est qu'en 1984 que la jurisprudence admit la responsabilité de l'enfant indépendamment de son discernement en adoptant la conception objective de la faute par une série d'arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 9 mai 1984. Dans le premier arrêt, un enfant de neuf ans avait allumé un incendie, causant ainsi divers dommages. La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, avait retenu sa responsabilité au motif qu'il avait « volontairement allumé l'incendie », sans rechercher s'il avait ou non conscience de son acte²⁸². Un autre arrêt du même jour approuve les juges du fond d'avoir retenu la faute de la victime d'un accident de la circulation : une fillette avait voulu traverser sans faire attention à la voiture qui arrivait et qui n'avait pu éviter l'accident. La Cour de cassation indique que « la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de vérifier si la mineure était capable de discerner les conséquences de tels actes, a pu, sans se contredire, retenir, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, que la victime avait commis une faute qui avait concouru (...), à la réalisation du dommage »²⁸³. Ces décisions du même jour permettent de mesurer les raisons qui avaient pu jusqu'à présent retenir la jurisprudence d'adopter cette position : si l'enfant est responsable de son fait lorsqu'il cause un dommage, alors l'enfant victime peut se voir opposer sa propre faute pour réduire le montant de la réparation qui lui est due²⁸⁴. Cette solution est qualifiée de choquante par un auteur²⁸⁵. Dès lors que le droit français ne connaît plus qu'une conception objective de la faute, certains estiment que la notion d'imputabilité se confond avec celle de causalité²⁸⁶.

²⁸⁰Ib. n°449.

²⁸¹Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), n°1331, p. 370.

²⁸²Ass. pl. 9 mai 1984, n°82-92934, Bull. n°4. concl. CABANNES, note F. CHABAS, D. 1984, p. 525 et s.; JCP. EG. 1984. II. 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE; JCP. EG. 1984. II. 20256, note P. JOURDAIN; JCP. EG. 1984. II. 20291, rapp. conseiller FEDOU; RTDciv. 1984, p. 508, obs. J. HUET. R. LEGEAIS, Un gardien sans discernement, D. 1984, chron. p. 237; R. LEGEAIS, Responsabilité civile des enfants et responsabilité civile des parents, Defr. 1985, art. 33508, p. 557; G. VINEY, La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance, JCP. EG. 1985. I. 3189; H. MAZEAUD, La faute objective et la responsabilité sans faute, D. 1985, chron. p. 13 et s.

Ass. pl. 9 mai 1984, n°80-93031, Bull. ass. pl. n°2 : même solution lorsqu'un enfant de treize ans s'électrocute en vissant une ampoule sur une douille dont l'installation était défectueuse sans couper le courant : la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir admis un partage de responsabilités entre la victime et l'électricien.

²⁸³Ass. pl. 9 mai 1984, n°80-93481, Bull. ass. pl. n°2.

²⁸⁴V. infra Le fait de la victime, p. 198 et s., §. 387 et s.

²⁸⁵Ph. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 371, n°1334.

²⁸⁶Chr. RADE, Les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile, Mélanges en l'honneur de

Le droit suisse a eu recours à d'autres solutions depuis longtemps.

b En droit suisse

127 Si la doctrine et la jurisprudence françaises en ont longtemps tenu pour une conception subjective de la faute, le Code des obligations a prévu dès l'origine la possibilité de faire peser la réparation sur l'incapable dont les actes ont causé le dommage. Le Code des obligations de 1881 comprenait en effet un article 58 par lequel il est dit que « *Si l'équité l'exige, le juge peut, par exception, condamner une personne même irresponsable à la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a causé* »²⁸⁷. Cette disposition sera reprise en 1911. Si l'article 18 du CCS prévoit que « *Les actes de celui qui est incapable de discernement n'ont pas d'effet juridique* », c'est sous la réserve des « *exceptions prévues par la loi* ».

128 Il convient toutefois de préciser qu'en droit suisse, il s'agit d'un régime spécial de responsabilité, et non d'une extension de la responsabilité pour faute²⁸⁸. Le principe est donc bien qu'en droit suisse, la responsabilité pour faute implique le discernement. La doctrine suisse admet que les responsabilités objectives sont susceptibles d'être mises en jeu indépendamment du discernement du responsable recherché. En outre, contrairement à la faute dont la gravité est susceptible d'influer sur l'étendue de la réparation due, l'absence de discernement est entière ou elle n'est pas, l'article 19 alinéa 3 du Code civil suisse précise en effet que les mineurs et les interdits capables de discernement « *sont responsables du dommage causé par leurs actes illicites* ».

129 L'altération du jugement peut néanmoins constituer un facteur de réduction des dommages-intérêts lorsqu'elle ne suffit pas à justifier l'irresponsabilité de l'auteur du dommage. La description du cheminement juridique est ainsi décrite :

« *kann Urteilsfähigkeit nach dem Aufbau des Gesetzes (Art. 19 Abs. 3 ZGB) nur entweder gegeben sein oder nicht. Man muss also vorerst feststellen, ob der Schadensverursacher im Besitze der (unteilbaren) Urteilsfähigkeit war. Dann kommt die Frage, ob ein Verschulden vorliegt. Anschliessend kommt die dritte Frage, ob allenfalls das Verschulden leicht genug war, um eine Schadenersatzreduktion zu rechtfertigen (Art. 43)* »²⁸⁹.

Philippe Le Tourneau, Libre droit, Dalloz, Paris, 2008, p. 885-902.

²⁸⁷FF. du 18 juin 1881, p. 83. V. également le Rapport de la commission du conseil des états chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial (du 31 mai 1880), FF. du 12 juin 1880, p. 145, qui donne comme exemple de cas dans lesquels le juge est expressément habilité à statuer en équité : « *Ainsi, le juge peut, dans des circonstances exceptionnelles et pour des motifs d'équité, condamner une personne irresponsable en règle générale à la réparation du dommage qu'elle a causé ; cette disposition, du reste, se rencontre déjà dans les législations prussienne et autrichienne* ».

²⁸⁸J. GUINAND, La responsabilité des personnes incapables de discernement, in Mélanges en l'honneur du centenaire du Code des obligations, dir. H. Peter, E. W. Starck, P. Tercier, éd. Universitaires de Fribourg, 1982, p. 397-411, spéc. p. 399. et s.

²⁸⁹R. BREHM, (dir.), Berner Kommentar (Art. 41-61 OR), Staempfli, Berne, 3e éd., 2006, Art. 41, n°172 : « *Selon la construction légale (article 19 al. 3 CCS), l'absence de discernement est ou n'est pas. On doit alors en premier lieu déterminer si*

Ainsi, le Tribunal fédéral retient la responsabilité d'enfants de neuf ans utilisant un arc et des flèches pour jouer à se tirer dessus, blessant ainsi l'un d'eux à l'œil, les enfants ayant assez de discernement pour percevoir le caractère dangereux de leurs actes. Le Tribunal fédéral procède ensuite à un partage de responsabilité, en admettant que la victime puisse se voir opposer sa faute. Enfin, en considération du fait que l'un des enfants est assuré et l'autre non, le Tribunal modifie la répartition de la réparation antérieurement effectuée^{290 291}.

En revanche, la question de savoir si cette responsabilité implique la commission d'un acte illicite par la personne privée de discernement prête à discussion. En effet, lorsque l'incapable de discernement contracte, son engagement est nul, et son cocontractant de bonne foi peut subir un préjudice du fait de l'annulation du contrat. Un auteur estime que la mise en jeu de la responsabilité de la personne privée de discernement exige la commission d'une « *faute objective* », telle la dissimulation de son état à son cocontractant²⁹².

Le projet de réforme suisse dispose, à l'article 48b AP que « *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* ».

130 En revanche, le projet de réforme suisse modifie la disposition relative à la responsabilité de celui qui est temporairement privé de discernement, actuellement régie par l'article 54 alinéa 2 COS dans les termes suivants : « *Celui qui a été frappé d'une incapacité passagère de discernement est tenu de réparer le dommage qu'il a causé dans cet état, s'il ne prouve qu'il y a été mis sans sa faute* ». Dans cette hypothèse, l'auteur du dommage est légalement présumé s'être mis lui-même dans cet état et ne peut dégager sa responsabilité qu'en prouvant son absence de faute²⁹³. Typiquement, l'alcoolique ou le drogué sont responsables de ne pas avoir pris les mesures propres à éviter tout dommage lorsqu'ils cèdent à leur addiction. La faute présumée n'est donc pas relative au fait dommageable mais « *consiste dans l'acceptation - par intention ou par négligence - du risque de ne plus être en mesure de contrôler ses actes* »²⁹⁴. Les auteurs du projet de réforme suisse entendent donc supprimer cet alinéa qui, selon eux, est compris dans la

l'auteur du dommage était ou non en possession de tout son discernement. Ensuite, se pose la question de savoir s'il y a une faute. Enfin vient la troisième question de savoir si la faute est suffisamment légère pour justifier une réduction des dommages-intérêts (article 43 COS) ».

²⁹⁰ATF 104 II 184.

²⁹¹Sur la question de l'opposabilité de la faute de la victime, et les solutions proposées pour remédier aux situations problématiques, v. infra Le fait de la victime, p. 198 et s., §. 387 et s.

²⁹²F. WERRO, La responsabilité civile, eod loc. (p. 74), p. 67, n°267 : « *à notre avis, l'incapable de discernement ne peut répondre des conséquences de la nullité du contrat et du préjudice qui en résulte que s'il commet une faute objective, par exemple en taisant le fait qu'il est interdit. Or le seul fait de conclure un contrat entaché de nullité parce qu'il ne satisfait pas aux conditions légales ne constitue pas une faute objective, même s'il en résulte un préjudice* ».

²⁹³J. GUINAND, La responsabilité des personnes incapables de discernement, p. 398.

²⁹⁴REAP p. 122-123.

responsabilité pour faute. La suppression de cette présomption de faute est en quelque sorte compensée par les pouvoirs conférés au juge en matière d'appréciation et d'administration des preuves. L'article 56c du projet de réforme dispose que :

« 1 Le tribunal apprécie librement les faits sans être lié par aucune règle de procédure en matière de preuves.

2 Il a le pouvoir d'administrer d'office les preuves qu'il juge nécessaires ».

tandis que l'article 56d alinéa 2 précise que :

« Si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante ; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance ».

On peut relever qu'il est curieux de supprimer une présomption légale de faute pour la remplacer par une règle certes générale mais qui aboutira en fait à ce que le juge adopte la même solution en jurisprudence, sauf à imposer à la victime de prouver effectivement la faute de celui qui s'est mis en situation de perdre temporairement son discernement.

Après avoir envisagé la responsabilité pour faute, les auteurs du projet de réforme suisse envisagent une double clause générale de responsabilité objective.

B Le fait de l'auxiliaire

131 Les termes de « fait de l'auxiliaire » relèvent de la terminologie employée par le projet de réforme suisse²⁹⁵. Celle-ci vise à unifier les différentes hypothèses de responsabilité civile résultant des agissements de la personne qui accomplit une activité pour le compte et dans l'intérêt d'autrui. Le terme d'auxiliaire est plus large que celui d'employé. En effet, l'actuel article 55 alinéa premier du Code des obligations dispose que : « l'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ». Le terme de « responsabilité de l'employeur » n'est pas forcément approprié dans la mesure où il se rattache trop au contrat de travail²⁹⁶, alors que la responsabilité civile contractuelle du fait de l'auxiliaire vise la responsabilité de toute personne qui en charge une autre d'exécuter une tâche. Le projet de réforme consacre pour partie des solutions déjà existantes, aussi la présentation du droit positif est-elle nécessaire (1.), pour ensuite apprécier les propositions du projet de réforme suisse (2.).

1. Le droit positif

²⁹⁵ REAP p. 125.

²⁹⁶ Ib.

Le droit positif suisse (a) emploie les termes de responsabilité de l'employeur du fait de l'auxiliaire pour désigner la responsabilité du commettant du fait de son préposé régie en droit positif français (b) par l'article 1384 alinéa 5 du Code civil²⁹⁷.

a Le droit positif suisse

En droit positif suisse, la responsabilité du fait des auxiliaires résulte, s'agissant des règles contractuelles, de l'article 101 du COS (1) tandis que la responsabilité délictuelle de l'employeur du fait de ses employés à l'égard de tiers est régie par l'article 55 COS (2).

(1) *La responsabilité délictuelle*

132 En droit positif suisse, le civilement responsable des dommages causés à un tiers est l'employeur ou le « *commettant* », dont l'auxiliaire a causé le préjudice dans l'exécution d'une tâche qu'il effectuait à son instigation et sur ses instructions. Il faut que l'auxiliaire ait commis un acte illicite, mais pas nécessairement une faute au sens de la responsabilité aquilienne. Il faut également que l'acte ayant causé le dommage soit en relation avec la tâche que l'auxiliaire avait été chargé d'exécuter « *dans l'accomplissement de son travail* ». Comme l'indique un auteur, le critère essentiel de cette responsabilité est l'existence d'un lien de subordination, peu important que l'auxiliaire soit ou non salarié ou rémunéré : « *seule est donc déterminante la relation de fait qui existe* »²⁹⁸.

133 Comme le défaut de surveillance présumé est le principe de cette responsabilité, le responsable est susceptible de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a accompli toutes les diligences requises en fonction de la situation concrète. L'employeur prouvera qu'il a bien choisi son employé (*cura in eligendo*), qu'il lui a donné les instructions utiles (*cura in instruendo*) et qu'il l'a surveillé d'une façon propre à empêcher la survenance du dommage (*cura in custodiendo*). L'employeur doit prouver qu'il a mis l'employé en mesure d'agir de façon adéquate en lui fournissant les moyens matériels nécessaires dans le cadre d'une bonne organisation²⁹⁹. La jurisprudence apprécie objectivement la diligence requise. Le Tribunal fédéral, à propos de la responsabilité du détenteur de l'animal, qui est également une responsabilité objective basée sur l'appréciation du comportement diligent du responsable recherché, indique que la diligence due se détermine au regard de l'ensemble des circonstances concrètes³⁰⁰ :

²⁹⁷ Article 1384 al. 5 du Code civil français : « *Les maîtres et les commettants [répondent], du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ».

²⁹⁸ F. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 117, n°447.

²⁹⁹ Ainsi, le Tribunal fédéral a admis l'absence de responsabilité du fabricant dont l'employé, bien que formé et consciencieux, n'a pas correctement réalisé une friteuse, de sorte que celle-ci a provoqué un incendie : ATF 90 II 86.

³⁰⁰ TF, 30 septembre 1999, 1re cour civile.

« Pour déterminer concrètement quels sont les devoirs de la prudence, on peut se référer à des normes édictées en vue d'assurer la sécurité et d'éviter des accidents. À défaut de dispositions légales ou réglementaires, on peut aussi se référer à des règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques, lorsqu'elles sont généralement reconnues. Si aucune norme de sécurité imposant ou interdisant un comportement n'a été transgressée, il faut encore se demander si le défendeur a respecté les principes généraux de prudence. Si des mesures de sécurité non imposées par une réglementation étaient envisageables, on recherchera, en procédant à une pesée des intérêts en présence, ce qui pouvait être raisonnablement exigé. On tiendra compte, d'une part du degré d'efficacité de la mesure, de son coût et de ses inconvénients et, d'autre part, du degré de probabilité du risque et de l'importance du dommage envisagé ».

134 Aujourd'hui, cette possibilité d'exonération par la preuve de l'accomplissement des diligences requises est, de l'avis même de la doctrine suisse, assez théorique compte tenu de la sévérité avec laquelle la jurisprudence apprécie cette preuve libératoire. L'arrêt de principe « *ampute* » la responsabilité de l'employeur de sa preuve libératoire³⁰¹. Par suite, cette responsabilité pour faute présumée n'admettant plus la preuve contraire est remplacée par la responsabilité objective du fait des produits défectueux³⁰², qui ne suppose ni la faute de l'employeur, ni la faute de l'employé³⁰³. Cette responsabilité prétorienne du producteur-employeur est désignée par un terme spécifique : la responsabilité du fait de l'organisation.

(2) La responsabilité contractuelle

135 La terminologie employée dans cet intitulé est celle du droit suisse. En droit français, on parlera plutôt de responsabilité contractuelle du fait d'autrui³⁰⁴, terminologie imparfaite qui désigne en réalité l'hypothèse dans laquelle le débiteur voit sa responsabilité civile contractuelle engagée en raison de l'inexécution résultant du fait des personnes auxquelles il aura eu recours pour l'exécution de ses obligations contractuelles³⁰⁵. En droit suisse, la responsabilité contractuelle du fait des auxiliaires résulte de l'article 101 COS qui dispose que « *Celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires (...) le soin d'exécuter une obligation*

³⁰¹ATF 110 II 456 : le Tribunal fédéral indique qu'« il y a lieu de formuler des exigences accrues quant à la preuve libératoire de l'employeur également lorsque le travail des auxiliaires ne présente pas de danger en soi mais que des erreurs dans la fabrication du produit peuvent constituer une source de danger pour les personnes qui s'en serviront correctement (cons. 2b). En vertu de l'art. 55 al. 1 CO, l'employeur ne doit pas seulement avoir choisi judicieusement ses auxiliaires, les avoir surveillés et leur avoir donné les instructions nécessaires, mais il doit encore veiller à une organisation rationnelle de son entreprise comprenant, au besoin, un contrôle final de ses produits, apte à préserver les tiers de tout dommage (cons. 3a). Si un contrôle final des produits n'est pas possible ou si l'on ne peut l'exiger de l'employeur, celui-ci doit choisir un mode de fabrication qui exclut, avec un haut degré de probabilité, les erreurs de fabrication et le danger qui en résulte pour autrui (cons. 3b) ».

³⁰²G. PETITPIERRE, L'apparition d'un besoin social face à l'inadaptation du droit en vigueur : la genèse d'une nouvelle réglementation, in Responsabilités objectives, p. 1127, spéc. p. 17 et p. 22 et s.

³⁰³ATF 110 II 456, spéc. 460 cons. 2 ; ATF 97 II 223.

³⁰⁴Voir par ex. les rubriques dans le Code civil Dalloz, sous l'article 1147, G. VINEY, P. JOURDAIN, Conditions de la responsabilité, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, 3e éd., LGDJ, Paris, 2006, p. 1033 et s., n°814 et s.

³⁰⁵E. BECQUÉ, De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé, RTDciv. 1914, p. 251-320. *Contra*, R. RODIERE, Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? D. 1952, p. 79-84 : l'auteur indique que soit le débiteur a commis une faute en choisissant le préposé, soit il ne garantit pas le dommage sauf exception légale ou conventionnelle.

ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail ».

136 La mise en jeu de la responsabilité du débiteur contractuel nécessite un acte de son auxiliaire, la définition de la notion d'auxiliaire étant très large : il s'agit de toute personne à laquelle aura recours le débiteur, indépendamment du lien juridique existant entre elle et le débiteur, et à laquelle l'exécution aura été confiée³⁰⁶.

Par différence avec la responsabilité délictuelle du fait d'autrui de l'employeur prévue par l'article 55 COS, le cocontractant qui recourt à un auxiliaire pour l'exécution du contrat ne peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a accompli toutes les diligences nécessaires, mais seulement en établissant le fait qu'il n'y a pas eu violation des obligations contractuelles mises à sa charge³⁰⁷. La responsabilité à raison des auxiliaires est également plus large que celle de l'employeur, la notion d'auxiliaire comprend par exemple dans un contrat de bail tant le sous-locataire à l'égard du bailleur que le bailleur à l'égard du sous-locataire³⁰⁸.

137 Le droit français ne connaît pas de règle légale générale de responsabilité contractuelle du fait des auxiliaires ou, plus généralement, du fait d'autrui³⁰⁹. Cependant la jurisprudence admet logiquement que « le débiteur est responsable de l'inexécution de ses obligations, alors même que cette inexécution proviendrait du fait d'un tiers qu'il se serait substitué ». Par analogie avec la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, certains auteurs dégagent des différentes décisions les caractères d'un principe général de responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Cependant cette analyse est discutable³¹⁰. Contrairement à la responsabilité civile délictuelle, il ne s'agit pas de répondre du fait d'autrui mais de son propre fait consistant en l'inexécution d'obligations dont le débiteur était personnellement tenu.

b Le droit positif français

138 Par différence avec le droit suisse, la responsabilité contractuelle du fait des

³⁰⁶P. TERCIER, Précis de droit des obligations, 3e édition, Schulthess, Bâle, Zurich, Genève, 2004, p. 224, n°1130.

³⁰⁷ATF 113 II 424 : « Lorsqu'il exécute ses obligations, comme en l'espèce, par l'entremise d'auxiliaires, il répond du comportement de ceux-ci comme du sien propre, en vertu de l'art. 101 CO ; il ne peut donc se libérer de sa responsabilité du chef des actes de ses auxiliaires qu'en prouvant que s'il avait agi comme ses auxiliaires on ne pourrait lui reprocher aucune carence ». Pour une présentation détaillée du raisonnement, v. E. BECQUÉ, op. cit., spéc. p. 288 et s.

³⁰⁸ATF 119 II 330. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit., p. 131, n°499

³⁰⁹Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité (en général), op. cit. (p. 12), G. VINEY, P. JOURDAIN, Conditions de la responsabilité, op. cit. (p. 87), p. 1033 et s. n°814 et s.

³¹⁰Analyse discutable et discutée, v. notamment R. RODIÈRE, op. cit. (p. 87) qui relève que « En dehors d'une stipulation expresse, on ne saurait dire que tout contrat implique la garantie tacite des faits de leurs préposés par les débiteurs ». Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité (en général), op. cit. (p. 12), n°10 : « en vertu de la force obligatoire du contrat, le débiteur est personnellement tenu des obligations convenues, quand bien même il en aurait confié l'exécution à un tiers, en tout ou en partie, dès lors qu'il l'a volontairement introduit dans la sphère de l'exécution (lui donnant ainsi l'occasion de causer un trouble au créancier), que ce soit un auxiliaire ou un substitut ».

préposés du débiteur n'est pas envisagée par un texte exprès (2), contrairement à la responsabilité délictuelle (1).

(1) *La responsabilité délictuelle du fait du préposé*

139 En droit français, la responsabilité de l'employeur du fait de son employé pour les dommages causés aux tiers résulte essentiellement des règles posées par la jurisprudence. En effet, l'article 1384 alinéa 5 indique seulement que « *Les maîtres et les commettants, [sont solidairement responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». POTHIER excluait la responsabilité des père et mère lorsque le dommage avait eu lieu hors de leur vue. En revanche, même lorsque le maître était absent, il était responsable de ses serviteurs ou ouvriers lorsque le délit ou le quasi-délit cause du dommage avait été commis « *dans l'exercice des fonctions auxquelles ils sont employés par leurs maîtres, quoiqu'en l'absence de leurs maîtres* »³¹¹. La raison en était qu'aux parents il était reproché une faute de surveillance ou bien le fait de n'être pas intervenus pour empêcher le dommage, tandis que l'employeur se voyait reprocher une faute dans le choix de son serviteur. La limite de cette responsabilité était que « *A l'égard des délits ou quasi-délits qu'ils commettent hors de leurs fonctions, les maîtres n'en sont pas responsables* ». PLANIOL relevait bien que le commettant était responsable du fait d'autrui, sans même que l'on recourt à l'idée d'une présomption de faute³¹². Il critiquait d'ailleurs le fait de faire peser une responsabilité aussi lourde sur un particulier employeur. En revanche, il était justifié que l'employeur industriel réponde de façon aussi stricte du fait de son préposé en raison du profit qu'il retire de l'activité de ses employés.

140 Pour engager la responsabilité du commettant, l'action du préposé doit pouvoir être rattachée aux fonctions dans lesquelles il est employé. Par un arrêt du 19 mai 1988, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a défini l'abus de fonction propre à exonérer le commettant de sa responsabilité : il faut que le préposé ait agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions³¹³. Il n'est pas exigé que le préposé ait réellement agi pour le compte de son commettant, il suffit que la victime du dommage ait pu légitimement penser que c'était le cas. Ainsi, une société d'assurance répond du dommage causé par son préposé qui a détourné les fonds confiés par un client. La Cour de cassation admet en effet la responsabilité civile de l'employeur pour des faits commis postérieurement au licenciement de son préposé mais dont le client ignorait qu'il n'avait plus

³¹¹J. POTHIER, Traité des obligations, op. cit. (p. 73), p. 132, n°121.

³¹²PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, tome 2, 11e édition Paris, LGDJ, 1931, p. 333-339, n°911.

³¹³Ass. pl. 19 mai 1988, n°87-82654, Bull. n°5, deux arrêts, concl. M. DORWLING-CARTER, av. gén. GP. 1988, p. 640-650 ; J.-L. AUBERT, obs. sous Ass. pl. 19 mai 1988, Defr. 1988, p. 1097 ; P. JOURDAIN, RTD.civ. 1989, p. 89 ; C. LARROUMET, note D. 1988, p. 513.

la qualité d'agent d'assurance. L'avocat général indique devant l'Assemblée plénière que l'employeur est assuré contre ce risque car l'article L. 121-2 du Code des assurances impose à l'assureur de responsabilité civile la couverture des conséquences de la faute même intentionnelle des personnes dont l'employeur est civilement responsable³¹⁴.

141 S'agissant de la responsabilité personnelle du préposé, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 février 2008, n°06-21182 indique que : « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers, le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son commettant, hors le cas où le préjudice de la victime résulte d'une infraction pénale ou d'une faute intentionnelle* »³¹⁵. La Cour réaffirme la solution déjà retenue par un arrêt du 20 décembre 2007³¹⁶. Comme le relèvent les juges du fond, la responsabilité du commettant est « *objective, protectrice de la victime et inhérente au profit tiré de l'activité globale d'un commis* ». Le conseiller rapporteur, M. MAYNIAL indique également que « *le dommage causé par le salarié dans le cadre de ses fonctions est inhérent au risque entrepreneurial. Ce risque, qui résulte de la création de valeur de l'entreprise, et qui est généralement pris en charge par des assureurs a donc un coût parfaitement prévisible qui s'intègre dans le compte d'exploitation prévisionnel* »³¹⁷.

142 La jurisprudence rattache la responsabilité du commettant au pouvoir de direction qu'il exerce sur le préposé. La jurisprudence exige l'existence d'un lien de subordination entre le commettant et le préposé qui se manifeste par la possibilité pour le premier de donner des ordres ou des instructions au second relativement aux tâches qui lui sont confiées³¹⁸. Il n'est en revanche pas exigé que le préposé se soit conformé à ses

³¹⁴Article L. 121-2 du Code des assurances : « *L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes* ».

³¹⁵H. GROUDEL, Responsabilité personnelle du préposé, RCEA. 2008/4. 14 comm. 124.

³¹⁶Cass. civ. 2e, 20 décembre 2007, n°07-13403, Bull. n°274 ; le litige portait en premier lieu sur la question de savoir quelle était la juridiction compétente pour juger de l'action récursoire de l'employeur d'un voiturier ayant abîmé la voiture d'un client. L'employeur avait indemnisé la victime et se retournait contre son salarié. La juridiction de droit commun décline sa compétence approuvée en cela par la Cour de cassation qui relève : « *le commettant ne disposant d'aucune action récursoire contre son salarié devant la juridiction de droit commun dès lors qu'il ne peut se prévaloir d'une subrogation dans les droits de la victime, laquelle ne dispose d'aucune action contre le préposé qui a agi dans les limites de la mission qui lui était impartie, hors le cas où le préjudice de la victime résulte d'une infraction pénale ou d'une faute intentionnelle, la cour d'appel, qui a constaté que l'accident s'était produit dans l'exercice par le salarié de ses obligations professionnelles, a exactement décidé que l'examen du litige nécessitait l'appréciation de l'existence d'une faute dans l'exécution du contrat de travail et relevait de la compétence d'attribution de la juridiction prud'homale* ». S. CARVAL, Recours du commettant contre son préposé : action propre ou subrogatoire ; Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 20 décembre 2007, pourvoi numéro 07-13.403, RDC. 2008/3, p. 747-749 ; H. GROUDEL, Juridiction compétente pour statuer sur le recours du commettant contre le préposé, RCEA. 2008/2, comm. 50 ; P. JOURDAIN, Le recours du commettant contre son préposé pourrait être fondé sur une faute dans l'exécution du contrat de travail, RTDciv. 2008, p. 303 ; J. MOULY, Faute d'un voiturier : compétence prud'homale, D. 2008, p. 1248 ; J.-M. SOMMER & C. NICOLETTI, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Deuxième Chambre civile, D. 2008, p. 648.

³¹⁷Concl. sur Cass. civ. 2e, 20 décembre 2007, n°07-13403.

³¹⁸Un prêtre ayant été condamné pénalement pour des escroqueries dans le cadre de son activité d'agent immobilier, la victime avait tenté de mettre en jeu la responsabilité de l'Eglise néo-apostolique dont il était le

instructions pour causer le dommage ; il suffit que le commettant ait eu le pouvoir de lui donner des ordres et que la victime ait pu se fier à cette apparence. Ainsi, le préposé d'un restaurant, voiturier de son état, qui abime la Ferrari d'un client en la garant sur le parking de l'établissement agit dans le cadre de ses fonctions même s'il ne s'est pas conformé en l'espèce aux consignes ou aux ordres reçus³¹⁹. En revanche, une banque n'est pas responsable des agissements de son préposé envers le gérant d'une société à qui un banquier a demandé le versement de commissions occultes en contrepartie de la réalisation d'opérations illégales : la victime « ne pouvant ignorer le procédé frauduleux... ne saurait rechercher la responsabilité du commettant »³²⁰. L'agent général d'assurance étant un travailleur indépendant ne bénéficie pas de l'immunité du préposé. L'article L. 511-1 du Code des assurances renvoie bien à l'article 1384 du Code civil, mais seulement pour faire bénéficier la victime de la garantie de l'employeur, et non pour que l'agent général puisse opposer l'immunité du préposé³²¹.

143 Outre les conditions générales que sont le dommage et la relation de causalité, la mise en cause de la responsabilité du commettant nécessite la preuve de la faute du préposé³²². Comme le rappelle le conseiller rapporteur, Mme PASCAL, la responsabilité de plein droit du fait d'autrui peut être indirecte ou directe selon qu'il faille ou non prouver que les conditions de mise en jeu de la responsabilité personnelle de l'agent sont réunies³²³. Le point de savoir si la mise en jeu de la responsabilité du fait d'autrui résultant de l'article 1384 alinéa premier exigeait la preuve de la faute de l'agent ou seulement celle d'un fait causal a été tranchée par l'assemblée plénière s'agissant de la responsabilité des associations sportives du fait des dommages causés par les joueurs. Il ne s'agit pas exactement d'un cas de responsabilité du commettant du fait de son préposé : l'association est responsable sur le fondement de l'article 1384 alinéa premier, et non sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5. La solution, et les

« serviteur ». La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir rejeté la demande en relevant que ce vocable ne suffit pas à caractériser l'existence d'un lien de subordination répondant aux conditions de l'article 1384 alinéa 5 : Cass. civ. 2e, 6 février 2003, n°00-20780.

³¹⁹Cass. civ. 2e, 20 décembre 2007, n°07-13403, Bull. n°274 ; S. CARVAL, Recours du commettant contre son préposé : action propre ou subrogatoire ; Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 20 décembre 2007, pourvoi numéro 07-13.403, RDC. 2008/3, p. 747-749 ; H. GROUDEL, Juridiction compétente pour statuer sur le recours du commettant contre le préposé, RCEA. 2008/2, comm. 50 ; P. JOURDAIN, Le recours du commettant contre son préposé pourrait être fondé sur une faute dans l'exécution du contrat de travail, RTDciv. 2008, p. 303 ; J. MOULY, Faute d'un voiturier : compétence prud'homale, D. 2008, p. 1248 ; J.-M. SOMMER & C. NICOLETTI, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Deuxième Chambre civile, D. 2008, p. 648.

³²⁰Cass. civ. 2e, 22 mai 2003, n°02-12198, Bull. n°156.

³²¹Cass. civ. 1re, 10 décembre 2002, n°99-15180, De la Jonquière, De Certaines c/ AXA, Bull. n°299, note D. LANGÉ, RGDA. 2003, p. 129-134.

³²²Cass. civ. 2e, 29 mars 2006, n°05-12470. Ass. pl. 29 juin 2007, n°06-18141, BICC n°559, rapport Mme PASCAL, avis, DUPLAT, p. 6-33 ; S. HOCQUET-BERG, Essai transformé pour la responsabilité indirecte du fait d'autrui, RCEA. 2007/11, études, n°17, p. 6-11 ; A. PAULIN, Association sportive et responsabilité du fait d'autrui ou le délicat mariage de la belle et de la bête, GP. 30 déc. 2007 au 3 janvier 2008, p. 2-10.

³²³Rapport sur Ass. pl. 29 juin 2007, n°06-18141, BICC n°559.

considérations qui l'ont inspirée, peuvent cependant être transposées.

144 Lorsque le préposé agit hors de ses fonctions, le commettant ne répond pas du dommage. Il a été jugé que n'agit pas hors de ses fonctions le préposé qui réalise un détournement de fuel au détriment de son employeur mais pendant son temps de travail et à l'occasion d'un transport pour le compte de ce dernier³²⁴. De même, l'employée d'une maison de retraite qui se fait remettre des fonds par une dame âgée en lui faisant croire qu'elle dissimule son dossier administratif afin d'éviter son expulsion de l'établissement en raison de son âge commet une faute dans le cadre de ses fonctions³²⁵. Le fait que le préposé ait été condamné pénalement n'interdit pas à la victime de mettre en jeu la responsabilité du commettant, sauf évidemment à déduire les sommes versées par le préposé de la condamnation à réparation du commettant³²⁶.

145 Imitant la jurisprudence des juridictions administratives relative à la responsabilité publique du fait des fonctionnaires et distinguant entre faute de service et faute détachable³²⁷, un arrêt de la chambre commerciale du 12 octobre 1993 approuve la Cour d'appel de Bordeaux d'avoir retenu la responsabilité d'une société pour utilisation illicite de marques et concurrence déloyale, tandis qu'elle rejetait l'action engagée contre les salariés qui réalisaient sur instruction les actes de contrefaçon et auxquels aucune faute personnelle ne pouvait être reprochée³²⁸. Cette solution divergeait de celle admise par les chambres civile et la chambre criminelle de la Cour de cassation selon lesquelles l'employeur poursuivi par la victime pouvait toujours mettre en cause le préposé, même pour une faute vénielle³²⁹.

146 Par l'arrêt COSTEDOAT du 25 février 2000, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation adopte la même position : un préposé qui agit dans les limites de sa mission n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers³³⁰. La doctrine décrira cette solution par les termes d'« immunité du préposé ». La jurisprudence a voulu protéger le préposé contre les actions en responsabilité qui seraient exercées contre lui en cas d'insolvabilité du commettant. Cette

³²⁴Cass. civ. 2e, 29 mars 2006, n°05-12470.

³²⁵Cass. civ. 2e, 16 juin 2005, n°03-19705, Bull. n°158, rapport S. GRIGNON-DUMOULIN.

³²⁶Même affaire.

³²⁷V. par exemple la formulation employée par Cass. com. 27 janvier 1998, n°93-11437, Bull. n°48 : « en statuant ainsi sans relever aucune circonstance d'où il résulterait que le gérant ait commis une faute qui soit séparable de ses fonctions de gérant et qui lui soit imputable personnellement, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

³²⁸Cass. com. 12 octobre 1993, n°91-10864, Bull. n°338 : « mais attendu que la Cour d'appel après avoir relevé que la qualité des salariés de la société... n'était pas contestée, a retenu qu'ils avaient agi dans le cadre de la mission qui leur était impartie par leur employeur et qu'il n'était pas établi qu'ils en avaient outrepassé les limites ; qu'elle a pu déduire de ces constatations et appréciations qu'aucune faute personnelle susceptible d'engager leur responsabilité n'était caractérisée à l'encontre de ces préposés dans la réalisation des actes dommageables . »

³²⁹G. VINEY, La responsabilité personnelle des préposés et des dirigeants sociaux, JCP. 1998, EG. I. 181, n°25 et s.

³³⁰Ass. pl. 25 février 2000, COSTEDOAT, n°97-17378 et 97-20152, concl. R. KESSOUS, JCP. EG. II. 10295.

immunité est limitée à la mise en jeu de la responsabilité civile. Par l'arrêt d'assemblée du 14 décembre 2001, la Cour de cassation précise que « *le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci* »³³¹.

(2) *La responsabilité contractuelle du fait d'autrui*

147 Le droit français, en l'absence de texte comparable à l'article 101 du Code des obligations, ne connaît pas de règle légale générale de responsabilité contractuelle du fait des auxiliaires³³². Si la solution du droit suisse présente l'intérêt d'éviter les discussions doctrinales qui ont lieu en droit français, il est cependant à noter qu'il n'existe pas à proprement parler de responsabilité contractuelle du fait d'autrui : le débiteur est personnellement tenu de la bonne exécution du contrat et doit répondre des dommages causés par le tiers auquel il a eu recours pour en assurer l'exécution. Un auteur qualifie cette expression d'« *image trompeuse* »³³³, car elle induit une confusion avec la responsabilité délictuelle véritablement du fait d'autrui. Par commodité, ce terme sera néanmoins employé dans ces développements, d'autant que la base légale du droit suisse permet cette présentation.

148 En droit français, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui a d'abord été abordée sous l'angle de l'exonération. Il s'agissait de savoir dans quelle mesure le débiteur devait répondre de l'inexécution contractuelle ou de la mauvaise exécution du fait de son préposé ? Pouvait-il invoquer le fait du tiers comme cause d'exonération ? Ou bien devait-il en répondre même en l'absence d'un texte comparable à celui de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil à propos de la matière délictuelle ?³³⁴.

149 Un auteur a défendu la thèse selon laquelle le débiteur répondait de l'inexécution,

³³¹ Ass. pl. 14 décembre 2001, COUSIN, n°00-82066, Bull. n°17 ; M. BILLIAU, note JCP. 2002. EG. II. 10026 ; R. DE GOUTTE, concl. sur Ass. pl. 14 décembre 2001, BICC n°551, p. 1-4 ; S. FREMEAUX, L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, Droit et patrimoine, 2002, n°110, p. 40-48 ; H. GROUDEL, La responsabilité personnelle du salarié (suite), RCEA. 2002/3, p. 4-5 ; P. JOURDAIN, Le préposé condamné pénalement pour une infraction intentionnelle engage sa responsabilité civile, RTDciv. 2002, p. 109 ; J. JULIEN, De la responsabilité civile du préposé auteur d'une infraction pénale, D. 2002, p. 1230-1233 ; D. MAZEAUD, Intentionnellement coupable donc civilement responsable : une brèche dans l'immunité du préposé, D. 2002, p. 1317 ; G. MEMETEAU, Clinique. Responsabilité civile. Préposé, RDSS. 2002, p. 526 ; Y. MONNET, Faute du préposé condamné pénalement et responsabilité du commettant, note sous Ass. pl. 14 décembre 2001, GP. 24 février 2002, n°55, p. 29-41 ; S. PETIT, La responsabilité civile et pénale des préposés, GP. 31 juillet 2002, p. 2-4 ; B. THULLIER, Responsabilité civile du préposé auteur d'une infraction pénale, D. 2002, p. 2117 ; G. VINEY, obs. JCP. EG. I. 124, n°7.

³³² Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité, op. cit. (p. 12), n°66. G. VINEY, Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? RCEA. hors série, 2000/11, p. 31-35.

³³³ Ib.

³³⁴ Ph. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 760 et s., n°3470 et s.

sauf cas de force majeure³³⁵. Un autre a estimé que le débiteur d'une obligation contractuelle inexécutée du fait d'un tiers n'est responsable que de sa faute personnelle, sauf convention contraire ou exception légale présument sa responsabilité pour défaut de diligence ou bien l'obligé à se porter garant de la réparation³³⁶. Le critère de la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur serait le recours volontaire à un auxiliaire pour l'exécution du contrat³³⁷.

150 Du fait de l'absence de règle générale, soit qu'elle fût commune à l'ensemble du droit de la responsabilité civile, soit qu'elle se limitât à la responsabilité contractuelle, le législateur a prévu des dispositions spécifiques établissant soit une obligation de garantir le cocontractant, soit une responsabilité objective sans possibilité d'exonération par la preuve de l'observation de toutes les diligences requises. Ainsi, le Code civil prévoit à l'article 1735 que « le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires », tandis que l'article 1245 dispose que « Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont parvenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable... »³³⁸.

Le projet CATALA envisage bien la responsabilité du fait d'autrui, mais exclusivement dans le cadre des dispositions spécifiquement relatives à la responsabilité extracontractuelle³³⁹. Si les dispositions des articles 1539 et s. du projet CATALA sont formulées de telle sorte qu'elles semblent englober sous le même principe de responsabilité le fait du préposé et le fait de l'auxiliaire du débiteur³⁴⁰, il faut garder à l'esprit que l'article 1341 pose le principe de non option entre les responsabilités délictuelle et contractuelle³⁴¹. Il serait peut-être pratique de prévoir une disposition comparable à celle de l'article 101 du Code des obligations. Comme le relève un auteur, « en matière contractuelle, plus encore qu'en matière délictuelle, la responsabilité du fait d'autrui s'impose comme une quasi-nécessité afin d'éviter de déjouer, au détriment du créancier, les prévisions des parties ». En outre, cette solution est de droit positif puisqu'elle a été consacrée par la jurisprudence³⁴².

³³⁵E. BECQUÉ, op. cit. (p. 87).

³³⁶R. RODIERE, op. cit. (p. 87).

³³⁷Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 761, n°3474.

³³⁸Pour une liste plus complète, cf. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 761, n°3475.

³³⁹Rapport CATALA, p. 142 et p. 157, l'article 1355 dispose « On est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt ».

³⁴⁰V. infra p. 96, §. 154, les dispositions du projet CATALA.

³⁴¹Article 1341 : « En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur de la responsabilité extra-contractuelle ».

³⁴²Pour des applications jurisprudentielles, v. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 762, n°3477 et G. VINEY, op. cit., spéc. p. 32 et s.

Un autre argument plaide en faveur d'une solution comparable à celle du droit suisse. Comme le relève un auteur, en matière de responsabilité contractuelle du fait d'autrui la preuve d'un lien de préposition entre le débiteur et l'auxiliaire n'est pas requise³⁴³. Comme en droit suisse, il est admis que toute personne requise par le débiteur pour l'exécution des obligations contractuelles est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 101 COS, à condition toutefois de se situer dans un rapport de subordination avec le débiteur. Or en droit français, la jurisprudence a admis la responsabilité du débiteur qui avait recours à un collègue médecin par exemple³⁴⁴.

Afin de codifier ces règles, il suffirait de prévoir un article ainsi rédigé : « *Celui qui, volontairement, recourt à un tiers pour l'exécution de ses obligations contractuelles, répond envers son cocontractant du dommage résultant de l'inexécution comme de la mauvaise exécution* ». Il serait également possible de détailler plus avant le régime de cette responsabilité du fait d'autrui³⁴⁵, en précisant par exemple que le débiteur répond du fait de son auxiliaire dès lors que celui-ci eût été de nature à engager sa responsabilité personnelle s'il l'avait commis. À l'instar du droit suisse, il devrait aussi être prévu que les parties peuvent convenir d'une clause exonératoire de responsabilité.

Le projet de réforme prévoit à l'article 49 AP une clause générale qui comprendrait les responsabilités du fait de l'auxiliaire tant contractuelle que délictuelle.

2. Le projet de réforme : double clause générale

151 La double clause générale est pour moitié seulement totalement nouvelle. Le projet de réforme suisse introduit formellement une responsabilité du fait des auxiliaires, dont le régime a toutefois déjà été en grande partie dégagé par la jurisprudence et la doctrine, et une responsabilité du fait de l'organisation de l'entreprise. Les articles 49 et 49a AP disposent :

« 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 ».

« 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 ».

a La clause générale de responsabilité du fait des auxiliaires

³⁴³G. VINEY, ib.

³⁴⁴G. VINEY, ib. p. 32-33.

³⁴⁵G. VINEY, op. cit. détaille précisément le régime de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. V. également infra p. 96, §. 154, les dispositions du projet CATALA.

152 Le projet de réforme suisse propose une clause générale de responsabilité du fait des auxiliaires à l'article 49 AP. Comme l'expriment les auteurs du projet de réforme, « *le chef d'imputation de la responsabilité réside dans la justification d'une compensation des coûts et des profits* »³⁴⁶. La responsabilité du fait de l'auxiliaire résulte de ce que le droit français qualifierait de « *pouvoir de direction* » du responsable sur l'auxiliaire auquel il peut donner des instructions et sur lequel il a la possibilité d'exercer une surveillance.

153 Le projet de réforme revient à la conception originelle de la responsabilité de l'employeur en prévoyant une possibilité d'exonération par la preuve de l'accomplissement des mesures propres à éviter la réalisation du dommage. Ce rappel devrait conduire à l'abandon de la sévérité avec laquelle la jurisprudence suisse a pu interpréter la preuve de la diligence objective de l'employeur à une époque où la responsabilité du fait des produits n'existait pas encore. Toutefois, dans la mesure où les auteurs du projet de réforme unifient la responsabilité délictuelle et contractuelle du fait de l'auxiliaire, il est discutable de prévoir de façon aussi générale une telle possibilité d'exonération. En matière contractuelle, le débiteur répond de l'exécution du contrat. Il ne devrait pas pouvoir s'en dégager par la simple preuve de sa diligence. Les auteurs du projet de réforme exposent en effet que « *le sujet de la responsabilité est habilité à se libérer s'il prouve qu'il a pris, dans le choix, dans l'instruction et dans la surveillance de l'auxiliaire, toutes les mesures appropriées pour éviter la survenance du dommage* »³⁴⁷. Cette possibilité d'exonération n'est pas non plus souhaitable s'agissant de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui : cela revient à faire supporter à la victime le risque résultant du recours à des employés ou à des auxiliaires. Comme l'indique un auteur, « *cette preuve libératoire a ses racines dans les conceptions libérales du 19^e siècle, protectrice à l'excès des employeurs* »³⁴⁸. Cette solution serait également inéquitable pour l'auxiliaire qui se trouverait ainsi exposé à l'action de la victime alors qu'il n'agissait pas dans son intérêt personnel. La seule cause d'exonération envisageable est la preuve de ce que l'auxiliaire a agi en dehors du cadre de ses fonctions. Le projet CATALA ajoute une autre possibilité d'exonération en permettant à l'employeur de prouver que la victime ne pouvait légitimement croire que l'auxiliaire agissait pour le compte du commettant.

154 De ce point de vue, les solutions proposées par le projet CATALA semblent à la fois plus complètes et mieux conçues.

³⁴⁶REAP p. 124.

³⁴⁷REAP p. 129.

³⁴⁸F. WERRO, avec la collaboration de A.-C. HAHN, Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile.

Art. 1359 Le commettant est responsable des dommages causés par son préposé. Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé.

Le commettant n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant.

Art. 1359-1 Le préposé qui, sans commettre une faute intentionnelle, a agi dans le cadre de ses fonctions, à des fins conformes à ses attributions et sans enfreindre les ordres de son commettant ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée par la victime qu'à condition pour celle-ci de prouver qu'elle n'a pu obtenir du commettant ni de son assureur réparation de son dommage.

Art. 1360 En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée.

De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires.

L'article 1360 du projet CATALA semble permettre au cocontractant de demander réparation non pas tant de l'inexécution contractuelle, mais directement du préjudice causé par l'auxiliaire. L'interdiction de l'option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle posé par l'article 1341 semble interdire cette lecture³⁴⁹.

Le projet de réforme suisse prévoit une seconde clause générale de responsabilité du fait de l'auxiliaire.

b Les auxiliaires dans les entreprises

155 Selon l'article 49a AP, 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. Cette disposition institue une responsabilité du fait de l'organisation dans les entreprises, qui est plus rigoureuse que la responsabilité pour les auxiliaires prévue par la clause générale de l'article 49 AP.

156 L'entreprise visée par la responsabilité prévue par l'article 49a AP concerne toutes « activités de nature économique ou professionnelle et qui, à cet effet, recourt aux services d'un ou de plusieurs

³⁴⁹Article 1341 : « En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur de la responsabilité extra-contractuelle ».

auxiliaires ». Selon les auteurs du projet de réforme suisse, la responsabilité du fait de l'organisation concerne les exploitants, personnes physiques comme personnes morales, y compris les personnes morales de droit public³⁵⁰.

157 Il est à noter que depuis le 1er octobre 2003, les personnes morales sont pénalement punissables en droit suisse dès lors que l'un de leurs auxiliaires commet un crime ou un délit et qu'un défaut d'organisation interdit d'identifier l'auteur du dommage avec précision ou bien si la gravité de l'infraction est telle que la personne morale doit être également sanctionnée^{351 352}. L'article 100^{quater} alinéa 4 du Code pénal suisse indique que sont des entreprises au sens de ce texte, les personnes morales de droit privé, les personnes morales de droit public à l'exception des corporations territoriales, les sociétés, les entreprises en raison individuelle.

158 En droit positif suisse, la responsabilité civile des personnes morales de droit public agissant en tant que puissance publique relève du droit public cantonal ou fédéral en vertu de la réserve de l'article 59 du Code civil suisse³⁵³. La loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 prévoit une responsabilité sans faute : l'article 3 de la loi indique que « *la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire* », sauf dispositions spéciales³⁵⁴.

3. Réflexions prospectives

159 Un auteur a indiqué, à propos de la responsabilité publique, qu'il y a responsabilité pour faute chaque fois que le responsable doit répondre du dommage résultant d'un agissement fautif, que ce soit le sien ou celui d'un tiers, et que la faute soit prouvée ou

³⁵⁰REAP p. 130.

³⁵¹L'article 100^{quater} du Code pénal suisse dispose : « *Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. (...)* ».

³⁵²La personne morale répond même si son auxiliaire a été précisément identifié, dès lors qu'elle n'apporte pas la preuve d'avoir mis en place « *toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires* » de nature à prévenir la commission des infractions suivantes : la participation à une organisation criminelle, le blanchiment d'argent, la corruption d'agents publics, l'octroi d'un avantage à un agent public et le financement du terrorisme.

³⁵³Article 59 CCS : « *1 Le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis et pour ceux qui ont un caractère ecclésiastique* ».

³⁵⁴Par ex. la réparation du dommage causé à une partie par les frais liés à une procédure administrative est régie par une législation fédérale spécifique résultant des articles 64 de la loi sur la procédure administrative, 8 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les frais et indemnités en procédure administrative ; le TF relève donc que ces textes sont seuls applicables, à l'exclusion de l'article 3 de la LRCF à la responsabilité de la Confédération du fait du dommage consécutif aux frais nécessaires engagés par les parties à une procédure administrative : ATF 112 Ib 353, cons. 3a, p. 356.

seulement présumée³⁵⁵. À l'instar de la responsabilité publique, le droit privé peut accueillir une responsabilité que les auteurs suisses ont qualifié de « *responsabilité du fait de l'organisation* ». Elle n'est pas tant basée sur le fait de l'auxiliaire que sur la présomption d'un défaut d'organisation qui a facilité la réalisation du dommage. La systématisation de cette responsabilité aurait permis de chapeauter la responsabilité du fait d'autrui, la responsabilité de l'employeur et la responsabilité publique. D'ailleurs un auteur suisse effectue une comparaison critique entre différents types de responsabilité, que l'on peut qualifier de responsabilités fondées sur l'organisation, comprenant la responsabilité contractuelle, celle résultant de l'article 58 COS et la responsabilité publique selon l'article 3 LRCF³⁵⁶.

160 En droit suisse, l'auxiliaire répond de sa faute tandis que l'employeur répond du fait d'autrui. La victime dispose d'un concours d'actions dans ce cas. Ainsi, un employé de maison chargé par son patron d'épousseter une collection d'armes et ne sachant pas qu'elles étaient chargées, a tiré une balle dans la tête de sa collègue, également employée de maison³⁵⁷. Dans cette hypothèse, les conditions de la responsabilité pour faute personnelle de l'employeur étaient également réunies en raison de la création d'un état de choses dangereux par le fait de laisser des armes chargées dans sa maison sans prévenir les personnes qui s'y trouvaient. Le Tribunal fédéral indique ensuite qu'il est également responsable contractuellement envers la victime du fait de la violation du contrat de travail. Le tireur est quant à lui responsable de sa faute. Celui qui aura indemnisé la victime aura une action récursoire contre l'autre à proportion de leur faute respective.

161 A côté du mouvement tendant à l'aggravation du régime des responsabilités de l'employeur et du parent, la Cour de cassation a admis des cas de responsabilité du fait d'autrui ne résultant pas des cas expressément prévus par l'article 1384 du Code civil³⁵⁸. La doctrine a alors parlé d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui. Ce principe sera consacré par le projet CATALA à l'article 1355 alinéa 2 : « *Cette responsabilité [de plein droit du fait d'autrui] a lieu dans les cas et aux conditions prévues aux articles 1356 à 1360* ».

162 Par rapport au projet de réforme suisse, il faut d'abord noter que ses auteurs ont entendu la responsabilité du fait des auxiliaires comme un fait de rattachement général, et non

³⁵⁵P. AMSELEK, La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative, Mélanges Ch. EISENMANN, Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann, éd. Cujas, Paris, 1975, p. 233-260, spéc. p. 234.

³⁵⁶O. WAESPI, Organisationshaftung – mit ungleichen Ellen gemessen Wertungswidersprüche bei der Geschäftsherrenhaftung gemäß Art. 55 OR im Vergleich mit der Haftung aus positiver Vertragsverletzung, der Staatshaftung und der Werkeigentümerhaftung, HAVE. 2004, p. 271-281.

³⁵⁷ATF 112 II 138. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 136, n°518.

³⁵⁸J.-B. LAYDU & A.-L. GUILLOU, L'« effet Blicke » : des mutations au bouleversement ? RRJ. 1998/2, p. 479-512.

comme un régime de responsabilité particulier. La responsabilité de l'employeur y serait incluse, ainsi que la responsabilité du fait de l'organisation.

163 En droit français, la responsabilité du fait d'autrui désigne le régime de responsabilité au terme duquel le responsable n'est pas la personne qui a matériellement causé le dommage mais celle qui était réputée avoir un pouvoir de direction sur l'auteur du dommage de nature à lui permettre d'en prévenir la survenance. Dans la conception qui était celle des rédacteurs du Code civil, ce régime ne dérogeait pas au principe selon lequel on n'est responsable que de sa propre faute parce qu'on présumait une négligence répréhensible. La responsabilité du fait d'autrui était fondée sur la présomption d'une faute de surveillance ou de direction de la personne auteur du dommage. L'agent auteur du dommage est le « *responsable primaire* » tandis que le terme de « *responsable secondaire* » désigne le civilement responsable³⁵⁹. La responsabilité du fait d'autrui est régie par l'article 1384 du Code civil. À côté des hypothèses de responsabilité du fait d'autrui spécialement prévues par la loi, la jurisprudence française a dégagé un principe général de responsabilité du fait d'autrui à partir de l'énoncé de principe du premier alinéa de l'article 1384 du Code civil. Sur ce fondement, la responsabilité du fait d'autrui de différentes personnes pour les faits de différents agents a été admise³⁶⁰ : responsabilité des institutions ayant la garde de personnes handicapées mentales³⁶¹, responsabilité des établissements accueillants des mineurs placés par décision de justice soit au titre de l'assistance éducative³⁶², soit au titre de l'enfance délinquante³⁶³, responsabilité des associations sportives pour les dommages causés par le fait fautif de joueurs non professionnels³⁶⁴.

³⁵⁹Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64)n°7310, p. 1318.

³⁶⁰J.-B. LAYDU & A.-L. GUILLOU, op. cit. (p. 99).

³⁶¹Ass. pl. 29 mars 1991, BLIECK, n°89-15231, Bull. n°1 ; concl. D.-H. DONTENWILLE, note J. GHESTIN, JCP. 1991. EG. 1991. II. 21673 ; J.-L. AUBERT, obs. Defr. 1991, p. 729 et s. ; F. CHABAS, note, GP. 1992. II, p. 513 et s. ; H. GROUTEL, La responsabilité du fait d'autrui : un arrêt (à moitié ?) historique, RCEA. 1991, chron. n°9 ; J. HAUSER, obs. RTDciv. 1991, p. 312 et s. ; P. JOURDAIN, obs. RTDciv. 1991, p. 541 et s. ; C. LARROUMET, note D. 1991, p. 324 ; G. VINEY, Vers un élargissement de la catégories des « personnes dont on doit répondre » : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, D. 1991, chron. p. 157 et s.

³⁶²Cass. crim. 10 octobre 1996, n°95-84186, Bull. n°357 ; F. CHABAS, note JCP. EG. 1997. II. 22833.

Cass. crim. 26 mars 1997, n°95-83956, Bull. n°124 ; rapport F. DESPORTES, JCP. EG. 1997. II. 22868 ; M. HUYETTE, note D. 1997, p. 309 et s.

³⁶³Cass. civ. 2e, 9 décembre 1999, n°97-22268, Bull. n°189 ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, note LPA. 23 mars 2000, p. 20 et s. Cass. civ. 2e, 7 mai 2003, n°01-15607, Bull. n°129.

³⁶⁴Cass. civ. 2e, 22 mai 1995, n°92-21191 et n°92-21871, Bull. n°155 ; J. MOULY, note, JCP. EG. 1995. II. 22550 ; G. VINEY, JCP. EG. 1995. I. 3893, n°5 et s. ; H. GROUTEL, RCEA. 1995, comm. n°289 et RCEA. 1995/10, chron. n°35 ; F. CHABAS, note GP. 1996. I., p. 16 et s. ; P. BONET, Responsabilité délictuelle des associations sportives, RJDA. 1995/10, p. 853 et s. ; A. LACABARATS, note D. 1996, p. 27 et s. ; F. ALAPHILIPPE, obs. D. 1996, p. 29 et s.

Cass. civ. 2e, 3 février 2000, n°98-11438, Bull. n°26 ; J. MOULY, La responsabilité des clubs sportifs du fait de leurs joueurs : solution d'exception ou simple application de la règle prétorienne ? JCP. EG. 2000. II. 10316 ; S. DENOIX DE SAINT MARC, La responsabilité des clubs de rugby fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil : le maintien d'une solution contestable, D. 2000, p. 862 et s. ; H. GROUTEL, obs. RCEA. 2000, comm. n°110 ; D. MAZEAUD, obs.

164 Aujourd'hui, au cas par cas, la jurisprudence décide si l'application de ce principe général est ou non pertinente dans l'hypothèse qui lui est soumise³⁶⁵. La jurisprudence a en outre très largement modifié le système des hypothèses légales de responsabilité du fait d'autrui : la preuve de l'absence de faute n'est plus exonératoire. Ainsi, les parents ne peuvent plus s'exonérer de la responsabilité encourue du fait de leur enfant mineur, sauf à prouver le cas de force majeure³⁶⁶. En revanche, si la preuve de l'absence de faute dans la surveillance ne permet plus au civilement responsable de s'exonérer, le fait fautif de l'auteur du dommage est toujours une condition de mise en jeu de cette responsabilité³⁶⁷. À propos de la responsabilité de l'association sportive du fait d'un joueur qui en a blessé un autre, le conseiller rapporteur, Mme PASCAL, expose en détail les différentes solutions et conclut qu'une responsabilité qui pourrait être engagée même en l'absence de fait fautif de l'agent primaire serait une trop lourde charge pour les clubs et leur assureur³⁶⁸.

Defr. 2000, p. 724 et s.

CA Toulouse, 3e ch., 3 septembre 2009, RG n°07/04220, arrêt rendu sur renvoi de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2007, n°06-18141 : J. JULIEN, Responsabilité des associations sportives : dernier essai, D. 2010 p. 1612 et s.

³⁶⁵Pour un exemple de refus de la mise en jeu de la responsabilité du fait d'autrui, v. Cass. civ. 2e, 26 octobre 2006, n°04-11665, Bull. n°299, Juris-Data n°2006-035526 : J.-F. BARBIERI, Un syndicat professionnel n'est pas responsable de plein droit des dégradations commises par ses adhérents lors d'une manifestation, LPA 23 janvier 2007, n°17, p. 11-15 ; J.-B. LAYDU, Un syndicat n'est pas gardien de ses adhérents, D. 2007, p. 204-208 ; O. LIPERINI, À propos de l'éventuelle responsabilité des syndicats, JCP. S. n° 50, 12 Décembre 2006, 1990 ; J. MOULY, Inapplication de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil aux syndicats pour les dommages causés par leurs adhérents lors d'une manifestation, JCP. EG. 2007. II. 10004 ; Chr. RADE, Dommages causés dans un supermarché par des adhérents de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), RCEA. 2006/12, comm. 365 ; note A. VIGNON-BARRAULT, LPA. 8 octobre 2007, n°201, p. 7 et s. La Cour de cassation indique : « *Attendu qu'un syndicat n'ayant ni pour objet ni pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses adhérents au cours de ses mouvements ou manifestations auxquels ces derniers participent, les fautes commises personnellement par ceux-ci n'engagent pas la responsabilité de plein droit du syndicat auquel ils appartiennent* ».

Pour une solution similaire concernant une association de chasse, v. Cass. civ. 2e, 11 septembre 2009, n°07-15842, Bull. n°192, JurisData n° 2008-044958 ; H. GROUTEL, Associations de chasse, RCEA. 2008/11, comm. 313 ; J. MOULY, Les associations de chasse ne sont pas responsables, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil, des dommages causés par leurs adhérents, JCP. EG. 2008. II. 10184 ; A. PAULIN, Qui va à la chasse, perd sa place...au sein de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil ! - À propos de Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, n° 07-15.842, Revue Lamy de Droit civil 2009 n°58, p.16-19. La Cour de cassation relève la définition des missions confiées aux associations de chasse et en conclut que « *les associations de chasse n'ont pas pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres et n'ont donc pas à répondre de ceux-ci* ».

³⁶⁶Ass. pl., 9 mai 1984, n°82-92934, Bull. n°4 ; concl. CABANNES, note F. CHABAS, D. 1984, p. 525 et s. ; JCP. EG. 1984. II. 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; JCP. EG. 1984. II. 20256, note P. JOURDAIN ; JCP. EG. 1984. II. 20291, rapp. conseiller FEDOU ; RTDciv. 1984, p. 508, obs. J. HUET. R. LEGEAIS, Un gardien sans discernement, D. 1984, chron. p. 237 ; R. LEGEAIS, Responsabilité civile des enfants et responsabilité civile des parents, Defr. 1985, art. 33508, p. 557 ; G. VINEY, La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance, JCP. EG. 1985. I. 3189 ; H. MAZEAUD, La faute objective et la responsabilité sans faute, D. 1985, chron. p. 13 et s.

³⁶⁷Ass. pl. 29 juin 2007, n°06-18141, BICC n°559, p. 8 et s. Juris-Data n°2007-039907. J. FRANCOIS, chron. D. 2007, p. 2408 et s. ; S. HOCQUET-BERG, Essai transformé pour la responsabilité indirecte pour faute d'autrui, RCEA, 2007/11, étude 17 ; J.-M. MARMAYOU, Responsabilité des associations sportives pour la faute d'un de leurs membres, JCP. EG. 2007. II. 10150 ; M. MEKKI, La responsabilité délictuelle des clubs sportifs du fait de leurs adhérents : les jeux sont faits... rien ne va plus !, RLDC. 2007/42, n°2690, p. 17-23. Chr. RADE, Les associations sportives ne sont responsables qu'en cas de faute caractérisée de leurs membres, JCP. E. 2007, n°40, 2198.

³⁶⁸A.-F. PASCAL, rapport sur Ass. pl. 29 juin 2007, n°06-18141, BICC n°559, p. 8 à 22.

165 Le projet de réforme suisse a voulu prévoir trois faits de rattachements généraux, dont une responsabilité dite « *responsabilité pour les auxiliaires* ». Les auteurs du projet de réforme n'ont pas envisagé la question d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui, semble-t-il parce que la responsabilité parentale relève d'une disposition spéciale basée sur une présomption de faute dans la surveillance³⁶⁹ tandis que la responsabilité de l'employeur relève du droit commun et conduit à l'introduction d'un fait de rattachement nouveau, fondé sur le risque³⁷⁰. Les auteurs du projet de réforme suisse n'ont pas prévu d'introduire un principe général de responsabilité du fait d'autrui. Il est vrai que la jurisprudence suisse n'est pas allée aussi loin que la jurisprudence française dans l'extension des textes. En outre, la clause générale de responsabilité pour risque devrait permettre l'indemnisation des dommages résultant de l'activité d'une entreprise.

166 Il semble que les auteurs de l'avant-projet n'aient pas voulu réglementer spécifiquement la responsabilité du fait d'autrui telle que celle des parents du fait de leur enfant, préférant établir d'une part la responsabilité pour risque, et d'autre part la responsabilité du fait des auxiliaires et du fait de l'organisation. Cependant, le projet ne modifie pas les dispositions relatives aux responsabilités objectives tel l'article 333 du Code civil qui établit la responsabilité des parents³⁷¹.

167 À l'instar de ce qui a été imaginé en matière de responsabilité du fait des activités dangereuses, on aurait pu imaginer une disposition qui aurait laissé au juge la décision de reconnaître une responsabilité du fait d'autrui, en cas de lacune de la loi, au regard des circonstances et quand des conditions telles que l'autorité exercée sur autrui, la surveillance, la proximité physique, la capacité d'assurance, auraient été réunies. L'article 1384 du Code civil a été interprété de façon extensive en raison des besoins pratiques. Pourquoi ne pas aller au devant de cette éventuelle évolution et reconnaître au juge la compétence pour régler les situations nouvelles lorsque le législateur ne l'a pas encore fait ? L'objection fondée sur l'exigence de sécurité juridique comme celle fondée sur la répartition des pouvoirs ne tiennent pas : ne vaut-il pas mieux que le juge puisse trancher en droit lorsqu'un besoin nouveau apparaît ? Une telle prérogative pourrait résulter d'une délégation expresse du législateur qui

³⁶⁹V. par ex. le rejet de la motion n°07.3691 portant proposition de loi du 5 octobre 2007 visant à modifier l'article 333 CCS visant à rendre les personnes investies du droit d'éducation et les chefs de famille responsables dans tous les cas de dommages provoqués par les mineurs placés sous leur autorité ou membre de leur famille ; le Conseil fédéral indique que la responsabilité des parents est une responsabilité causale simple, leur permettant de s'exonérer s'ils prouvent avoir surveillé l'enfant avec l'attention commandée par les circonstances, preuve libératoire que le Tribunal fédéral apprécie de façon sévère mais réaliste (v. la référence citée : TF 14 juin 2007, 5C.41/2007, cons. 5.3).

³⁷⁰V. supra p. 95 et s., Le projet de réforme : double clause générale.

³⁷¹V. infra p. 129 et s., La responsabilité du chef de famille.

reconnaîtrait ainsi les limites de son pouvoir et la place en première ligne qu'occupe le juge. L'exemple suisse montre que le juge est attentif à ne pas outrepasser ses pouvoirs et à ne pas bouleverser l'ordonnancement juridique par des innovations téméraires³⁷². Le droit français connaît deux cas principaux de responsabilité du fait d'autrui, celle des parents et celle de l'employeur. Le principe général de l'article 1381 alinéa 1er se rattache semble-t-il davantage à la responsabilité parentale dans le sens où le civilement responsable est celui qui a un pouvoir de contrôle sur la personne ayant causé le dommage. La responsabilité de l'employeur présente en outre l'aspect économique de l'idée selon laquelle celui qui tire bénéfice d'une activité doit répondre des dommages qu'elle engendre. Aussi la distinction faite par le projet de réforme suisse entre clause générale de responsabilité du fait de l'auxiliaire et disposition spéciale de responsabilité objective du chef de famille devrait être approuvée. En revanche, la responsabilité de celui qui a le contrôle et la charge d'une personne devrait être érigée au rang de clause générale parce qu'elle concerne non seulement les parents pour leurs enfants, mais aussi toutes les institutions assumant la charge de personnes handicapées ou socialement inadaptées. Il aurait été possible d'unifier droit privé et droit public sur ce point, sauf à faire entrer ce fait de rattachement dans la clause générale de l'activité spécifiquement dangereuse.

C L'activité spécifiquement dangereuse

168 Contrairement à ce que la nouveauté formelle de ce fait de rattachement pourrait laisser penser, il ne s'agit pas d'une révolution, mais d'une systématisation théorique de solutions qui existent déjà. En effet, comme le relève un auteur suisse, la véritable révolution eût consisté à établir un régime de réparation sans faute, au minimum de tous dommages corporels, dont l'indemnisation aurait été financée au moyen d'une assurance publique généralisée³⁷³. Cette solution a été écartée par les auteurs du projet de réforme suisse.

Les auteurs du projet de réforme français ont également envisagé la responsabilité à raison des activités dangereuses, mais comme ils l'indiquent, il s'agit de répondre au problème des dommages de masse résultant de catastrophes industrielles³⁷⁴. Ce n'est pas exactement l'optique du projet de réforme suisse. Surtout, le rôle reconnu au juge suisse par la loi elle-même n'est pas le même que celui qui est concédé au juge français. Le projet suisse vise à permettre au juge, qui jusqu'à présent s'était interdit de créer expressément un cas de

³⁷²Voir les développements relatifs à l'office du juge en droit suisse.

³⁷³H. HONSELL, *Die Reform der Gefährdungshaftung*, RDS. 1997, p. 297-314.

³⁷⁴Projet CATALA, p. 159, les activités dangereuses : « Cette disposition est innovante. Elle est destinée à doter le droit français d'un régime de responsabilité adapté notamment aux catastrophes industrielles de grande ampleur ».

responsabilité pour risque, la possibilité de le faire³⁷⁵ : la jurisprudence a en effet usé autant que faire se peut des artifices qui s'offraient à elle. En Suisse et en Allemagne, elle s'est cependant refusée à franchir le pas de la création par analogie en estimant que la responsabilité pour faute étant le principe, seul le législateur pouvait y apporter une exception en établissant une responsabilité pour risque³⁷⁶. Comparativement, la jurisprudence française a créé une clause générale de responsabilité en la « *découvrant* » artificiellement dans la lettre de l'article 1384 du Code civil. On en arrive donc à une situation curieuse : pour pallier l'auto-limitation de la jurisprudence suisse, le projet de réforme propose une clause générale, dont la transcription en droit français aboutirait à l'affirmation officielle du rôle du juge créateur de droit comme un législateur supplétif !

169 En effet, le projet CATALA n'a semble-t-il pas envisagé la compétence nouvelle qu'implique le texte de l'article 1362 nouveau à la lumière du raisonnement du projet de réforme suisse³⁷⁷ : en l'absence de disposition spéciale, le juge français aurait désormais le pouvoir de créer une hypothèse de responsabilité pour risque en cas d'activité susceptible de causer des dommages graves à un grand nombre de personnes. Si cette idée est tout à fait envisageable en droit suisse pour toutes les raisons exposées ci-après à l'occasion de l'étude du rôle du juge en matière de responsabilité civile³⁷⁸, il n'en va pas forcément de même en France.

170 Le projet de réforme suisse part du constat que les responsabilités objectives aggravées se sont multipliées et qu'en l'absence d'un cas de responsabilité à la capacité d'expansion incontrôlée telle la responsabilité du fait des choses en droit français, il arrive que certaines victimes ne soient pas indemnisées ou que leur indemnisation exige des contorsions juridiques peu compatibles avec les principes de clarté du droit et de sécurité juridique³⁷⁹.

³⁷⁵Selon les rédacteurs du projet de réforme suisse (REAP p. 1), l'idée n'est pas nouvelle, C. BURCKHARDT, dans son article, *Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*, RDS. 1903, p. 469 et s., spéc. p. 578 (projet d'art. 68), aurait déjà émis cette proposition, mais la clause générale était conçue comme une « *souape de sûreté pour des cas exceptionnels* ». Toutefois l'idée était déjà « *que seul le juge est en mesure d'apprécier concrètement tous les tenants et aboutissants d'une situation donnée et de fournir une réponse adéquate à la question de savoir si, dans un domaine d'activités déterminé, les conditions permettant de justifier une responsabilité objective sont réunies* ».

³⁷⁶H. HONSELL, op. cit., spéc. p. 301 et s. P. WIDMER, op. cit. (p. 114), spéc. p. 71 : l'auteur donne deux exemples dans lesquels le juge suisse a refusé d'interpréter par analogie les responsabilités objectives existantes pour permettre la réparation de dommages non visés par ces dispositions.

³⁷⁷Projet CATALA, article 1362 :

« Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité.

Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément.

L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1 ».

³⁷⁸Cf. infra, Le juge et la responsabilité civile, p. 347 et s., §. 684 et s.

³⁷⁹REAP p. 134 et s. Les auteurs relèvent les différentes contorsions juridiques qui résultent de l'absence de

Comme le relèvent les auteurs du projet de réforme suisse, le fait de rattachement caractéristique de la responsabilité objective aggravée qui regroupe les hypothèses de responsabilités pour risque-profit est « un risque caractérisé et le chef d'imputation est la compensation du privilège d'exploiter une activité spécifiquement dangereuse pour autrui »³⁸⁰. Le principe est posé à l'article 50 AP :

- « 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 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 ».

Il s'agit en réalité de permettre au juge, sur la base des responsabilités objectives aggravées déjà légalement consacrées³⁸¹, de reconnaître une nouvelle hypothèse de responsabilité en cas de besoin. Comme l'indiquent les auteurs du projet de réforme, il s'agit « d'introduire dans le Code une disposition suffisamment large et souple pour permettre au juge d'éviter le traitement inégal, et par là même injuste, de situations présentant des caractéristiques comparables à celles qui, dans le droit en vigueur, ont déjà été appréhendées par des dispositions spéciales prévoyant une responsabilité causale »³⁸².

En ce sens, cette disposition nouvelle est une vraie clause générale, comparable à celle de l'article 1382 du Code civil français dont les auteurs du projet de réforme suisse saluent d'ailleurs la synthèse révolutionnaire des différentes actions qui existaient sous le droit antérieur³⁸³. Ce que le Code Napoléon a pu faire en 1804 à propos de la responsabilité pour faute, n'est-il pas temps de le faire au XXI^e siècle pour la responsabilité objective ? Ce ne serait que justice envers les victimes qui ne bénéficient pas d'une disposition spéciale édictant une responsabilité objective aggravée leur permettant d'être indemnisées.

Contrairement à la conception des auteurs du projet de réforme français, le projet de

responsabilité pour risque : « on appliquera donc l'article 41 CO en construisant une faute objectivée pour les besoins de la cause. Ou bien on se débrouillera en faisant appel à l'une ou l'autre responsabilité causale simple, dont l'énoncé des faits est suffisamment large pour appréhender – avec plus ou moins de torsions ou d'artifices – la situation de l'espèce. La jurisprudence (notamment celle relative à l'article 679 CC et aux articles 55 et 58 CO) offre un riche éventail d'exemples de ce genre ».

³⁸⁰ REAP p. 117.

³⁸¹ Pour une présentation des principales hypothèses, cf. infra, Les responsabilités objectives aggravées : l'exemple de la responsabilité du fait des produits défectueux, p. 135 et s., infra, §. 236.

³⁸² REAP p. 138.

³⁸³ REAP p. 138.

réforme suisse n'a pas pour objectif d'unifier sous une clause générale l'ensemble des hypothèses de responsabilités objectives aggravées, mais au contraire de laisser au juge la possibilité d'en dégager de nouvelles avant que le législateur ne vienne les consacrer par un texte spécial. Un auteur suisse indique d'ailleurs que « *C'est à juste titre que les auteurs de l'avant-projet rejettent cette longue tradition germano-suisse qui défend aux juges de créer de nouvelles règles de responsabilité pour risque* »³⁸⁴.

171 Ce chef d'imputation a été envisagé par le rapport CATALA³⁸⁵, le projet de réforme français prévoit en effet à l'article 1362 Projet CATALA que :

« Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité.

Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément.

L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1 ».

Toutefois, le fait de rattachement envisagé par le projet CATALA diffère de la clause générale proposée par le projet de réforme suisse, d'abord dans la conception du fait de rattachement (1.), dans son domaine d'application ensuite (2.). La conclusion qui pourra en être tirée pourrait permettre de proposer des améliorations en droit français ou à la lumière du droit français (3.).

1. Le fait de rattachement

Compte tenu de la nouveauté que constitue l'expression du concept de responsabilité pour activité spécifiquement dangereuse par une clause générale, il importe d'en détailler les éléments constitutifs : l'activité visée (a), le danger envisagé (b), l'exploitant dont la responsabilité sera recherchée (c).

a L'activité spécifiquement dangereuse

172 L'activité dangereuse est la raison d'être de ce type de responsabilité : le simple

³⁸⁴F. WERRO & A.-C. HAHN, op. cit. (p. 76). Dans le même sens, H. HONSELL, op. cit. (p. 103), spéc. p. 301-304.

³⁸⁵Rapport CATALA, Exposé des motifs, p. 148 : « Parmi les innovations proposées, il convient de signaler encore l'introduction d'un nouveau cas de responsabilité de plein droit, celle qui incomberait à l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse pour les dommages consécutifs à cette activité (article 1362).

Cette disposition a été particulièrement discutée au sein du groupe. Ses partisans ont fait valoir qu'elle rapprocherait le droit français de la plupart des droits des pays voisins et qu'elle serait en harmonie avec la jurisprudence administrative qui est en ce sens.

Pourtant, certains membres du groupe ont objecté que d'autres dispositions, en particulier celles qui concernent la responsabilité du fait des choses, la rendraient à peu près inutile. À quoi il a été rétorqué que ce texte concernerait essentiellement les catastrophes industrielles alors que la responsabilité du fait des choses est mieux adaptée aux dommages entre particuliers.

Finalement, il a été décidé de maintenir cette règle pour le cas de dommages de masse résultant d'activités présentant des risques graves ».

fait d'exercer cette activité engendre un risque susceptible de causer un dommage à autrui, quelque précaution que l'on prenne. La notion d'activité explique que le projet de réforme suisse puisse se dispenser de recourir à la notion de responsabilité du fait des choses ou du fait de certaines choses : c'est dans le cadre d'une activité donnée que l'on recourt à ces choses, qui peuvent par ailleurs n'être pas dangereuses en elles-mêmes. Les auteurs du projet de réforme donnent l'exemple de la chasse, dont la réglementation impute la responsabilité non au propriétaire de l'arme, mais à son utilisateur, c'est-à-dire celui qui pratique effectivement la chasse. La seconde raison du recours à l'activité plutôt qu'à la notion de chose est la difficulté de rattacher de façon opportune la chose dommageable au responsable : la notion de garde au sens de l'article 1384 du Code civil français est jugée trop vague, son « *extrême flexibilité* » réduisant « à zéro la sécurité juridique déjà assez précaire en cette matière »³⁸⁶.

173 Dans la conception du projet de réforme suisse, l'activité, bien que dangereuse, est licite. Toutefois, une activité inutilement dangereuse relève en revanche de la responsabilité pour faute. La question est alors de définir la notion d'utilité puisque, comme l'indiquent le rapport explicatif, l'utilité peut résulter du pur agrément. Ainsi, l'équitation est socialement utile, voire indispensable, dans le cadre de la police montée canadienne, et relève du pur agrément dans la plupart des autres cas. Il reviendra donc au juge de peser les intérêts en présence pour juger si une activité est utile ou non. D'un point de vue pratique, cela signifie que l'action en responsabilité par laquelle la victime demandera *a posteriori* réparation du dommage résultant de l'activité dangereuse devra envisager à la fois la responsabilité pour risque, en expliquant en quoi l'activité est utile, et la responsabilité pour faute, en expliquant pourquoi l'activité est inutile et donc fautive. Le juge sera amené à dire dans quel mesure le simple agrément confère à une activité une utilité suffisante pour que son exploitant se voit imputer l'obligation de réparer le préjudice qui en résulte ou bien si le préjudice ne peut être réparé que si la preuve d'un manque de diligence est rapportée.

174 Le juge déterminera la notion d'activité spécifiquement dangereuse à l'aide des responsabilités objectives déjà consacrées par le législateur. Ainsi, l'article 59a de la loi sur la protection de l'environnement³⁸⁷ dispose que :

« Le détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier pour l'environnement répond des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne (...).

2 Présentent en règle générale un danger particulier pour l'environnement, notamment les

³⁸⁶ REAP p. 140-141.

³⁸⁷ Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) du 7 octobre 1983, RS. 814. 01.

entreprises et installations suivantes :

- a. celles que le Conseil fédéral soumet aux prescriptions d'exécution selon l'art. 10 en raison des substances, des organismes ou des déchets qu'elles utilisent ;
- b. celles qui servent à éliminer les déchets ;
- c. celles dans lesquelles sont utilisés des liquides pouvant altérer les eaux ;
- d. celles qui détiennent des substances dont l'utilisation est soumise à autorisation par le Conseil fédéral, ou pour lesquelles le Conseil fédéral édicte d'autres prescriptions particulières pour protéger l'environnement ».

175 Cependant, il semble que le juge puisse avoir des difficultés à définir l'activité spécifiquement dangereuse à l'aide des hypothèses déjà envisagées par le législateur ou la jurisprudence. Un auteur se demande si certaines activités faisant l'objet d'une responsabilité objective ne sont pas telles que les accidents qui en résultent ne puissent pas en réalité être évités par « l'observation d'un standard de diligence objective »³⁸⁸.

b Le danger

176 Les auteurs du projet de réforme ont indiqué que le danger ou le risque envisagé ne doit pas résulter de la mauvaise organisation du service ou de l'entreprise car cet élément relève de la deuxième clause générale de responsabilité prévue par l'article 49 AP³⁸⁹. Il s'agit donc « d'un risque essentiellement matériel et technique lié à ces activités »³⁹⁰.

177 Le danger en question n'est pas non plus un risque de dommage grave ou de dommage collectif, comme l'envisage le projet de réforme français, mais un dommage qui ne peut être évité, quelques précautions que l'on prenne. Ainsi, les auteurs du projet de réforme suisse prévoient, au titre des dispositions spéciales, la responsabilité du détenteur de l'animal (cf. §. 202 et s.). Cette responsabilité objective doit, selon eux, entrer dans la catégorie des responsabilités pour risque car l'animal étant imprévisible par nature, personne ne peut garantir l'absence de danger. Le détenteur de l'animal étant celui qui en retire le profit, fût-il purement moral s'agissant d'un animal de compagnie, il est injuste de laisser la victime assumer seul la charge du dommage lorsque le détenteur établit avoir fait toutes les diligences possibles pour éviter la réalisation du dommage. La clause de responsabilité du fait des activités spécifiquement dangereuses est le produit de la réunion cumulative de la nécessité de réparer les dommages résultant d'un aléa incompressible avec le critère du risque profit, ce dernier critère permettant également de définir le « destinataire » de cette responsabilité, l'exploitant.

³⁸⁸F. WERRO & A.-C. HAHN, op. cit. (p. 76), spéc. p. 17.

³⁸⁹Cf. supra p. 85 et s., Le fait de l'auxiliaire, §. et s.

³⁹⁰REAP p. 140.

c L'exploitant

178 Aux termes de l'article 50 AP, est responsable « *l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite* ». Les auteurs de l'avant-projet soulignent que la notion d'exploitant ne se confond pas avec celle de détenteur, d'usager ou de gardien au sens du droit français, c'est-à-dire de personne exerçant un pouvoir physique immédiat sur la chose cause du dommage. Le rattachement ne se fait pas par rapport à l'agent immédiat, mais à celui « *qui contrôle l'activité dangereuse, tant sous l'aspect de l'organisation que du point de vue économique, et qui en tire principalement profit* »³⁹¹. L'idée est de rattacher la responsabilité à la personne qui a les moyens d'une part d'organiser les mesures de prévention, et d'autre part de souscrire une assurance pour garantir l'indemnisation de la victime.

179 La jurisprudence suisse donne un exemple d'affaire dans laquelle l'auteur du dommage était une personne distincte de l'exploitant et où le Tribunal fédéral, se fondant sur la *ratio legis* des dispositions législatives édictant une responsabilité objective aggravée retient la responsabilité de l'exploitant au motif que « *Le responsable demeure celui qui tire avantage de l'activité dangereuse conformément au principe de la compensation "utilité-risque" (Prinzip der "Nutzen-Risiko"-Kompensation) qui est à la base de la responsabilité objective aggravée de la LExpl ; les tiers auxquels il a été fait appel ne sont que des auxiliaires de l'exploitant* ». En l'espèce, les exploitants d'une carrière avait confié la réalisation des trous de mine à l'aide d'explosifs à une entreprise tierce qui avait endommagé des maisons voisines. La responsabilité objective aggravée de l'exploitant résulte de la loi fédérale du 25 mars 1977 sur les substances explosibles³⁹². Le Tribunal fédéral refuse d'exonérer l'exploitant en raison de la faute de l'entreprise tierce en relevant que « *Selon l'intention du législateur, le dommage inéluctable résultant de la manipulation d'explosifs doit être supporté par celui qui profite de cette activité particulièrement dangereuse et néanmoins tolérée (BO 1976 CN p. 945 et 947). L'art. 27 al. 1 LExpl institue ainsi une responsabilité objective aggravée (Gefährdungshaftung) en raison du danger particulier qu'entraîne l'exercice d'une activité liée à l'utilisation d'explosifs (...). L'exploitant au sens de l'art. 27 al. 1 LExpl est donc celui qui, en contrepartie du privilège qui lui est accordé d'exercer une activité comprenant un degré élevé de risque, en tire avantage et a un pouvoir de disposition réel direct, en ce sens qu'il peut décider d'exercer cette activité à tout moment en fonction de ses propres besoins et dans son propre intérêt* »³⁹³.

Les auteurs du projet de réforme suisse consacrent ainsi la jurisprudence selon laquelle

³⁹¹REAP p. 147.

³⁹²Loi fédérale du 25 mars 1977 sur les substances explosibles, Lexpl. RS. 941. 41, article 27 : l'exploitant d'une entreprise ou d'une installation où sont fabriqués, entreposés ou utilisés des matières explosibles ou des engins pyrotechniques répond des dommages occasionnés par leur explosion. Les dispositions générales du code des obligations traitant des actes illicites sont au surplus applicables (al. 1). Celui qui prouve que le dommage est dû à la force majeure ou à la faute grave du lésé ou d'un tiers, est libéré de sa responsabilité (al. 2). La responsabilité de la Confédération, des cantons et des communes est également soumise à ces dispositions (al. 3).

³⁹³ATF 131 III 61.

la responsabilité causale à raison du risque doit être supportée, en vertu du principe d'intérêt ou d'utilité, par celui qui tire un avantage particulier et direct de l'activité dangereuse³⁹⁴.

2. Domaine d'application

180 Les auteurs du projet de réforme suisse ont entendu édicter une clause générale permettant au juge de retenir une responsabilité à raison d'une activité spécifiquement dangereuse non encore couverte par une législation spéciale³⁹⁵. Il s'agit donc d'élaborer une construction juridique permettant d'apporter une réponse rapide à un danger technologique. La construction juridique actuelle impose soit d'attendre une réponse législative sous la pression médiatique d'une opinion publique compassionnelle, soit d'exiger du juge qu'il torde les règles de droit existantes, ce qui nuit à la cohérence du système juridique. Cette réponse rapide permet de garantir aux victimes de dommage une certaine égalité de traitement puisque leur indemnisation ne sera plus conditionnée par l'existence d'une norme législative *ad hoc*, mais par la démonstration devant le juge que les conditions de la clause générale de responsabilité pour risque sont remplies.

181 Les auteurs du projet de réforme donnent l'exemple des dommages environnementaux. Si la loi sur la protection de l'environnement³⁹⁶ permet de demander réparation des dommages résultant d'atteinte à l'environnement, l'article 59a LPE ne permet pas de demander directement réparation pour le préjudice corporel résultant d'une pollution. Le texte indique que :

« Le détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier pour l'environnement répond des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne. En cas de dommage dû à l'utilisation d'organismes pathogènes, l'art. 59a bis est applicable.

2 Présentent en règle générale un danger particulier pour l'environnement, notamment les entreprises et installations suivantes :

a. celles que le Conseil fédéral soumet aux prescriptions d'exécution selon l'art. 10 en raison des substances, des organismes ou des déchets qu'elles utilisent ;

b. celles qui servent à éliminer les déchets ;

c. celles dans lesquelles sont utilisés des liquides pouvant altérer les eaux ;

d. celles qui détiennent des substances dont l'utilisation est soumise à autorisation par le Conseil fédéral, ou pour lesquelles le Conseil fédéral édicte d'autres prescriptions particulières pour

³⁹⁴ATF 129 III 102 cons. 2. 2 p. 104 et les références.

³⁹⁵REAP p. 144 : « la clause générale de la 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 ».

³⁹⁶Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) du 7 octobre 1983, RS. 814. 01.

protéger l'environnement.

3 Est libéré de cette responsabilité, celui qui prouve que le dommage est dû à la force majeure ou à une faute grave du lésé ou d'un tiers.

4 Les art. 42 à 47 et 49 à 53 du code des obligations sont applicables.

(...)

6 La Confédération, les cantons et les communes sont également responsables aux termes des al. 1 à 5 ».

182 La doctrine a relevé que le projet de réforme suisse n'envisageait pas la question du risque de développement, c'est-à-dire du dommage causé par l'utilisation d'une nouvelle technologie dont la nocivité n'était pas connue au moment de l'action de l'agent. Le droit communautaire admet expressément que le risque de développement est une cause d'exonération du producteur³⁹⁷.

183 Le risque médical n'entre pas non plus dans le champ d'application de la responsabilité du fait des activités spécifiquement dangereuses. Les auteurs fondent cette exclusion sur l'idée que les activités thérapeutiques normales ne peuvent être qualifiées d'activités dangereuses au sens de la clause générale³⁹⁸. En réalité, l'exclusion du risque médical est justifié par le fait que celui qui exerce une activité médicale ne le fait pas dans son seul intérêt : le patient en tire également bénéfice, ainsi que l'ensemble de la société. Au regard du critère du risque-profit, il y a clairement une différence entre l'acte d'un médecin et l'activité d'un utilisateur d'explosifs. La clause de responsabilité du fait des activités spécifiquement dangereuses résulterait de la réunion cumulative de la nécessité de réparer les dommages résultant d'un aléa incompressible avec le critère du risque profit, ce dernier critère permettant également de définir le « destinataire » de cette responsabilité, l'exploitant.

3. Quelles réformes pour le droit français ?

184 La critique de la responsabilité du fait des activités spécifiquement dangereuses peut résulter du caractère flou de la norme (a), il faut aussi relever que le risque de développement n'est pas envisagé (b). En revanche, le juge français a adopté une attitude audacieuse mais mesurée qui donne une indication de ce que serait la mise en œuvre concrète de ce texte (c).

a Une norme trop floue ?

185 La doctrine suisse a critiqué la difficulté de caractériser exactement ce qu'était une activité spécifiquement dangereuse. À cela s'ajoute la nécessité pour le droit français

³⁹⁷Cf. infra p. 143 et s., §. 260 et s.

³⁹⁸REAP p. 146.

d'accepter de conférer au juge un rôle quasi-législatif en matière de responsabilité civile, ce qui constituerait un changement profond dans la façon de présenter la répartition des rôles entre le pouvoir, ou plutôt l'autorité judiciaire et le pouvoir législatif. Toutefois, l'étude du droit suisse sur ce point apporte de précieux enseignements dont le droit français pourrait utilement s'inspirer³⁹⁹.

186 Il est également fait reproche au mécanisme de la clause générale d'accroître l'insécurité juridique puisque les agents économiques se verront sous la menace de la création d'une règle de responsabilité postérieurement à leur acte, de sorte qu'ils n'auront pu s'assurer. En outre, les intérêts économiques des exploitants seraient mis à mal par l'application trop large de la responsabilité pour risque. Ces objections méritent un traitement différencié selon qu'il s'agit de la création d'une nouvelle responsabilité pour risque par le juge, ou de l'application d'une règle dégagée au cours d'un procès antérieur.

187 En effet, dans la mesure où le juge concrétise la clause générale de l'article 50 AP, le droit ne sera effectivement fixé dans le sens de l'établissement d'une responsabilité pour risque à cause d'une activité donnée qu'une fois que la juridiction suprême aura rendu une décision, de sorte que les débats devant les juges du fond auront permis à tous les agents économiques d'intervenir aux débats et éventuellement de solliciter une intervention législative. En cas d'admission d'une nouvelle responsabilité pour risque, il faut, sauf à vouloir tuer toute innovation, envisager la couverture du risque par un fonds de garantie. M. le professeur LE TOURNEAU a proposé, comme alternative aux dommages punitifs qui ne serviraient qu'à enrichir certaines victimes avec tous les inconvénients que présentent les dérives du système américain, de prévoir le versement de cette peine privée à un fonds de garantie⁴⁰⁰. Même sans ce financement « moral », la possibilité de créer une responsabilité pour risque *a posteriori* doit être appuyée sur un système d'assurance.

188 S'agissant d'une responsabilité pour risque qui aurait été antérieurement dégagée par la jurisprudence sur la base de la clause générale, il convient de s'interroger sur la façon dont cette responsabilité objective pourra être quasiment automatiquement assortie d'une obligation d'assurance, sauf à envisager une assurance générale de tous les exploitants d'activités dangereuses sans différenciation entre les différentes activités ou les différentes responsabilités. Sans doute, les assureurs pourraient quantifier le risque nouveau pour parvenir à l'assurer, et cet élément pourrait même figurer parmi ceux que le juge devrait

³⁹⁹Cf. infra, Le juge et la responsabilité civile, p. 347 et s., §. 684 et s.

⁴⁰⁰Ph. LE TOURNEAU, Le projet français de révision de la responsabilité civile - une voix critique, op. cit. (p. 77), spéc. 192.

obligatoirement envisager au cours des débats. Ces questions n'ont pas été envisagées, ni par le projet de réforme suisse, ni par le projet de réforme français. Or le souci de protection effective des victimes ne permet pas de les éluder. Le souci de protection des intérêts légitimes des agents de la vie économique conduit à envisager une autre question : qui doit supporter le coût du risque de développement ?

b Quid du risque de développement ?

189 Le risque de développement est celui qui résulte de l'ignorance, au moment où le dommage est causé, du caractère nocif d'un produit. Cette notion est expressément envisagée par la directive européenne 85-374 du Conseil du 25 juillet 1985⁴⁰¹ sur la responsabilité du fait des produits, dont l'article 7 e) permet au producteur de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant que « *l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* ». La directive ne dit rien en revanche de la façon dont les Etats membres doivent prendre en charge les dommages résultant du risque de développement : il est admissible que les entreprises innovantes ne soient pas responsables de dommages qu'elles n'auront pu prévenir faute de les connaître. En revanche, est-il acceptable de faire peser le poids économique du dommage sur les victimes d'une activité alors que l'ensemble de la société « *profite* » de l'ensemble des produits innovants ?

La question ne se pose pas en matière de responsabilité du fait des produits puisque le droit communautaire impose cette cause d'exonération.

c Un droit en action plus avancé que le droit écrit

190 Il a déjà été observé que la clause générale de responsabilité pour risque du fait des activités spécifiquement dangereuses était matériellement nouvelle en droit suisse parce que le juge s'était jusqu'à présent interdit d'établir une responsabilité objective non rattachée à un texte législatif, tandis qu'en droit français, il n'y avait là qu'une innovation formelle mais qui conduisait à admettre officiellement le pouvoir quasi législatif du juge dans la création de normes juridiques, dont l'admission prétorienne de la responsabilité du fait des choses est la meilleure illustration.

191 Ce hiatus entre le droit appliqué et la conception du droit qu'ont les pouvoirs publics et les différents agents économiques doit être dénoncé : comment travailler à améliorer le droit si l'on a de celui-ci une vision totalement inexacte ? Ce problème n'est pas

⁴⁰¹Directive CE n°85-374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE 1985 L 210/29 et s.

propre au droit de la responsabilité civile. Un auteur suisse indique, à propos de la réforme de la constitution suisse, qu'elle a d'abord été présentée comme une simple mise à jour pour éviter les soupçons de révolution, mais que les auteurs de la réforme constitutionnelle avaient été surpris de réaliser « *de quelle façon le droit « en action » s'était écarté du droit dans les livres* »⁴⁰². Dans la mesure où la quasi-totalité des règles du droit français de la responsabilité civile a été élaborée par la jurisprudence, il est inconcevable de ne pas tenir compte de ce que cela implique quant à la place et au rôle du juge dans cette matière. Dès lors, les mécanismes induits par l'introduction d'un texte comparable à celui de l'article 50 AP ne sont plus des monstres étrangers inconciliables avec l'esprit de notre code mais la consécration des règles prétorienne mises en œuvre au cours de ces deux derniers siècles tant sur le fond du droit que sur les compétences reconnues au juge.

192 La reconnaissance expresse de cette compétence du juge permettrait de commencer à réfléchir sur l'assurabilité des risques : dès lors que le juge dégage de nouvelles responsabilités, comment garantir l'indemnisation des victimes sans pour autant pénaliser les entreprises ? La question a déjà été partiellement envisagée dans le cadre des réflexions sur le revirement de jurisprudence⁴⁰³ : lorsque le juge décide que désormais c'est au praticien d'établir qu'il a bien informé le patient des risques que lui faisait courir l'opération, il ne s'agit formellement que d'une règle de preuve. En pratique cela signifie que davantage de praticiens et donc d'assureurs devront assumer la réparation des dommages subis par le patient faute de pouvoir établir qu'ils ont bien rempli leur obligation d'information.

Outre les clauses générales, le projet de réforme suisse comporte également des dispositions spéciales.

§.2 LES DISPOSITIONS SPÉCIALES

193 Après les trois clauses générales de la responsabilité pour faute, du fait de l'auxiliaire ou d'une activité dangereuse, elles-mêmes suivies d'une série de dispositions de droit procédural organisant le droit commun de la responsabilité civile, le projet de réforme suisse prévoit diverses dispositions spéciales aux articles 59 AP et s. Par dispositions spéciales, il faut entendre soit qu'elles dérogent à une condition générale (institution d'une

⁴⁰²P. WIDMER, Le projet suisse (mort-né) de réforme et d'unification du droit de la responsabilité civile, in La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens, B. WINIGER (dir.), Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008, p. 67-75, spéc. p. 73.

⁴⁰³Cf. infra, La motivation du revirement de jurisprudence, p. 359 et s. L'aménagement dans le temps des effets du revirementp. 360 et s.

responsabilité pour fait licite alors que le projet de réforme consacre l'illicéité au nombre des conditions générales de mise en jeu de la responsabilité civile), soit qu'elles se rattachent à un état de fait particulier (animal, ouvrage)⁴⁰⁴.

194 À ces dispositions spéciales s'ajoutent les règles contenues dans d'autres textes, voire en d'autres endroits du Code des obligations. Ces dernières ne seront pas évoquées mais il faut relever la prise en compte de la répercussion de la réforme suisse sur le reste de la législation fédérale et le soin pris pour adapter l'ensemble des actes législatifs correspondants⁴⁰⁵. Le détail des modifications des dispositions spéciales présentées sur plus d'une centaine de pages à la fin du rapport explicatif du projet de réforme⁴⁰⁶ manifeste d'une part la nécessité d'une simplification du système afin d'en assurer la cohérence, d'autre part la maîtrise de la légistique par les rédacteurs du projet de réforme suisse⁴⁰⁷.

195 Les rédacteurs du projet de réforme indiquent qu'ils n'ont pas innové, les responsabilités dont il est question existent déjà en droit positif. Aux dispositions spéciales regroupées à la suite des dispositions générales (A), il convient d'associer les principales dispositions spéciales qui figurent dans d'autres textes, telle la responsabilité du chef de famille prévue par l'article 333 du Code civil suisse (B).

A Les dispositions spéciales regroupées

Le projet de réforme prévoit trois régimes de responsabilité spécifiques : la responsabilité pour fait licite (1.), la responsabilité du fait d'un animal (2.), et la responsabilité du fait des ouvrages (3.).

1. La responsabilité pour fait licite

196 Avant de présenter les dispositions spéciales, le projet de réforme suisse envisage les conditions générales de la responsabilité civile, au nombre desquelles figure une notion propre au droit suisse : l'illicéité. L'article 46 AP dispose que :

« 1 Est illicite le fait dommageable qui porte atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique.

2 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 ».

⁴⁰⁴REAP p. 268.

⁴⁰⁵REAP p. 304 et s.

⁴⁰⁶REAP p. 304-408.

⁴⁰⁷Le guide de législation ou guide pour l'élaboration de la législation fédérale mis à disposition du public par l'office fédéral de la justice est accessible, dans sa 3e édition (2007), à l'adresse internet suivante : http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/legistik/gesetzgebungsleitfaden.html.

Par exception au droit commun de la responsabilité civile, les auteurs du projet de réforme suisse ont prévu deux cas de mise en jeu de la responsabilité civile pour des actes qui ne soient pas illicites⁴⁰⁸.

a Les régimes prévus par le projet de réforme

197 Le projet de réforme reprend deux hypothèses de responsabilité pour fait licite dont l'une est déjà prévue par un texte du Code des obligations et l'autre résulte d'une jurisprudence constante du Tribunal fédéral.

(1) La réparation en équité du préjudice résultant de la nécessité

198 L'article 59 AP envisage le cas de l'obligation à réparer le dommage causé en état de nécessité, c'est-à-dire lorsque l'acte cause du dommage est illicite au sens du droit suisse, mais que l'illicéité disparaît en raison de la nécessité de l'acte, lorsque celui-ci n'a été commis que dans le but de protéger les biens ou la personne d'autrui ou la sienne d'une atteinte plus grave. La notion d'état de nécessité comme cause d'exonération de la responsabilité en raison de l'absence d'illicéité de l'acte cause du dommage est traitée en détail à l'occasion de l'étude de l'illicéité⁴⁰⁹. Le seul élément indispensable à ce stade est la précision que la réparation du préjudice causé sous l'empire de la nécessité n'est pas due, sauf l'exception actuellement prévue en droit positif suisse par l'article 52 alinéa 2 COS. Comparativement, si le droit français connaît la notion de nécessité cause d'exonération de responsabilité, il n'existe pas de texte prévoyant une obligation à réparation en équité, de sorte que la doctrine dispute des différentes solutions envisageables, sans que le débat ait réellement de conséquence en pratique. La difficulté de trouver des exemples jurisprudentiels en droit suisse incline à penser que ce texte ne revêt pas une grande importance pratique. Il présente toutefois le mérite d'éviter le débat doctrinal qui existe en France sur le fondement de l'éventuelle obligation de réparation : équité, enrichissement sans cause, etc. Comme l'indiquent les auteurs du rapport, et dans la logique du droit suisse quant au rôle du juge⁴¹⁰, ce dernier disposerait d'un pouvoir d'appréciation au sens de l'article 4 du CCS, lui permettant de décider non seulement du principe de la responsabilité, mais aussi de la mesure de la réparation⁴¹¹.

⁴⁰⁸Sur la notion d'illicéité, cf. infra, p. 215 et s., §. 433 et s.

⁴⁰⁹Cf. infra, p. 237 et s., §. 461.

⁴¹⁰Le droit suisse confère au juge un pouvoir d'appréciation dans l'application de la loi comme en droit français, mais également un pouvoir exprès de modulation de l'application des règles légales. Ici, typiquement, le juge se verrait reconnaître le pouvoir de décider tant du principe de la responsabilité que de l'étendue de la réparation. V. infra, p. 347 et s., §. 684 et s.

⁴¹¹REAP p. 272.

Le projet de réforme suisse prévoit également, au titre des dispositions spéciales, une responsabilité en raison de l'exercice licite du droit de propriété.

(2) *La responsabilité en raison de l'exercice licite du droit de propriété*

199 La responsabilité en raison de l'exercice licite du droit de propriété résulte actuellement de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il ne s'agit pas de la responsabilité pour trouble de voisinage qui pourrait par exemple résulter de la construction d'un immeuble bouchant une vue ou de la responsabilité du propriétaire d'ouvrage en raison de la violation objective d'un devoir de diligence, mais de la responsabilité pour la gêne temporaire occasionnée pendant des travaux de construction, et dont la jurisprudence suisse a estimé la compensation nécessaire. Le Tribunal fédéral a ainsi affirmé que « lorsque les travaux de construction et les installations de chantier causent un dommage considérable à un voisin en exerçant des effets qui dépassent les limites fixées par les règles ordinaires sur les rapports de voisinage (article 684 CCS) mais que ces effets doivent être tolérés pendant la durée des travaux parce qu'ils sont inévitables, le propriétaire qui fait exécuter les travaux doit verser une indemnité fixée par appréciation du juge »⁴¹². Il s'agit toujours de responsabilité au sens large puisque le responsable doit indemniser le dommage subi par autrui et que la loi rattache à son activité. L'indemnisation est fondée sur des considérations d'équité et non sur la réprobation sociale de l'acte dommageable. Les auteurs du projet de réforme indiquent en effet que l'article 679 CCS sanctionne un excès du droit de propriété, ce qui n'est pas le cas du propriétaire qui exécute des travaux de construction nécessaires et appropriés sur son immeuble, le plus souvent dans le cadre d'une autorisation de construire⁴¹³.

200 En droit français, la responsabilité pour le trouble du voisinage n'a pas été codifiée comme en droit suisse, et c'est donc la jurisprudence qui en règle le régime. Il ne semble pas que le droit français distingue comme le droit suisse entre la gêne temporaire et la gêne permanente.

L'article 59a AP dispose que :

« Le tribunal détermine équitablement le montant de la réparation due par la personne qui, en tant que propriétaire et par une exploitation licite de son fonds, notamment en construisant, cause temporairement des nuisances excessives mais inévitables entraînant un dommage important pour le voisin ».

b L'exclusion d'une responsabilité publique pour fait licite

201 L'introduction d'une responsabilité pour fait licite à la charge des collectivités publiques a été écartée par les auteurs du projet de réforme suisse car il se serait agi

⁴¹²ATF 91 II 100.

⁴¹³REAP p. 275.

d'instituer à la charge des collectivités publiques une obligation de réparer les dommages causés dans l'exercice licite de la puissance publique. L'hypothèse typique de cette responsabilité est celle résultant des opérations de vaccinations obligatoires. La question n'est pas spécifique au droit suisse. Ainsi, l'on trouve une décision de la Cour suprême du Québec qui déclare que :

« le gouvernement du Québec ne peut être tenu pour responsable du préjudice causé à l'enfant par l'administration du vaccin. Quoiqu'en l'espèce, la reconnaissance de l'existence d'une obligation indépendante de toute faute serait une excellente chose, une telle obligation n'est pas prévue par le droit civil québécois. Une extrapolation des multiples dispositions du code civil et l'ancien droit ne permettent pas de dégager un principe d'application générale en droit civil selon lequel les dommages soufferts ou les frais encourus par un seul pour le bien de la collectivité doivent être supportés par celle-ci. (...) Pour ce qui est de la théorie du risque, elle n'est pas acceptée au Québec où le régime de responsabilité civile repose sur la faute prouvée ou présumée et non sur le risque »⁴¹⁴.

Cette responsabilité des collectivités publiques du fait d'actes licites existe dans certains droits cantonaux et à propos de certains actes déterminés, mais ni la jurisprudence, ni semble-t-il la doctrine n'ont procédé à une systématisation de ce corps de règles. Actuellement, comme le relève le Tribunal fédéral, « Une responsabilité pour acte licite n'a pas été admise jusqu'à présent, sauf lorsqu'une norme spéciale établit une telle obligation de réparation »⁴¹⁵. Ainsi, en droit suisse, une loi fédérale institue une disposition générale de responsabilité pour les lésions post vaccinales⁴¹⁶ : l'article 23 al. 3 LEp dispose que « les cantons accordent une indemnité pour les lésions post vaccinales survenues à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par les autorités, si ce risque n'est pas couvert autrement »⁴¹⁷. En droit français également, le rejet d'une responsabilité sans faute en cas d'accidents post vaccinaux par le Conseil d'Etat en 1958⁴¹⁸ a conduit le législateur à édicter une responsabilité sans faute par la loi du 1er juillet 1964. Aujourd'hui, l'indemnisation est assurée par l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales au titre de la solidarité nationale⁴¹⁹.

⁴¹⁴Cour suprême du Canada, Lapierre c/ P.G. Québec, 4 avril 1985, n°18141, R. C. S. 241, consultable en ligne <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1985/1985rcs1-241/1985rcs1-241/.html>. La vaccination contre la rougeole de la fille de l'appelant avait déclenché une encéphalite virale aiguë qui entraîna une incapacité permanente quasi totale de l'enfant. La Cour d'appel avait condamné le gouvernement du Québec sur la base d'une responsabilité sans faute découlant d'un état de nécessité.

⁴¹⁵ATF 118 Ib 473, cons. 6, p. 481-482 : « Eine Ersatzpflicht für rechtmässiges Handeln wurde bisher, soweit keine Sondernorm für eine solche Haftung besteht, nicht anerkannt. Sie käme auch, wenn überhaupt, höchstens in Frage bei behördlichen Eingriffen in geschützte Rechtsgüter der Privaten ». En l'espèce, la responsabilité de la Confédération était recherchée pour les informations données par les autorités fédérales au sujet d'une épidémie de listériose due à la consommation de fromages ayant causé une perte économique aux producteurs de fromages.

⁴¹⁶Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi fédérale sur les épidémies, LEp) du 18 décembre 1970, RS. 818. 101.

⁴¹⁷Pour un exemple d'application, v. par ex. ATF 129 II 353.

⁴¹⁸CE, Ass., 7 mars 1958, Dejous, p. 153.

⁴¹⁹Articles L. 1142-22 et L. 3111-9 du Code de la santé publique.

Le rejet d'une responsabilité publique du fait des préjudices causés dans le cadre d'une activité licite n'est pas dû à une opposition théorique, mais aux difficultés pratiques auxquelles se seraient heurté le projet de réforme dans la mesure où l'Etat fédéral aurait dû recueillir l'accord des cantons. Le projet de réforme eût cependant été plus cohérent en imposant cette unification car la responsabilité publique aurait été ainsi harmonisée avec les principes qui existent déjà en droit privé, où l'article 52 COS alinéa 2 dispose : « *Le juge détermine équitablement le montant de la réparation due par celui qui porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou pour préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent* »⁴²⁰.

Le projet de réforme a en revanche maintenu et même renforcé la responsabilité du fait d'un animal.

2. La responsabilité du fait d'un animal

202 Les rédacteurs du projet de réforme suisse ont corrigé les dispositions relatives à la responsabilité du fait d'un animal afin de mieux prendre en considération l'analogie nécessaire avec la nouvelle clause générale de responsabilité pour risque du fait de certaines activités spécifiquement dangereuses⁴²¹. La responsabilité du fait des animaux est aujourd'hui déjà expressément prévue tant par le Code des obligations que par le Code civil. Conformément aux principes de répartition entre droit privé et droit public que connaît le droit suisse, l'article 56 COS s'applique à la responsabilité des collectivités publiques pour le dommage causé par des animaux leur appartenant, non utilisés dans l'accomplissement d'une tâche d'autorité⁴²².

203 En droit positif suisse, la responsabilité du détenteur d'animal résulte de l'article 56 COS : « *1 En cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable, si elle ne prouve qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.*

2 Son recours demeure réservé, si l'animal a été excité soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui ».

Le Tribunal fédéral retient que « *Selon l'art. 56 CO, en cas de dommage causé par un animal, la*

⁴²⁰Cf. infra p. 231 et s.

⁴²¹REAP p. 268. Pour mémoire, l'article 50 AP dispose que :

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

⁴²²ATF 126 III 14, cons. 1.

personne qui le détient est responsable, si elle ne prouve qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Cette disposition institue une responsabilité causale ordinaire... Le détenteur est responsable dès qu'il a objectivement violé son devoir de diligence, même si subjectivement on ne peut lui faire de reproche. Il s'agit d'une responsabilité pour défaut de surveillance »⁴²³. Le détenteur peut échapper à sa responsabilité en rapportant la preuve libératoire réservée par l'article 56 COS : cette exception vise l'ensemble des mesures propres à empêcher l'animal de causer un dommage et que le détenteur pouvait être tenu de prendre⁴²⁴. La responsabilité du fait de l'animal est une responsabilité objective en ce sens que la preuve de la faute subjective du détenteur n'est pas exigée, mais la victime doit néanmoins établir une violation objective du devoir de diligence incombant à l'intéressé⁴²⁵. La diligence requise s'apprécie en fonction des circonstances. Ainsi, le détenteur d'un chien doit prendre les mesures adéquates afin qu'il ne puisse s'échapper sur la route voisine⁴²⁶.

204 En droit français, la jurisprudence admet que le propriétaire de l'animal puisse s'exonérer en prouvant soit l'absence de lien entre l'animal et le dommage, soit l'existence d'un cas de force majeure telle une faute de la victime présentant un caractère irrésistible et imprévisible⁴²⁷. La responsabilité du fait des animaux est prévue par l'article 1385 du Code civil :

« le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé ; soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé ».

Le propriétaire est présumé être le gardien de l'animal, à charge pour lui d'apporter la preuve contraire pour s'exonérer de sa responsabilité⁴²⁸. À l'origine, bien qu'il s'agisse d'une responsabilité de plein droit, le gardien de l'animal pouvait s'exonérer de sa responsabilité en

⁴²³ ATF 102 II 232, cons. 1.

⁴²⁴ ATF 126 III 14 : des promeneurs accompagnés de chiens qui ont affolé des vaches allaitantes ne peuvent se plaindre de ce que le propriétaire n'ait pas apposé de panneau, enfermé les vaches, interdit le passage dans le pâturage, posté un berger pour garder les vingt cinq animaux.

⁴²⁵ Arrêt précité : « la responsabilité du détenteur d'un animal, prévue par l'article 56 CO, est indépendante de toute faute, mais elle suppose une violation objective du devoir de diligence incombant à l'intéressé ».

⁴²⁶ ATF 110 II 136, cons. 2b.

⁴²⁷ Cass. civ. 2e, 19 février 1992, CPAM des Ardennes c. Consorts Neuveux, RCEA. 1992. V. 4

⁴²⁸ Pour un exemple d'application, v. Cass. civ. 2e, 15 février 2007, n°05-21287, RCEA. 2007/5, comm. 149, p. 13-14 : le propriétaire de chevaux, âgé et dont l'état physique lui interdisait de s'occuper des animaux, est responsable de plein droit du préjudice subi par son fils blessé par les bêtes, la preuve d'un transfert de la garde n'étant pas rapporté.

De même, CA Lyon, 12 février 2008, n°07/02896 : quelques bêtes d'un troupeau ayant été égorgées par un chien porteur d'un tatouage le rattachant à Laetitia Y., elle en est la gardienne faute de prouver qu'elle l'a donné à une autre personne, d'autant qu'elle n'a pas accompli les démarches auprès de la centrale canine pour l'informer de ce transfert.

prouvant que le dommage était dû au fait fautif ou non de la victime ou d'un tiers⁴²⁹. Aujourd'hui, de jurisprudence constante, le gardien est responsable sauf à prouver que le dommage n'a pas été causé par l'animal⁴³⁰. Le gardien de l'animal ne peut se dégager de sa responsabilité en prouvant son absence de faute, par ex. en établissant qu'il a pris toutes les mesures appropriées pour prévenir le dommage. La seule cause d'exonération admise est la force majeure⁴³¹. Le projet de réforme français rattache le régime de la responsabilité du fait de l'animal à la responsabilité du fait des choses⁴³².

Comparativement, le projet de réforme suisse non seulement consacre l'interprétation jurisprudentielle de l'article 56 COS, mais va encore plus loin. Alors que les rédacteurs du Code des obligations avaient conçu la responsabilité du fait de l'animal comme une variété de la responsabilité pour faute avec une présomption entraînant l'inversion de la charge de la preuve⁴³³, la jurisprudence a tant renforcé le devoir de diligence qui pèse sur le détenteur de l'animal qu'il s'agit presque d'une responsabilité objective aggravée. Le Tribunal fédéral indique en effet que « *s'agissant de la responsabilité du détenteur d'animaux, l'art. 56 al. 1 CO prévoit que le détenteur est libéré notamment s'il prouve que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Ce second moyen libératoire revient à démontrer qu'il n'y a pas de relation de causalité adéquate entre le comportement reproché au détenteur et le dommage qui est survenu* »⁴³⁴.

Cette conception de la responsabilité du détenteur de l'animal est abandonnée par l'avant-projet et traduit une modification de la conception du rôle de l'humain. L'article 60 AP dispose que :

« La personne qui détient un animal répond du dommage causé par celui-ci et résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, aux choses ou à

⁴²⁹Cass. civ. 2e, 29 avril 1969, Cie d'assurance La Paternelle c. époux Ribaud, JCP. EG. II. 19088 : en l'espèce, un chien était enfermé dans un enclos sur lequel était apposé une plaque signalant « *chien méchant* », le chien était en outre attaché à une chaîne et la niche était entourée de piquets ; la cour de cassation censure la Cour d'appel qui retient la responsabilité totale du gardien de l'animal, même si la distraction de la victime ne constitue pas une faute.

⁴³⁰Cass. civ. 2e, 15 mars 2001, n°98-22078, Bull. n°55 : cassation de l'arrêt qui admet l'exonération de responsabilité d'un propriétaire de chien alors qu'il n'avait pas rapporté la preuve de ce que le chien n'avait pas participé à la réalisation du dommage.

⁴³¹Cass. civ. 2e, 29 nov. 1972, Bull. 306 : en réalité dans cette affaire, un cyclomotoriste circulant sur une route était entré en collision avec une vache ; la Cour de cassation censure la Cour d'appel qui retient la faute de la victime, qui aurait dû voir le troupeau à deux cent mètres, sans rechercher si le comportement de la victime était ou non imprévisible pour le gardien de l'animal et avait rendu l'accident inévitable.

⁴³²Projet de réforme français, article 1354-4 : « *Les articles 1354 à 1354-3 sont applicables aux dommages causés par les animaux* », c'est-à-dire une responsabilité de plein droit, qui, dès lors que le rôle causal de la chose dans la production du dommage est établi, ne peut être écartée que par la preuve d'un cas de force majeure. L'absence de faute ou le vice de la chose ne sont pas des éléments susceptibles d'exonérer le gardien de la chose de sa responsabilité. Le terme « *responsabilité de plein droit* » est employé, selon les auteurs du projet, afin de bien manifester « *qu'il n'y a pas d'exonération possible pour absence de faute* » (Projet CATALA, p. 156).

⁴³³REAP p. 280.

⁴³⁴TF, 7 juillet 2009, n°4A_170/2009 ; ATF 131 III 115 consid. 3.1 p. 119.

l'environnement ».

205 On observera que la charge de la preuve est encore alourdie : le détenteur de l'animal ne peut s'exonérer en prouvant qu'il a agi avec diligence, ce qui implique l'idée que ce n'est plus sa maîtrise qui doit normalement éviter la réalisation du dommage. Les auteurs du projet de réforme justifient en effet cette solution par le fait que la détention d'un animal engendre en soi un risque de dommage susceptible de se réaliser⁴³⁵. Tout animal porte en lui un risque en raison de l'impossibilité de prévoir avec une totale certitude son comportement. Ce n'est plus l'homme qui maîtrise la nature, mais le droit qui, en fonction du critère du bénéfice retiré, procède à un transfert des conséquences dommageables. C'est à celui qui tire un bénéfice de l'animal, fût-il purement affectif, d'assumer les éventuelles conséquences dommageables sans pouvoir s'exonérer par la preuve de sa diligence⁴³⁶. Les auteurs du projet de réforme rattachent cette responsabilité à la responsabilité pour activités dangereuses prévue par l'article 50 AP. Il en découle la conséquence logique de la limitation de la réparation à certains préjudices seulement, conformément à l'article 45 alinéa 3 AP. La victime d'un préjudice autre aura cependant la possibilité d'agir sur le fondement d'une autre clause générale de responsabilité, telle la responsabilité pour faute par exemple. L'idéologie sous-jacente du projet de réforme ne peut qu'être saluée : il s'agit d'abandonner la vision du Code civil de l'Homme seul, responsable de ses actes et maître de son univers au profit d'une vision de l'humain en société affrontant avec ses semblables un monde qu'il ne peut contrôler et corrigeant par le droit les situations qui apparaissent insupportables.

206 L'article 57 COS dispose :

« 1 Le possesseur d'un immeuble a le droit de s'emparer des animaux appartenant à autrui qui causent du dommage sur cet immeuble, et de les retenir en garantie de l'indemnité qui peut lui être due ; il a même le droit de les tuer, si cette mesure est justifiée par les circonstances.

2 Il est toutefois tenu d'aviser sans retard le propriétaire des animaux, et, s'il ne le connaît pas, de prendre les mesures nécessaires pour le découvrir ».

Le projet de réforme maintient la règle quasiment inchangée, les modifications ne portant que sur la terminologie employée⁴³⁷.

⁴³⁵REAP p. 283.

⁴³⁶Les auteurs du projet de réforme observent d'ailleurs que c'est déjà la solution du droit français depuis longtemps.

⁴³⁷L'article 60a AP dispose :

« Droit de rétention. 1 La personne qui est possesseur d'un immeuble a le droit de s'emparer des animaux appartenant à autrui qui causent un dommage sur cet immeuble, et de les retenir en garantie de la réparation qui peut lui être due ; elle a même le droit de les tuer, si cette mesure est justifiée par les circonstances.

2 Elle est toutefois tenue d'aviser sans retard la personne propriétaire des animaux, et, si elle ne la connaît pas, de

Enfin, dans le but d'unifier la structure de la responsabilité civile et de restaurer sa cohérence, le projet de réforme supprime le texte relatif à l'action récursoire dans la mesure où celle-ci est régie par une disposition générale.

3. La responsabilité pour les ouvrages

207 En droit suisse, la responsabilité du fait des ouvrages résulte actuellement de l'article 58 COS :

« 1 Le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien.

2 Est réservé son recours contre les personnes responsables envers lui de ce chef ».

La responsabilité du fait des ouvrages existe également en droit français, mais présente des différences dans les conditions de mise en jeu et dans ses effets ; la terminologie exprime ces différences car en droit français, on parlera de la responsabilité du propriétaire du fait du bâtiment en ruine.

a Les conditions de mise en jeu

208 Il est à noter qu'en droit suisse, la responsabilité du fait des ouvrages défectueux ou mal entretenus est applicable aux collectivités publiques, y compris lorsque l'ouvrage en cause est affecté à un but d'intérêt général⁴³⁸. De ce point de vue, le droit positif suisse présente déjà un point d'unification qui n'existe pas en droit français. Pourtant le régime de la responsabilité du fait des ouvrages publics n'est pas si éloigné du régime de droit commun⁴³⁹.

Le responsable est le propriétaire de l'ouvrage au moment de la survenance de l'atteinte aux droits de la victime, même si le défaut doit être imputé à son prédécesseur ou si l'ouvrage a été transféré à un tiers au moment de l'ouverture de l'action⁴⁴⁰. Le texte de l'article 58 COS fait peser la responsabilité du fait de l'ouvrage sur le propriétaire et la

prendre les mesures nécessaires pour la découvrir ».

Les auteurs du projet de réforme suisse indiquent avoir ajouté le titre « *Droit de rétention* », et avoir remplacé le terme d'indemnité par celui de réparation par souci de cohérence terminologique avec le reste du texte.

⁴³⁸REAP p. 288-289. Il s'agit d'une jurisprudence constante : v. par ex. ATF 116 II 645 : « *selon la jurisprudence, cette disposition [l'article 58 COS] régit la responsabilité des collectivités de droit public pour les routes ouvertes à la circulation et qui dépendent d'elles, même si ces routes relèvent du domaine public* » ; ATF 108 II 184, cons. 1a, p. 185 ; ATF 102 II 343, cons. 1a., p. 344 et s. En revanche, les modalités de l'entretien d'une route sont déterminées par le droit public cantonal (ATF 102 II 343, cons. 1a, p. 344 et s.).

⁴³⁹Cf. infra p. 152, §. 285 et s.

⁴⁴⁰ATF 123 III 306, p. 309 : en l'espèce, un plongeur paralysé à la suite de l'utilisation d'un plongeur se retourne contre le canton, la juridiction relève que l'ouvrage avait fait l'objet d'une concession au profit d'une association mais que celle-ci avait pris fin, de sorte que formellement, le canton avait la qualité de propriétaire, même si matériellement l'association avait continué d'assurer l'entretien de l'ouvrage.

jurisprudence n'admet une exception que de façon restrictive⁴⁴¹. En revanche, le propriétaire dispose ensuite d'une action en contribution contre les responsables du vice de construction ou du défaut d'entretien, conformément à l'alinéa 2 de l'article 58 COS.

En droit suisse, la mise en jeu de la responsabilité du fait des ouvrages présuppose la preuve de l'existence d'un vice de construction ou du défaut d'entretien d'un ouvrage terminé et utilisé conformément à sa destination ; il n'est pas applicable aux conséquences d'une imperfection passagère due à sa construction ou à sa réparation⁴⁴², sauf si le propriétaire de l'ouvrage maintient son utilisation habituelle malgré les travaux⁴⁴³. En cas de défaut de l'immeuble, le propriétaire est responsable quand bien même il n'aurait pu découvrir le vice de construction et y remédier⁴⁴⁴. C'est une responsabilité objective dans le sens où le propriétaire de l'ouvrage ne peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant par exemple que le défaut d'entretien n'est pas de son fait mais de celui de son locataire⁴⁴⁵.

209 Il est cependant à noter que la responsabilité est fonction « *de la diligence qu'on peut raisonnablement attendre du propriétaire* »⁴⁴⁶. Ainsi, la propriétaire d'un parc à chevaux dont un tiers malveillant a ouvert les deux portails de sorte que ceux-ci se sont échappés sur la route causant un accident de la circulation ne peut se voir reprocher de n'avoir pas instauré une surveillance permanente ou une vidéo-surveillance⁴⁴⁷. Lorsque l'ouvrage est ouvert au public, le devoir de diligence imposé au propriétaire s'apprécie d'autant plus sévèrement⁴⁴⁸. Si le vice de construction s'apprécie au moment de l'accident de sorte que la preuve du respect des règles de l'art au moment de la construction n'est pas suffisant pour dégager le propriétaire de sa responsabilité, le défaut d'entretien et le danger qui en résulte est apprécié par le Tribunal fédéral en fonction de la proportionnalité économique et technique⁴⁴⁹. Ainsi, dans une affaire dans laquelle un skieur était descendu du télésiège, et en suivant le parcours de l'engin, avait

⁴⁴¹ATF 121 III 448, cons. 2d, p. 451 : « *Telle est la règle générale et il faut s'y tenir car une extension de la qualité pour résister à une action fondée sur l'art. 58 CO ne peut être admise qu'avec retenue, vu la teneur claire de cette disposition légale et eu égard à la sécurité du droit. Ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'il se justifiera de faire abstraction du critère formel de la propriété pour prendre en considération la maîtrise effective exercée sur la chose* ». Pour une description des exceptions admises par la loi ou la jurisprudence, cf. REAP p. 288.

⁴⁴²ATF 96 II 341.

⁴⁴³ATF 94 II 154, ATF 63 II 147, ATF 46 II 257.

⁴⁴⁴F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 149, n°565.

⁴⁴⁵Ib. REAP p. 287.

⁴⁴⁶Ib. REAP p. 290.

⁴⁴⁷TF., 7 juillet 2009, 1re Cour de droit civil, n°4A-170/2009 : « *Même si les clôtures et le portail étaient parfaitement adaptés et bien entretenus, on ne voit pas comment l'intimée pouvait empêcher un tiers d'ouvrir le portail, étant rappelé que l'accès aux pâturages est en principe libre (art. 699 al. 1 CC). S'agissant de vastes étendues isolées, on ne peut évidemment pas attendre d'un éleveur qu'il fasse surveiller en permanence, par une présence physique ou des caméras, les chevaux qui paissent* ».

⁴⁴⁸REAP p. 291.

⁴⁴⁹Ib.

percuté un pylône :

« S'agissant de pourvoir un ouvrage de dispositifs de sécurité, le propriétaire ne doit prendre que les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de lui, en tenant compte de la probabilité d'un accident grave, des possibilités de la technique et du coût des mesures à prendre (SCHNYDER, op. cit., n°16 ad art. 58 CO ; BREHM, op. cit., n. 58 ad art. 58 CO). Le propriétaire n'a pas à prévenir n'importe quel risque dont chacun peut facilement se protéger lui-même en faisant preuve d'un minimum d'attention (ATF 118 II 36, consid. 4a). Il n'a pas à compter avec l'éventualité qu'une personne utilise une installation d'une façon contraire à sa destination (ATF 117 II 50, consid. 2 p. 52) »⁴⁵⁰.

210 En droit français, l'article 1386 du Code civil dispose que « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ». Ce texte n'est pas une illustration du principe général de la responsabilité du fait des choses résultant de l'article 1384 du code civil, puisque les rédacteurs du Code ne l'avaient pas envisagé à l'époque. La mise en jeu de la responsabilité du propriétaire ne nécessite pas la preuve de sa faute, mais seulement la preuve de ce que la ruine de l'immeuble cause du dommage résulte du vice de construction ou du défaut d'entretien⁴⁵¹. Au départ conçu comme un régime favorable à la victime qui se trouvait dispensée de prouver la faute du propriétaire, la responsabilité de l'article 1386 est aujourd'hui souvent moins avantageuse que l'application des principes de l'article 1384 du Code civil. En effet, la victime doit prouver que le dommage a été causé par le bâtiment, en raison de sa ruine, elle-même due à un défaut d'entretien ou un vice de construction⁴⁵². Toutefois, certains auteurs soutiennent qu'en dehors des causes visées par l'article 1386, lesquelles seront facilement établies par le recours à une expertise, il est peu probable que la ruine du bâtiment puisse avoir une autre cause⁴⁵³.

211 Toutefois, la jurisprudence n'est pas fixée. Ainsi, la Cour de cassation admet la responsabilité d'une copropriété pour un mauvais aménagement des lieux constituant un vice de construction même en l'absence de ruine du bâtiment⁴⁵⁴ tandis qu'elle censure une Cour d'appel qui retient retenir la responsabilité du propriétaire d'un hangar dont la porte était tombée sans caractériser en quoi celle-ci était en ruine⁴⁵⁵. Cette solution a été également affirmée par un arrêt récent⁴⁵⁶, qui écarte la responsabilité de l'article 1386 dont les conditions ne sont pas réunies et procède à une substitution de motifs pour appliquer l'article 1384 et

⁴⁵⁰ ATF 126 III 113, cons. 2cc, p. 116.

⁴⁵¹ Cass. civ. 3e, 8 décembre 2004, n°03-15541, Bull. n°232 : un mur s'étant effondré, le nu-propriétaire ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant le défaut d'entretien de l'usufruitier.

⁴⁵² S. HOCQUET-BERG, Responsabilité du fait des bâtiments, JCP civil, art. 1382-1386, fasc. 152, n°38 et s.

⁴⁵³ H. GROUTEL, Les rapports de l'article 1386 et l'article 1384, alinéa 1er du Code civil : RCEA. 1989, chron. 5.

⁴⁵⁴ Cass. civ. 3e, 27 novembre 1991, n°89-17185, Bull. n°172.

⁴⁵⁵ Cass. civ. 2e, 17 octobre 1990, n°89-14124, Bull. n°201.

⁴⁵⁶ Cass. civ. 2e, 16 octobre 2008, n°07-16967, Bull. n°211.

ainsi fonder légalement la responsabilité du gardien. La notion de ruine prête également à discussion et la Cour de cassation indique que « *s'il suffit, pour établir la ruine du bâtiment au sens de l'article 1386 du Code civil, d'une dégradation partielle de toute partie de la construction ou de tout élément qui est incorporé d'une façon indissoluble, la ruine du bâtiment implique nécessairement la chute d'un élément de la construction* »⁴⁵⁷. La notion de bâtiment a été interprétée largement par la jurisprudence comme comprenant tout élément incorporé à un immeuble.

Si les conditions de mise en jeu de la responsabilité du fait des bâtiments sont réunies, le propriétaire ne pourra s'exonérer qu'en prouvant la survenance d'un cas de force majeure⁴⁵⁸. Il s'agit donc d'une responsabilité objective. SAVATIER relève d'ailleurs que la nécessité de prouver le défaut d'entretien ou le vice de construction rattacherait ce régime à la responsabilité pour faute, si ce n'était obligatoirement le propriétaire qui doive en répondre, quand bien même le dommage serait en réalité dû à la carence du locataire⁴⁵⁹ ; il s'agirait en réalité bien plus d'une responsabilité du fait d'autrui que d'une responsabilité du fait des choses. La responsabilité pour les ouvrages, à l'instar de la responsabilité du fait des bâtiments en ruine du droit français est en réalité une responsabilité objective visant à éluder le débat sur la faute du propriétaire dès lors que certains faits sont prouvés de façon à faire peser le poids de la responsabilité sur celui qui tire profit de l'ouvrage et est à même de prendre les mesures de nature à en prévenir la survenance.

212 Le droit français pose des conditions plus strictes que le droit suisse pour la mise en jeu de la responsabilité du propriétaire, et ce dès le Code des obligations de 1881⁴⁶⁰ dont l'article 67 disposait déjà que « *Le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage est responsable du dommage causé par le défaut d'entretien ou par le vice de la construction ; sauf, dans ce dernier cas, son recours contre le constructeur, aux termes de l'article 362* ». Il a été proposé d'abroger l'article 1386 du Code civil en raison de la disparité de traitement des victimes selon qu'elles pouvaient ou non se fonder sur l'article 1384, dont l'application était en principe exclue lorsque l'article 1386 était

⁴⁵⁷Cass. civ. 2e, 3 mars 1993, n°91-19694, Bull. n°86 : en l'espèce, l'entreprise de chauffage et son assureur ayant été déclarés responsables du décès de trois personnes par intoxication à l'oxyde de carbone due au mauvais fonctionnement de la chaudière, ils se retournent contre le propriétaire de l'immeuble en raison des fissures du bâtiment qui auraient concouru à la production du dommage. La Cour d'appel a rejeté la demande en relevant que l'existence de fissures dans un conduit de cheminée ne constituait pas une ruine du bâtiment au sens de l'article 1386.

⁴⁵⁸Cass. civ. 2e, 17 février 2005, n°02-10770, Bull. n°36, p. 35 : la balustrade pourrie d'une maison s'était effondrée alors qu'un déménageur s'y appuyait. Le propriétaire est condamné sur le fondement de l'article 1386 parce qu'aucun fait de nature à l'exonérer de sa responsabilité n'est rapporté, spécialement aucune faute ne pouvait être retenue à l'encontre de la victime.

⁴⁵⁹R. SAVATIER, op. cit. (p. 73), tome 1, p. 526, n°417.

⁴⁶⁰FF. du 18 juin 1881, p. 85.

susceptible de jouer⁴⁶¹. L'absence de réaction du législateur a conduit la Cour de cassation à admettre le recours à l'article 1384 bien que l'article 1386 ait été applicable, et alors que les conditions de mise en jeu de la responsabilité du propriétaire n'étaient pas remplies⁴⁶².

213 Le projet de réforme suisse évolue encore par rapport aux solutions du droit positif suisse⁴⁶³. D'abord, le projet de réforme abandonne le rattachement de la responsabilité au critère juridique de la qualité de propriétaire et y substitue le critère matériel de la détention. Il établit une solidarité entre détenteur et propriétaire afin de favoriser l'indemnisation de la victime et de ne pas conduire systématiquement à la mise en jeu préalable de la responsabilité du propriétaire en l'obligeant lui-même à exercer ensuite une action récursoire⁴⁶⁴. Dans le même ordre d'idée, et pour tirer la conséquence logique de la qualification de responsabilité objective simple, le projet de réforme procède à une inversion de la charge de la preuve : ce n'est plus à la victime de prouver l'existence d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction, mais au détenteur d'établir que ce n'est pas la cause du dommage⁴⁶⁵. L'article 61 AP dispose que :

« La personne qui détient un bâtiment ou un autre ouvrage répond du dommage causé par celui-ci, à moins de prouver qu'aucun défaut de construction ou d'entretien n'en est à l'origine.

Si l'ouvrage n'appartient pas à la personne qui le détient, la personne qui en est propriétaire répond solidairement ».

214 Comparativement, le projet CATALA abroge l'article 1386 du Code civil et fait ainsi entrer les immeubles dans le droit commun de la responsabilité du fait des choses. L'article 1354 Projet CATALA dispose que

« On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde ».

Le propriétaire est présumé être le gardien, mais sans que le projet ne prévoit de solidarité entre gardien et propriétaire à l'instar du projet de réforme suisse, l'article 1354-2 de

⁴⁶¹Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2000 (accessible à l'adresse suivante : http://www.courdecassation.de/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/suggestions_modifications_99/1386_code_5838.html) : « En vertu de l'article 1386 du Code civil, le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Compte-tenu de l'évolution jurisprudentielle qu'a connue depuis deux siècles l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, cette disposition, à l'origine plus favorable aux victimes que l'article 1384, ne l'est plus aujourd'hui et n'a plus de justification.

Même si la jurisprudence la plus récente (Cass. civ. 2e, 23 mars 2000, commenté dans le présent rapport) n'applique plus l'article 1386 lorsque l'action en responsabilité est dirigée contre un gardien de l'immeuble autre que le propriétaire, il reste qu'à l'égard du propriétaire gardien, la victime se trouve dans une situation plus contraignante pouvant conduire à des absences d'indemnisation.

Dans ces conditions, alors qu'une assurance couvre généralement le risque, il est souhaitable que l'article 1386 du Code civil soit purement et simplement abrogé, de telle sorte que les victimes, quelle que soit la qualité de la partie responsable, bénéficient du même régime d'indemnisation ».

⁴⁶²Cass. civ. 2e, 16 octobre 2008, n°07-16967, Bull. n°211.

⁴⁶³REAP p. 291 et s.

⁴⁶⁴REAP p. 294.

⁴⁶⁵REAP p. 292.

projet CATALA indique en effet que :

« Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose au moment du fait dommageable.

Le propriétaire est présumé gardien ».

b Des effets spécifiques ?

215 Les auteurs du projet de réforme suisse proposent la suppression de l'alinéa 2 de l'article 58 COS qui prévoit le recours du propriétaire dont la responsabilité aura été engagée, cette disposition n'apportant rien par rapport aux règles générales relatives à l'action récursoire⁴⁶⁶. Il y a là un alignement sur la règle générale. Il est curieux que le même raisonnement n'ait pas été appliqué à l'article 59 COS.

(1) *Les mesures préventives et curatives*

216 En effet, l'article 59 COS dispose actuellement que :

« 1 Celui qui est menacé d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui a le droit d'exiger du propriétaire que celui-ci prenne les mesures nécessaires pour écarter le danger.

2 Sont réservés les règlements de police concernant la protection des personnes et des propriétés ».

La présence de ce texte qui fonde en réalité une action en référé pour des dommages certains s'explique par le fait que le droit des obligations relève d'une compétence fédérale, tandis que la procédure civile a jusqu'à il y a peu relevé de la compétence des cantons, de sorte qu'en 1881, cette disposition présentait un intérêt certain.

217 Le projet de réforme suisse prévoit à l'article 61a AP que :

« La personne qui est menacée d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui a le droit d'exiger de la personne qui le détient ou qui en est propriétaire qu'elle prenne les mesures nécessaires pour écarter le danger ».

Cette disposition prévoit ce que les auteurs du projet de réforme suisse appellent une « action en prévention du trouble » et qu'un juriste français qualifierait d'action en référé⁴⁶⁷. Le droit fédéral suisse de la procédure civile n'est pas encore entré en vigueur, toutefois l'article 257 du CPCF indique que

« le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable

a. la violation ou l'imminence de la violation d'une prétention dont il est titulaire, et

b. qui risque de lui causer un préjudice difficilement réparable ».

L'entrée en vigueur de cette disposition devrait rendre caduc l'article 59 COS, déjà doublé par l'actuel article 679 COS aux termes duquel

« Celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit, peut

⁴⁶⁶ L'action récursoire entre coresponsables résulte actuellement des articles 50 et 51 COS.

⁴⁶⁷ Pour une description de la procédure de référé française, cf. infra p. 511 et s., §. 1071 et s.

actionner ce propriétaire pour qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts ».

Cependant, ce texte était limité aux dommages résultant de l'excès de droit du propriétaire d'un immeuble, alors que l'article 59 visait le propriétaire de n'importe quel ouvrage, fût un simple échafaudage. En raison de son champ d'application plus large, les auteurs du projet de réforme entendaient donc maintenir la règle.

(2) *La limitation de la réparation ?*

218 Les auteurs du projet de réforme suisse se sont interrogés sur le point de savoir s'il ne convenait pas de limiter la réparation à certains dommages seulement, à l'instar de ce qui a été prévu en matière de responsabilité pour risque⁴⁶⁸. Il a été décidé de ne pas introduire une telle limitation du dommage réparable pour une raison de cohérence du système, la responsabilité du fait des ouvrages étant conçue comme une responsabilité objective simple⁴⁶⁹.

B Les dispositions spéciales prévues par d'autres textes

219 Parmi les principales responsabilités spéciales, certaines sont des responsabilités objectives simples telle la responsabilité du chef de famille (1.), d'autres sont des responsabilités objectives aggravées telle la responsabilité du fait des produits (2.).

1. La responsabilité du chef de famille

220 Avant d'exposer le droit suisse (b), il est utile de détailler le droit français de la responsabilité civile des parents pour leur enfant (a).

a Le droit positif français

221 En matière de responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur, le droit français montre tous les dangers qui découlent de l'incomplétude des textes et de l'inertie législative. La responsabilité des parents du fait de leur enfant résulte de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil⁴⁷⁰. D'abord conçue comme une responsabilité pour faute présumée dans la surveillance ou l'éducation, il était admis que les parents puissent s'exonérer en prouvant leur absence de faute⁴⁷¹. Il était également admis que le fait de l'enfant était de nature à engager sa

⁴⁶⁸Article 45 al. 3 AP : « 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 ».

⁴⁶⁹REAP p. 294.

⁴⁷⁰Article 1384 alinéa 4 : « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ».

Article 1384 alinéa 7 : « La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère... ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité ».

⁴⁷¹V. par exemple les explications de DELVIN COURT, Cours de Code Napoléon, op. cit. (p.), tome 2, p. 749, sur l'article 1384 ; « En prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le fait, etc. Il ne faut pas conclure de là, que les pères, mères,

responsabilité personnelle.

222 L'évolution jurisprudentielle française mérite d'être brièvement retracée parce qu'elle illustre le pouvoir créateur de la jurisprudence et manifeste la nécessité d'une codification des règles ainsi dégagées afin de rendre le droit de la responsabilité accessible et cohérent. En 1984, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation affirme que la responsabilité des père et mère peut être engagée même en l'absence de toute faute du mineur habitant avec eux, « *il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime* » ; en l'espèce l'enfant âgé de sept ans avait éborgné son camarade de jeu au moyen d'une flèche décochée dans sa direction⁴⁷².

223 En 1997, par l'arrêt BERTRAND, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation décide que seule la force majeure ou la faute de la victime est de nature à exonérer les parents de leur responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par leur fils mineur habitant avec eux⁴⁷³. Les parents ne peuvent plus s'exonérer en prouvant leur absence de faute dans la surveillance et l'éducation de leur enfant⁴⁷⁴. Comme le relève le conseiller rapporteur sur l'arrêt d'assemblée du 29 juin 2007⁴⁷⁵, « *par cet arrêt, la Cour de cassation décide de détacher la responsabilité de l'article 1384, alinéa 4 de toute référence à une faute, même présumée, des responsables. Il consacre donc une responsabilité parentale purement objective* ».

224 Cette objectivisation de la responsabilité parentale se poursuit par l'arrêt LEVERT du 10 mai 2001 : lors d'une partie de rugby organisée spontanément par les élèves, l'un des

instituteurs ou artisans, ne soient nullement tenus, par cela seul que le fait aurait été commis en leur absence Mais ce sera alors aux juges à examiner s'ils auraient pu l'empêcher ; en enfermant l'enfant, en ne le laissant pas vaguer dans les rues ; et encore, si le méfait commis ne tient pas à une mauvaise éducation qu'ils ont donnée à l'enfant, aux mauvaises habitudes qu'ils lui ont laissé prendre, ou qu'ils pouvaient détruire car alors ils seraient tenus... ».

⁴⁷²Ass. pl. 9 mai 1984, FULLENWARTH, n°79-16612, Bull. ass. pl. n°4. C. CABANNES, avis sur Ass. pl. 9 mai 1984, D. 1984, p. 525, note F. CHABAS ; N. DEJEAN DE LA BÂTIE, JCP. 1984, EG. II. 20255 ; J. HUET, RTDciv. 1984, p. 508.

⁴⁷³Cass. civ. 2e, 19 février 1997, n°94-21111, BERTRAND, Bull. n°56 : à l'issue d'une collision entre un enfant de douze ans à bicyclette et la motocyclette de la victime, le père de l'enfant avait opposé son absence de faute de surveillance, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir affirmé que seule la faute de la victime ou la force majeure pouvait l'exonérer de la responsabilité de plein droit qui pesait sur lui. F. ALT-MAES, La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur : JCP. 1998, EG. I. 1154 ; A. DORSNER-DOLIVET, Du nouveau dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, RDSS. 1997, p. 660 ; P. JOURDAIN, Responsabilité du fait des mineurs : le changement de cap de la Cour de cassation, D. 1997, p. 265 ; R. KESSOUS, avis sur Cass. civ. 2e, 19 février 1997, JCP. 1997, EG. II. 22848, note G. VINEY ; F. LEDUC, La responsabilité des père et mère : Changement de nature : RCEA. 1997, chron. 9 ; Ch. RADE, Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand) : D. 1997, chron. p. 279.

⁴⁷⁴Cass. civ. 2e, 6 novembre 1996, n°94-22196, Bull. n°246 : un enfant de 8 ans avait blessé accidentellement un camarade pendant la récréation, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, admettent l'exonération des parents de la présomption de responsabilité posée par l'article 1384 alinéa 4 en relevant que l'enfant « *n'était plus sous la surveillance de ses parents dans des conditions qui excluent toute méchanceté ou violence volontaire de sa part ou toute faute d'éducation de la part de ses parents qui n'avaient pu empêcher le heurt entre les deux enfants* ». Même solution s'agissant d'un enfant qui a blessé à l'œil l'un de ses camarades en jetant une équerre : Cass. civ. 2e, 4 mars 1987, n°85-14554, Bull. n°63.

⁴⁷⁵A.-F. PASCAL, rapport sur Ass. pl. 29 juin 2007, op. cit. (p. 101).

enfants est blessé à l'œil à la suite d'un plaquage. Ses parents mettent en cause la responsabilité des parents de son adversaire sportif. La Cour d'appel avait accueilli l'argument des parents qui invoquaient l'absence de faute de l'enfant. Sur le pourvoi de la victime, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation affirme que *« la responsabilité de plein droit encourue par les père et mère sur le fondement de l'article 1384 alinéas 4 et 7 du Code civil du fait des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant »*⁴⁷⁶. Par deux arrêts du 13 décembre 2002, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation confirme la solution en retenant que *« pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur. Seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité »*⁴⁷⁷.

225 En 2002, le législateur précise qu'il fallait que les parents soient titulaires de l'autorité parentale et l'exercent effectivement. Cette précision se justifie puisque lorsque les parents ne sont plus titulaires de l'autorité parentale ou bien n'en ont plus l'exercice parce que l'enfant a été placé par décision de justice, le risque que son comportement peut représenter pèse alors soit sur l'État, soit sur la personne qui en a la garde.

226 Le projet CATALA traite du régime de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants aux articles 1355-1360 nouveaux. La solution jurisprudentielle consistant à retenir le simple fait causal de l'auteur du dommage est écartée. L'article 1355 précise que

« On est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt.

Cette responsabilité a lieu dans les cas et aux conditions prévues aux articles 1356 à 1360. Elle suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage ».

⁴⁷⁶Cass. civ. 2e, 10 mai 2001, n°99-11287, Bull. n°96. GUERDER, avis sur civ. 2e, 10 mai 2001, D. 2001, p. 2851, note O. TOURNAFOND ; H. GROUDEL, RCEA. 2001, chron. 18 ; F. LEDUC, RCEA. 2001, chron. 20 ; P. JOURDAIN, RTDciv. 2001, p. 601 ; D. MAZEAUD, D. 2002, p. 1315 ; J. MOULY, JCP G 2001, II, 10613 ; E. SAVAUX, Defr. 2001, art. 37423 ; G. VINEY, JCP G 2002, I, 124, n° 20.

⁴⁷⁷Ass. pl. 13 décembre 2002, n°01-14007, Bull. ass. pl. n°4 : au cours d'une séance d'éducation physique, un enfant avait été blessé par un coup de pied porté par un de ses camarades qui a chuté sur lui en perdant l'équilibre, la Cour de cassation censure la cour d'appel qui a rejeté la demande dirigée contre les parents de l'enfant : *« attendu que, pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur ; que seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité »*.

Ass. pl. 13 décembre 2002, n°00-13787, Bull. Ass. pl. n°3 : un enfant tétraplégique à la suite des blessures causées par la chute d'un autre, elle-même provoquée par le plaquage réalisé par un autre enfant ; la cour d'appel avait admis l'exonération des parents en raison de l'absence de faute résultant de l'acceptation des risques manifestée par le comportement de la victime en participant sans protection à ce match dont les règles s'apparentaient à celles du football américain. La Cour de cassation censure l'arrêt avec le même attendu de principe.

b Le droit positif suisse

227 En droit suisse, la responsabilité du chef de famille résulte de l'article 333 du CCS qui dispose que :

« le chef de famille est responsable du dommage causé par les mineurs et les interdits ou les personnes atteintes de maladies mentales et les faibles d'esprit placés sous son autorité, à moins qu'il ne justifie les avoir surveillés de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances.

Il est tenu de pourvoir à ce que les personnes de la maison atteintes de maladies mentales ou faibles d'esprit ne s'exposent pas, ni n'exposent autrui à péril ou dommage ».

La victime doit prouver l'existence de son préjudice, et le lien de causalité naturelle et adéquate entre le préjudice et le fait illicite de la personne dont il doit répondre. Il faut en outre qu'on soit en présence d'un chef de famille, que la personne dont il doit répondre ait agi de manière illicite, qu'il ne puisse s'exonérer en faisant la preuve qu'il a apporté tous les soins requis par sa tâche de surveillance.

(1) La notion de chef de famille

228 On sait qu'en droit français, le terme de chef de famille, exclusivement réservé au *Pater familias*, a disparu. En droit suisse, la notion a été élargie : la position de chef de famille peut revenir à plusieurs personnes ensemble, notamment les conjoints. Ceux-ci répondent alors solidairement des personnes sur lesquelles ils exercent l'autorité domestique⁴⁷⁸. La personne dont le chef de famille doit répondre ne peut pas être simultanément rattachée à plusieurs chefs de famille de foyers distincts. Cette règle résulte du fait que la responsabilité du chef de famille est rattachée à la notion de cohabitation : c'est parce qu'il exerce l'autorité domestique sur les personnes vivant sous son toit qu'il est en mesure d'exercer la surveillance permettant d'empêcher la survenance du dommage.

229 La qualité de chef de famille peut aussi être attribuée à une personne morale : hôpital, colonie de vacances, internat. En revanche, lorsque la personne est sous la responsabilité d'une personne morale de droit public à la suite d'un acte de puissance publique (mesure d'assistance ou de répression : fou, mineur délinquant ou mineur victime), les règles de la responsabilité civile du chef de famille sont écartées au bénéfice de la responsabilité de l'État. Il est donc à noter que la responsabilité du chef de famille en droit suisse recouvre la responsabilité générale du fait d'autrui qui existe en droit français et qui pèse par exemple sur l'association qui a la charge d'une personne handicapée mentale.

(2) Le fait illicite de la personne sous surveillance

⁴⁷⁸ ATF 102 II 24 cons. 5.

230 Le chef de famille ne peut voir sa responsabilité engagée que si la personne dont il doit répondre a commis un fait qui, si elle avait été capable et majeure, eût permis d'engager sa responsabilité personnelle. Par suite, la victime dispose d'un concours d'actions contre le chef de famille d'une part, et contre l'auteur du fait dommageable d'autre part. Les règles de la coresponsabilité trouvent donc à s'appliquer.

(3) *Exonération*

231 Le chef de famille peut s'exonérer de sa responsabilité en établissant qu'il a surveillé les personnes dont il doit répondre avec toute l'attention commandée par les circonstances. Le souci d'indemniser les victimes qui a inspiré la jurisprudence française à modifier aussi complètement le régime de la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur n'est pas inconnu des juridictions suisses. La preuve libératoire est difficile à établir⁴⁷⁹. Toutefois, le Tribunal fédéral a récemment indiqué que les parents pouvaient s'exonérer de leur responsabilité par la preuve de leur diligence car les exigences dans ce domaine doivent rester du domaine du raisonnable : il s'agissait d'un accident de luge causé par deux enfants de deux et quatre ans. La victime s'est vue opposer le fait qu'il était normal pour des enfants de cet âge d'avoir une activité de ce type et que les parents les avaient surveillés avec toute la diligence requise⁴⁸⁰. Une proposition de réforme législative a été présentée afin d'aggraver la responsabilité des parents du fait de leur enfant, mais elle a été rejetée par le Conseil fédéral qui considère que l'enfant a droit à la faute, et qu'une aggravation de la responsabilité des parents ne contribuerait pas à les responsabiliser davantage puisque le risque ainsi aggravé serait en réalité supporté par l'assurance de responsabilité civile⁴⁸¹.

232 Le Tribunal fédéral est exigeant quant aux conditions de l'exonération de responsabilité du chef de famille⁴⁸². Il tient cependant compte de la réalité, et l'a admis

⁴⁷⁹ATF 103 II 24, cons. 4, p. 27 : un enfant de sept ans ayant tiré une flèche en direction de son camarade de jeu le blesse à l'œil, le Tribunal fédéral relève que ni la mère, ni le grand frère, informés de ce que les enfants jouaient avec un arc, n'ont pensé à leur en interdire l'usage ni à les surveiller, et ne leur ont pas davantage donné des instructions sur la façon de l'utiliser.

ATF 128 IV 49 : les parents répondent pénalement de lésions corporelles graves par négligence lorsque leur enfant crève l'œil d'un autre au moyen d'une carabine à air comprimé qu'ils n'ont pas conservée hors de portée avec la prudence requise.

⁴⁸⁰ATF 133 III 556, spéc. p. 558 et s. cons. 5 qui relève que les enfants sont et doivent rester des enfants, et qu'il ne faut pas dénaturer l'appréciation des circonstances de fait car cela aboutirait à inciter les parents à limiter la liberté de mouvement des enfants afin d'éviter de voir leur responsabilité engagée.

⁴⁸¹Motion n°07.3691 du 5 octobre 2007 portant proposition de loi visant à modifier l'article 333 CCS visant à rendre les personnes investies du droit d'éducation et les chefs de famille responsables dans tous les cas de dommages provoqués par les mineurs placés sous leur autorité ou membre de leur famille ; le Conseil fédéral indique que la responsabilité des parents est une responsabilité causale simple, leur permettant de s'exonérer s'ils prouvent avoir surveillé l'enfant avec l'attention commandée par les circonstances, preuve libératoire que le Tribunal fédéral apprécie de façon sévère mais réaliste (v. la référence citée : TF 14 juin 2007, 5C.41/2007, cons. 5.3).

⁴⁸²ATF 103 II 24, ATF 128 IV 49.

récemment dans une affaire d'accident de luge causé par deux enfants de deux et quatre ans. La victime s'est vu opposer le fait qu'il était normal pour des enfants de cet âge d'avoir une activité de ce type et que les parents les avaient surveillés avec toute la diligence requise⁴⁸³.

233 La notion de responsabilité pour risque désigne en réalité deux choses, d'une part la responsabilité de celui qui fait courir un risque à autrui et qui doit donc en réparer les conséquences dommageables, et la responsabilité de celui à qui on rattache la responsabilité pour permettre la prise en charge du dommage engendré par la réalisation d'un risque que la société devrait en réalité assumer directement. Ainsi, la responsabilité de l'employeur et la responsabilité du parent sont toutes deux des responsabilités objectives, pour risque, mais il est évident que le parent ne tire aucun profit de l'existence d'un enfant. Nos sociétés étant aujourd'hui dotés de système de solidarité, les enfants ne constituent plus une assurance vieillesse et les mettre au monde n'est plus une nécessité économique pour l'individu. En revanche, l'ensemble de la société a intérêt à ce que les individus qui la composent engendrent. La responsabilité de plein droit des parents permet de rattacher la réparation du dommage à la personne qui est la mieux à même de souscrire l'assurance de responsabilité civile permettant la prise en charge du dommage. Economiquement, cela revient à faire peser le coût de la réparation sur les assureurs privés essentiellement, sans qu'une réflexion soit menée sur la prise en charge de ces dommages par la collectivité. En l'absence d'obligation d'assurance, le parent qui n'est pas assuré ne pourra faire face à son obligation de réparer un préjudice corporel grave, et partant, la victime ne pourra être indemnisée comme elle aurait pu l'être par un responsable solvable. Il est vrai que l'assurance de responsabilité « *chef de famille* » est souvent comprise dans l'assurance habitation, et qu'à défaut, dès que l'enfant entre en collectivité (crèche, maternelle), les parents sont obligés de fournir un justificatif d'assurance. Le défaut total d'assurance devrait donc être une hypothèse résiduelle, mais le sort de la victime devrait interdire d'en tolérer l'existence.

234 La question du régime de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants n'a pas été envisagée par le projet de réforme suisse qui ne traite que des conditions générales de la responsabilité et non des régimes de responsabilité objective simple.

235 Par comparaison avec le droit suisse, le droit français est bien sévère qui n'admet pas l'exonération des parents sauf force majeure ou cas fortuit. Alors qu'en droit suisse la responsabilité des parents est une responsabilité objective simple, elle est une responsabilité

⁴⁸³ ATF 133 III 556, spéc. p. 558 et s. cons. 5 qui relève que les enfants sont et doivent rester des enfants, et qu'il ne faut pas dénaturer l'appréciation des circonstances de fait car cela aboutirait à inciter les parents à limiter la liberté de mouvement des enfants afin d'éviter de voir leur responsabilité engagée.

objective aggravée en droit français. La distinction entre ces deux types de responsabilité objective repose sur le fait que celle qui est dite simple se rattache implicitement mais nécessairement à la violation présumée d'un devoir de diligence tandis que celle qui est dite objective aggravée résulte de la réalisation d'un risque inévitable car inhérent à l'exercice d'une activité donnée. Il nous semble que la réflexion du Conseil fédéral suisse relatif à l'opportunité d'aggraver le risque pris en charge par l'assurance doit conduire à envisager globalement la question. Une responsabilité de plein droit sans obligation d'assurance implique qu'un parent soit endetté à vie tout en ne parvenant pas à indemniser correctement la victime, sauf intervention d'un fonds d'indemnisation quelconque, qui exercera alors une action récursoire contre le civilement responsable. Une responsabilité de plein droit aussi rigoureuse que celle qui existe en droit français conduit à faire supporter aux parents la totalité du risque engendré par les enfants, même en réservant la mise en jeu de cette responsabilité au cas dans lequel l'enfant a commis une faute. Pour apporter une réponse à cette question, il conviendrait de réunir les différents acteurs que sont les victimes, les assureurs privés comme publics, les parents, et la représentation nationale. Seule cette consultation globale permettrait d'élaborer une solution prenant en compte tous les intérêts en présence.

2. Les responsabilités objectives aggravées : l'exemple de la responsabilité du fait des produits défectueux

236 En droit français, ce type de responsabilité est apparu plus tardivement que les responsabilités pour faute présumée. Il correspond à un réel besoin comme en atteste l'acrobatie juridique du raisonnement du Tribunal d'appel de Munich en 1830, qui estime que « le fait d'exploiter une entreprise de chemin de fer en utilisant des locomotives constitue nécessairement et indissolublement un comportement fautif »⁴⁸⁴. En France comme en Suisse, le chemin de fer aura puissamment contribué à solliciter l'inventivité des juristes. Un auteur indique que la première loi européenne établissant une responsabilité objective aggravée est la loi prussienne sur les chemins de fer de 1839⁴⁸⁵. La première loi suisse relative au chemin de fer prévoyait déjà une responsabilité objective aggravée pour les dommages causés par l'exploitation, puisqu'il était possible de s'en exonérer uniquement en prouvant la faute de la victime ou le cas de force majeure⁴⁸⁶. Cette loi, adoptée en 1875, sera le modèle sur lequel le

⁴⁸⁴Cité par le rapport explicatif du projet de réforme suisse, p. 137.

⁴⁸⁵H. HONSELL, Die Reform der Gefährdungshaftung, op. cit. (p. 103).

⁴⁸⁶Loi fédérale du 1er juillet 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et des bateaux à vapeur en cas d'accidents entraînant mort d'homme ou lésions corporelles, FF. du 7 août 1875, p. 961-965. Ce texte a depuis été remplacé par la Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de La Poste Suisse du 28 mars 1905, RS. 221. 112. 742.

législateur suisse construira toute une série de responsabilités nouvelles répondant à des risques nouveaux qui appelaient une protection accrue des victimes⁴⁸⁷.

237 Ce type de responsabilité est fondé sur la réalisation d'un risque inhérent à l'exercice d'une activité ou à l'usage d'une chose. À la différence des responsabilités objectives simples, la responsabilité objective aggravée est indépendante de tout manque de diligence. Comme l'indique un auteur, « *elles reposent sur l'idée que, nonobstant le comportement le plus avisé, on ne peut exclure la réalisation du risque avec une garantie suffisante* »⁴⁸⁸.

238 Ainsi l'article 1er de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des chemins de fer de 1905 qui en est l'archétype dispose que :

« Toute entreprise de chemin de fer répond du dommage résultant du fait qu'une personne a été tuée ou blessée au cours de la construction, de l'exploitation ou des travaux accessoires impliquant les dangers inhérents à celle-ci, à moins que l'entreprise ne prouve que l'accident est dû à la force majeure, à la faute de tiers ou à celle de la victime ».

Cette construction est celle de toute responsabilité objective aggravée, sauf peut-être à exclure toute possibilité d'exonération comme c'est le cas en matière de responsabilité nucléaire. Pour engager la responsabilité civile de l'exploitant, il suffit que la victime prouve que le risque visé par la loi s'est réalisé et lui cause un préjudice. Aujourd'hui, une convention internationale règle les conséquences des accidents de chemin de fer.

239 En droit français, il s'agit comme en droit suisse d'hypothèses très particulières, prévues expressément par le législateur. Si le droit français n'a pas de loi spéciale sur la responsabilité des chemins de fer, les dommages causés par des véhicules automobiles sont soumis à un régime particulier, tout comme ceux résultant de transports aériens. Seules deux hypothèses seront mentionnées ici, le but n'étant pas de réaliser une présentation exhaustive, mais de donner les éléments nécessaires pour apprécier l'usage qui pourra être fait en droit français des notions élaborées par le projet de réforme suisse.

240 Parmi les responsabilités objectives aggravées, le droit suisse range notamment : la responsabilité du détenteur de véhicule automobile (LCR, articles 58 et s.), de l'exploitant d'une installation électrique (LIE, articles 27 et s.), de l'exploitant d'une entreprise de chemin de fer (LrespCh.), de l'exploitant d'une installation nucléaire (LRCN, articles 3 et s.). On y range également la responsabilité du fait des produits qui trouve sa source, en droit français comme en droit suisse, dans le droit européen.

241 En droit suisse, la responsabilité objective du fait des produits a été établie par un

⁴⁸⁷ P. TERCIER, op. cit. (p. 25), spéc. p. 212 et s.

⁴⁸⁸ F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 10, n°24 et s.

arrêt du Tribunal fédéral de 1984, interprétant de façon extrêmement stricte la preuve libératoire de l'article 55 COS⁴⁸⁹. Le législateur a ensuite réformé le droit fédéral suivant en cela le mouvement initié par l'Union européenne par la directive européenne 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985⁴⁹⁰ sur la responsabilité du fait des produits⁴⁹¹. Le droit communautaire ne s'applique pas en Suisse de la même façon qu'en France, cependant les autorités suisses témoignent de leur souci d'harmoniser leur législation avec les dispositions communautaires, dont le droit fédéral de la responsabilité du fait des produits est un exemple. Le législateur français a transposé la directive en droit interne avec un retard de presque dix ans sur la date prévue⁴⁹², le 19 mai 1998⁴⁹³, par un texte dont les imperfections ont d'ailleurs été retoquées depuis par la CJCE⁴⁹⁴.

242 Les règles de la responsabilité du fait des produits défectueux méritent d'être sommairement exposées, les dispositions du droit suisse illustrant les lacunes de la législation française. En outre, la solution jurisprudentielle suisse au problème posé par les dommages causés par les produits défectueux est différente de la solution jurisprudentielle française ; la première a donné lieu à l'une des innovations de l'avant-projet dont l'intérêt résulte des questions non réglées par le droit communautaire. L'appréciation de l'intérêt de la proposition de réforme suisse pour le droit français ne peut être réalisée de façon pertinente qu'en comparant les deux systèmes sur ce point.

La responsabilité du fait des produits défectueux suppose d'abord la preuve par la victime de son dommage et du lien de causalité entre le défaut du produit et le préjudice dont elle demande réparation.

(1) *Le dommage réparable*

243 Le dommage réparable au titre de la responsabilité du fait des produits défectueux est prévu à l'article 1er de la LRFP, l'article 1386-2 du Code civil dans sa version actuelle et à l'article 9 de la directive.

Les trois textes visent d'abord à assurer la réparation du dommage corporel causé aux

⁴⁸⁹ATF 110 II 456. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 184, n°705.

⁴⁹⁰Directive CE n°85-374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE 1985 L 210/29 et s.

⁴⁹¹LRFP, Loi fédérale du fait des produits du 18 juin 1993 (RS. 221. 112. 944).

⁴⁹²Article 19 alinéa premier de la directive : trois ans à compter de la date de notification de la directive, soit le 30 juillet 1988.

⁴⁹³Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JORF du 21 mai 1998, p. 7744 et s.

⁴⁹⁴CJCE, 5e ch. 25 avril 2002, aff. C-52/00, commission c/ France, JOCE du 15 juin 2002, C 144/07.

consommateurs par le fait des produits défectueux. Aussi, le dommage pris en compte par le droit de la responsabilité civile est celui qui résulte de la mort ou des lésions corporelles. La victime d'un dommage corporel réparable n'est pas nécessairement propriétaire du produit défectueux, qui peut avoir été destiné à un usage privé ou professionnel. L'évaluation du dommage se fait selon le droit commun, la directive ne prévoyant rien en la matière.

244 S'agissant du dommage matériel, la LRFP a exactement transposé la directive (article 9). L'article 1er prévoit que le dommage matériel n'est réparable que s'il est la conséquence d'une atteinte à une chose « *d'un type qui la destine habituellement à l'usage ou à la consommation privés et qui a été principalement utilisée à des fins privées par la victime* ». Le préjudice résultant de la perte du produit défectueux lui-même n'est pas réparable sur le fondement de la responsabilité objective du fait des produits défectueux mais seulement sur le fondement du droit commun⁴⁹⁵.

245 Le préjudice résultant d'une atteinte à une chose utilisée dans le cadre d'une activité professionnelle ne relève pas de la responsabilité objective édictée par la directive. Le droit français n'est pas conforme sur ce dernier point puisque le dommage réparable résultant d'une atteinte à une chose à usage professionnel ne fait l'objet d'une limitation que par le biais de l'admission de la validité des clauses restrictives de réparation stipulées entre professionnels (article 1386-15 al. 2). *A contrario*, si une telle clause n'a pas été prévue, le droit français fait entrer dans la catégorie du dommage réparable les dommages aux choses à usage professionnel⁴⁹⁶. La directive prévoit pourtant expressément à l'article 9 que le dommage réparable résultant d'une atteinte à une chose ne s'applique que si cette chose est « *normalement destinée à l'usage ou à la consommation privés et a été utilisée par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée* ». Il est vrai que l'exposé des motifs de la directive évoque la protection du consommateur comme but du texte. Par conséquent, le législateur français serait libre d'étendre le régime de responsabilité objective du fait des produits défectueux à la réparation des dommages aux choses à usage professionnel. Cela signifie une responsabilité plus lourde du producteur en France par rapport aux autres pays européens, et donc une distorsion de concurrence.

246 Toutefois, la législation française semble être euro-compatible. Deux arguments viennent à l'appui de cette idée. D'une part, la Commission a agi en manquement contre la France, mais n'a pas relevé ce point alors que le non respect du seuil de 500 euros exigé pour la

⁴⁹⁵ Article 1386-2 al. 2 du Code civil, article 1er al. 2 LRFP, article 9 b) de la directive.

⁴⁹⁶ R. BOUT, (dir.) Lamy de droit économique 2008, n°6922. G. VINEY, P. JOURDAIN, Conditions de la responsabilité, op. cit. (p. 87), p. 884-885, n°776 à 776-1.

recevabilité de l'action de la victime agissant en réparation d'une atteinte à une chose a bien été condamné. D'autre part, la directive vise la protection du consommateur, du particulier, et à cette fin a établi un régime de responsabilité objective. En dehors de ce périmètre, le législateur français aurait la possibilité d'étendre ce régime au profit des victimes de dommages résultant d'une atteinte aux choses destinées à un usage professionnel. La chambre commerciale de la Cour de cassation a d'ailleurs saisi la CJCE d'une question préjudicielle par un arrêt du 24 juin 2008 pour savoir si un régime de responsabilité objective fondé sur les mêmes éléments que la responsabilité du fait des produits défectueux pouvait être appliqué pour réparer les dommages causés par un produit défectueux à des choses à usage professionnel⁴⁹⁷.

247 Une autre divergence entre le droit français d'une part et les droits suisse et communautaire d'autre part a été corrigée, à la suite de la condamnation de la France devant la CJCE, par la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 qui a instauré une franchise de 500 euros s'agissant des dommages résultant d'une atteinte à une chose⁴⁹⁸. La franchise a été très critiquée parce que le régime antérieur, tant en droit suisse qu'en droit français, était malgré ses imperfections, bien plus avantageux pour le consommateur qui pouvait agir en responsabilité sans condition de préjudice minimal. L'application de la franchise a d'ailleurs donné lieu à une solution curieuse : si le seuil de 500 euros doit servir à filtrer les petits litiges, il n'implique pas une exonération de responsabilité du producteur à hauteur de 500 euros déductible de l'entier préjudice qui par définition excèdera cette somme. C'est pourtant la solution retenue par la Cour de cassation qui censure une Cour d'appel qui a retenu la responsabilité intégrale du producteur sans déduire les 500 euros du montant de la condamnation⁴⁹⁹.

248 La réparation du dommage d'un montant inférieur au montant de la franchise peut être obtenue sur le fondement du droit commun, la responsabilité pour faute de l'article 41 et la responsabilité du fait de l'organisation fondée sur l'article 55 du COS⁵⁰⁰. Toutefois, l'arrêt de la CJCE du 25 avril 2002, point 30, indique que les victimes d'un dommage résultant d'une atteinte à une chose « doivent introduire leur action au titre du droit commun de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle ». Or le terme droit commun ne doit-il pas être compris comme désignant les règles du droit national y compris les régimes de responsabilité de plein droit ?

⁴⁹⁷Cass. com. 24 juin 2008, n°07-11744 : le régime de responsabilité est celui résultant de l'obligation de sécurité de résultat mis à la charge du vendeur sur le fondement de l'article 1603 du Code civil.

⁴⁹⁸Article 1386-2 al. 2 du Code civil, article 6 LRFP, article 9 de la directive.

⁴⁹⁹Cass. civ. 1re, 3 mai 2006, n°04-10994.

⁵⁰⁰F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 186, n°714.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a posé une question préjudicielle à la CJCE par un arrêt du 24 juin 2008 pour déterminer si la réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à une chose à usage professionnel pouvait être réparé sur le fondement d'un autre régime de responsabilité objective alors qu'il ne pouvait l'être sur le fondement du régime édicté par la directive. La solution qui sera donnée pourrait permettre de déduire quels sont les régimes de responsabilité applicables aux dommages inférieurs à 500 euros.

249 Il résulte expressément de l'article 9 alinéa 2 de la directive et implicitement des articles 11 LRFP et 1386-2 du Code civil français que la réparation du préjudice moral causé par un produit défectueux relève des dispositions du droit national.

(2) *Les conditions spécifiques*

250 Les conditions générales de la responsabilité que sont le dommage et le lien de causalité doivent être établies par la victime conformément au droit commun⁵⁰¹. Les conditions spécifiques de la responsabilité objective du fait des produits défectueux résident dans les éléments qui constituent le fait de rattachement propre à ce régime de responsabilité : un produit défectueux dont doit répondre un producteur, comme l'indiquent l'article 1er de la directive, l'article 1386-1 du Code civil et l'article 1er LRFP.

251 Selon l'article 3 de la directive, le producteur est « *le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première ou le fabricant d'une partie composante, et toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif* ». La victime dispose donc de plusieurs obligés à réparation sur le fondement de la directive. En outre, l'importateur est assimilé au producteur. Enfin, lorsque ces premiers défendeurs ne peuvent être identifiés, la victime peut se retourner contre le fournisseur qui sera responsable sauf à indiquer à la victime l'identité du producteur dans un délai raisonnable.

252 La responsabilité du fournisseur est subsidiaire. La transposition française qui rendait le fournisseur responsable sur le même rang que le producteur a été condamnée par la CJCE⁵⁰². L'article 1386-7 a été depuis rectifié par le législateur français et la position de la CJCE a été confirmée par un arrêt condamnant la législation danoise dont la teneur était la même que la législation française⁵⁰³.

⁵⁰¹Article 4 de la directive.

⁵⁰²CJCE, 25 avril 2002, Commission c/ France, C-52/00.

⁵⁰³CJCE, 5 juillet 2007, Commission c/ Danemark aff. C-327/05 : « *en adoptant et en maintenant des dispositions qui rendent les fournisseurs intermédiaires intervenant dans la chaîne de distribution responsables aux mêmes conditions que le producteur, en violation de l'article 3, paragraphe 3 de la directive n°85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, le Royaume du Danemark a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive* ».

253 L'article 2 de la directive indique que le terme « produit » désigne tout meuble, même incorporé dans un autre meuble ou immeuble, ainsi que l'électricité. L'article 1386-3 dispose que « *est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit* ». La LRFP exige que les produits du sol, de l'élevage, de la pêche et de la chasse aient subi une première transformation⁵⁰⁴. En revanche, les produits du corps humain sont des produits au sens de la LRFP dès le prélèvement, tandis que les produits du corps animal destinés à la transplantation sur des êtres humains ne sont considérés comme produit qu'à la date de leur mise en circulation. La loi française ne précise rien à l'article 1386-12 qui dispose seulement que « *le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1386-11 [l'état des connaissances scientifiques et techniques] lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci* ».

254 Une décision d'espèce permet d'envisager ce que pourrait donner la définition de l'électricité comme un produit au sens de la directive. La responsabilité du fait des produits défectueux n'a pas été appliquée dans cette affaire, semble-t-il parce qu'elle n'a pas été invoquée. Si la responsabilité du fait des produits défectueux avait été invoquée, son régime spécifique aurait été mis en œuvre avec la précision que le contrat comportait une clause exonératoire de responsabilité, valable entre professionnels. L'espèce illustre la notion de défaut s'agissant de l'électricité. La société CNIM exploitait une usine d'incinération d'ordures ménagères à Antibes et avait conclu pour les besoins de son exploitation un contrat de fourniture d'électricité avec EDF, alors établissement public. À la suite d'une coupure de courant, certains équipements de l'usine furent endommagés, et la société CNIM demanda réparation à EDF pour la part du dommage non prise en charge par l'assureur⁵⁰⁵. EDF opposa valablement la clause d'exonération de responsabilité en cas de dommage résultant d'une interruption de la fourniture d'électricité. Quel que fût le régime de responsabilité appliqué, la clause était valable entre professionnels. C'est un exemple de ce que l'on peut considérer comme le dommage causé par l'électricité défectueuse.

255 L'article 6 de la directive indique :

« un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, et notamment :

a) de la présentation du produit ;

⁵⁰⁴La directive a été modifiée par la directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999, JOCE L 141 du 4 juin 1999, pour admettre expressément et sans condition de transformation les produits du sol, de l'élevage, de la pêche et de la chasse. La LRFP n'est donc pas conforme au droit européen sur ce point.

⁵⁰⁵A. MAITREPIERRE, rapport sur Cass. com. 18 décembre 2007, n°04-16069, Bull. n°265.

- b) de l'usage du produit qui peut être raisonnablement attendu ;
- c) du moment de la mise en circulation du produit ».

Cette définition est reprise sans modification par les articles 1386-4 du Code civil et 4 de la LRFP. Le défaut est apprécié concrètement au regard des attentes de l'utilisateur moyen dans le cadre d'un usage normal. La faute du producteur ou son manque de diligence n'entrent absolument pas en ligne de compte, non plus que le caractère raisonnable ou non des dépenses nécessaires à la réalisation d'un produit exempt de défaut.

256 À compter de la mise en circulation seulement, le producteur répond du défaut de son produit. C'est à ce moment qu'il faut se placer pour apprécier l'état des connaissances et des techniques que peut éventuellement invoquer le producteur pour s'exonérer de sa responsabilité. Le délai de forclusion édicté par la directive court à compter de la mise en circulation. Enfin, la mise en circulation résulte de la possibilité donnée d'utiliser le produit dans le cadre de l'activité économique (même interne à l'entreprise considérée⁵⁰⁶). Le produit volé ou détourné avant sa mise sur le marché n'engage pas la responsabilité du producteur.

257 Lorsque ces conditions sont réunies, il est possible d'engager la responsabilité sans faute du producteur. Par conséquent, celui-ci n'est pas responsable lorsqu'il prouve que l'une des conditions indiquées n'est pas réalisée. Il peut en outre s'exonérer de sa responsabilité en établissant l'existence d'une cause d'exonération.

(3) Les causes d'exonération

258 Le producteur peut s'exonérer de sa responsabilité en établissant que ses conditions de mise en jeu ne sont pas réunies. Selon la directive⁵⁰⁷, il peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas mis le produit en circulation, c'est-à-dire, comme le précise l'article 1386-5 du Code civil, « lorsque le producteur s'en est dessaisi volontairement ». Mais la CJCE a précisé que la responsabilité du fait d'un produit défectueux joue également lorsque le producteur en est également l'utilisateur à l'occasion d'une prestation de service⁵⁰⁸, la notion de mise en circulation doit alors être comprise comme le moment de l'utilisation du produit.

259 Le producteur peut également s'exonérer en prouvant que le défaut n'existait pas au moment de la mise en circulation⁵⁰⁹. Dans le même ordre d'idée, le producteur peut

⁵⁰⁶CJCE, 10 mai 2001, aff. C-203/9 : un hôpital a utilisé une solution pour conserver un rein, en raison du défaut de la solution, le rein a été endommagé. La responsabilité du propriétaire de l'entreprise ayant fabriqué la solution est engagée quand bien même le produit aurait été utilisé par un hôpital dont il est également propriétaire, et donc sans commercialisation à proprement parler.

⁵⁰⁷Directive article 7 a), article 5 a) LRFP et article 1386-11 Code civil.

⁵⁰⁸CJCE, 10 mai 2001, aff. C-203/9, précité.

⁵⁰⁹Article 7 b) de la directive, 5 b) LRFP et article 1386-11 2° du Code civil.

s'exonérer lorsqu'il établit que « le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics »⁵¹⁰.

260 Il peut également s'exonérer en prouvant en quelque sorte que le défaut n'existait pas à l'époque de la mise en circulation parce qu'il n'était pas connu, et donc non décelable : c'est l'exonération dite « pour risque de développement ». L'article 7 e) de la directive permet en effet au producteur de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant que « l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». Les textes suisse et français ne précisent pas davantage ce qu'il faut entendre par état des connaissances et des techniques. La CJCE a précisé cette notion à l'occasion d'un arrêt du 29 mai 1997⁵¹¹ par lequel elle a rejeté le recours en manquement de la Commission parce qu'il n'était pas établi que les dispositions du droit anglais auraient eu un résultat contraire à la directive si elles avaient été appliquées par le juge anglais. Le droit anglais permettait au producteur de s'exonérer s'il prouvait que « l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment pertinent ne permettait pas d'escompter d'un producteur de produits analogues au produit en cause qu'il ait pu déceler le défaut s'il avait existé dans ses produits pendant qu'ils étaient sous son contrôle ». La Commission reprochait au législateur anglais d'avoir transformé le régime de responsabilité objective en un régime de faute présumée : le producteur pouvait s'exonérer selon la loi anglaise, non en établissant l'état des connaissances techniques ou scientifiques, mais en opposant sa capacité ou celle d'un producteur de produits similaires à déceler l'existence du défaut. Comme le relève l'avocat général, on passe alors d'un critère objectif, l'état des connaissances et des techniques scientifiques au moment de la mise en circulation du produit, à un critère subjectif, l'appréciation du comportement d'un producteur raisonnable dans le secteur de production concerné⁵¹². La Cour précise donc que l'article 7 e) « ne vise pas spécifiquement la pratique et les normes de sécurité en usage dans le secteur industriel dans lequel opère le producteur, mais, sans aucune restriction, l'état des connaissances scientifiques et techniques, compris en son niveau le plus avancé, tel qu'il existait au moment de la mise en circulation du produit en cause ». La Cour reprend ici les termes de l'avocat général qui indiquait que l'état des connaissances et des techniques ne se résumait pas à l'opinion majoritaire, mais que par contre la responsabilité du producteur ne devait pas pouvoir être retenue lorsque les spécialistes du domaine avaient estimé à l'époque de la mise en circulation qu'il n'y avait pas de danger tandis que des opinions

⁵¹⁰Article 7 d) de la directive, 5 d) LRFP et article 1386-11 5° du Code civil.

⁵¹¹CJCE, 29 mai 1997, aff. C-300/95, commission c/ Royaume-Uni, en anglais, traduit et publié en partie dans LPA n°151 du 17 décembre 1997, p. 31 et s., note J. RICATTE.

⁵¹²TESAURO, avocat général, conclusions sur CJCE, 23 janvier 1997, aff. C-300/95, point 6.

isolées de non spécialistes affirmaient le contraire⁵¹³. En outre, il s'agit de « l'état objectif des connaissances scientifiques et techniques dont le producteur est présumé être informé », à condition qu'elles « aient été accessibles au moment de la mise en circulation du produit en cause »⁵¹⁴.

261 La CJCE a condamné la France pour avoir subordonné l'invocabilité des causes d'exonération prévues par la directive au respect par le producteur d'une obligation de suivi du produit⁵¹⁵. La France a tenté de défendre sa législation en relevant que la directive permettait aux États membres d'exclure la possibilité pour le producteur de s'exonérer de sa responsabilité en invoquant le risque de développement⁵¹⁶. La Cour répond que cette possibilité n'autorise pas les États à modifier les règles résultant du régime de responsabilité édicté par la directive.

(4) Les conventions portant sur la responsabilité

262 L'article de la Directive interdit toute clause exonératoire ou limitative de responsabilité. Toutefois, cette disposition ne joue qu'en faveur de la victime qui demande réparation d'une atteinte corporelle ou d'une atteinte à une chose ayant un usage non professionnel. L'article 1386-15 du Code civil français admet donc ce type de clause entre professionnels et s'agissant du dommage résultant d'une atteinte aux choses.

(5) Prescription

263 La directive, suivie en cela par le Code civil et la LRFP, édicte un double délai. L'article 10 de la directive édicte un délai de trois ans à compter de la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur. Ce délai est susceptible d'interruption et de suspension conformément au droit commun. La directive édicte également à l'article 11 un délai objectif qui court à compter de la mise en circulation du produit, sauf à ce que la victime ait engagé une action contre le responsable pendant ce laps de temps. Contrairement au délai butoir du droit suisse de la prescription en matière délictuelle prévu par l'article 60 COS⁵¹⁷, lorsque la victime a engagé son action, le délai butoir ne joue plus.

(6) Conclusion

264 Pourquoi envisager le régime de responsabilité de plein droit du fait des produits

⁵¹³Conclusions précitées, point 21 et 22.

⁵¹⁴L'avocat général soulève le problème de l'accessibilité de la littérature scientifique, conclusions précitées, point 23 et 24 : « l'état des connaissances disponibles doit être entendu de manière à comprendre toutes les données figurant dans le circuit d'information de la communauté scientifique dans son ensemble, compte tenu toutefois, selon un critère de bon sens, des possibilités concrètes de diffusion des informations ».

⁵¹⁵CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52-00, Commission c/ France.

⁵¹⁶Arrêt précité, points 42 à 47.

⁵¹⁷Cf. infra p. 382 et s., la prescription de l'action en responsabilité civile.

défectueux issu du droit communautaire ? *A priori*, ces éléments ne rentrent pas dans le cadre de la question de la valeur d'exemplarité du projet de réforme suisse pour le droit français de la responsabilité civile, ni dans le cadre des améliorations à apporter au droit français, la CJCE s'étant déjà chargée de faire les observations pertinentes.

265 Il faut d'abord considérer que le droit communautaire a eu un impact direct sur le droit suisse. L'adoption de la LRFP a permis au Tribunal fédéral d'admettre de nouveau la preuve libératoire de l'article 55 COS de façon plus souple, la responsabilité du fait de l'organisation n'ayant plus à assurer coûte que coûte l'indemnisation des victimes de la défectuosité des produits⁵¹⁸. La proposition du projet de réforme d'instaurer une responsabilité pour risque simple à raison du défaut d'organisation⁵¹⁹ consacre d'ailleurs cette orientation.

266 Le même phénomène existe en droit français. Tout comme l'instauration du régime de responsabilité objective du fait des choses a eu pour origine la nécessité de réparer les dommages causés par les véhicules, le régime de responsabilité objective aggravé résultant de la découverte jurisprudentielle d'une obligation de sécurité de résultat pesant sur celui qui mettait un produit à disposition a eu pour objet la réparation de dommages qui relèvent aujourd'hui de la responsabilité du fait des produits défectueux.

267 Il est impossible de proposer des améliorations du système sans prendre en compte ce que l'on pourrait improprement qualifier d'abrogation par désuétude des règles jurisprudentielles. Un auteur français avait d'ailleurs relevé ce point à l'occasion de la loi du 19 mai 1998 en indiquant qu'elle conduisait à s'interroger sur la coexistence et la superposition de plusieurs régimes de responsabilité, relevant du droit commun comme de lois spéciales, de règles jurisprudentielles comme législatives⁵²⁰.

268 Après avoir exposé la construction du droit suisse de la responsabilité civile et du projet de réforme suisse, basé sur des clauses générales en partie nouvelles coordonnées avec les dispositions spéciales, il faut en envisager les inconvénients et les nécessaires adaptations au regard du droit français.

⁵¹⁸ATF 130 III 193 : s'agissant d'un accident sur une piste de ski, le Tribunal fédéral indique que toutes les précautions de nature à empêcher le dommage ont été prises, que par conséquent, l'employeur n'est pas responsable.

⁵¹⁹Article 49a AP.

⁵²⁰I. LOLIES, L'insertion de la loi du 19 mai 1998 dans le droit de la responsabilité, RRJ. 1999, p. 349-366.

§.3 UNE CONSTRUCTION SATISFAISANTE ?

269 Les rédacteurs du projet de réforme suisse ont eux-mêmes déploré la construction choisie en relevant que la dissémination des dispositions spéciales dans d'autres textes que le Code des obligations était la conséquence nécessaire du refus de créer un Code de la responsabilité civile⁵²¹. Outre cet inconvénient, on peut regretter que ce projet qui avait pour ambition l'unification et l'harmonisation du droit de la responsabilité civile ne soit pas parvenu à ranger les dispositions spéciales sous la bannière des trois clauses générales.

270 La division tripartite de l'avant-projet est discutable. On peut lui préférer une division duale entre la faute d'une part, le risque d'autre part, chef d'imputation qui se subdiviserait lui-même entre le « *risque profit* »⁵²², telle la responsabilité du fait des auxiliaires, et le « *risque garantie* »⁵²³, telle la responsabilité du fait des activités dangereuses. Cette classification tripartite est discutable dans la mesure où la responsabilité du fait de l'auxiliaire ou du fait de l'organisation est une responsabilité pour risque, mais dont la preuve libératoire est admise. En d'autres termes, la faute s'oppose aux responsabilités objectives, même si celles-ci présentent différents degrés manifestés par les conditions différentes de la preuve libératoire : preuve que les diligences étaient propres à empêcher la survenance du dommage dans le cas de la responsabilité pour l'auxiliaire ou pour l'organisation, preuve de l'absence de relation causale entre le dommage et l'activité dangereuse.

271 La division tripartite peut toutefois se justifier lorsqu'elle est fondée sur une différence de degré : responsabilité pour faute prouvée, puis pour faute présumée, et enfin en l'absence de toute faute. Le projet de réforme suisse n'adopte pas cette systématique et limite les clauses générales de responsabilité pour risque à certaines hypothèses seulement. Il est regrettable de ne pas pousser plus avant l'abstraction que permet la technique de la clause générale afin de faire entrer dans ces deux normes toutes les responsabilités objectives, au moins dans leur principe. Une meilleure formulation doit être trouvée, mais l'avant-projet a le mérite de poser clairement le principe de l'admission de la responsabilité pour risque, sur le même plan que la responsabilité pour faute. Il permet ainsi de réparer les dommages causés

⁵²¹REAP p. 286.

⁵²²La théorie du risque-profit consiste à donner comme nouveau fondement de la responsabilité civile, le profit que retire une personne de l'activité cause du dommage, et qui justifie que celui-ci en assume la charge. Pour un exposé du cadre historique de cette théorie v. B. STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse, 28 avril 1947, éd. L. RODSTEIN, Paris, 1947, p. 18, §. 1.

⁵²³La théorie du risque-garantie, plutôt appelée théorie du risque créé consiste à faire peser l'obligation à réparer le dommage sur celui qui exerce une activité devant nécessairement entraîner de tels préjudices. Ib. p. 19, §. 2.

par certaines activités sans plus avoir à passer par des artifices comme le principe de la mise en danger en droit suisse, ou la responsabilité du fait des choses en droit français.

272 Ainsi, SAVATIER, attaché certes au « *primat de la faute* » reconnaît l'existence d'un autre fait de rattachement, en dehors même des cas expressément prévus par le législateur. Le risque n'est cependant conçu que comme une source secondaire de responsabilité. Tandis qu'aujourd'hui, la responsabilité pour risque occupe une place au moins aussi importante que la responsabilité pour faute, bien que cela ne soit pas consacré par les textes⁵²⁴.

273 Le projet de réforme suisse appelle également une remarque terminologique, le texte prévoit trois « *fondements* » de la responsabilité : la faute (article 48 AP), l'auxiliaire (article 49), le risque (article 50), tandis que le rapport explicatif emploie le terme de « *chef d'imputation* »⁵²⁵ qui serait « *la compensation du privilège d'exploiter une activité spécifiquement dangereuse pour autrui* ». Sur ce point, il nous semble préférable de convenir de ce que la responsabilité civile a pour fondement l'objectif de réparation socialement adéquate du dommage, réalisé par deux chefs d'imputation que sont la faute d'une part, le risque d'autre part, et que au sein de cette dernière catégorie, se trouvent différents faits de rattachement parmi lesquels le fait des auxiliaires, de l'organisation ou l'activité spécifiquement dangereuse.

274 En outre, la responsabilité pour risque profit devrait intégrer les faits de rattachement comme la responsabilité du fait des animaux ou des bâtiments, qui fonctionnent sur le même principe d'une présomption de carence du responsable dans la mise en œuvre des mesures préventives alors qu'il retire un bénéfice des choses cause du dommage.

275 Le projet de réforme suisse a le mérite de proposer suffisamment de matière nouvelle pour susciter une réflexion prospective de grande ampleur. En effet, le Code des obligations ayant lui-même tiré parti des réflexions critiques sur les deux grandes codifications de l'époque, le Code civil et le BGB, il est plus complet. À cela s'ajoutent les travaux jurisprudentiels qui, en Suisse, sont directement accessibles dans le corps même des décisions, ce qui facilite la discussion publique sur l'opportunité de telle ou telle solution. Bien que le débat juridique nécessite la maîtrise d'un corpus de connaissances, l'appréciation des conséquences sociales et économiques d'une décision est possible y compris par des non juristes.

Si les auteurs du projet de réforme ne sont pas rigoureux dans l'emploi des termes de « *fondement de la responsabilité* », de « *chef d'imputation* », ou de « *fait de rattachement* », il est en

⁵²⁴R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, op. cit. (p. 73), Introduction.

⁵²⁵REAP p. 117.

revanche intéressant de constater qu'ils se sont abstenus d'opérer un regroupement opposant la faute au risque. Le fondement de la responsabilité étant extérieur à la technique juridique, point n'est besoin de le mentionner dans l'exposé des règles techniques. La division tripartite des chefs d'imputation se justifie donc.

276 Le projet de réforme suisse adopte une division opposant règles générales et règles spéciales, ce qui permet de présenter d'abord le droit commun, y compris nombre de dispositions procédurales (action récursoire, prescription, etc.). Comparativement, le projet de réforme français se compose d'un chapitre préliminaire, que les auteurs indiquent devoir être « *particulièrement important car il prend parti sur des questions fondamentales et très controversées* »⁵²⁶, suivi d'un chapitre sur les conditions de la responsabilité.

277 Le risque est inhérent à la vie humaine. Aussi la notion de responsabilité pour risque par opposition à la responsabilité pour faute n'est pas heureuse puisque la faute est elle-même un risque inhérent à la vie en société. Le projet de réforme suisse, en édictant trois clauses générales, a pris soin de ne pas recourir à la notion de risque et de se limiter à donner des chefs d'imputation auxquels soumettre les faits qui ne réalisent pas les conditions d'une responsabilité spéciale. Le risque qu'envisage le projet de réforme suisse doit donc être compris comme un risque qualifié, un risque aggravé, souvent lié à l'exercice d'une activité lucrative, et susceptible de causer un dommage sans qu'il soit possible de le rattacher à une faute ou à une négligence. Le droit suisse a dès l'origine eu pour préoccupation de ne pas entraver l'activité économique, tout en assurant une réparation socialement équitable. Le projet de réforme suisse propose une limitation du dommage réparable : l'article 45 al. 3 prévoit que seuls sont réparables les dommages résultant d'une atteinte à des biens qui « *en raison de leur valeur supérieure, sont dignes d'une protection juridique complète* ». Le projet suisse ne le relève pas mais il est possible d'établir plusieurs degrés de responsabilité pour risque, à raison de la dangerosité de l'activité visée. La responsabilité à raison de l'organisation vise le risque engendré par les entreprises, le risque d'activités normal, et dont les entrepreneurs doivent pouvoir s'exonérer en prouvant qu'ils ont pris les mesures normalement suffisantes pour prévenir le dommage. En revanche, les activités anormalement dangereuses relèvent de la clause générale de responsabilité pour risque, l'entrepreneur ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité. Mais la contrepartie de cette responsabilité causale est la limitation de la réparation à « *l'atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux choses ou à l'environnement* » (article 45c al. 3).

⁵²⁶Projet CATALA, p. 152.

278 Le projet de réforme suisse ne se place donc pas exclusivement du point de vue consistant à sanctionner un responsable par le moyen de la responsabilité civile, il envisage aussi la légitimité de la victime à demander réparation, à voir le droit et la société lui reconnaître un droit à indemnisation. Un auteur français avait émis l'idée que la responsabilité civile n'était appelée à sanctionner que l'atteinte portée aux droits reconnus à la victime par le système ; par la sanction de la condamnation à dommages-intérêts, le droit réalisait la garantie de certains droits, tout spécialement le droit à la sécurité⁵²⁷. Il relevait déjà que cette conception du système de la responsabilité civile permettait d'assurer la cohérence de l'ensemble. Le droit suisse se trouve confronté aux mêmes impératifs.

279 Par souci de ne pas bouleverser l'ensemble de la matière, les auteurs du projet de réforme suisse n'ont pas souhaité intégrer diverses dispositions spéciales de responsabilité civile à la suite des dispositions générales. Si certaines dispositions spéciales sont bien envisagées, d'autres demeureront à l'emplacement qui est le leur actuellement. Ainsi, la responsabilité dans l'exercice licite du droit de propriété est prévue à l'article 59a AP tandis que le principe de la responsabilité du propriétaire est posé par l'article 670 CCS :

« Quiconque est atteint ou menacé de dommage par l'abus qu'un propriétaire fait de son droit, a contre lui une action pour le contraindre à remettre les choses en l'état, ou à prendre des mesures propres à écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts ».

280 Le propriétaire est encore susceptible d'être responsable du fait de la ruine ou du défaut d'entretien du bâtiment. L'intention du législateur suisse de l'époque a bien été de consacrer une responsabilité sans faute⁵²⁸ qui ne se confond pas avec celle du propriétaire pour le dommage causé par la ruine ou le défaut d'entretien.

Dans le cadre de l'élaboration d'un système de responsabilité civile à partir du projet de réforme suisse, visant à codifier les faits de rattachement existant et, le cas échéant, à en formuler une synthèse, il serait d'abord opportun d'examiner s'il est possible de synthétiser les dispositions relatives à la responsabilité du fait des bâtiments (1.) pour ensuite déterminer la place qu'il doit être laissée en droit français à la responsabilité du fait des choses (2.), et enfin d'envisager l'idée d'une responsabilité civile en équité (3.).

⁵²⁷V. B. STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, op. cit. (p. 146) ; B. STARCK, L. BOYER, H. ROLAND, Obligations. Responsabilité délictuelle, p. 38 et s. n°61 et s.

⁵²⁸FF du 16 juin 1904, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, (du 28 mai 1904), p. 66 : « Nous appellerons encore l'attention sur l'art. 670, d'après lequel tout propriétaire qui lèse autrui en faisant abus de son droit, est responsable du dommage causé, même si l'on ne pouvait lui reprocher une faute à proprement parler. Cette disposition, qui se rattache étroitement à celle de l'art. 67 CO., pourrait être insérée dans le droit des obligations ; quelle qu'en soit la place, il serait difficile de s'en passer ».

1. Penser une responsabilité du fait des bâtiments ?

281 Si le projet de réforme suisse ne met pas fin à l'éparpillement des dispositions relatives à la responsabilité du fait des ouvrages, il est à noter que le projet de réforme français a voulu effectuer une synthèse, mais en omettant certaines considérations pratiques. Il convient de reprendre les diverses responsabilités qui peuvent résulter d'un dommage occasionné par un bâtiment.

a Le vice de construction et le défaut d'entretien

282 Tout d'abord, le projet de réforme français fait disparaître l'article 1386 en rattachant la responsabilité du fait des ouvrages au principe général de la responsabilité du fait des choses, ce à quoi se sont expressément refusés les auteurs du projet de réforme suisse pour des raisons tenant à la sécurité juridique⁵²⁹. La ruine et le défaut d'entretien disparaissent ainsi que le concours entre le principe général de la responsabilité du fait des choses et la responsabilité spéciale du propriétaire d'immeuble.

On voit donc que la responsabilité du propriétaire est subordonnée à la qualité de gardien, qu'il est présumé avoir. Toutefois, le projet de réforme ne va pas jusqu'à établir une responsabilité solidaire entre détenteur et propriétaire, pourtant plus favorable à la victime du dommage, la véritable responsabilité devant ensuite être réglée par le biais de l'action récursoire.

Alors que la responsabilité du propriétaire du fait de l'ouvrage est engagée en raison de l'état de l'immeuble, la responsabilité pour trouble du voisinage s'attache à l'anormalité du dommage, même causé par l'exercice normal du droit de propriété.

b Le trouble de voisinage

283 La responsabilité en raison du trouble du voisinage n'est pas prévue par le Code civil, mais fût pourtant admise par la jurisprudence en 1844. L'hypothèse était déjà envisagée par les auteurs français de l'Ancien droit⁵³⁰. Après l'entrée en vigueur du Code civil français, l'affirmation du caractère absolu du droit de propriété par l'article 544 ainsi que le principe de la responsabilité pour faute prouvée de l'article 1382 ont conduit à s'interroger sur le maintien de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait de l'exercice

⁵²⁹REAP p. 293.

⁵³⁰POTHIER indique dans son Traité de la propriété, in Œuvres de Pothier en 18 volumes, M. Siffrein (éd. sc.), éd. Chanson & Videcoq, Paris, 1821-1824, vol. , que « *La propriété est le droit de disposer d'une chose comme bon semble, sans porter atteinte aux droits d'autrui, ni aux lois, ... Quoique le domaine de propriété donne au propriétaire le droit de faire ce que bon lui semble dans son héritage, il ne peut néanmoins y faire ce que les obligations du voisinage ne permettent pas au préjudice des voisins* ».

non fautif du droit de propriété⁵³¹. L'article 544 du Code civil dispose en effet que « la propriété est le droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ». Sa formulation concise et précise ne laisse pas place à une limitation du droit de propriété par la responsabilité civile. Et, s'interroge, un auteur : « Existe-t-il une formule plus élégante, concise et exacte pour dompter la nature des hommes, décrire un projet social, organiser la société ? »⁵³².

284 La question rejoint le débat plus large de la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts à celui qui subit un préjudice du fait de l'exercice d'un droit. Par un arrêt du 27 novembre 1844, la Cour de cassation admet que « le bruit produit par les travaux d'un atelier donne lieu à des dommages-intérêts, lorsqu'il est très violent, d'une extrême incommodité pour les voisins et qu'il excède la mesure ordinaire des obligations du voisinage »⁵³³. Le propriétaire de l'exploitation en cause avait agi dans le cadre des règlements en vigueur et aucune faute ne pouvait lui être imputée.

Cette solution n'était pas inconnue des auteurs du Code civil suisse de 1904, dont l'article 675 (devenu l'actuel article 684 CCS) disposait :

« Le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès préjudiciable à la propriété du voisin.

Sont interdits en particulier les émissions de fumée ou de suie, les émanations nuisibles ou incommodantes, les bruits, les trépidations, excédant les limites de la tolérance raisonnable que se doivent les voisins, eu égard à l'usage des lieux, à la situation et à la nature des immeubles ».

Ce texte était une illustration concrète du principe posé par l'article 670 CCS relatif à la responsabilité du propriétaire : « Quiconque est atteint ou menacé de dommage par l'abus qu'un propriétaire fait de son droit, a contre lui une action pour le contraindre à remettre les choses en l'état, ou à prendre des mesures propres à écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts ». L'intention du législateur suisse de l'époque a bien été de consacrer une responsabilité sans faute⁵³⁴, qui ne se confond pas avec celle du propriétaire pour le dommage causé par le vice de construction ou le défaut d'entretien de l'ouvrage⁵³⁵. L'article 679 CCS indique les mesures susceptibles de résulter de la mise en jeu de la responsabilité civile en raison de trouble de voisinage : « celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit, peut actionner ce propriétaire pour

⁵³¹E.-A.-M. MICHEL, Histoire de la propriété, thèse, Caen, 1884, éd. E. VALIN, Caen, 1884, p. 288-292.

⁵³²E. OOSTERLYNCK, JCL civil, article 544, Fasc. 10 : PROPRIÉTÉ. - Éléments. Caractères. Limitations (avril 2008), n°1.

⁵³³Cass. civ. 27 novembre 1844, S. 1844. I. 811, D. 1845. I. 13.

⁵³⁴FF du 16 juin 1904, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, (Du 28 mai 1904), p. 66 : « Nous appellerons encore l'attention sur l'art. 670, d'après lequel tout propriétaire qui lèse autrui en faisant abus de son droit, est responsable du dommage causé, même si l'on ne pouvait lui reprocher une faute à proprement parler. Cette disposition, qui se rattache étroitement à celle de l'art. 67 CO., pourrait être insérée dans le droit des obligations ; quelle qu'en soit la place, il serait difficile de s'en passer ».

⁵³⁵V. supra p. 123 et s., §. 207 et s.

qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts ».

Outre les conditions de droit commun que sont le dommage et le lien de causalité entre l'excès de droit du propriétaire et le préjudice, la mise en jeu de la responsabilité pour trouble du voisinage nécessite la réunion de trois conditions spécifiques : la qualité de propriétaire, la qualité de voisin, l'excès dans l'exercice d'un droit du premier au détriment du second⁵³⁶. Il est à noter que le texte suisse de l'article 684 synthétise deux notions distinctes en droit français que sont l'abus du droit de propriété d'une part, et le trouble anormal de voisinage : dans le premier cas il s'agit d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil⁵³⁷, tandis que le second constitue le fait de rattachement de cette responsabilité prétorienne. Le critère de distinction entre les deux notions est l'intention de nuire.

c L'ouvrage public

285 Si le droit suisse applique l'article 58 COS indifféremment aux personnes privées comme publiques, le droit français a dégagé en matière de responsabilité publique du fait des ouvrages publics un régime de responsabilité original. Interprétant la loi du 28 pluviôse an VIII⁵³⁸ « *quasiment contra legem* » comme attribuant à la juridiction administrative le contentieux des dommages de travaux publics, celle-ci créera de toutes pièces le régime de cette responsabilité à partir du principe de responsabilité qu'elle a voulu lire dans la lettre de la loi⁵³⁹. La jurisprudence a donc pu dégager un régime de responsabilité en dehors des concepts du droit civil de l'époque.

286 Au départ conçue comme une responsabilité du fait des travaux publics⁵⁴⁰, il a été admis dès 1931 qu'elle puisse être engagée lorsque le dommage a été causé non par l'ouvrage ou l'exécution des travaux, mais par l'utilisation de l'ouvrage public⁵⁴¹, et plus précisément par la mauvaise utilisation par l'administration des installations publiques. Ce principe a été posé

⁵³⁶F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 172 et s. n°654 et s.

⁵³⁷Pour reprendre un exemple classique, citons le cas du voisin qui construit une cheminée dans le seul but de masquer le jour à son voisin : CA Colmar, 2 mai 1855 : DP 1856, 2, p. 9.

⁵³⁸Loi du 28 pluviôse an VIII, article 3 § 4 : « *Le Conseil de préfecture se prononcera sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages provenant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'Administration* ».

⁵³⁹J.-P. DUBOIS, Dommages de travaux publics, (octobre 2008), in Enc. Dalloz de responsabilité de la puissance publique, n°3 et s.

⁵⁴⁰Le travail public est défini comme un « *travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général* », cf. J.-P. DUBOIS, ib., n°12 et les références citées.

⁵⁴¹Sur la notion d'ouvrage public, nous nous référons à l'article précédemment cité de J.-P. DUBOIS, n°28 et s. : l'ouvrage public est un « *immeuble appartenant à une personne publique et affecté soit à l'usage du public, soit à un service public ou du moins à un but d'utilité générale* ». Il s'agit d'un immeuble mais la notion s'étend également aux accessoires y compris les meubles non fixés. La notion d'ouvrage public implique un aménagement, aussi une plage ne peut être considérée comme un ouvrage public.

par le Conseil d'Etat en 1931 à l'occasion d'une espèce dans laquelle la responsabilité publique du fait des ouvrages publics a été admise pour le dommage causé par une fausse manœuvre du commandant d'un remorqueur évoluant à l'intérieur d'un port⁵⁴².

287 La condition fondamentale de mise en jeu de la responsabilité du fait des travaux publics est l'anormalité du dommage, notion qui évoque le trouble anormal de voisinage décrit plus haut. Ainsi, le juge administratif refuse d'indemniser un propriétaire qui se plaignait du préjudice que lui causait chaque année l'accumulation sur le toit de sa maison des feuilles mortes des platanes de la place publique voisine⁵⁴³. La formulation est susceptible de varier (dommage anormal, spécial, excessif, etc.) mais il s'agit toujours de la même idée sous-jacente : « le dommage, tel qu'il a été subi en l'espèce par la victime, n'est pas normal, il constitue une charge extraordinaire que la victime n'a pas à supporter et c'est pourquoi, précisément, la personne publique est tenue de le réparer »⁵⁴⁴. Si l'anormalité du dommage est la condition de mise en jeu de la responsabilité, une fois le principe de celle-ci admis, la réparation est intégrale et non limitée à la portion du dommage qui excéderait les sujétions normales de la vie en société.

288 Une fois établi l'existence d'un dommage anormal causé par un ouvrage ou un travail public, le régime de la responsabilité du fait des travaux publics varie selon la qualité de la victime⁵⁴⁵. Lorsque la victime a la qualité de participant aux travaux publics, il lui appartient de prouver la faute du maître de l'ouvrage⁵⁴⁶. Lorsque la victime a la qualité d'usager de l'ouvrage⁵⁴⁷, c'est-à-dire lorsqu'elle bénéficie de l'ouvrage en l'utilisant, elle bénéficie d'une présomption de faute du maître de l'ouvrage, à charge donc pour la personne publique de s'exonérer soit en prouvant qu'il n'y a pas eu de défaut d'entretien normal de l'ouvrage⁵⁴⁸, soit

⁵⁴²CE, 27 novembre 1931, Lemaire : Lebon p. 1409 ; D. 1932, p. 188 ; S. 1932. III. 41, note R. BONNARD.

⁵⁴³CE Sect., 24 juillet 1931, commune de Vic-Fezensac, Lebon p. 860.

⁵⁴⁴P. AMSELEK, La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative, op. cit. (p. 99), spéc. p. 237.

⁵⁴⁵P. AMSELEK, ib. ; J.-P. DUBOIS, Dommages de travaux publics, op. cit. (p. 152), n°7 et s. ; R. CHAPUS, Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics, in Mélanges offerts à M. WALINE, LGDJ, Paris, 1974, tome 1, p. 307-322.

⁵⁴⁶CE, 15 décembre 1937, Préfet de la Gironde, Lebon p. 1044 ; J.-P. DUBOIS, ib., n°97 et s.

⁵⁴⁷J.-P. DUBOIS, ib., n°98 et s. : l'auteur indique que la notion d'usage est interprétée de façon extensive, de sorte que celui qui use de façon « anormale » de l'ouvrage public, c'est-à-dire en violation de la destination de l'immeuble ou de ses règles d'utilisation est assimilé à l'usager pour l'application du régime de la responsabilité du fait des travaux publics. En revanche, il pourra se voir opposer sa faute.

⁵⁴⁸V. par ex. CE, 1er mars 1967, Demoiselle Ruban c/ société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur : ne répond pas des conséquences de l'accident d'une automobiliste, la société d'autoroute qui apporte la preuve de l'entretien normal de cette voie publique, le laps de temps depuis la découverte de galets tombés sur la voie n'ayant pas permis une signalisation ou un déblaiement. On observera que la notion d'« absence de défaut d'entretien » peut être comparée à la notion suisse de « diligences requises », comp. supra, p. 124, §.209. J.-P. DUBOIS, op. cit., n°102 et s.

Cette possibilité d'exonération par la preuve de l'absence de défaut d'entretien normal n'existe pas lorsque l'ouvrage public est particulièrement ou exceptionnellement dangereux : R. CHAPUS, op. cit., spéc. p. 312, note 16.

que la victime a commis une faute⁵⁴⁹, soit que le dommage résulte d'un cas de force majeure. Lorsque la victime a la qualité de tiers par rapport à l'ouvrage public ou aux travaux publics, la personne publique ne peut s'exonérer en prouvant l'absence de défaut d'entretien normal, mais seulement en établissant la faute de la victime ou le cas de force majeure⁵⁵⁰. Lorsque le dommage est permanent, les auteurs tendent à l'analyser comme une application de la théorie des troubles du voisinage⁵⁵¹.

289 Le projet de réforme suisse poursuit dans la mesure du possible l'unification du droit de la responsabilité civile par l'extension en droit public des règles du droit privé, il est utile d'envisager également la chose en droit français. Le texte de l'article 58 COS comme celui de l'article 1386 du Code civil ont des conditions différentes par rapport à celles du régime de responsabilité du fait des travaux publics de droit français. Indépendamment de la question de l'applicabilité du droit privé à la responsabilité publique, l'exigence d'un dommage causé par la ruine d'un bâtiment due au défaut d'entretien ou au vice de construction posée par la responsabilité du droit civil était à la fois trop stricte pour permettre l'indemnisation des particuliers lésés et trop large pour maintenir l'obligation à réparation dans une proportion supportable pour les finances publiques.

290 Le projet de réforme suisse comme le régime prétorien de responsabilité du fait des travaux publics à ses débuts limitent la réparation à certains dommages seulement. Un auteur relève en effet que « *les dommages corporels, les atteintes à l'intégrité d'un bien et les dommages portant atteinte à un droit sont toujours réputés « anormaux et spéciaux » contrairement au préjudice économique ou au désagrément d'usage d'un bien*⁵⁵².

2. La disparition de la responsabilité du fait des choses ?

291 Les textes du droit français et du droit suisse comportent les mêmes hypothèses de responsabilité, à l'exception notable de la responsabilité du fait des choses. Le projet de réforme suisse a choisi de consacrer les solutions jurisprudentielles déjà existantes en la matière et de ne pas introduire le principe général que connaît le droit français en raison de

⁵⁴⁹V. par ex. CE, 6 avril 1949, *Ministre des travaux publics contre sieur Barreau* : un cycliste ayant eu un accident dû à la présence d'un nid de poule sur la chaussée, laquelle présentait donc un défaut d'entretien normal, le juge administratif réduit de moitié l'indemnisation en raison de la faute du cycliste qui a accéléré sur une pente afin de doubler.

⁵⁵⁰R. CHAPUS, op. cit. J.-P. DUBOIS, op. cit., n°111 et s.

⁵⁵¹En ce sens, J.-P. DUBOIS, op. cit., n°140 et s. R. CHAPUS, op. cit., p. 315 : l'auteur distingue les dommages rattachables au trouble de voisinage et ceux qui n'ont pas de relation nécessaires avec le voisinage parce qu'ils résultent de l'allongement du parcours. P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, Paris, 1938, 2e éd., p. 69 et s. : l'auteur fait découler l'exigence d'un dommage spécial et anormal de la qualification d'inconvénient de voisinage.

⁵⁵²J.-P. DUBOIS, op. cit., n°140.

son champ trop large⁵⁵³. Cette conception de la responsabilité du fait des choses est d'ailleurs une spécificité française⁵⁵⁴, comme en convient le groupe de travail de la Cour de cassation sur le projet de réforme du droit des obligations⁵⁵⁵ et les auteurs du projet de réforme CATALA⁵⁵⁶. La responsabilité du fait des choses est en effet une création prétorienne. Comme l'indique le Doyen RIPERT, la jurisprudence « a fait un sort particulièrement heureux à cette humble phrase qui, dans l'article 1384, § I, avait vécu quatre-vingt ans d'une vie ignorée et elle a proclamé le principe de la responsabilité du fait des choses inanimées »⁵⁵⁷.

292 Déjà lors de l'élaboration du code des obligations, la question a été posée de savoir s'il fallait ou non introduire une telle responsabilité en droit suisse. Au regard de l'exemple du droit français, dont la jurisprudence avait déjà extrêmement étendu le champ de la responsabilité du fait des choses afin de pouvoir octroyer une indemnisation aux ouvriers victimes d'accidents industriels⁵⁵⁸, le législateur suisse a estimé que c'était un trop grand frein à la liberté d'entreprendre et qu'il valait mieux ne pas introduire cette disposition en droit suisse.

293 Les distinctions du droit suisse ne se retrouvent pas dans les textes français, mais des solutions identiques ont été théorisées, regroupées sous la bannière d'un principe général d'abord de responsabilité du fait des choses, ensuite de responsabilité du fait d'autrui. Comparativement au droit suisse, ces principes généraux relèvent plus de la responsabilité objective aggravée que de la responsabilité causale simple : la jurisprudence a en effet réduit les hypothèses dans lesquelles la preuve d'une absence de faute pouvait exonérer le

⁵⁵³V. par ex. REAP p. 293, où les auteurs du projet de réforme suisse exposent avoir volontairement exclu l'introduction d'une responsabilité générale du fait des choses au profit d'une responsabilité spéciale du fait des ouvrages défectueux ou mal entretenus.

⁵⁵⁴La jurisprudence belge a également admis une responsabilité du fait des choses, mais moins absolue qu'en droit français. Cf. B. DUBUISSON, op. cit. (note 194), spéc. p. 144 et s. L'auteur indique que la jurisprudence belge subordonne la responsabilité du fait de la chose à l'existence d'un vice qui affecterait cette dernière ; le vice serait défini comme une caractéristique anormale susceptible de causer un dommage, et il pourrait se déduire du seul comportement anormal de la chose.

⁵⁵⁵Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007, consultable sur le site internet de la Cour de cassation, n°69.

⁵⁵⁶Rapport CATALA, p. 156, note de bas de page n°28 : les auteurs du rapport indiquent qu'« Une discussion a eu lieu au sein du groupe au sujet de l'utilité et de l'opportunité du maintien du régime de la responsabilité du fait des choses tel qu'il a été construit par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du code civil.

Cette construction a perdu une partie de son intérêt depuis la promulgation de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation.

En outre, aucun autre pays ne connaît un régime semblable et il apparaît, par comparaison avec les droits étrangers, d'une grande sévérité. Certains se demandent donc s'il ne serait pas souhaitable de le remplacer par un principe de responsabilité de plein droit du fait des activités dangereuses, comme celui qu'admet la jurisprudence administrative. Cette solution rapprocherait le droit français de la plupart des autres droits européens.

Finalement, la majorité s'est prononcée pour le maintien, et la consécration législative, de l'acquis jurisprudentiel ».

⁵⁵⁷G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 1949, 4e éd., p. 202.

⁵⁵⁸Cass. Civ., 16 juin 1896, TEFFAINE, DP. 1897 I 433, D. 1898. I. 433, concl. SARRUT, note SALEILLES ; S. 1897. I. 117, note ESMEIN.

responsable. Ces principes généraux cohabitent avec les responsabilités spéciales des parents pour les enfants, du commettant pour son préposé, du propriétaire pour son immeuble, du détenteur pour son animal.

294 À propos de la responsabilité du fait des choses, et se fondant sur une décision effectivement rendue, un auteur a pu relever qu'« il n'est pas satisfaisant pour l'esprit que l'on doive, dans un style plus moliéresque que biblique, demander à la Cour de cassation de dire qui est « gardien » d'un fer à repasser »⁵⁵⁹. En l'espèce, le juge devait se prononcer sur le dommage résultant d'une chute sur un fer à repasser à l'occasion d'un repassage à domicile⁵⁶⁰. Est responsable, celui qui a la garde de la chose cause du dommage. La garde ne suppose pas le discernement⁵⁶¹, mais le pouvoir effectif sur la chose. L'impérieuse nécessité sociale qui a présidé à la reconnaissance par la jurisprudence d'une responsabilité du fait des choses a disparu avec l'entrée en vigueur de la loi sur la responsabilité du fait des véhicules à moteur.

Ainsi, la Cour d'appel de Grenoble⁵⁶² juge que « Le skieur et ses skis forment un ensemble et le déplacement du skieur dépend étroitement de ses skis, de telle sorte que même si son corps seul entre en collision avec un tiers, ce sont bien ses skis qui sont l'instrument du dommage et le régime de la responsabilité des choses que l'on a sous sa garde trouve à s'appliquer ». En droit suisse, le Tribunal fédéral se serait plutôt fondé sur la responsabilité pour faute en retenant que celui qui crée un état de chose dangereux, en l'espèce le skieur, doit prendre les mesures de précautions recommandées par les circonstances pour éviter la survenance de l'accident.

295 Dès le moment où il est prévu une norme d'indemnisation à raison de l'organisation pour faute présumée, ou du fait des auxiliaires dans les mêmes conditions, complétée le cas échéant par une responsabilité de plein droit du fait des activités spécifiquement dangereuses, il n'est pas utile de maintenir la responsabilité du fait des choses.

296 Le groupe de travail de la Cour de cassation indique qu'au cours de la dernière décennie, environ 150 affaires n'auraient pu être résolues sans le recours à la responsabilité du fait des choses, aucun régime spécial ne venant assurer la réparation du dommage. Pour cette raison, le groupe de travail préconise le maintien et la consécration législative de la responsabilité du fait des choses. Il faudrait donc confronter les exemples cités aux règles

⁵⁵⁹A. TUNC, À propos de la responsabilité civile, RTDciv. 1992, p. 354-359, spéc. p. 358.

⁵⁶⁰Cass. civ. 2e, 5 décembre 1990, n°88-16326, Bull. n°257 ; P. JOURDAIN, Le préposé peut-il être gardien ? RTDciv. 1991, p. 348.

⁵⁶¹Ass. pl. 9 mai 1984, n°80-14994, Bull. Ass. pl. n°1 : un enfant avait blessé à l'œil un camarade de jeu avec un bâton et les juges du fond avaient retenu la responsabilité « en retenant que le jeune enfant avait l'usage, la direction et le contrôle du bâton, la Cour d'appel qui n'avait pas, malgré le très jeune âge de ce mineur, à rechercher si celui-ci avait un discernement, a légalement justifié sa décision ».

⁵⁶²CA Grenoble, 2e ch. Civ. du 19 décembre 2006, RG n°05/1870.

prévues par le projet de réforme. Toutefois, un seul élément du projet de réforme suisse suffit à renverser cette objection : la clause générale de responsabilité pour risque permet au juge de créer une responsabilité objective en cas de besoin.

3. Une responsabilité en équité ?

297 Il serait peut-être opportun de réfléchir à l'élaboration d'un fait de rattachement autonome, dont le régime exigerait la preuve d'un dommage et l'appréciation des intérêts guidée par l'équité. L'équité serait susceptible de jouer sur l'étendue de la réparation, notamment si l'on rattachait à ce chef d'imputation la notion de perte de chance. Une unification des faits de rattachement fondés sur l'équité regrouperait : la responsabilité du fait licite du propriétaire d'ouvrage, cause de gêne temporaire pour le voisin du fond ; la responsabilité de l'incapable ; la responsabilité pour le dommage causé sous l'empire de la nécessité.

298 L'état de nécessité constitue une cause d'exonération de la responsabilité civile : l'acte cause du dommage n'est pas illicite parce qu'il est accompli pour éviter un mal plus grand. Dès lors, son auteur n'est pas obligé à réparation en principe. Toutefois, le Code des obligations permet au juge d'accorder une réparation équitable à la victime si les circonstances le commandent. L'introduction de ce type de dispositions en droit français pourrait être envisagée dans la mesure où la règle traditionnelle est la même. Dans un souci de cohérence, et parce que la notion d'illicéité ne peut être transposée du droit suisse en droit français⁵⁶³, il convient de ne pas retenir l'idée du projet de réforme suisse d'une « *responsabilité pour fait licite* », mais plutôt de rattacher cette obligation à réparation conditionnelle à un ensemble de cas dans lesquels le juge indemnise la victime en équité⁵⁶⁴. Cette construction permettrait aux dispositions relatives aux responsabilités spéciales comme de droit commun de renvoyer au correctif général de l'équité. Comme cela a été indiqué ci-dessus, la responsabilité du fait des bâtiments se trouve actuellement fractionnée entre différents articles. Dès lors que le juge recourt à l'équité pour accorder une indemnisation, pourquoi ne pas l'indiquer expressément comme le fait le droit suisse et pourquoi alors ne pas systématiser ce type de responsabilité ?

299 Cette appréciation des intérêts en présence se rapproche alors de la proposition des principes européens de responsabilité civile (*Principles of European Tort Law* ou PETL). D'autres

⁵⁶³Pour de plus amples développements sur la notion d'illicéité en droit suisse et son possible usage en droit français, cf. infra, p. 215 et s., §.433 et s., spéc. p. 246 et s., §.471 et s.

⁵⁶⁴On pourrait imaginer une disposition ainsi rédigée : « *En équité, le juge peut accorder une indemnisation à la victime d'un dommage lorsqu'il estime que les circonstances le commandent, notamment en considération de la situation respective de la victime et de celui à qui réparation est demandée :*

- *lorsque le dommage a été causé en état de nécessité... ».*

conceptions existent, et si le projet suisse présente l'intérêt de codifier un droit jurisprudentiel éprouvé dont les qualités comme les imperfections sont connues, il ne peut cependant être considéré isolément. Il n'est aujourd'hui que l'une des pistes de réflexion pour élaborer un nouveau droit de la responsabilité civile en France et en Europe.

300 Les rédacteurs du projet de réforme ont indiqué que la dissémination des dispositions relatives à la responsabilité civile résultait de la volonté de maintenir ces règles à la suite des normes dont elles assurent la sanction, à défaut de pouvoir réaliser un code de la responsabilité civile⁵⁶⁵.

Si le fait de rattachement conditionne l'examen de la notion juridique de préjudice, le dommage est le point de départ matériel de la responsabilité civile. Comme le fait de rattachement, le dommage est plutôt une condition qui ouvre droit à réparation, par opposition avec les notions d'illicéité et de causalité qui ont plutôt pour fonction de restreindre le champ de la responsabilité civile afin de la maintenir dans les limites du raisonnable.

SECTION 2 LE DOMMAGE RÉPARABLE

301 Le dommage est la condition fondamentale de la responsabilité civile. Sans dommage, alors même qu'il y aurait faute ou violation du contrat, pas d'obligation à réparation, pas de responsabilité. Cependant, tout dommage n'ouvre pas droit à réparation. La responsabilité civile est une exception au principe selon lequel chacun supporte son destin, bon ou mauvais. Par exception, le droit oblige à réparation celui auquel la loi impute une responsabilité. Dans la conception des rédacteurs du Code civil français, cette exception est justifiée par la faute de l'auteur du dommage. TERRIER, lors de son discours devant le Corps législatif du 19 pluviôse an XII, expose que « *Le dommage pour qu'il soit sujet à réparation doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un : s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort dont chacun doit supporter les chances...* »⁵⁶⁶. Le juge doit dans un premier temps examiner si le dommage dont il est demandé réparation est dans son principe juridiquement réparable. Dans un deuxième temps, il évalue ce dommage.

302 La notion de dommage réparable implique qu'il existe des dommages dont le

⁵⁶⁵REAP p. 268 : outre l'absence de volonté politique de créer un code du droit de la responsabilité civile, « s'ajoute la volonté de maintenir, autant que possible, l'emplacement des dispositions en question parmi les règles qui régissent leur état de fait particulier (par exemple, l'autorité domestique pour l'art. 333 CC, ou la tenue du registre du commerce pour l'art. 928 CO) ».

⁵⁶⁶LOCRE, La législation civile, op. cit. (p. 24), tome 13, p. 58.

système juridique ne prévoit pas la réparation, voire l'exclut totalement. La notion de dommage réparable est l'un des éléments qui viennent limiter le droit à réparation qui pourrait résulter de la seule prise en compte de l'existence d'une atteinte aux intérêts de la victime. La notion de dommage réparable est d'ailleurs appelée à jouer un plus grand rôle à l'avenir car la généralisation de la responsabilité pour risque ne sera économiquement supportable que si la réparation est limitée à certains dommages. Ainsi, le régime de responsabilité objective instauré par la directive UE du 25 juillet 1985 prévoit certaines limitations du dommage réparable : si le dommage corporel ouvre droit à une réparation intégrale, la réparation du préjudice matériel est en revanche soumise à une franchise de cinq cent euros⁵⁶⁷. De même, le régime français de responsabilité contractuelle limite la réparation au dommage prévisible.

303 La notion de dommage n'est définie ni par la loi française ni par la loi suisse, malgré le rôle central qu'elle joue en droit de la responsabilité civile. La jurisprudence s'est donc attachée à dégager les caractères du dommage réparable. Les notions du droit suisse sont particulièrement intéressantes parce qu'elles ont été inspirées par l'idée directrice de maintenir la responsabilité dans des limites raisonnables. Par la définition précise du dommage réparable, on définit *a contrario* celui qui ne l'est pas. Or cette réflexion est encore plus nécessaire dans l'optique de l'introduction de clauses générales de responsabilité objective. Il n'est pas économiquement supportable de prévoir la réparation intégrale de tous les dommages dans le cadre d'une responsabilité objective. Le droit suisse ayant d'emblée envisagé la réparation non comme le principe, mais comme l'exception, une réflexion doctrinale sur ces questions a été menée, et le projet de réforme suisse s'inscrit dans cette lignée : il s'agit de maintenir la responsabilité civile dans des limites raisonnables, économiquement supportables pour les différents acteurs de la société tout en assurant l'indemnisation des victimes.

Il convient d'examiner un certain nombre de questions terminologiques (§.1) avant d'exposer les catégories de dommages (§.2) retenues par le projet de réforme suisse.

⁵⁶⁷ L'article 9 de la directive précise le sens dans lequel est employé le terme de « *dommage réparable* » :
« a) le dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles ;
b) le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose, autre que le produit défectueux lui-même, sous déduction d'une franchise de 500 Écus [Euros], à condition que cette chose :
i) soit d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privée
et
ii) ait été utilisée par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée.
Le présent article ne porte pas préjudice aux dispositions nationales relatives aux dommages immatériels ».

§.1 PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

304 Certaines précisions terminologiques sont communes au droit français et au droit suisse, d'autres résultent d'une différence conceptuelle existant entre ces deux droits quant à la notion de dommage. Pour des raisons historiques, le droit suisse emploie le terme de dommage par opposition au terme de tort moral (A), et la question se pose dans les deux droits de savoir s'il faut distinguer terminologiquement le « *dommage* », fait brut, et le « *préjudice* » (B), traduction juridique et économique des diverses conséquences de ce fait brut.

A Méta catégorie du dommage matériel et du tort moral

305 Le terme de « *tort moral* » désigne ce que le droit français qualifie de « *préjudice moral* » ou de « *dommage moral* ».

Dans un souci de précision terminologique, un auteur a proposé d'employer le terme de préjudice comme notion générale dont les notions de dommage patrimonial et de tort moral auraient été les sous-catégories⁵⁶⁸. Cette terminologie a toutefois été écartée par les rédacteurs du projet de réforme suisse.

La distinction s'explique par le fait qu'à l'origine, le dommage s'entendait exclusivement comme un préjudice matériel, comme une perte économique. Pour cette raison, le Code des obligations de 1881 prévoit une exception en cas de décès ou d'atteinte grave à la personnalité :

« Article 54. En cas de lésion corporelle ou de mort d'homme, le juge peut, en tenant compte des circonstances particulières, notamment s'il y a eu dol ou faute grave, allouer une somme équitable à la victime ou à sa famille, indépendamment de la réparation du dommage constaté ».

« Article 55. Si quelqu'un a été lésé par d'autres actes illicites qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle, le juge peut allouer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi ».

Cette formulation a pendant longtemps interdit la réparation du « *simple préjudice moral* » en cas d'atteinte à la personnalité, et plus largement, la réparation des préjudices moraux. Le tort moral était donc une catégorie de dommage très spécifique en droit suisse, défini comme « *les souffrances physiques ou morales qu'une personne subit à la suite d'une grave atteinte à sa personnalité* »⁵⁶⁹. Le dommage moral sera étudié dans le détail plus loin⁵⁷⁰, mais il importait de préciser que le terme de dommage est employé ici comme comprenant l'ensemble des

⁵⁶⁸P. TERCIER, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, thèse Fribourg, éd. Universitaires, 1971.

⁵⁶⁹P. TERCIER, La réparation du tort moral : crise ou évolution ? Mélanges H. DESCHENAUX, pour son 70e anniversaire, Presses universitaires de Fribourg, 1977, p. 307-328.

⁵⁷⁰V. infra p. 175 et s., Le dommage moral.

préjudices subis par la victime, matériels et moraux. S'il est nécessaire de distinguer, alors le terme de « *préjudice moral* » sera employé. Il sera utilisé de préférence à celui de « *tort moral* », spécifique au droit suisse. La précision était nécessaire, le projet de réforme suisse recourant au terme de « *tort moral* » inconnu en droit français⁵⁷¹.

B Atteinte et préjudice réparable ?

306 En droit français, des auteurs ont également proposé de distinguer d'une part le dommage, défini comme l'atteinte brute à un intérêt, et le préjudice, conséquence du dommage sur les intérêts de la victime⁵⁷². En d'autres termes, « *le dommage désigne à proprement parler, la lésion subie, qui s'apprécie au siège de cette lésion, tandis que le préjudice, qui est la conséquence de cette lésion, apparaît comme l'effet ou la suite du dommage* »⁵⁷³. Il y aurait donc une dissociation entre le fait brut, et le fait pris en compte par le droit. L'expression « *préjudice réparable* » serait alors redondante puisque le dommage réparable constituerait par là-même le préjudice.

Cette distinction semble cependant être davantage le fait des juridictions administratives que des juridictions judiciaires qui emploient indifféremment l'un et l'autre terme. Cette distinction n'a pas été examinée dans le cadre du projet de réforme suisse. En revanche, le projet de réforme français distingue le dommage (articles 1340 à 1342 du projet) et le préjudice (articles 1343 et s.), le premier désigne l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime, le second désigne la lésion des intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux qui en résulte⁵⁷⁴. Si la distinction est utile conceptuellement parlant, il ne semble cependant pas nécessaire de modifier le langage juridique sur ce point, la précision venant d'elle-même lorsqu'elle a une conséquence pratique ; dans la mesure où la pratique judiciaire n'y recourt pas, l'adopter dans ces développements serait source de confusion.

307 En revanche, il aurait pu être utile de distinguer l'atteinte brute, le dommage, des différentes conséquences juridiques qui en résultent, notamment les différents droits à réparation : une atteinte corporelle constitue le dommage, point de départ de différents délais, tandis que les préjudices peuvent n'apparaître qu'ultérieurement (perte de salaire, difficulté dans la vie courante, etc.). La fixation du point de départ des délais au jour du fait

⁵⁷¹Article 45 AP : « *Le dommage comprend le dommage patrimonial et le tort moral* ».

⁵⁷²Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 364 et s., n°1304 et s. F. SENERS, Préjudice réparable, (juin 2003), in Encyclopédie Dalloz de la responsabilité de la puissance publique, n°3, p. 3. V. également le projet CATALA, op. cit. (p. 14), p. 161, dont les auteurs indiquent en note que « *Dans toute la mesure du possible, le groupe a essayé de donner des sens distincts aux termes "dommage" et "préjudice", le dommage désignant l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime et le préjudice, la lésion des intérêts patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui en résulte* ».

⁵⁷³Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 364 et s., n°1304 et s.

⁵⁷⁴Rapport CATALA, op. cit. (p. 14).

dommageable n'est pas opportune parce qu'il peut s'écouler du temps avant que l'atteinte ne se réalise et donne elle-même naissance à différents préjudices : une exposition à l'amiante (fait dommageable) entraîne le déclenchement d'une maladie pulmonaire trente ans plus tard (dommage) qui engendre différents préjudices (perte de salaire, souffrance, frais médicaux, etc.)⁵⁷⁵. Le projet de réforme suisse n'ayant pas abordé ce point, nous ne recourons pas à cette distinction.

308 Cependant, s'il n'apparaît pas forcément utile de reprendre cette distinction terminologique, elle conduit à examiner une question fondamentale dans le cadre de la notion de préjudice réparable. Le dommage réparable résulte-t-il d'une atteinte à un droit, ou seulement à un intérêt légitime juridiquement protégé, ou encore à un simple intérêt non forcément pris en compte *a priori* par le système juridique ? Le dommage résulte d'une atteinte, mais à quoi exactement ? Dans un système de clause générale de responsabilité, comme celle de l'article 1382, tout dommage suppose une atteinte à un intérêt dont le juge apprécie la valeur sociale et ordonne la réparation le cas échéant. En droit suisse, la notion d'illicéité vient renforcer cette exigence de reconnaissance sociale : ne constitue un dommage réparable que le seul dommage illicite. Cette rencontre entre les notions d'illicéité et de dommage réparable n'est pas propre au droit suisse. On la retrouve également en droit international. Par exemple, le projet sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite adopté par la Commission du droit international en 2001 définit effectivement le dommage réparable comme le préjudice résultant du fait illicite⁵⁷⁶.

309 En droit français, l'article 1382 ne faisant pas de distinction entre les dommages, tous sont en principe réparables. Les rédacteurs du Code suisse des obligations ont renoncé à

⁵⁷⁵Cf. infra p. 321, Chapitre préliminaire : le droit à réparation. À première vue, la distinction entre dommage et préjudice peut passer pour une coquetterie d'auteurs. Cependant, un simple exemple pratique permet d'en voir tout l'intérêt bien qu'il faille pour cela aborder la question du moment de la naissance de la créance de réparation, traitée dans la deuxième partie. À partir du moment où la créance de réparation existe, elle peut faire l'objet de toutes sortes d'opérations, spécialement la cession, ce qui permet à la victime de la mobiliser afin de disposer des fonds nécessaires pour parer aux conséquences du dommage. Pour un ensemble de raisons évoquées plus loin, cette créance ne peut naître ni au moment où se produit le fait dommageable, ni au moment où le juge tranche. S'agissant d'une victime d'accident de la circulation, on voit bien que le fait premier entraîne une série de préjudices distincts et successifs : frais médicaux, perte de gains temporaires, incapacités temporaires, puis préjudices permanents tels les frais d'aménagement de l'habitation. Le délai de prescription par exemple ne peut commencer à courir au moment de chacun de ces préjudices séparément ; il commence donc à courir à compter du dommage (voir de sa connaissance par la victime, etc. Sur la question de la prescription, cf. infra p. 382 et s., La prescription de l'action en responsabilité civile). Dans ces hypothèses, la distinction entre le dommage et le préjudice présente une utilité.

⁵⁷⁶Source : www.un.org/fr/aboutun/structur/ilc.shtml. Le projet lui-même a été adopté en seconde lecture en 2001, il est accessible en anglais sur le site de la commission : <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm>. L'article 31 alinéa 2 de ce projet dispose que « *Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of State.* », « *Le préjudice (réparable) comprend tout dommage, matériel comme moral, qui résulte du fait internationalement illicite de l'Etat* ».

énumérer les droits protégés dont la violation constitue un dommage réparable à l'instar des rédacteurs du BGB. En effet, la rédaction de l'article 50 du COS de 1881 est la suivante : « *Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer* »⁵⁷⁷. Cette formulation est reprise à l'identique par l'actuel article 41 du COS. Pourtant l'interprétation de ce texte par la doctrine et la jurisprudence suisse impose à la victime, dans le cadre de la condition d'illicéité, d'apporter la preuve de ce que son préjudice résulte d'une atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique⁵⁷⁸. L'illicéité résulte soit de l'atteinte à un droit absolu protégé par l'ordre juridique, soit de l'atteinte à un droit qui est spécialement protégé par une norme⁵⁷⁹. La notion de droit absolu doit être ici entendue comme une notion propre au droit suisse, sous l'influence du droit allemand. La notion de droit absolu désigne un droit auquel toute atteinte est forcément illicite en soi sans qu'il soit besoin de justifier de ce que le législateur ait prévu expressément un texte visant à le protéger ou à réparer les atteintes qui auront pu l'affecter. Les droits absolus comprennent la vie, l'intégrité physique, mentale et morale, la personnalité, la propriété et la possession⁵⁸⁰. Le terme de droit absolu n'a donc pas ici le sens que lui ont donné certains auteurs français selon lesquels « *les droits absolus sont ceux qui peuvent être opposés à tout le monde, sans distinction, et dont le rayonnement est donc, à cet égard, illimité ou presque* »⁵⁸¹, par opposition avec les droits relatifs qui n'existent que dans les rapports juridiques entre certaines personnes. Pour désigner les droits absolus, la doctrine suisse emploie également le terme de « *bien juridique absolu* », traduction littérale du terme allemand « *absolute Rechtsgut* ». Le terme de « *bien juridique* » est totalement étranger au juriste français et nous nous efforcerons de ne pas l'employer dans la suite de nos développements. En doctrine et en jurisprudence suisse, on emploie comme synonyme le terme de « *droit* », notamment dans le cadre de la distinction des droits absolus dont la violation constitue nécessairement une situation illicite en l'absence de fait justificatif⁵⁸².

⁵⁷⁷Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, FF. 18 juin 1881, p. 82.

⁵⁷⁸P. TERCIER, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, Mélanges P. JÄGGI, Presses universitaires de Fribourg, 1977, p. 239-271, spéc. p. 257, l'auteur cite un arrêt ancien qui fait référence à la tradition romaine et germanique et indique la contradiction existant en la lettre de l'article 41 COS qui semble admettre la réparation de tout dommage, et celle de l'article 43 COS et 47 par exemple qui limitent la possibilité d'agir en réparation du dommage résultant du décès d'un proche.

⁵⁷⁹Par exemple, la sanction pénale du vol a pour but de protéger la propriété, la victime est donc fondée à agir en responsabilité. Cf. infra p. 215 et s., L'illicéité.

⁵⁸⁰A. K. SCHNYDER, Artikel 41 OR, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht.

⁵⁸¹L. JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, tome 1er, Sirey, Paris, 1930, p. 71, n°105.

⁵⁸²V. par ex. P. TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Schulthess, Zurich, 1984, p. 48, n°314 : l'auteur emploie le terme de « *bien* » pour désigner l'« *objet d'un droit que peut faire valoir le titulaire, non pour en disposer (droits de la personnalité), mais pour s'opposer aux atteintes que des tiers pourraient y porter* ». La jurisprudence emploie le terme de droit absolu (*absolute Recht*) comme celle de « *biens juridiques* » (ATF 123 II 577, spéc. p. 581). F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74) emploie le terme de « *droits absolus* » (n°99 p. 30).

310 En droit suisse, les droits absolus ne sont plus énumérés limitativement par un texte comme c'est le cas en droit allemand, mais il faut néanmoins qu'une règle de droit protège l'intérêt lésé pour que le dommage résultant de l'atteinte soit réparable. À l'opposé de ce système, le droit français connaît une clause générale : l'article 1382 du Code civil, que le juge est chargé de concrétiser dans chaque espèce. Cette conception a cependant conduit la jurisprudence à affirmer d'abord que la notion de dommage supposait « *la lésion certaine d'un intérêt légitime juridiquement protégé* »⁵⁸³. En droit français, le terme « *intérêt juridiquement protégé* » est employé pour désigner l'élément constitutif du droit⁵⁸⁴. De nos jours, la jurisprudence n'exige plus que l'intérêt lésé soit juridiquement protégé ; tout intérêt peut donner lieu à sanction par le biais de la responsabilité civile. Il est à noter que la gravité de la faute tend à faire admettre plus largement la réparation de dommages par le juge criminel⁵⁸⁵, qui s'aligne ensuite sur la position du juge civil⁵⁸⁶.

L'exposé de ces différents textes permet de présenter l'évolution conceptuelle existant entre l'approche très empirique du droit romain, partiellement théorisée par la *Lex Aquilia*, la rupture que représente la formulation extrêmement abstraite de l'article 1382 du Code civil, suivi du retour de balancier effectué par le système allemand et le système suisse, dans un souci de limitation de la responsabilité civile, afin de ne pas entraver les relations économiques⁵⁸⁷. Du reste le droit français a également été confronté au problème de la limitation du dommage réparable, comme en témoignent les longs débats sur la question de la réparation du préjudice moral. En témoigne, en droit français, la célèbre affaire de la concubine : n'étant pas dans les liens du mariage, fallait-il l'indemniser pour son préjudice résultant de la perte de soutien du fait de la mort de son compagnon⁵⁸⁸ ?

Le projet de réforme suisse n'a pas tranché cette question, préférant énoncer les principaux types de dommages. Le consécration de l'illicéité comme condition générale de la responsabilité civile implique nécessairement le maintien de l'exigence d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé⁵⁸⁹.

⁵⁸³Civ. 27 juillet 1937 S. 1938. I. 321, note MARTY, D. 1938. I. 5 note SAVATIER : concubine. Idem enfant adultérin de la victime : Civ. 21 octobre 1952, JCP. 1953. I. 7592, note RODIERE.

⁵⁸⁴G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique.

⁵⁸⁵Cass. crim. 20 février 1863, S. 1863. I. 321, Cass. crim. 28 février 1930, D. 1930. I. 49.

⁵⁸⁶Cass. crim. 13 février 1936, S. 1937. I. 153 rapport ROUX.

⁵⁸⁷G. RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, op. cit. (p. 59), p. 26, n°11 : l'auteur indique que les auteurs du BGB ont voulu s'écarter du système français, afin de « *limiter la responsabilité au regard tant des victimes autorisées à agir en responsabilité que des dommages réparables : en droit allemand, toute valeur patrimoniale ou extra-patrimoniale n'est pas considérée comme digne de protection par la loi* ».

⁵⁸⁸V. les conclusions de M. l'avocat général LINDON, sur Cass. ch. mixte, 27 février 1970, JCP. EG. 1970. II. 16305.

⁵⁸⁹Cf. infra p. 215 et s., L'illicéité.

Le projet de réforme français en revanche indique à l'article 1343: « *Est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif* ». Le juge a donc pour tâche de préciser à partir de quand l'on se trouve face à un intérêt licite dont la lésion ouvre droit à réparation⁵⁹⁰.

§.2 LES DIFFÉRENTS DOMMAGES

311 Le projet de réforme ne définit pas la notion de dommage, en revanche, les principales formes de dommages reconnues par la jurisprudence sont consacrées par le projet de réforme suisse⁵⁹¹. La formulation de ces différentes hypothèses permet une meilleure lecture des règles de droit, y compris par un profane. L'article 45 du projet de réforme suisse présente la principale distinction entre « *Le dommage patrimonial et le tort moral* ».

A Le dommage patrimonial

312 En l'absence de définition légale du dommage, la jurisprudence suisse se fonde sur la théorie de la différence (1.) pour constater l'existence du dommage patrimonial résultant de l'atteinte à un droit absolu. Cette théorie ne permet pas de déterminer l'ensemble des préjudices réparables et a donc fait l'objet d'un correctif jurisprudentiel (2.). Le projet de réforme suisse ne reprend pas cette théorie dans ses développements consacrés au dommage, préférant laisser à la jurisprudence le soin de choisir la méthode la plus adaptée aux cas d'espèce qui lui sont soumis. En effet, les rédacteurs expliquent qu'il est vain de vouloir donner dans la loi des réponses formulées en termes généraux compte tenu d'une part de la diversité pratique de certains problèmes, et d'autre part du fait que la jurisprudence a apporté des réponses satisfaisantes aux questions pratiques qui ont pu se poser, dispensant ainsi le législateur d'intervenir⁵⁹². En revanche, le projet de réforme suisse consacre les principaux types de dommages patrimoniaux retenus par la jurisprudence (3.).

1. La théorie de la différence

313 En droit suisse, selon la théorie de la différence, le dommage est « *la diminution involontaire du patrimoine net* »⁵⁹³ qui « *peut consister dans une réduction de l'actif, dans une augmentation du passif ou dans un gain manqué ; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant*

⁵⁹⁰Le juge exerce alors son pouvoir d'appréciation, pour déterminer l'applicabilité de la règle de droit. Sur ce point cf. infra Le juge et la responsabilité civile, p. 347 et s.

⁵⁹¹REAP p. 76 et s.

⁵⁹²REAP p. 76.

⁵⁹³ATF 120 II 296, cons. 3b ; ATF 116 II 441 (444), JdT 1991 I 166. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 18 et s. n°39 et s.

que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit »⁵⁹⁴. Le Tribunal fédéral reprend régulièrement la définition traditionnelle en rappelant d'ailleurs que

*« Selon la définition émanant de la jurisprudence, le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette ; il peut consister en une réduction de l'actif, en une augmentation du passif ou dans un gain manqué ; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit »*⁵⁹⁵.

Le dommage patrimonial

*« peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif »*⁵⁹⁶.

314 En droit français, la théorie de la différence est également présente, même si elle n'a pas été exposée de façon systématique et se confond avec la question de l'évaluation du dommage et avec celle de la preuve de son existence⁵⁹⁷. L'article 1149 du Code civil prévoit, en matière contractuelle, que la victime peut demander réparation de la perte subie et du gain manqué.

315 En droit suisse, les dommages qui ne se traduisent pas par une perte économique et qui par conséquent ne représentent pas une diminution du patrimoine ne sont pas pris en compte. Ainsi, les vacances gâchées n'ouvrent pas droit à dommages-intérêts en droit suisse au titre du préjudice matériel : le Tribunal fédéral se réfère expressément à la jurisprudence allemande pour s'en démarquer, en relevant que *« les pertes qui ne concernent pas le patrimoine, ne sont pas un dommage patrimonial au sens juridique, la somme qui pourrait être réclamée à ce titre ne l'est pas en tant que dommages-intérêts mais à titre de satisfaction »*⁵⁹⁸. Le Tribunal fédéral indique également qu'une indemnisation au titre du préjudice moral eût été possible à la suite de la révision des textes relatifs à la compensation du tort moral mais que l'action en cause devait être jugée selon le droit ancien et que les vacances gâchées ne présentaient pas un tort moral grave, condition de la compensation prévue par l'article 49 COS ancien. Dans une autre affaire, il était demandé réparation de la perte de l'usage d'une chose. Il s'agissait d'une action en

⁵⁹⁴ ATF 132 III 359 cons. 4, p. 366 ; TF 8 décembre 2000, n°4C.166/2000 ; ATF 120 II 296, cons. 3b ; ATF 104 II 199 ; ATF 97 II 169, cons. 3.

⁵⁹⁵ ATF 126 III 388, spéc. p. 393, cons. 11a.

⁵⁹⁶ ATF 133 III 462, cons. 4.4.2, p. 471 et les références citées.

⁵⁹⁷ Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 368, n°1323 et les références citées : la Cour de cassation décide que l'évaluation du préjudice par les juges du fond implique qu'ils ont constaté son existence.

⁵⁹⁸ ATF 115 II 474, cons. 3. : *« Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, stellen keinen Schaden im Rechtssinne dar; die dafür allenfalls zu leistende Geldsumme ist nicht Schadenersatz, sondern Genugtuung »*. Le terme Genugtuung désigne la compensation des préjudices résultant d'un dommage moral. E. W. STARK, Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile, Mélanges M. KELLER, pour son 65e anniversaire : Contributions de droit de la famille, des tutelles, des obligations, de droit international privé, de procédure, de droit de la banque, de droit des sociétés et des entreprises, d'histoire du droit et de droit fiscal, Peter FORSMOSER (dir.), Schulthess, Zurich, 1989, p. 311-322, p. 320 et s.

responsabilité contre un architecte pour des malfaçons de construction ayant occasionné des infiltrations d'eau rendant certaines pièces de la maison inhabitables : si la perte de valeur du bien est indemnisable, en revanche la demande des habitants relative à la compensation de la perte d'usage des pièces inhabitables est rejetée :

« Même si la volonté de compenser la privation de l'usage d'un bien peut se comprendre, en particulier lorsque celui-ci a une valeur économique intrinsèque, cette conception ne peut être suivie. Comme l'ont relevé pertinemment certains auteurs, la perte de l'usage d'un bien ne représente que la source possible d'un dommage, mais pas le dommage en soi »⁵⁹⁹.

316 Le lésé a droit à la valeur de remplacement de la chose endommagée, mais ne peut demander réparation pour les dépenses d'investissement rendues inutiles par la réalisation du dommage⁶⁰⁰. L'inconvénient de cette conception restrictive de la notion de dommage est qu'elle interdit de demander réparation pour les inconvénients résultant par exemple de la perte de l'usage d'une chose⁶⁰¹ ou de l'incapacité de travail qui n'entraîne pas de perte de gain⁶⁰².

2. Le dommage normatif

317 Pour pallier les inconvénients de la théorie de la différence, une partie de la doctrine suisse, suivant en cela la doctrine allemande⁶⁰³, a proposé d'élargir la notion de dommage patrimonial en relevant que « le dommage n'est pas une notion strictement arithmétique mais bien plus le reflet d'un jugement de valeur normatif ». Par opposition au dommage patrimonial, le désavantage qui résulte pour le lésé du dommage normatif ne se caractérise pas par une diminution de son patrimoine.

318 Le Tribunal fédéral a admis que « certains inconvénients de l'existence justifiaient une réparation, lors même qu'ils ne se traduisaient pas en termes monétaires par une diminution du patrimoine du lésé »⁶⁰⁴. Il s'agit d'assurer une réparation en cas d'incapacité d'accomplir un travail

⁵⁹⁹ ATF 126 III 388, cons. 11a p. 393.

⁶⁰⁰ F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°90 et s. p. 28. La question est controversée, cf. infra p. 167 et s., la notion normative du dommage.

⁶⁰¹ V. par ex. TF. 1re cour civile, 15 décembre 2009, n°4A-282/2009 : un contractant avait refusé d'exécuter la promesse de vente portant sur une maison, de sorte qu'il avait fallu exercer des poursuites à son encontre. Les acheteurs demandaient réparation du préjudice résultant de ce qu'ils n'avaient pu user de la maison alors qu'ils devaient dans le même temps payer les intérêts du prêt devant servir à financer l'achat. Le Tribunal fédéral relève que si la privation de l'usage d'une chose se trouve éventuellement à l'origine d'un dommage, elle n'en constitue pas un par elle-même. ATF 126 III 388, cons. 11, p. 392.

⁶⁰² F. WERRO, Le dommage ménager : notion et calcul, in Le préjudice corporel : bilan et perspectives, Colloque du droit de la responsabilité civile 2009, F. WERRO & P. PICHONNAZ, (éd.), université de Fribourg, Stämpfli, Berne, 2009, p. 15-38, spéc. p. 17.

⁶⁰³ R. BREHM, Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts, ZBJV. 2006/4, p. 325-337, spéc. p. 328.

⁶⁰⁴ ATF 127 III 403, cons. 4b., R. GEISSELER, Der Haushaltsschaden, HAVE 1997, p. 59 -91, p. 67 et s.

normalement non rémunéré, tel le travail ménager⁶⁰⁵. Ce préjudice spécifique est désigné par le terme de dommage ménager ou de préjudice domestique, « *das Haushaltschaden* ». En effet, si l'on définit le dommage comme une perte économique, la perte de salaire est un dommage, mais non la perte de la capacité de travail en tant que telle⁶⁰⁶. Le Tribunal fédéral définit le « *préjudice ménager* » ou « *dommage domestique* » comme « *la perte de la capacité d'exercer des activités non rémunérées, telles que la tenue du ménage, ainsi que les soins et l'assistance fournies aux enfants* »⁶⁰⁷. Le juge évalue le dommage en se fondant sur le coût que représenterait le travail d'une mère de famille s'il devait être effectué par un salarié⁶⁰⁸. Cette jurisprudence avait trait aux femmes mariées tenant le ménage de la famille. Le Tribunal fédéral a d'abord réservé la notion de préjudice domestique à la perte résultant de l'incapacité de travail des seules femmes. Tenant compte de l'évolution des mœurs, le Tribunal fédéral a ensuite admis que la répartition de l'ensemble des tâches ménagères entre l'homme et la femme était devenue une réalité au sein de nombreuses familles au cours de la fin du 20^e siècle⁶⁰⁹. Le Tribunal fédéral a reconnu que « *le préjudice domestique devait être indemnisé, cela quelle que soit la personne qui est atteinte dans sa capacité d'effectuer des activités ménagères, autrement dit non seulement si c'est l'épouse, mais également si c'est le mari qui devient incapable de s'occuper du ménage et/ou des enfants* »⁶¹⁰.

319 Le terme de dommage normatif est critiqué dans la mesure où la notion même de dommage réparable résulte d'un jugement de valeur sur la légitimité et la nécessité sociale de la réparation. Comme le relève un auteur, « *la notion même de dommage est essentiellement normative, en ce sens qu'elle détermine les pertes patrimoniales qui « méritent » d'être compensées* »⁶¹¹. Un auteur relève que la théorie de la différence est un moyen de limiter l'expansion incontrôlée du champ de la responsabilité civile⁶¹².

Les auteurs du projet de réforme suisse ont entendu consacrer la théorie de la

⁶⁰⁵Il semble en réalité que le préjudice ménager ait été indemnisé dès 1931 par le Tribunal fédéral qui ne l'a rattaché à la théorie du dommage normatif qu'en 1995, cf. sur cette question F. WERRO, *Le dommage ménager : notion et calcul*, op. cit. (p. 167), spéc. p. 19 et s.

⁶⁰⁶R. GEISSELER, op. cit. spéc. p. 64-65.

⁶⁰⁷ATF 69 II 334 consid. 3c ; ATF 85 II 350 consid. 6 ; ATF 99 II 221 cons. 2 ; ATF 113 II 345 cons. 2 p. 350 s. ; ATF 127 III 403 cons. 4b).

⁶⁰⁸R. BREHM, ib.

⁶⁰⁹ATF 129 III 135, consid. 4. 2. 1. Il a jugé que le lésé, en l'occurrence un homme âgé de 32 ans lorsqu'il a été grièvement blessé dans un accident de la circulation routière, avait droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice ménager, car il participait activement aux tâches du ménage (nettoyage, cuisine, lessive, courses et garde de l'enfant du couple).

⁶¹⁰ATF 129 III 135.

⁶¹¹P. WESSNER, *Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une œuvre inachevée*, in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, dir. B DUBUISSON & G. VINEY, Schulthess, Bruylant, LGDJ, 2006, p. 779-838, spéc. p. 798, n°33.

⁶¹²E. W. STARK, *Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile*, op. cit. (p. 166).

différence puisque, loin d'adopter un principe comparable à celui du droit français dans lequel tout dommage donne en principe droit à réparation, ils précisent à l'article 45b que :

« En cas de lésions corporelles, le dommage réparable comprend les frais, notamment ceux de traitement, ainsi que le manque à gagner ou toute autre perte qui résulte de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique ».

320 S'agissant du préjudice résultant de la perte de l'usage d'une chose, les auteurs du projet de réforme prévoient spécialement, à l'article 45c al. 3 :

« 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 ».

321 Les auteurs du projet de réforme n'ont pas entendu apporter de réponse législative à la question de savoir si celui qui doit continuer à payer les frais de location d'un garage alors que sa voiture est accidentée peut être indemnisé. En revanche la perte de l'usage d'une chose utile peut donner lieu à réparation, sous le contrôle du juge⁶¹³.

322 Comparativement, le projet CATALA, consacrant les conceptions admises en droit français, prévoit à l'article 1343 :

« Est réparable tout préjudice certain consistant dans intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif ».

Les auteurs du projet de réforme ont ensuite ajouté quelques précisions pour trancher des questions qui se posent actuellement en droit français. Ils ne procèdent pas au détail des différents préjudices patrimoniaux susceptibles d'être indemnisés.

3. Les types de dommages patrimoniaux

Les dommages patrimoniaux expressément envisagés par le projet de réforme suisse sont prévus par les articles 45a à 45d AP. Nous emploierons la terminologie du projet de réforme suisse.

a L'atteinte à la vie

323 En réalité, il s'agit du préjudice résultant du décès d'une personne. Le projet de réforme reprend les règles déjà posées par le texte de l'actuel article 45 du COS⁶¹⁴. L'article 45a

⁶¹³REAP p. 84.

⁶¹⁴Article 45 COS : « En cas de mort d'homme, les dommages-intérêts comprennent les frais, notamment ceux d'inhumation.

2 Si la mort n'est pas survenue immédiatement, ils comprennent en particulier les frais de traitement, ainsi que le préjudice dérivant de l'incapacité de travail.

3 Lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes ont été privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte. »

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

AP dispose :

« En cas de mort d'une personne, le dommage réparable comprend les frais qui en résultent, notamment ceux de l'inhumation.

Lorsque la mort a privé des personnes de leur soutien, ce dommage est également réparable ».

En cas de décès, les proches peuvent demander réparation du préjudice réfléchi qui résulte pour eux de la perte d'un soutien économique. Le droit suisse leur confère un droit propre à réparation du dommage réfléchi ou préjudice indirect. Dans cette hypothèse, les proches de la victime éprouvent un préjudice personnel mais résultant du décès du principal intéressé : le préjudice est donc indirect en ce qui concerne la personne victime⁶¹⁵. *A contrario*, le préjudice réfléchi n'est pas indemnisable en droit suisse en dehors d'une exception légale telle cette hypothèse d'indemnisation des proches de la victime d'un dommage corporel⁶¹⁶.

324 En droit français, l'admission de la réparation du préjudice réfléchi a donné lieu à discussion, d'abord à propos de la recevabilité de l'action en réparation de proches de la victime ne faisant pas partie des proches « légaux », telle la concubine⁶¹⁷, puis ensuite à propos du préjudice moral réfléchi ou préjudice moral par ricochet, mais sa réparation est aujourd'hui admise⁶¹⁸. La grande question n'est pas tant la reconnaissance de l'existence du principe même du dommage que son évaluation.

b Le dommage résultant d'une lésion corporelle

325 Touchant à la personne humaine, à sa dignité comme à son intangibilité, l'indemnisation du dommage résultant d'une lésion corporelle a été une importante source de débat en droit français. Deux rapports lui ont été consacrés⁶¹⁹.

⁶¹⁵P. GIOVANNONI, le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile comparé aux droits allemand et français, RDS. 1977, p. 31-64 : l'auteur distingue le préjudice réfléchi ou indirect par rapport à l'événement initial (une personne est contaminée après une transfusion rendue nécessaire par un accident de voiture), et le préjudice indirect par rapport à la personne victime. Un auteur définit le préjudice réfléchi comme celui qui résulte du dommage directement causé à une autre personne : P. TERCIER, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, op. cit. (p. 163), spéc. p. 241 propose également de décrire les préjudices en chaîne (ex. la contamination suite à l'accident de voiture) par le terme de « *dommages subséquents* ».

⁶¹⁶P. TERCIER, ib., p. 251 et s. indique que les demandes en réparation du préjudice moral indirect sont rares et donne quelques exemples de refus d'indemnisation, notamment le cas d'une mère qui demandait réparation du tort moral subi à la suite de l'atteinte à l'honneur dont avait été victime sa fille à qui le curé du village avait refusé la communion.

⁶¹⁷V. les conclusions de M. l'avocat général LINDON sur Cass. ch. mixte, 27 février 1970, JCP. EG. 1970. II. 16305.

⁶¹⁸La discussion ne portait pas tant sur la réalité du préjudice subi par les proches du fait du décès de l'un des leurs, que sur l'admission du principe de la réparation pécuniaire du préjudice moral, et sur les personnes habilitées à agir en responsabilité. H. M. note sous Cass. civ. 2e, 5 janvier 1973, GP. 26 avril 1973, p. 304-305.

⁶¹⁹Y. LAMBERT-FAIVRE, (dir.), rapport sur l'indemnisation du préjudice corporel, La documentation française, juin 2003. Accessible sur internet à l'adresse suivante : <http://admin.net6.fr/datas/inavem/fichier/Cnav03domagecorporel.pdf>.

J.-P. DINTILHAC, (dir.), rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, La documentation française, Juillet 2005. Accessible sur internet à l'adresse suivante : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>.

326 Le projet de réforme suisse reprend à l'article 45b AP les dispositions de l'actuel article 46 COS⁶²⁰ en cas de lésion corporelle :

« En cas de lésions corporelles, le dommage réparable comprend les frais, notamment ceux de traitement, ainsi que le manque à gagner ou toute autre perte qui résulte de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique ».

327 Comparativement, le projet de réforme français consacre neuf articles au préjudice corporel⁶²¹. Notamment, l'article 1379 prévoit que :

« En cas d'atteinte à son intégrité physique, la victime a droit à la réparation de ses préjudices économiques et professionnels correspondant notamment aux dépenses exposées et aux frais futurs, aux pertes de revenus et aux gains manqués, ainsi qu'à la réparation de ses préjudices non économiques et personnels tels que le préjudice fonctionnel, les souffrances endurées, le préjudice esthétique, le préjudice d'établissement ».

Ce soin du détail se justifie entièrement par le souci de ne pas abandonner les victimes au bon vouloir des magistrats et au savoir des avocats. Il s'agit donc d'imposer l'examen de toute une série de questions dès lors qu'il s'agit d'un dommage corporel. En outre, le droit français ne connaissait pas avant 2006 la limitation du recours des tiers payeurs par l'obligation de recourir poste par poste. Cette solution n'est pas aussi avantageuse que le droit préférentiel du lésé que connaît le droit suisse qui permet à la victime une indemnisation la plus complète possible même en cas de partage de responsabilité⁶²². Le droit suisse n'ignore pas l'ensemble des règles prévues par le projet CATALA, toutefois elles ne se trouvent pas dans le Code des obligations mais dans les diverses lois sur l'assurance publique ou privée. Ainsi, la question de l'étendue du recours du tiers payeur et de son concours avec la victime est régie par l'article 73 LPGA :

« L'assureur n'est subrogé aux droits de l'assuré et de ses survivants que dans la mesure où les prestations qu'il alloue jointes à la réparation due pour la même période par le tiers responsable, excèdent le dommage causé par celui-ci ».

c L'atteinte aux choses

328 Le projet de réforme suisse propose d'introduire une disposition générale relative au dommage patrimonial résultant de l'atteinte à une chose. Les auteurs du projet de réforme indiquent qu'il existe déjà en droit positif suisse quelques dispositions spécifiques qui envisagent ponctuellement ce type de préjudice sous l'angle de la limitation de

⁶²⁰Article 46 COS : *« En cas de lésions corporelles, la partie qui en est victime a droit au remboursement des frais et aux dommages-intérêts qui résultent de son incapacité de travail totale ou partielle, ainsi que de l'atteinte portée à son avenir économique ».*

² *S'il n'est pas possible, lors du jugement, de déterminer avec une certitude suffisante les suites des lésions corporelles, le juge a le droit de réserver une révision du jugement pendant un délai de deux ans au plus à compter du jour où il a prononcé ».*

⁶²¹Projet CATALA, op. cit. (p. 14), p. 163 et s.

⁶²²V. infra, Le droit préférentiel de la victime, p. 522 et s.

l'indemnisation, tel l'article 447 COS⁶²³ ou l'article 12 LrespC⁶²⁴. Il s'agit pour les auteurs du projet de réforme suisse de donner des principes de base et non de réglementer de façon exhaustive la matière⁶²⁵.

L'article 45c AP dispose :

1 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 équitable.

2 Lorsqu'une chose est partiellement détériorée, le dommage réparable comprend notamment les frais de réparation ainsi qu'une éventuelle moins-value.

3 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.

En principe, la chose est évaluée de façon objective, par référence au coût d'acquisition d'une chose comparable à l'état neuf. Toutefois, les auteurs du projet de réforme précisent qu'ils entendent laisser toute liberté à la jurisprudence d'opter pour une autre méthode. Le texte prévoit également l'indemnisation de la perte de l'usage de la chose⁶²⁶.

d L'atteinte à l'environnement

329 Le droit français a été réformé par la loi n°2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale^{627 628} et la charte de l'environnement a été intégrée dans le bloc de constitutionnalité⁶²⁹. Le droit suisse a également évolué depuis la publication du projet de réforme. Toutefois, les différents points abordés par le projet de réforme conservent de leur actualité. L'article 45d AP dispose que :

« 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 ;

⁶²³Article 447 COS : « 1 Si la marchandise périt ou se perd, le voiturier en doit la valeur intégrale, à moins qu'il ne prouve que la perte ou la destruction résulte soit de la nature même de la chose, soit d'une faute imputable à l'expéditeur ou au destinataire ou des instructions données par l'un d'eux, soit de circonstances que les précautions prises par un voiturier diligent n'auraient pu prévenir.

² Est considéré comme une faute de l'expéditeur le fait qu'il a négligé d'informer le voiturier de la valeur particulièrement élevée de la marchandise.

³ Sont réservées toutes conventions fixant des dommages-intérêts supérieurs ou inférieurs à la valeur intégrale de la marchandise ».

⁶²⁴Article 12 LRespC : « Dans les cas mentionnés à l'article 11, l'indemnité est fixée d'après la valeur réelle des objets perdus, détruits ou avariés. Une indemnité supérieure ne peut être allouée que dans les circonstances prévues à l'art. 8 ».

⁶²⁵REAP p. 82 : « Cette réglementation constitue un canevas. Elle n'a pas vocation d'exhaustivité ».

⁶²⁶Cf. supra p. 166, §. 315 et s.

⁶²⁷La France a tardé à transposer la directive n°2004/35/CE du 21 avril 2004 relative à la responsabilité environnementale. La commission européenne a mis la France en demeure de transposer la directive le 1er juin 2007, et rendu un avis motivé le 31 janvier 2008.

⁶²⁸M. SOUSSE, De la responsabilité environnementale, Revue Environnement, 2008/11, études, p. 9-16.

⁶²⁹CE Ass. 3 octobre 2008, n°297931, Revue Environnement 2008/11, p.40-41, n° 153, note P. TROUILLY.

- 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 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 ».

330 La question de la responsabilité environnementale est complexe et ne peut être traitée ici⁶³⁰. Il est en revanche intéressant de noter que les auteurs du projet de réforme suisse avaient pleinement conscience de la spécificité du préjudice écologique, spécialement du préjudice écologique pur, c'est-à-dire celui qui résulte d'une atteinte à une chose ou un bien qui n'est pas approprié, une *res nullius*, ou lorsque la personne qui en aurait les prérogatives ne prend pas les mesures nécessaires. La disposition relative au dommage résultant d'une atteinte à l'environnement est une innovation en droit suisse⁶³¹. Il s'agit de définir le dommage réparable en cas d'atteinte à l'environnement⁶³². Les motifs qui ont amené les auteurs du projet de réforme suisse à introduire cette notion sont d'abord « l'importance croissante de ce type d'atteintes du fait des activités », ensuite l'importance aujourd'hui accordée aux questions environnementales par l'ensemble de la société qui permet de considérer que l'environnement est un « bien digne d'une protection particulière »⁶³³.

331 Le projet de réforme s'inscrit dans un mouvement législatif national⁶³⁴ et international⁶³⁵ visant à assurer la protection de l'environnement, ou à défaut, à financer les mesures préventives et curatives en mettant en jeu la responsabilité civile du pollueur. Les textes actuels du droit suisse sont des textes ponctuels qui ne règlent pas de façon générale la question de la responsabilité civile résultant d'une atteinte à l'environnement. Ainsi, la loi sur la protection de l'environnement⁶³⁶ dispose dans son article 59a que « Le détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier pour l'environnement répond des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne ». L'alinéa 3 du même article précise que « Est libéré de

⁶³⁰V. entre autres pour le droit français, M. SOUSSE, op. cit., et pour le droit suisse, v. P. WESSNER, Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une œuvre inachevée, op. cit. (p. 168).

⁶³¹REAP p. 84.

⁶³²On emploiera indifféremment les termes de « préjudice écologique », de « dommage écologique » et de « dommage environnemental ».

⁶³³REAP p. 84.

⁶³⁴L'article 74 al. 2 de la Constitution fédérale de la confédération suisse du 18 avril 1999 (principe du pollueur-payeur) et les lois fédérales citées.

⁶³⁵Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, adoptée à Lugano le 21 juin 1993.

⁶³⁶RS. 814. 01, LPE, Loi sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (état au 1er juillet 2007).

cette responsabilité, celui qui prouve que le dommage est dû à la force majeure ou à une faute grave du lésé ou d'un tiers ». Enfin, l'alinéa 4 précise que les dispositions générales relatives à la responsabilité civile sont applicables. L'article 59 dispose que « Les frais provoqués par des mesures que les autorités prennent pour empêcher une atteinte imminente, ainsi que pour en déterminer l'existence et y remédier, sont mis à la charge de celui qui en est la cause ». Actuellement, la loi sur l'eau⁶³⁷ prévoit dans son article 54 que « Les coûts résultant des mesures prises par l'autorité pour prévenir un danger imminent pour les eaux, pour établir un constat et pour réparer les dommages sont à la charge de celui qui a provoqué ces interventions ». La loi fédérale du 1er juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage⁶³⁸ prévoit dans son article 24e que « Indépendamment d'une procédure pénale, celui qui porte atteinte à une curiosité naturelle ou à un monument protégés en vertu de la présente loi, à un site protégé évocateur du passé, à un site naturel protégé, à un biotope protégé ou à la végétation protégée des rives peut être tenu :

- a. d'annuler les effets des mesures prises illicitement ;
- b. de prendre à sa charge les frais occasionnés par la réparation du dommage ;
- c. de fournir une compensation appropriée lorsque le dommage ne peut être réparé ».

332 Le projet de réforme suisse propose donc de synthétiser ces différentes règles en proposant une définition du dommage à l'environnement, comprenant tant les atteintes à l'eau, qu'à l'air, au sol, à la faune et à la flore. La notion d'environnement n'est pas définie, cependant, le projet de réforme vise à assurer la réparation des atteintes portées au milieu naturel, comprenant les biens sans maître (*res nullius*, tels la flore ou la faune) et les biens communs (*res communes*: l'air, l'eau). Le dommage réparable qui résulte d'une atteinte à l'environnement est précisé par l'article 45d AP afin d'inclure notamment les frais résultant de mesures visant à prévenir le dommage, à atténuer les conséquences de l'atteinte, à restaurer ou remplacer les éléments détruits. La notion de préjudice écologique telle qu'elle ressort du projet de réforme ne comprend pas le dommage résultant d'une catastrophe naturelle.

333 Le projet de réforme a également voulu élargir la notion d'ayant-droit : le droit actuel de la responsabilité civile accorde une action en réparation au lésé, défini comme celui qui a subi une atteinte dans ses droits. En matière environnementale, le dommage peut aussi résulter d'une atteinte à des composantes de l'environnement qui ne font pas l'objet d'un droit réel⁶³⁹. Pour permettre la réparation du dommage environnemental, il est donc nécessaire

⁶³⁷RS. 814. 20, LEaux, Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966 (état au 7 novembre 2006).

⁶³⁸RS. 451, LPN, Loi fédérale du 1er juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (état au 1er juillet 2007).

⁶³⁹Un auteur distingue ainsi « préjudice écologique personnel » et « préjudice écologique pur », le premier étant réparable soit par les règles régissant les rapports de voisinage, soit par le droit commun de la responsabilité civile, le

d'élargir la notion d'ayant-droit afin de permettre notamment aux collectivités publiques et aux organisations nationales ou régionales de protection de l'environnement d'agir⁶⁴⁰.

334 Enfin, le dommage réparable comprend tant les mesures de prévention que les mesures de réparation, ce qui mène à la notion de dommage préventif, autre innovation du projet de réforme suisse. La Constitution fédérale de 1999 a incorporé les principes de prévention et du pollueur-payeur. L'article 74 de la Constitution dispose que

« 1 La Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodantes.

2 Elle veille à prévenir ces atteintes. Les frais de prévention et de réparation sont à la charge de ceux qui les causent.

3 L'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons dans la mesure où elle n'est pas réservée à la Confédération par la loi ».

La Confédération se voit donc conférer une compétence globale concurrente de celle des cantons, permettant de fonder les dispositions fédérales en matière de responsabilité civile pour le préjudice écologique⁶⁴¹.

335 Le droit suisse ne peut servir de modèle au droit français s'agissant du dommage environnemental, matière aujourd'hui régie par le droit communautaire. Il semblait néanmoins nécessaire d'exposer la vision d'ensemble du projet de réforme suisse.

Après avoir envisagé le préjudice patrimonial, le projet de réforme suisse traite du préjudice moral.

B Le dommage moral

336 Le droit suisse emploie le terme de « *tort moral* » pour désigner ce que le droit français appellerait un préjudice ou dommage moral. La différence de terme correspond à la terminologie allemande, « *seelische Unbill* » pour le distinguer du terme « *Schaden* » qui désigne exclusivement le dommage patrimonial entendu comme la diminution du patrimoine⁶⁴². Cette différence s'explique par le fait qu'à l'origine, le dommage était exclusivement envisagé comme une lésion économique. La prise en compte des préjudices moraux d'abord envisagée

second résultant d'une atteinte à des biens collectifs appelle une règle particulière. P. WESSNER, Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une œuvre inachevée, op. cit. (p. 168).

⁶⁴⁰La jurisprudence actuelle ne permet pas, par ex. l'action de cantons en responsabilité pour les poissons détruits par la pollution d'une rivière : REAP p. 85.

⁶⁴¹Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF. 1997, p. 350 et s.

⁶⁴²D'un point de vue terminologique, le terme de « *dommage patrimonial* » est un pléonasme en droit suisse : cf. sur ce point K. OFTINGER, E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, vol. 1, Polygraphischer Verlag, Zurich, 5e. éd., 1995, p. 67, note 38 ; R. BREHM, (dir.), Berner Kommentar (Art. 41-61 OR), op. cit. (p. 83), sous art. 41, p. 29, n°70 ; A. K. SCHNYDER, Artikel 41 OR, op. cit. (p. 163), n°3.

sous l'angle de cas particuliers comme l'atteinte à l'honneur ou à la pudeur ou en cas d'atteinte grave, s'est ensuite généralisée pour être définitivement consacrée par la loi. Dans ces développements, les termes de tort moral, préjudice moral et dommage moral recouvrent la même notion.

337 La Suisse a réformé le droit de la réparation du tort moral dans les années 1980⁶⁴³. Le but de la réforme était notamment de supprimer l'exigence de particulière gravité de la faute cause du tort moral : « *Le projet renonce à cette condition supplémentaire, souvent critiquée en doctrine, et soumet la réparation du tort moral aux mêmes conditions que la réparation du dommage. Il n'y a pas de raison que la personnalité soit moins bien protégée que le patrimoine* »⁶⁴⁴. Cette condition restrictive posée à la réparation du tort moral⁶⁴⁵ était conçue dès l'origine comme une exception au principe selon lequel seul le dommage matériel était réparable⁶⁴⁶. Ainsi, une dame qui avait perdu sa maison du fait d'un avocat incompetent ne pouvait obtenir réparation du préjudice moral qu'elle avait subi, l'article 49 COS ancien subordonnant l'indemnisation à la condition que le préjudice subi et la faute soient particulièrement graves⁶⁴⁷. Le Tribunal fédéral indique que « *la limitation apportée par la loi au devoir de réparer les atteintes aux sentiments affectifs procède du souci de ne pas étendre indéfiniment l'obligation de réparation* »⁶⁴⁸.

1. La définition actuelle

338 Le tort moral résulte « *des souffrances physiques ou psychiques que ressent le lésé à la suite d'une atteinte à sa personnalité* »⁶⁴⁹. En d'autres termes, c'est une « *diminution involontaire du bien-être... qu'une personne subit à la suite d'une atteinte à sa personnalité* »⁶⁵⁰. L'article 49 du COS dispose que

« *Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement.*

Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation ».

Le droit suisse base l'admission de la réparation du préjudice moral sur la preuve d'une

⁶⁴³Pour un exposé du droit antérieur à la réforme v. P. TERCIER, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, op. cit. (p. 160). La réforme est présentée par le Message concernant la révision du Code civil suisse (protection de la personnalité : article 28 et 49 CO) du 5 mai 1982, FF. 1982. II. 661 et s.

⁶⁴⁴Message concernant la révision du Code civil suisse (protection de la personnalité : article 28 et 49 CO) du 5 mai 1982, FF. 1982. II. 661, spéc. p. 667.

⁶⁴⁵Le Code des obligations de 1881 (FF. 18 juin 1881, p. 83) comprend un article 55 qui prévoit que « *Si quelqu'un a été lésé par d'autres actes illicites qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle, le juge peut allouer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi* ».

⁶⁴⁶Troisième projet présenté aux chambres fédérales avec un message du conseil fédéral daté du 27 novembre 1879, FF du 17 janvier 1980, p. 115-189, spéc. p. 150-151.

⁶⁴⁷ATF 87 II 290, cons. 4b.

⁶⁴⁸ATF 87 II 290, cons. 4c.

⁶⁴⁹F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 36 et s., n°132 et s.

⁶⁵⁰REAP p. 88.

atteinte à la personnalité. « Les droits de la personnalité désignent l'ensemble des droits consacrés par le droit privé pour protéger la personnalité. (...) Il s'agit de droits dont les biens de la personnalité sont l'objet propre »⁶⁵¹. La personnalité est elle-même définie comme « l'ensemble des biens inhérents à chaque personne, biens qui lui appartiennent de sa naissance à sa mort de par sa seule qualité de personne physique ou morale »⁶⁵².

En droit suisse, le dommage moral résulte d'une atteinte à l'un des attributs de la personnalité. Le propriétaire de la chose ou de l'animal pourra obtenir une indemnisation pour le dommage patrimonial, mais non pour le dommage moral. Le législateur suisse a cependant introduit récemment à l'article 43 alinéa 1bis une disposition qui précise que « 1bis 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... ». En revanche, s'agissant de la perte d'une chose, l'attachement affectif qui se trouve ainsi privé de son objet n'ouvre pas droit à réparation.

2. La compensation du tort moral

339 En droit suisse, la terminologie employée distingue ce qui est réparation et dommages-intérêts, destinés à compenser une perte économique, de ce qui est satisfaction, compensation destinée à adoucir l'inconfort moral qui résulte de l'atteinte à la personnalité.

340 Le droit français n'a pas admis d'emblée la réparation du préjudice moral. Comme le droit suisse, le juge français a d'abord exigé une certaine gravité de l'atteinte⁶⁵³. Par un arrêt du 22 octobre 1946, SNCF c/ Genaix⁶⁵⁴, la Cour de cassation admet la réparation du préjudice moral d'un père en raison du « grand chagrin ressenti par lui et constamment renouvelé à la vue de sa fille unique, seul objet de son affection, atteinte désormais d'une infirmité définitive, susceptible de compromettre gravement les conditions de son existence ».

341 S'il apparaît normal de compenser le tort moral résultant d'une faute, il n'en va de même lorsque la réparation résulte d'un régime de responsabilité pour risque. En effet, la faute légitime une réparation intégrale, dont la charge peut éventuellement peser définitivement sur le fautif. En revanche, lorsque le législateur établit un régime de responsabilité pour risque, il faut penser plus en terme d'indemnisation que de réparation et l'on peut admettre que la mise en jeu objective de la responsabilité soit contrebalancée par une limitation des

⁶⁵¹P. TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, op. cit. (p. 163), n°313 p. 47.

⁶⁵²Ib.

⁶⁵³Req. 22 décembre 1942, GP. 1943. I. 107 : limitation du préjudice moral au cas de décès de la victime liée au demandeur par un lien de parenté. En l'espèce, la victime avait survécu à ses blessures et les parents sont déboutés de leur demande en réparation du préjudice moral.

⁶⁵⁴GP. 1947. I. 5.

dommages réparables.

342 Ainsi, la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes n'exige pas l'indemnisation du préjudice moral⁶⁵⁵. La Constitution suisse ne l'impose pas non plus⁶⁵⁶. Aussi, la législation fédérale relative à l'indemnisation des victimes d'infractions de 1991⁶⁵⁷ a-t-elle laissé au juge le soin d'apprécier s'il fallait ou non octroyer une réparation du tort moral. La loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), qui est entrée en vigueur au 1er janvier 2009 prévoit que la victime a droit à l'indemnisation de son préjudice moral lorsque la gravité de l'atteinte le justifie⁶⁵⁸. Avant la réforme de la LAVI, le Tribunal fédéral avait cependant estimé que la victime avait un droit subjectif à la réparation de son préjudice moral⁶⁵⁹. L'explosion du montant des indemnisations pour tort moral a conduit le législateur à s'interroger : fallait-il supprimer totalement la réparation du préjudice moral, ou bien réaffirmer son caractère exceptionnel et limité, ou bien encore procéder à une évaluation selon les règles du droit commun et réduire l'indemnité à une fraction du montant calculé, ou encore plafonner l'indemnité en fonction du montant maximum de gain annuel assuré selon la LAA⁶⁶⁰ ? La solution finalement retenue par le législateur fédéral est de maintenir l'indemnisation du tort moral mais en limitant l'indemnisation aux seuls torts moraux résultant d'atteintes graves dans les conditions prévues par les articles 47 et 49⁶⁶¹. Cette indemnisation est expressément plafonnée mais ce plafond n'est pas fonction des revenus mais de la gravité de l'atteinte⁶⁶². Les proches de la victime peuvent également obtenir une indemnisation. Comme la LAVI n'a pas pour objet la

⁶⁵⁵Convention européenne relative à l'indemnisation des victimes d'infractions violentes, faite à Strasbourg le 24 novembre 1983, entrée en vigueur le 1er février 1988 et ratifiée par la France le 1er février 1990.

⁶⁵⁶L'article 64 devenu l'article 124 de la nouvelle constitution dispose : « *La Confédération et les cantons veillent à ce que les victimes d'une infraction portant atteinte à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle bénéficient d'une aide et reçoivent une juste indemnité si elles connaissent des difficultés matérielles en raison de l'infraction* ».

⁶⁵⁷LF du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, RS 312.5, aujourd'hui remplacée par la loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), qui est entrée en vigueur au 1er janvier 2009.

⁶⁵⁸LAVI, article 22 : « *1 La victime et ses proches ont droit à une réparation morale lorsque la gravité de l'atteinte le justifie ; les art. 47 et 49 du code des obligations s'appliquent par analogie.*

2 Le droit à une réparation morale n'est pas transmissible par voie de succession ».

⁶⁵⁹ATF 121 II 369, cons. 3C p. 373 : le Tribunal fédéral considère que la victime d'une infraction a un droit subjectif à réparation dans le sens où l'indemnité versée par l'État n'est pas une libéralité. Lorsque les conditions posées par la loi sur l'indemnisation « *sont remplies, le paiement de la somme d'argent à titre de réparation morale ne représente pas une libéralité de l'Etat, mais il correspond à un véritable droit du créancier que celui-ci peut exercer en justice* ».

⁶⁶⁰Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) du 9 novembre 2005.

⁶⁶¹LAVI article 22 alinéa 1er.

⁶⁶²LAVI article 23 : « *Le montant de la réparation morale est fixé en fonction de la gravité de l'atteinte.*

Il ne peut excéder :

a. 70 000 CHF, lorsque l'ayant droit est la victime ;

b. 35 000 CHF, lorsque l'ayant droit est un proche.

Les prestations que l'ayant droit a reçues de tiers à titre de réparation morale sont déduites ».

réparation intégrale contrairement au droit commun de la responsabilité civile, la créance de la victime ne passe pas à ses ayants-droits en cas de décès⁶⁶³.

343 Par opposition, le régime d'indemnisation des victimes d'infractions en droit français prévoit la réparation intégrale des dommages résultant d'une atteinte à la personne, sous réserve de la faute de la victime, qu'il s'agisse de préjudices matériels comme moraux⁶⁶⁴. En droit français, la créance de la victime passe à ses héritiers⁶⁶⁵.

344 En droit suisse, depuis que le législateur a supprimé l'exigence d'une faute lourde à la réparation du tort moral, la jurisprudence a précisé que la faute de la victime donne lieu à réduction de l'indemnité pour tort moral sur le fondement de l'article 44 COS. Cette conception a été consacrée par la LAVI qui prévoit expressément la possibilité d'opposer à la victime sa propre faute pour réduire l'indemnisation⁶⁶⁶.

C Éléments de réflexion pour le droit français

345 La généralité des dispositions du droit français permet la réparation du préjudice moral comme du préjudice patrimonial. Si le principe même de l'indemnisation de ce type de dommages a été discuté, fixer un « *prix de la douleur* » étant moralement inacceptable pour certains, aujourd'hui la réparation du préjudice moral est pleinement admise, à condition toutefois de démontrer la réalité de ce préjudice.

346 L'article 45e AP dispose que :

« La personne qui subit une atteinte à sa personnalité a droit à satisfaction pour tort moral, si la gravité de l'atteinte, notamment les souffrances physiques ou psychiques, le justifie.

Le tribunal peut allouer à la personne lésée un montant équitable, à moins qu'il ne substitue ou ajoute à cette indemnité un mode de satisfaction plus appropriée.

En cas de mort ou de lésions corporelles particulièrement graves, les proches de la victime ont aussi un droit à satisfaction pour tort moral ».

⁶⁶³LAVI article 22 alinéa 2.

⁶⁶⁴CPP article 706-3.

⁶⁶⁵Cass. civ. 2e, 6 janvier 2000, n°98-13023.

⁶⁶⁶LAVI, article 13 alinéa 2, devenu l'article 27 : « 1 L'indemnité et la réparation morale en faveur de la victime peuvent être réduites ou exclues si celle-ci a contribué à causer l'atteinte ou à l'aggraver.

2 L'indemnité et la réparation morale en faveur d'un proche peuvent être réduites ou exclues si celui-ci ou la victime a contribué à causer l'atteinte ou à l'aggraver.

3 La réparation morale peut être réduite lorsque l'ayant droit a son domicile à l'étranger et que, en raison du coût de la vie à son domicile, la réparation morale serait disproportionnée ».

347 L'atteinte doit présenter une certaine gravité^{667 668}. Les auteurs du projet de réforme suisse proposent d'admettre les mêmes principes de réparation du préjudice moral et du préjudice matériel, en abrogeant les limitations de la réparation qui peuvent par exemple résulter de l'exigence d'une faute grave du fonctionnaire cause du dommage moral. Si le projet de réforme admet la pleine réparation du préjudice moral, il convient de préciser que l'article 45 alinéa 3 limite le dommage réparable en matière de responsabilité pour risque au « *dommage résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux choses ou à l'environnement* ».

348 À la lumière de ces développements tant en droit français qu'en droit suisse, il apparaît que si la notion de préjudice moral correspond à une réalité dans certains cas bien précis, il n'est pas souhaitable de continuer à admettre que la moindre lésion du plus infime intérêt doive ouvrir droit à dommages-intérêts quelle que soit la haute moralité du lésé. Comme le relève un auteur, l'indemnisation du préjudice moral est « *contestable lorsqu'elle est source d'un enrichissement sans cause véritable pour autrui* »⁶⁶⁹. En outre, cette inflation de l'indemnisation du préjudice moral entraîne une hausse des primes d'assurance dont on peut se demander si elle est bien opportune pour la collectivité à un moment où les assurances sociales peinent à prendre en charge les victimes de dommages corporels lourds (dont la réparation est par exemple réduite en raison de leur faute). D'un certain point de vue, l'inflation de la réparation du préjudice moral est un « *luxé de notre société* »⁶⁷⁰, luxe qui ne bénéficie qu'à certains en ponctionnant la mutualité des assurés au détriment de ce qui pourrait être une meilleure indemnisation pour des préjudices matériels ou corporels. D'ailleurs, lorsque l'indemnisation est assurée par la solidarité nationale, l'indemnisation du tort moral est plus restreinte que lorsqu'elle pèse sur un responsable⁶⁷¹. Pourquoi prévoir une solution différente selon que le payeur est la collectivité publique ou la collectivité privée que constituent les assurés ?

⁶⁶⁷REAP p. 90, citant le Message concernant la révision du Code civil (protection de la personnalité) du 5 mai 1982, FF. 1982. II. 661, spéc. p. 703 : « *cette condition qui exprime le caractère particulier de l'institution. Il n'y a lieu d'allouer à la victime une somme d'argent à titre de réparation morale que si les souffrances qu'elle a subies dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuellement en vigueur* ».

⁶⁶⁸Voir par ex. ATF II 396, spéc. p. 400 et s. cons.3 : le Tribunal fédéral exige « *des liens d'amitié et d'affection tels que la rupture a causé une affliction et une souffrance morale d'une intensité exceptionnelle* », qui n'existe pas en l'espèce, l'affection fraternelle du frère de la victime ne présentant qu'un caractère normal.

⁶⁶⁹Y. LAMBERT-FAIVRE, L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du SIDA, RTDciv. 1993. p. 1 et s.

⁶⁷⁰M. BOURRIÉ-QUENILLET, Le préjudice moral des proches d'une victime blessée. Dérive litigieuse ou prix du désespoir, JCP. EG. 1998. I. 186, p. 2205-2210.

⁶⁷¹V. par ex. la LAVI : possibilité de réduction, nécessité d'une atteinte grave, intransmissibilité du droit à réparation aux héritiers.

349 En matière de préjudice moral, le juge devrait avoir la possibilité d'imposer le mode de réparation qui lui semble le plus approprié sans être tenu par la demande de la victime. Ainsi, les demandes portant sur un préjudice moral réel, dont le principe n'est pas contestable, ne devraient pourtant pas ouvrir droit systématiquement à dommages-intérêts. Les autres modes de réparation qui peuvent être envisagés sont par exemple la publication du jugement (coûteux pour le condamné, mais qui n'enrichit pas la victime), la condamnation à verser une somme d'argent à une association de protection de ceux dont les intérêts ont été lésés...

350 La réparation du dommage ne peut pas être absolue, le droit pose des limites pour tenir compte des autres intérêts que la société doit prendre en considération. Lorsque la responsabilité découle d'une faute, celle-ci légitime la réparation intégrale du dommage. Plus grave est la faute, plus lourde sont les règles de droit et le coût de la réparation. À l'inverse, lorsqu'un système de responsabilité pour risque a été prévu à l'issue d'un arbitrage entre les intérêts de la société et de la victime d'une part, les intérêts du fauteur de risque d'autre part, il est légitime de limiter le dommage réparable.

351 Le projet de réforme suisse dispose, dans son article 45 alinéa 3 que « *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* ». Cette disposition de bon sens résulte d'une vue complète du système de la responsabilité civile et de ses relations avec les mécanismes de financement de la réparation. Aucune disposition comparable ne figure dans le projet CATALA alors que celui-ci prévoit d'introduire une responsabilité pour risque à raison des activités dangereuses⁶⁷². Par conséquent, dans le projet de réforme suisse, ne sont pas réparables au titre du régime de responsabilité pour risque les dommages qui résultent par exemple d'une atteinte à l'honneur, ou bien du préjudice par ricochet subi par un tiers lié contractuellement ou personnellement à la victime initiale.

Actuellement en droit suisse, certaines dispositions traduisent la volonté du législateur de limiter la réparation au titre de certaines responsabilités objectives « *aux répercussions typiques découlant de la réalisation du risque qui est à l'origine de telle ou telle responsabilité* »⁶⁷³.

⁶⁷²Rapport CATALA, op. cit. (p. 14), article 1362 et s., p. 159.

⁶⁷³LIE, article 27. LCR, article 58 al. 1er : « *Si, par suite de l'emploi d'un véhicule automobile, une personne est tuée ou blessée ou qu'un dommage matériel est causé, le détenteur est civilement responsable* ». LITC, article 33 al. 1 : « *Lorsque la mort d'une personne, une atteinte à la santé ou un dommage matériel est causé par l'exploitation d'une installation de transport par conduites, par le défaut ou la manipulation défectueuse d'une telle installation qui n'est pas en exploitation, l'entreprise est responsable du dommage. Si l'installation n'appartient pas à l'entreprise, le propriétaire répond solidairement* ».

352 En revanche, lorsque la responsabilité est engagée sur le fondement d'une faute, la gravité de celle-ci devrait éventuellement permettre de prendre en compte des préjudices spécifiques qui ne sont en général pas réparables, et ouvrir des voies procédurales exceptionnelles⁶⁷⁴.

353 Ainsi, le projet CATALA a proposé d'introduire en droit français la notion de « *faute lucrative* », donnant lieu à des dommages-intérêts punitifs, à l'imitation du droit américain. L'article 1371 du projet CATALA dispose que « *L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages* ». Il y a confusion entre deux questions : celle de la réparation d'un préjudice moral spécifique résultant de la connaissance de l'intention de nuire animant le responsable ou de l'indifférence intentionnelle à ne pas nuire à autrui résultant d'une volonté de réaliser un profit⁶⁷⁵, et celle de l'évaluation de ce préjudice. Le préjudice moral spécifique résultant de la faute lucrative n'est, en principe, pas réparable selon le droit commun de la responsabilité civile français comme suisse. Il est possible que le juge tienne compte du comportement de l'auteur du dommage dans son appréciation de la réparation, mais il n'accorde pas de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral de la victime d'une faute lucrative. Il nous semble qu'il n'est point besoin de rompre avec le principe de la réparation intégrale du préjudice : il y a en l'espèce un préjudice moral spécifique que le droit ne permet actuellement pas de réparer. Sa réparation devrait être systématique lorsque le juge constate l'existence d'une faute lucrative. La question qui se pose alors est de savoir comment évaluer le préjudice moral spécifique découlant de la conscience de l'intention de nuire ou de la faute lucrative du responsable.

⁶⁷⁴V. supra p. 77 et s., §. 118 le lien entre la sanction de la faute lucrative et les dommages-intérêts punitifs.

⁶⁷⁵L'exemple le plus connu actuellement de faute lucrative est celui de la contamination par le virus du SIDA en raison du maintien dans le circuit de santé des stocks de sang contaminé dont la destruction aurait représenté une perte économique pour les entreprises concernées. La réaction des responsables a été la même en France comme en Suisse, avec des conséquences dramatiques dans les deux pays : v. par ex. ATF 120 IV 282.

CHAPITRE 2 LES LIMITES À LA RÉPARATION : L'ILLICÉITÉ ET LA CAUSALITÉ

354 Pour les auteurs du projet de réforme suisse, l'illicéité et la causalité sont toutes deux des conditions générales de mise en jeu de la responsabilité civile. Contrairement aux conditions générales que sont le fait de rattachement et le dommage, elles ont pour objet de limiter la réparation afin de la maintenir dans des bornes supportables et de ne pas empêcher toute activité humaine. Cette fonction restrictive de l'illicéité en droit suisse est exprimée par le Tribunal fédéral : « *L'obligation de réparer un préjudice en droit de la responsabilité civile doit être contenue dans des limites raisonnables pour être acceptée socialement. L'illicéité, en tant que condition d'une telle responsabilité, tend à assurer que celle-ci ne soit pas étendue de manière excessive* »⁶⁷⁶. La doctrine procède à la même analyse⁶⁷⁷. De ce point de vue, l'illicéité et la causalité se complètent et se confortent. L'illicéité permet au juge de déterminer si le dommage résulte de la violation d'une norme qui avait justement pour fonction d'éviter, et le cas échéant de sanctionner, la réalisation de ce préjudice⁶⁷⁸ tandis que la causalité vérifie que le dommage rentre bien dans la prévision de la norme de responsabilité envisagée⁶⁷⁹.

SECTION 1 LA CAUSALITÉ

355 La mise en jeu de la responsabilité suppose la preuve d'une relation causale entre le « *fait générateur* » et le dommage⁶⁸⁰. Lorsque la condition de causalité n'est pas remplie, il n'y a pas de responsabilité, ou pour reprendre les termes de la doctrine « *il n'existe pas de responsabilité sans un minimum de causalité* »⁶⁸¹, car « *c'est une exigence fondamentale de la raison et de la*

⁶⁷⁶ ATF 133 III 323, cons. 5.2.3.

⁶⁷⁷ K. OFTINGER, E. W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, op. cit. (p. 175), p. 167.

⁶⁷⁸ REAP p. 96 : l'illicéité « *tend à mettre à [la responsabilité] une limite, sans laquelle les actes conformes au droit mais exercés aux dépens d'autrui, comme ceux de la concurrence (même loyale) dans le domaine économique, pourraient donner lieu à réparation* ».

⁶⁷⁹ REAP p. 111 : l'examen de la condition de la causalité « *doit bien plus s'inscrire dans une démarche normative. Pour chaque cas, il s'agit de définir la portée de la norme à appliquer, afin d'arrêter si celle-ci couvre encore le dommage survenu* ».

⁶⁸⁰ Pour un exemple, Cass. com. 28 mars 2008, n°06-18350, Bull. n°94 : la Cour de cassation censure la Cour d'appel qui retient la responsabilité de plein droit du garagiste sans caractériser la relation causale entre la réparation et la panne ultérieure de la voiture ; D. BAKOUCHE, *Etendue de la responsabilité de plein droit du garagiste réparateur*, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 17/04/2008, n°301 ; S. CARVAL, *L'obligation de résultat n'emporte pas présomption de causalité entre la faute et le dommage*, note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 28 mars 2008, pourvoi numéro 06-18.350, RDC. 2008/3, p. 757-759 ; S. EL BADAWI, *Abandon de la présomption de causalité associée à l'obligation de résultat pesant sur le garagiste réparateur*, LPA. 24 juin 2008, n°126, p. 22-29 ; S. PICHON, *Etendue de la responsabilité de plein droit du garagiste réparateur*, RLDC. 2008, n°49, p. 30-31.

⁶⁸¹ L. MAYAUX, *Naissance d'un enfant handicapé : la Cour de cassation au péril de la causalité*, RGDA. 2001,

justice que l'auteur d'un dommage ou d'un tort moral ne soit tenu de le réparer que si ce préjudice est en rapport d'effet à cause avec un fait ou un état de choses qui réalise pour lui un chef de responsabilité »⁶⁸². Elle est une condition générale de la responsabilité, un critère fixant une limite raisonnable à l'obligation de réparer et c'est bien ainsi que l'entendent les auteurs du projet de réforme suisse⁶⁸³.

356 Cependant, en droit français comme en droit suisse, aucun texte exprès n'emploie le terme même de causalité. Cette exigence se déduit des textes relatifs à la responsabilité civile français⁶⁸⁴ comme suisse⁶⁸⁵ mais elle n'est pas posée en tant que telle par les textes légaux. La jurisprudence des Cours suprêmes permet de préciser la notion de causalité en droit de la responsabilité civile ; c'est en effet une question de droit sur laquelle s'exerce le contrôle du juge de cassation. En revanche, la preuve du lien de causalité est une question de fait qui relève exclusivement de l'appréciation souveraine des juges du fond.

357 Dans le cadre de sa démarche de systématisation, le projet de réforme suisse comporte un article relatif à la causalité, et un autre relatif aux causes d'interruption de la relation causale. L'article 47 AP pose le principe de ce que la causalité est une condition générale de la responsabilité civile quel que soit le fait de rattachement de la responsabilité recherchée : « Une personne n'est tenue à réparation que dans la mesure où le fait qui lui est imputable est dans un rapport de causalité juridique avec le dommage ». L'article 47a AP prévoit les causes d'interruption de la causalité : « Une personne est exonérée de toute responsabilité si un fait qui ne lui est pas imputable a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation, notamment une force majeure, un comportement ou un risque caractérisé imputables à un tiers ou à la personne lésée ». Les auteurs du projet de réforme suisse ont cependant renoncé à en donner une définition, afin de ne pas lier le juge⁶⁸⁶. Le projet de réforme suisse entend consacrer la qualité de notion juridique de la causalité : il ne s'agit pas de la causalité scientifique, mais d'une qualité de vraisemblance telle que le juge ne peut que constater la relation existant entre un fait et un dommage dans les circonstances de la cause en considération de la norme de responsabilité. La doctrine suisse⁶⁸⁷ distingue d'une part la relation causale existant entre

p. 13-21.

⁶⁸²H. DESCHENAUX, Norme et causalité en responsabilité civile, Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, Mélanges offerts au Tribunal fédéral suisse, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1975, p. 399-430.

⁶⁸³REAP p. 109-111. Et avant les auteurs du projet de réforme suisse, bien d'autres ont suivi ce raisonnement, ainsi G. MARTY, La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise, et française), RTDciv. 1939, p. 685-712, spéc. p. 686.

⁶⁸⁴Article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause... ».

⁶⁸⁵Article 41 COS : « Celui qui cause... ».

⁶⁸⁶REAP p. 110.

⁶⁸⁷Voir les références citées par R. BREHM, (dir.), Berner Kommentar (Art. 41-61 OR), op. cit. (p. 83), sous l'article 41, n°103 et s.

l'événement et l'atteinte au bien juridique^{688 689}, d'autre part, la relation causale existant entre l'atteinte au bien juridique et le dommage subi par le lésé⁶⁹⁰. La causalité est établie selon les mêmes principes dans l'un et l'autre cas.

358 L'examen de la relation causale entre le fait de rattachement et le dommage se fait en deux temps. D'abord, le juge élimine tous les faits qui n'ont aucun rapport avec la réalisation du dommage par opposition avec tous ceux qui peuvent y être rattachés par un lien dit de « *causalité naturelle* ». Le juge procède ensuite à une appréciation au regard de la causalité adéquate. L'appréciation de la causalité adéquate n'intervient que si la relation causale naturelle est préalablement constatée car la théorie de la causalité adéquate n'est qu'un correctif de la théorie de la causalité naturelle⁶⁹¹. Ces deux théories se complètent pour former la théorie de la causalité juridique.

359 La théorie de la causalité naturelle est aussi appelée théorie de l'équivalence des conditions⁶⁹² car elle retient comme fait causal, parmi les multiples facteurs qui sont intervenus, celui sans l'existence duquel le dommage n'aurait pas pu se réaliser. Elle est aussi désignée par le nom de « *théorie de la causalité sine qua non* » car pour établir la relation de causalité entre le fait et le dommage, « *il faut et il suffit qu'il en ait été l'une des conditions sine qua non* »⁶⁹³. La relation causale naturelle est qualifiée de causalité « *logique* » ou « *matérielle* »⁶⁹⁴. Ainsi, si Primus est contaminé par un virus à l'occasion de la transfusion sanguine rendu nécessaire par l'accident de la circulation dont Secundus est responsable, Secundus est responsable de la contamination, ensemble avec Tertius, centre de transfusion ou hôpital. Dans une autre espèce, si Tertius avait averti Secundus enceinte de Primus qu'elle avait

⁶⁸⁸Dite « *haftungsbegründende Kausalität* ».

⁶⁸⁹Le terme de « *bien juridique* » peut être traduit en droit français par le terme d'« *intérêt* » ou d'« *intérêt juridiquement protégé* ». Sur la notion de « *bien juridique* », v. supra p. 162, §. 309.

⁶⁹⁰Dite « *haftungsausfüllende Kausalität* ».

⁶⁹¹ATF 107 II 269, cons. 3, p. 276 : « *Gewiss ist Rechtsfrage, ob ein schädigendes Ereignis (auch) als adäquate Ursache eines Unfalls angesehen werden kann. Die Frage stellt sich indes erst und nur dann, wenn bereits der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis und den Unfallfolgen zu bejahen ist ; denn der adäquate ist bloß ein Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der vom Recht als natürliche Kausalität übernommen worden ist, unter Umständen aber der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortlichkeit tragbar zu sein und eine vernünftige Begrenzung der Haftung zu ermöglichen* ». B. WINIGER, L'architecture de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile, RDS. 2001 p. 299 et s. spéc. p. 314 : « *le juge devra déterminer, dans ce deuxième examen, la longueur juridiquement acceptable de la chaîne causale naturelle* ».

⁶⁹²Cette théorie a été formulée par un auteur allemand, von BURI, dans les années 1880. V. sur cette question, G. MARTY, La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise, et française), op. cit. (p. 184), spéc. p. 690 et les références citées.

⁶⁹³G. VINEY, P. JOURDAIN, Conditions de la responsabilité, op. cit. (p. 87) p. 188, n°339. Pour un exemple, est responsable celui qui a causé l'accident automobile dont les suites ont conduit la victime à l'hôpital dans lequel elle a perdu un œil en raison d'un accident thérapeutique : Cass. civ. 2e, 27 janvier 2000, Bull. n°20, obs. P. JOURDAIN, RTDciv. 2000, p. 335-336.

⁶⁹⁴P. GAUCH, Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts, Recht 1996, p. 225-239, spéc. p. 228.

contractée la rubéole, celle-ci aurait avorté en raison des risques de handicap congénital de l'enfant qui résultent de cette maladie et Primus ne serait jamais né, *a fortiori*, ne serait jamais né handicapé. Par conséquent, sans la faute de Tertius, ni Primus, ni le préjudice subi par lui, n'auraient existé⁶⁹⁵. Est causal l'événement qui ne peut être occulté sans que du même coup disparaisse le dommage. Il n'est pas nécessaire d'apporter une preuve absolue de la relation causale naturelle ; il suffit que le juge puisse considérer que la vraisemblance est convaincante⁶⁹⁶, mais la simple possibilité ne suffit pas⁶⁹⁷. L'appréciation du degré de vraisemblance est une question de droit, soumise au contrôle du Tribunal fédéral ; en revanche, la preuve de l'existence d'une relation de causalité naturelle est une question de fait⁶⁹⁸. On voit que la causalité naturelle conduit à des résultats exagérés, elle a par conséquent été pondérée par la théorie de la causalité adéquate selon laquelle il convient de retenir comme cause adéquate « tout fait qui, au moment où il s'est produit, pouvait apparaître aux yeux de l'agent comme susceptible d'entraîner le dommage »⁶⁹⁹. Comme l'exprime un auteur, « Là où la chaîne naturelle fabriquée par la raison continue, l'imputation en droit, doit, quelque part, s'arrêter »⁷⁰⁰.

360 Selon les auteurs du projet de réforme suisse, la théorie de la causalité adéquate « implique un jugement de probabilité, selon lequel un fait qui est dans un rapport de cause à effet avec le dommage n'est considéré comme la cause juridiquement déterminante que si, suivant l'expérience des choses et de la vie, il était en soi propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit »⁷⁰¹. Un fait qui, selon la causalité naturelle, pourrait être retenu comme la cause du dommage, n'est effectivement pris en compte que s'il apparaît au juge comme étant en soi propre à réaliser le préjudice d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie⁷⁰².

⁶⁹⁵L. MAYAUX, Naissance d'un enfant handicapé : la Cour de cassation au péril de la causalité, op. cit. (p. 183) : l'auteur démontre le défaut de causalité naturelle en l'espèce.

⁶⁹⁶ATF 115 V 403 : la preuve de l'existence d'un « rapport de causalité naturelle est une question de fait, que (...) le juge examine en se fondant essentiellement sur des renseignements d'ordre médical, et qui doit être tranchée en se conformant à la règle du degré de vraisemblance prépondérante ». ATF 119 V 33 : « vraisemblance dominante ».

⁶⁹⁷ATF 113 V 307, spéc. p. 311, cons. 3a (italien), ATF 113 V 321, spéc. p. 322, cons. 2a, ATF 115 V 403, spéc. p. 405, cons. 3 : « lorsque l'existence d'un rapport de cause à effet entre l'accident et le dommage paraît possible, mais qu'elle ne peut pas être qualifiée de probable dans le cas particulier, le droit à des prestations fondées sur l'accident assuré doit être nié ».

⁶⁹⁸ATF 132 III 715 cons. 2.2, p. 718 ; ATF 130 III 321 cons. 5, p. 327.

⁶⁹⁹Cette théorie a été formulée par un auteur allemand, von KRIES, dans les années 1880. V. sur cette question, G. MARTY, La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise, et française), op. cit. (p. 184), spéc. p. 693 et les références citées.

⁷⁰⁰P. SCHWEIZER, La preuve de la causalité, in *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, O. GUILLOD (dic.), Zurich 1991 p. 173-201. Même idée, H. DESCHENAUX, Norme et causalité en responsabilité civile, op. cit. (p. 184), spéc. p. 402 et s.

⁷⁰¹REAP p. 107.

⁷⁰²H. DESCHENAUX, ib., spéc. p. 400 ; ATF 96 II 392, cons. 2 : « *Als adäquate Ursache ist nach der Rechtsprechung ein Ereignis dann anzusehen, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint* ». TF 26 mars 2004, n°2C.2/1999, cons. 4.3 : l'activité d'un groupe d'accompagnement

361 La relation causale adéquate est à la fois un élément de définition du dommage réparable et de limitation de la réparation due par le responsable recherché⁷⁰³. Comme le remarque un auteur suisse : « La notion de causalité assume une double fonction : d'une part elle est une condition de la responsabilité, d'autre part elle sert à limiter l'étendue du dommage (réparable) »⁷⁰⁴. En d'autres termes : la notion de causalité remplit une double fonction : d'une part elle est une condition de la responsabilité, d'autre part elle limite l'étendue du dommage réparable.

362 Un exemple montre la façon dont le droit suisse emploie la condition de causalité pour poser des limites au champ de la responsabilité civile : une personne employée dans un hôpital se pique avec une seringue ayant été utilisée par une patiente séropositive. À l'issue du traitement préventif, qu'elle supporte d'ailleurs assez mal, l'employée s'avère indemne de toute contamination mais fait une dépression à la suite du choc psychologique résultant de ces événements. La caisse d'assurance sociale refuse de prendre en charge les suites de la dépression. Le Tribunal fédéral admet l'existence d'une relation de causalité naturelle entre la piqure éventuellement contaminante et la dépression, mais dénie le lien de causalité adéquate car cette circonstance n'est qu'un accident bénin qui n'aurait normalement pas dû engendrer un tel traumatisme psychique⁷⁰⁵. Le Tribunal fédéral admet qu'un fait puisse suivant les circonstances être la cause adéquate de conséquences même extraordinaires⁷⁰⁶ mais en l'espèce « Un traumatisme psychique constitue un accident lorsqu'il est le résultat d'un événement d'une grande violence survenu en présence de l'assuré et que l'événement dramatique est propre à faire naître une terreur subite même chez une personne moins capable de supporter certains chocs nerveux »⁷⁰⁷.

organisé pour évaluer les capacités professionnelles et soutenir un pasteur ayant des difficultés avec ses paroissiens a un lien de causalité naturelle et le préjudice subi (grave décompensation dépressive et anxieuse) par ce dernier, mais le lien de causalité adéquate fait défaut.

⁷⁰³P. GAUCH, Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts, op. cit. (p. 185), p. 229 : la causalité adéquate « ist eine Kreation der Doktrin und Praxis, die zum Zwecke hat, die Haftung zu begrenzen » (traduction libre : la causalité adéquate « est une création de la doctrine et de la jurisprudence qui a pour but de fixer des limites à la responsabilité »). V. ROBERTO, Schadensrecht, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Francfort, 1997, p. 40 et s. : « Das Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen dem Eingriff des Schädigers und dem Schaden stellt allgemeiner Auffassung nach zugleich eine wesentliche Begrenzung der Schadensdefinition und ein geeignetes Korrektiv zu den befürchteten Ausuferungstendenzen dar » (« L'exigence d'une relation de causalité entre le fait dommageable et le dommage représente d'après l'opinion générale tout à la fois une limite essentielle de la notion de dommage réparable et un correctif approprié à la tendance redoutée à l'extension (de la responsabilité civile) »).

⁷⁰⁴V. ROBERTO, ib., p. 50 : « Dem Kausalbegriff kommt demzufolge eine doppelte Funktion zu : Zum einen ist er eine Voraussetzung der Haftpflicht, zum anderen dient er der Abgrenzung des Schadensumfanges ».

⁷⁰⁵ATF 129 V 402.

⁷⁰⁶ATF 119 Ib 334, spéc. p. 345 : dans le cas où les sondages en prévision du percement d'un tunnel conjugué avec des mouvements du terrain ont fragilisé un barrage, le Tribunal fédéral admet le lien de causalité adéquate entre ces faits car « la causalité adéquate peut aussi s'étendre à des "conséquences extraordinaires", c'est-à-dire à des conséquences qui n'apparaissent comme telles qu'aux yeux d'un profane, mais non pas à ceux de l'expert ; il en va de même des conséquences "rares" » ; ATF 93 II 338, 87 II 127 consid. 6c.

⁷⁰⁷Pour un cas d'admission de la causalité adéquate entre l'accident et la dépression consécutive, v. ATF 107 V 173.

363 Le Tribunal fédéral affirme que « *la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance* »⁷⁰⁸. Ainsi, alors qu'une abstention ne peut être considérée comme un fait causal sauf à « *faire violence aux lois de la causalité naturelle* »⁷⁰⁹, la causalité adéquate permet de retenir l'abstention de la même façon que l'action. Le juge détermine d'abord si le responsable recherché avait une obligation d'agir en vue d'empêcher la survenance du dommage, question qui relève de l'illicéité (cf. infra). une fois établie cette condition, le juge apprécie dans quelle mesure la personne aurait pu empêcher par son action la réalisation du dommage. La jurisprudence et la doctrine suisses parlent alors de « *lien de causalité hypothétique* » entre l'abstention et le dommage^{710 711}.

Cette appréciation de la causalité adéquate est dite objective car elle se fonde sur l'expérience de la vie et le cours habituel des choses et non sur la capacité d'appréciation de l'auteur du dommage⁷¹².

364 Les auteurs du projet de réforme suisse maintiennent la causalité naturelle comme le premier stade d'examen : la lettre du texte de l'article 47 AP ne vise que la « *causalité juridique* » mais l'examen de celle-ci suppose l'examen préalable de la causalité naturelle⁷¹³. Le projet de réforme suisse ne consacre pas la théorie de la causalité adéquate, car le juge doit pouvoir conserver une marge d'appréciation et parce que les critiques qui lui ont été adressées par la doctrine suisse conduisent à relever que la théorie de la causalité est en réalité une théorie de la probabilité⁷¹⁴, et surtout, un élément qui s'apprécie au regard des autres

⁷⁰⁸ATF 129 V 402, spéc. p. 405, cons. 2. 2. ATF 102 II 232, spéc. p. 237, cons. 2 : « *Constitue la cause adéquate d'un dommage tout fait qui, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, était propre en soi à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, en sorte que la survenance de ce résultat apparaît d'une manière générale favorisée par le fait en question* ».

⁷⁰⁹H. DESCHENAUX, Norme et causalité en responsabilité civile, op. cit. (p. 184), spéc. p. 406. En d'autres termes : *Ex nihilo nihil fit*.

⁷¹⁰F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 49, n°188-190. V. ROBERTO, Schadensrecht, op. cit. (p. 187), p. 52-55.

⁷¹¹Ainsi, un avocat ne peut voir engager sa responsabilité pour n'avoir pas invoqué un moyen inopérant, Cass. civ. 1re, 31 janvier 2008, n°04-20151, et en droit suisse, ATF 87 II 364 (où la faute de l'avocat est retenue car le moyen aurait pu être opérant sans sa faute).

⁷¹²ATF 119 Ib 334, spéc. p. 345, cons. 5b : « *la prévisibilité objective est déterminante pour savoir si un fait est la cause adéquate d'un préjudice. Le juge procède à un pronostic rétrospectif objectif : se plaçant au terme de la chaîne des causes, il lui appartient de remonter du dommage dont la réparation est demandée au chef de responsabilité invoqué et de déterminer si, dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie humaine, une telle conséquence demeure dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles (...). Pour procéder à cette appréciation de la probabilité, le juge se met en règle générale à la place d'un "tiers neutre" ».*

⁷¹³REAP p. 112 : « *Dans un premier temps (...), le tribunal détermine si le fait de rattachement est une cause nécessaire (« naturelle ») du dommage... Dans un second temps, il examine si le fait en question peut juridiquement être attribué à cette dernière, en d'autres termes si le dommage est dans un rapport juridique suffisant avec la norme à appliquer* ».

⁷¹⁴H. DESCHENAUX, ib., spéc. p. 408 et s.

conditions de la responsabilité civile que sont le fait de rattachement et le dommage⁷¹⁵. Le projet de réforme suisse se fonde sur la notion de causalité juridique. Le texte du projet de réforme suisse ne vise pas expressément la causalité naturelle, mais cela ne signifie pas que cette condition ait disparue. L'examen de la causalité naturelle précède nécessairement l'examen de la causalité juridique⁷¹⁶. Au sens du projet de réforme suisse, la causalité juridique, bien qu'elle soit une condition générale de la responsabilité civile, se spécialise pourrait-on dire, lors de sa mise en œuvre pratique. La notion de causalité juridique évoque la théorie « *de la relation d'illicéité ou de la connexité avec le but protecteur de la norme applicable* »⁷¹⁷. Les auteurs du projet de réforme exposent que « *sous l'angle de la causalité, le tribunal examine si, au regard de la norme et de l'effet constaté, le fait attribuable à la personne recherchée peut juridiquement lui être imputé* »⁷¹⁸. En d'autres termes, « *le juge devra déterminer (...) la longueur juridiquement acceptable de la chaîne causale naturelle* »⁷¹⁹.

365 Le projet de réforme suisse a le mérite de tenter une systématisation de l'ensemble des règles de la responsabilité civile. Cependant, s'agissant du lien de causalité, il nous semble d'une part ignorer la part d'arbitraire et de flou qui entourera toujours cette notion, d'autre part la nécessité de ne pas enfermer le juge dans un carcan constitué par les objectifs de la norme appliquée.

En effet, le passage du temps a démontré que les textes anciens peuvent perdurer extrêmement longtemps à condition d'admettre la liberté d'interprétation du juge, dont c'est justement le rôle. L'expérience montre que le juge n'a pas desservi les victimes, dont l'indemnisation est l'un des principes directeurs du droit de la responsabilité civile. L'expérience montre également que le juge et la doctrine ont tenté de systématiser les règles qu'ils ont ainsi dégagées au cours du temps, mais sans pourtant parvenir à dégager un système efficace et pratique.

366 Il nous semble utile de préciser dans le texte que la notion de causalité doit être entendue comme une notion juridique, indiquant ainsi la différence avec la causalité évidente du sens commun. Une fois précisé ceci, il apparaît que l'appréciation du lien de causalité au regard du régime de responsabilité relève encore et toujours de l'appréciation du juge et que rien ne pourra réduire la part d'incertitude de l'examen du lien de causalité. La notion de

⁷¹⁵REAP p. 109-110.

⁷¹⁶REAP p. 112.

⁷¹⁷H. DESCHENAUX, Norme et causalité en responsabilité civile, op. cit. (p. 184).

⁷¹⁸REAP p. 111.

⁷¹⁹B. WINIGER, L'architecture de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile, op. cit. (p. 185), spéc. p. 314-315.

causalité interagit à la fois avec la notion de dommage réparable (A) et de fait de rattachement (B) ; le lien de causalité est susceptible d'être juridiquement interrompu (C).

A Causalité et dommage

367 La causalité est l'une des conditions générales de la responsabilité civile qui a pour fonction de limiter l'étendue du droit à réparation tel qu'il résulte du dommage et du fait de rattachement. S'agissant du dommage, la question du lien de causalité se pose en particulier dans deux cas, le préjudice réfléchi (1.) et la perte de chance (2.).

1. Le préjudice réfléchi

368 L'admission de la réparation du préjudice réfléchi a été l'occasion d'intenses débats doctrinaux par le passé tant en droit suisse qu'en droit français⁷²⁰.

369 Cependant, en droit suisse, un type de dommage réfléchi est expressément visé par la loi. En effet, l'article 45 alinéa 3 COS dispose que « *Lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes ont été privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte* ». Le projet de réforme suisse reprend l'esprit sinon la lettre de ce texte : l'article 45a AP dispose

« En cas de mort d'une personne, le dommage réparable comprend les frais qui en résultent, notamment ceux de l'inhumation.

Lorsque la mort a privé des personnes de leur soutien, ce dommage est également réparable ».

En cas de décès, les proches peuvent invoquer le préjudice réfléchi qui résulte pour eux de la perte d'un soutien économique. Un auteur distingue le préjudice réfléchi ou indirect par rapport à l'événement initial (une personne est contaminée après une transfusion rendue nécessaire par un accident de voiture) du préjudice indirect par rapport à la personne victime⁷²¹. Un autre auteur définit le préjudice réfléchi comme celui qui résulte du dommage directement causé à une autre personne que celle qui demande réparation et propose également de décrire les préjudices en chaîne (ex. la contamination suite à l'accident de voiture) par le terme de « *dommages subséquents* »⁷²². Le droit suisse confère aux proches de la victime un droit propre à réparation du dommage réfléchi. *A contrario*, le préjudice réfléchi

⁷²⁰G. VINEY, Le dommage indirect ou par ricochet en droit français, O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, Zurich, 1991, p. 249-273.

⁷²¹P. GIOVANNONI, le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile comparé aux droits allemand et français, op. cit. (p. 170).

⁷²²P. TERCIER, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, op. cit. (p. 163), spéc. p. 241.

n'est pas indemnisable en dehors de cette hypothèse légale⁷²³. Cette solution étant fondée sur l'idée que des limites doivent être posées à la responsabilité civile⁷²⁴. Elle a été remise en question dans les années 1970 par la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a notamment admis la réparation de préjudice économique pur⁷²⁵. Depuis, comme l'indique un auteur, la réparation du préjudice par ricochet est limitée, non plus au regard de la condition de causalité, mais au regard de la théorie de l'illicéité⁷²⁶. De la sorte, les préjudices par ricochet résultant d'une atteinte à un droit absolu tel la vie ou la santé sont susceptibles d'indemnisation, tandis que les « *préjudices économiques purs* » ne sont réparables que sous certaines conditions⁷²⁷.

370 En droit français, l'admission de la réparation du préjudice réfléchi a donné lieu à discussion⁷²⁸, d'abord à propos de la recevabilité de l'action en réparation de proches de la victime ne faisant pas partie des proches « *légaux* », telle la concubine⁷²⁹, puis à propos du préjudice moral réfléchi ou préjudice moral par ricochet. La réparation du préjudice par ricochet est aujourd'hui admise⁷³⁰. Un auteur français a relevé la différence terminologique entre le droit suisse et le droit français : le droit suisse appellerait « *dommage indirect* » celui qui résulte de l'atteinte subie par une personne autre que celle qui demande réparation tandis que le droit français emploierait plutôt le terme de « *préjudice par ricochet* »⁷³¹.

2. La perte de chance

371 En droit suisse, la perte de chance ne constitue pas un préjudice indemnisable⁷³², contrairement au droit français. La notion de perte de chance désigne l'hypothèse dans laquelle la victime avait la possibilité d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage, possibilité définitivement exclue par le fait de celui dont la responsabilité est recherchée.

⁷²³P. TERCIER, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, op. cit. (p. 163), p. 251 et s. indique que les demandes en réparation du préjudice moral indirect sont rares et donne quelques exemples de refus d'indemnisation, notamment le cas d'une mère qui demandait réparation du tort moral subi à la suite de l'atteinte à l'honneur dont avait été victime sa fille à qui le curé du village avait refusé la communion.

⁷²⁴P. GIOVANNONI, Le dommage par ricochet en droit suisse, in O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, Zurich 1991, p. 239-248, spéc. p. 241 et s.

⁷²⁵Sur cette notion qui sera développée dans le cadre de l'étude de la notion d'illicéité en droit suisse, v. infra, §. 437, p. 218 et s.

⁷²⁶P. GIOVANNONI, ib., spéc. p. 244 et s.

⁷²⁷Pour plus de précisions, v. les développements infra, §. 437, p. 218 et s.

⁷²⁸G. VINEY, Le dommage indirect ou par ricochet en droit français, op. cit. (p. 190), spéc. p. 251 et s.

⁷²⁹V. les conclusions de M. l'avocat général LINDON sur Cass. ch. mixte, 27 février 1970, JCP. EG. 1970. II. 16305.

⁷³⁰La discussion ne portait pas tant sur la réalité du préjudice subi par les proches du fait du décès de l'un des leurs, que sur l'admission du principe de la réparation pécuniaire du préjudice moral, et sur les personnes habilitées à agir en responsabilité. H. M. note sous Cass. civ. 2e, 5 janvier 1973, GP. 26 avril 1973, p. 304-305. G. VINEY, ib.

⁷³¹G. VINEY, ib.

⁷³²E. W. STARK, Die "Perte d'une chance" im schweizerischen Recht, O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, Zurich 1991 p. 101-109, spéc. p. 107 et s.

L'exemple typique de la perte de chance résulte de la responsabilité professionnelle des avocats qui n'ont pas accompli toutes les diligences nécessaires pour que leur client ne perde pas son procès à coup sûr en laissant passer le délai imparti pour faire appel. Le dommage se résume à une perte de chance car nul n'est jamais certain de gagner un procès, mais il est certain que la négligence ou la légèreté de l'avocat rend certain l'échec de la procédure entreprise. Les avocats n'ont pas le monopole du défaut de diligence, aussi un entrepreneur qui avait à maintes reprises demandé à son courtier en assurance de faire le nécessaire pour garantir son fonds de commerce par une assurance de dommage peut engager sa responsabilité contractuelle en raison de la perte de chance d'être couvert contre l'incendie qui a détruit le fonds⁷³³. On peut reprocher à cette notion son caractère approximatif : il s'agit ici de probabilité. Cependant, il est évident que cette notion correspond à une réalité économique et surtout psychologique. L'exemple type est la perte de chance de gagner un procès : le succès judiciaire est toujours incertain, en revanche les lacunes de l'avocat rendent certain l'insuccès⁷³⁴. En d'autres termes, l'enjeu est au départ affecté d'un aléa, mais le fait du responsable « transforme l'aléa en certitude »⁷³⁵.

372 En droit français, la lecture des arrêts relatifs à la responsabilité des professionnels du droit, tels les avocats, montre que le juge examine très sérieusement si l'avocat aurait pu agir différemment et l'impact que son action aurait alors pu avoir. L'avocat n'est pas responsable si le moyen de droit qu'il lui est reproché de n'avoir pas soulevé se révèle inopérant⁷³⁶. En revanche, lorsque la situation de droit aurait pu être différente si l'avocat avait agi, le dommage que constitue la perte de chance est réparé⁷³⁷.

373 La notion de perte de chance n'est pas visée par le projet de réforme suisse, mais elle est évoquée dans le cadre des dispositions de l'article 56d AP qui permettent au juge de

⁷³³V. par ex. CA Colmar, 5 novembre 2008, RG 06/01870, inédit. Nous remercions M. le conseiller Ph. ALLARD qui a attiré notre attention sur cette décision.

⁷³⁴Pour un exemple, v. Cass. civ. 2e, 7 mai 2008, n°07-11844 : la victime d'un accident du travail n'a pu obtenir réparation du préjudice causé par la faute inexcusable de son employeur par suite du manquement de son avocat qui a agi devant un tribunal matériellement incompétent, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 au lieu de fonder son action sur la législation sociale, à la suite de quoi l'action a été déclarée prescrite par la juridiction régulièrement saisie.

⁷³⁵F. CHABAS, La perte de chance en droit français, in O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, Zurich 1991 p. 131 et s. spéc. p. 139-140. Pour un exemple voir Cass. civ. 2e, 5 avril 2007, n°06-16763 ; RCEA. 2007/7-8, comm. 210, p. 15.

⁷³⁶Cass. civ. 1re, 31 janvier 2008, n°04-20151 : la lecture du rapport et de l'avis montrent que les magistrats examinent de façon très poussée la pertinence des arguments qu'il est reproché à l'avocat de n'avoir pas soulevés.

⁷³⁷V. par ex. CA Paris, 13 juin 2006, RG n°02/05972 : l'avocat qui n'a pas entrepris l'huissier à fin de signification d'un jugement, de ce fait périmé et qui cause ainsi à son client une perte de un million huit cent mille FF, est condamné à l'indemniser à hauteur de 100.000 euros.

fixer l'étendue de la réparation en fonction du degré de vraisemblance⁷³⁸. Elle a été catégoriquement rejetée par le Tribunal fédéral par un arrêt du 13 juin 2007⁷³⁹. Une personne n'avait pas été soignée aussi rapidement qu'elle aurait pu l'être, le médecin urgentiste n'ayant pas réagi immédiatement. La victime prétendait que la perte de chance constituait un dommage en soi, et que la réparation de la perte de chance était déjà admise en matière de marchés publics et en cas d'atteinte à l'avenir.

374 le projet de réforme français, en revanche, consacre expressément la notion de perte de chance. L'article 1346 du projet CATALA dispose que « *La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ». On voit que cette disposition ne se préoccupe pas de la notion même de perte de chance qui est donc une notion intériorisée au point qu'elle n'appelle pas davantage de précision, mais de l'étendue du dommage réparable qui en résulte. Le texte porte sur la question pratique qui appelle une précision : l'étendue du dommage résultant de la perte de chance. Le texte ne précise pas, mais c'est de bon sens, que ce préjudice distinct ne saurait être évalué à un montant supérieur à celui qu'aurait pu atteindre l'avantage qu'aurait procuré la réalisation de la chance perdue.

375 On estime en effet que « *cette chance avait une valeur* »⁷⁴⁰. Toute la question est alors d'apprécier cette valeur, qui ne peut jamais équivaloir à la totalité de la valeur du résultat attendu. Dans la mesure où il s'agit d'évaluer à la fois l'existence du dommage et son étendue, le juge n'est pas tenu de solliciter les observations des parties lorsqu'il considère qu'il y a perte de chance et n'accorde qu'une réparation partielle⁷⁴¹. Ainsi, lorsque le défaut de diligence d'un courtier d'assurance a eu pour conséquence que la victime du dommage n'était pas garantie ou pas aussi bien garantie qu'elle le croyait au moment du sinistre, la jurisprudence alloue une indemnité qui est basée sur le montant du préjudice total et diminuée à proportion de la probabilité. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt du 19 juin 2008 censure la Cour d'appel qui indemnise intégralement un préjudice « *alors que la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »⁷⁴². Le dommage résultant de la perte de chance est forcément

⁷³⁸REAP p. 41 et p. 246.

⁷³⁹ATF 133 III 462, cons. 3.

⁷⁴⁰PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, Les obligations, 1952, p. 748.

⁷⁴¹Sur ce point, il semble qu'il y ait une divergence entre la première chambre civile qui admet que le juge saisi d'une demande de réparation d'un dommage estime de lui-même qu'il y a en réalité perte de chance (Cass. civ. 1re, 18 septembre 2008, n°06-17859) et la chambre commerciale (Cass. com. 1er juillet 2008, n°07-17729) qui censure les juges du fond ayant relevé d'office que le préjudice s'analyse en réalité en une perte de chance.

⁷⁴²Cass. civ. 2e, 19 juin 2008, n°07-16295.

moindre que le dommage qui aurait résulté de la perte d'une situation acquise⁷⁴³, mais le texte devrait préciser la notion même de perte de chance, non par nécessité juridique, car les solutions du droit positif sont établies de longue date, mais par pédagogie.

Si l'intensité du lien de causalité influe sur le principe et l'étendue du dommage réparable, elle est aussi en relation avec le fait de rattachement.

B Causalité et fait de rattachement

376 Il est exact de relever que l'appréciation du rapport de causalité dépend du fait de rattachement considéré. Un auteur français indique que c'est la faute « *qui fournit une barrière à l'extension excessive de la responsabilité* » et que par conséquent, « *on peut se contenter d'une appréciation assez lâche en matière de causalité* »⁷⁴⁴.

377 En revanche, en matière de responsabilité objective, la faute ne joue plus ce rôle de filtre et dans la mesure où il s'agit d'une construction visant à indemniser certains dommages mais non tout dommage, il convient d'apprécier beaucoup plus strictement le rapport de causalité entre le fait de rattachement et le dommage. Cette appréciation dépendra effectivement de l'objectif poursuivi par le législateur qui aura établi le régime de responsabilité objective simple ou aggravée.

378 Certes, si, comme l'expose le rapport explicatif du projet de réforme suisse, « *le rattachement de l'effet constaté à la cause incriminée s'opère au regard du chef d'imputation* », l'appréciation du juge constitue bien un jugement de valeur⁷⁴⁵. Le juge concrétise la norme abstraite posée par le législateur. Pour les auteurs du projet de réforme, l'examen de la causalité « *doit bien plus s'inscrire dans une démarche normative. Pour chaque cas, il s'agit de définir la portée de la norme à appliquer, afin d'arrêter si celle-ci couvre encore le dommage survenu. C'est dire que la causalité juridique est liée au fondement, donc au chef d'imputation de la responsabilité* »⁷⁴⁶. Effectivement, à défaut d'être mathématiquement déterminable, à défaut de précision, cette directive est compréhensible. Cependant, les acrobaties doctrinales que suscitent la notion de causalité en matière de responsabilité objective montrent que ce système n'est pas le plus approprié pour assurer l'indemnisation des victimes. La réparation de certains dommages, tel le dommage corporel, devrait exclusivement relever d'un régime d'assurance obligatoire sans passer par le détour de

⁷⁴³Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 388 et s. n°1419.

⁷⁴⁴G. MARTY, La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise, et française), op. cit. (p. 184), spéc. p. 710.

⁷⁴⁵REAP p. 112.

⁷⁴⁶REAP p. 111.

la responsabilité civile et de l'assurance de responsabilité⁷⁴⁷. Le souci de lisibilité de la norme aurait dû également conduire à préciser à la suite de l'article 47 AP que parce qu'elle est une notion juridique, la causalité peut être présumée⁷⁴⁸ et qu'elle peut être partielle. Ces deux mécanismes jouent un rôle non négligeable et une construction systématique de la responsabilité civile devrait au moins indiquer les outils qu'elle utilise, à charge pour le juge de choisir quand les utiliser à bon escient.

La considération du fait de rattachement aura une influence sur la preuve du lien de causalité (1.) ainsi que sur l'intensité causale requise pour mettre en jeu la responsabilité civile du responsable recherché (2.).

1. La présomption de causalité

379 En droit français, comme en droit suisse, c'est en principe à celui qui invoque l'existence d'un lien de causalité entre le fait et le dommage d'en apporter la preuve⁷⁴⁹. Il peut cependant arriver que la relation de causalité soit présumée.

380 Ainsi, en droit français, la causalité entre le fait générateur et le dommage peut être présumée, conformément à l'article 1353 du Code civil⁷⁵⁰. En matière de contamination par le virus de l'hépatite C due à une transfusion de produit sanguin, la Cour de cassation a admis la preuve du lien de causalité par l'exclusion de toute autre cause de contamination. Par un arrêt du 9 mai 2001, la première chambre civile de la Cour de cassation décide que

*« lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine, dont la responsabilité est recherchée, de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis étaient exempts de tout vice »*⁷⁵¹.

Cette présomption de causalité sera consacrée par le législateur à l'article 102 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁷⁵².

⁷⁴⁷Remarque déjà formulée par G. MARTY, op. cit. (p. 184), p. 712 : « il est dangereux de pratiquer l'assurance des victimes par l'intermédiaire de la responsabilité (...), il serait préférable, en laissant la responsabilité dans son domaine propre, de pratiquer directement la socialisation des risques lorsqu'on l'estime nécessaire ».

⁷⁴⁸Le projet de réforme suisse contient une norme de présomption de causalité à l'article 56d mais il nous semble critiquable de rejeter ce texte aussi loin alors qu'il est nécessaire à la compréhension du mécanisme de la causalité. Surtout, le texte en question envisage la preuve du dommage et la preuve du lien de causalité, pourquoi ne pas ajouter ces deux règles à la suite de celles relatives respectivement au dommage et à la causalité ?

⁷⁴⁹Article 8 du CCS et article 1315 du Code civil.

⁷⁵⁰Cass. civ. 1re, 22 mai 2008, n°05-20317 : présomption du lien causal entre vaccination et sclérose en plaque, rapport J.-L. GALLET, Avis D. SARCELET.

⁷⁵¹Cass. civ. 1re, 9 mai 2001, n°99-18161, Bull. n°130, Cass. civ. 1re, 17 juillet 2001, n°00-10883, Bull. n°234. Pour la solution antérieure, v. par ex. Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, n°98-10007, Bull. n°108.

⁷⁵²« En cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang.

Plus récemment, la même solution a été retenue s'agissant des enfants exposés au Distilbène dans l'utérus maternel. Lorsque l'exposition au produit est établie, en l'absence de preuve de l'existence d'une autre cause, le laboratoire est présumé responsable des conséquences caractéristiques que présentent ces enfants, à savoir des malformations graves de la zone uro-génitale⁷⁵³.

Ces hypothèses de présomption de causalité sont des cas particuliers. Toutefois, l'article 1353 du Code civil offre de façon général au juge le moyen de présumer l'existence du lien de causalité.

381 En droit suisse, la charge de la preuve du lien de causalité incombe en principe à la victime, mais la jurisprudence admet que la vraisemblance peut suffire⁷⁵⁴. Dans les cas où la preuve du caractère causal du fait générateur est difficile voire impossible à rapporter, le droit peut établir une présomption, plus ou moins forte, de causalité. Le projet de réforme suisse indique à l'article 56d (Fardeau de la preuve et présomption de fait) que

« 1 La preuve du dommage et celle du rapport de causalité incombent à la personne qui demande réparation.

2 Si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante ; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance ».

382 Il serait plus opportun d'indiquer à la suite du texte posant la condition de l'exigence de causalité entre le fait de rattachement et le dommage, les dispositions relatives à la charge de la preuve, tant celle du droit commun⁷⁵⁵ que l'exception de la présomption de causalité. Cette disposition s'insérerait parfaitement avant la disposition relative aux causes d'interruption de la causalité car la preuve de ce que la présomption de causalité n'est pas fondée permet au responsable recherché de se dégager de la responsabilité qu'on lui impute.

À cet endroit également, il serait utile de mentionner à titre d'exemple non limitatif la

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur ».

⁷⁵³Cass. civ. 1re, 24 septembre 2009, n°08-16305, à paraître au Bulletin : dans cette affaire, la victime avait pu démontrer qu'elle avait été exposée au produit, la cour de cassation censure les juges du fond qui ont rejeté sa demande d'indemnisation en l'absence de preuve par le laboratoire de ce que le dommage, en l'espèce un cancer, était dû à une autre cause. Cass. civ. 1re, 24 septembre 2009, n°08-10081, à paraître au bulletin : la victime n'avait pu prouver qu'elle avait été exposée *in utero* au Distilbène, la Cour de cassation censure les juges du fond qui ont accueilli son action en réparation alors que sa maladie pouvait être due à une autre cause. Chr. RADE, Les « filles du Distilbène » victimes de discriminations, RCEA. 2009/11, étude 15.

⁷⁵⁴F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 53, n°209 et s.

⁷⁵⁵Encore qu'il ne soit peut-être pas utile de rappeler la règle posée en droit français par l'article 1315 du Code civil et en droit suisse l'article 8 du CCS.

présomption de causalité qui doit peser sur les membres d'un groupement dont l'un des membres est cause du dommage mais sans qu'il soit possible de déterminer la personne exacte du responsable.

383 Le projet de réforme suisse fait disparaître la disposition de l'actuel article 50 alinéa premier du Code des obligations relatif à la faute commune⁷⁵⁶. Ce texte vise l'hypothèse dans laquelle plusieurs personnes causent ensemble un dommage par leur faute commune. C'est un texte ancien, la disposition figurait en effet dans le Code des obligations de 1881⁷⁵⁷. Sans être totalement satisfaisant⁷⁵⁸, ce texte était néanmoins un progrès par rapport aux dispositions du Code civil qui mettent la victime dans l'impossibilité d'obtenir réparation si elle ne peut prouver la faute d'un ou de plusieurs membres du groupe⁷⁵⁹.

384 Il serait donc utile d'insérer à la suite d'un article posant le principe de l'admission des présomptions de causalité, un alinéa indiquant que lorsque le dommage a été causé par un membre inconnu d'un groupement déterminé qui n'a pas la personnalité morale, les membres de ce groupement sont présumés l'avoir tous causé⁷⁶⁰ et en répondent *in solidum* sauf à prouver qu'ils n'ont pas pu causer le dommage.

2. La causalité partielle

385 Il serait préférable de ne pas employer le terme « *causalité partielle* » car il s'agit en réalité d'hypothèses dans lesquelles le rapport de causalité est total mais les causes multiples.

La jurisprudence illustre de toutes les façons possibles la notion de causes multiples : pluralité d'auteurs, co-action du responsable recherché et d'un tiers, co-action du responsable recherché et du fait de la victime, co-action d'un cas fortuit et des autres causes. Les errements consistant à admettre la notion de force majeure partielle seront présentés dans le cadre de la notion de force majeure.

⁷⁵⁶ « Lorsque plusieurs ont causé un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice ».

⁷⁵⁷ Code des obligations de 1881, FF. du 18 juin 1881, article 60 :

« Lorsque plusieurs individus ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice.

C'est au juge qu'il appartient d'apprécier si et dans quelles limites celui qui a payé doit pouvoir exercer un recours contre ses coobligés.

Le fauteur du délit perpétré n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération ».

⁷⁵⁸ Le texte vise la faute, ce qui implique que l'on puisse reprocher un manquement à chacun des membres du groupe, et non qu'un seul ait commis une faute dont répondent tous les membres du groupe tant que ce faitif demeure inconnu.

⁷⁵⁹ Pour des illustrations jurisprudentielles, lire Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit. (p. 64), p. 461 et s., n°1721 et s., G. VINEY, P. JOURDAIN, *Conditions de la responsabilité*, op. cit. (p. 87), p. 236 et s., n°374 et s.

⁷⁶⁰ Proposition soutenue par Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit. (p. 64), p. 463, n°1732, G. VINEY & P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, p. 245, n°380.

Il est des cas dans lesquels les agissements de différentes personnes concourent à la réalisation du même dommage. La victime a alors la possibilité de demander réparation à chacun des auteurs du dommage. Cette possibilité est basée en droit suisse comme en droit français sur la solidarité imparfaite (voir infra la pluralité de responsabilités ou coresponsabilité). Parmi ces coauteurs peut figurer la victime elle-même.

a Le fait de la nature ou d'un tiers

386 S'agissant de responsabilité de plein droit, ces faits ne peuvent être pris en compte que s'ils présentent les caractères de la force majeure. Le fait du tiers peut éventuellement permettre au responsable qui aura été condamné à indemniser la victime l'exercice d'une action récursoire pour la part du dommage qui peut être attribuée au tiers⁷⁶¹. En revanche, lorsqu'il y a concours entre une faute et l'un de ces faits, une réduction des dommages-intérêts est possible en droit suisse sur le fondement de l'article 44 COS. À défaut, le responsable répond seul envers la victime.

b Le fait de la victime

387 Le fait de la victime peut être une faute, il peut également s'agir d'un fait non fautif telle la prédisposition, et il joue un rôle différent selon qu'il s'agit d'un régime de responsabilité pour faute ou d'un régime de responsabilité objective.

En droit français, s'agissant de la faute de la victime et en matière de responsabilité de plein droit⁷⁶², telle celle du gardien de la chose, la jurisprudence a admis la réduction de la réparation (désignée par le terme d'exonération partielle) puis a décidé qu'il ne pouvait être exonératoire que s'il présentait les caractères de la force majeure⁷⁶³. Il en va de même lorsque

⁷⁶¹Sur les règles régissant la répartition du dommage en cas de coresponsabilité, v. infra les développements consacrés à la pluralité de responsabilité, infra p. 426 et s.

⁷⁶²Ou responsabilité objective, ou « *responsabilité sans faute prouvée* » pour reprendre les termes du conseiller rapporteur, B. PETIT, sur l'arrêt de l'Assemblée plénière du 14 avril 2006.

⁷⁶³Pour une application au cas du gardien de la chose, v. par ex. Ass. pl. 14 avril 2006, n°04-18902 Bull. n°5 : une femme se suicide en se jetant sous une rame, faute imprévisible et irrésistible qui exonère la RATP, gardien de la chose, de toute responsabilité. BICC n°643, rapp. B. PETIT, avis. R. DE GOUTTES ; L. AYNES & Ph. STOFFEL-MUNCK, Le retour à la condition d'imprévisibilité pour caractériser la force majeure contractuelle, Droit et Patrimoine 2006, n°152, p. 99-101 ; L. BLOCH, Force majeure : le calme après l'ouragan ?, RCEA. 2006/6, étude 8, p. 5-8 ; Ph. BRUN et P. JOURDAIN, chron. de responsabilité civile, D. 2006, p. 1933 ; R. DE GOUTTES, concl. sur Ass. pl. 14 avril 2006, GP du 9 juillet 2006, n°190, p. 7-16 ; B. FAUVARQUE-COSSON, Droit des contrats (octobre 2005/septembre 2006), D. 2006, p. 2645 ; I. GALLMEISTER, Les critères de la force majeure dans la responsabilité délictuelle, D. 2006, p. 1131 ; P. GROSSER, Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matière délictuelle et contractuelle, JCP. 2006. EG. II. 10087 ; P. JOURDAIN, Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire, D. 2006, p. 1577-1582 ; P. JOURDAIN, Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 14 avril 2006, RTDciv. 2006, p. 775-778 ; Y.-M. LAITHIER, Les caractères de la force majeure : l'Assemblée plénière défend la conception classique, RDC. 2006, p. 1083 ; C. LEGROS, Les transports, contrats et responsabilités, JCP. 2006. E. 2224, n° 11 ; Y. LE MAGUERESSE, De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle, LPA. 6 juillet 2006, n°134, p. 14-22 ; L. LEVENEUR, La Cour de cassation rappelle deux des trois critères classiques, Ccc. 2006/8, comm. 152 ; M. MEKKI, La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, RLDC. 2006, n°29, p. 17-23 ; D. NOGUERO, La maladie du débiteur cas de force

la responsabilité recherchée est celle du débiteur d'une obligation de sécurité de résultat. En droit français, lorsque la responsabilité recherchée l'est sur la base de la faute, la jurisprudence admet la réduction de la réparation en proportion de la faute de la victime⁷⁶⁴.

388 En droit suisse, le fait de la victime qui est la cause prépondérante du dommage interrompt la relation de causalité et libère par conséquent le responsable recherché. Lorsque le fait de la victime a concouru partiellement à la réalisation du dommage, c'est une cause de réduction des dommages-intérêts conformément à l'article 44 actuel du COS et à l'article 52 du projet de réforme suisse⁷⁶⁵. Le fait de la victime qui a concouru au dommage peut éventuellement être pris en compte pour minorer les dommages-intérêts.

S'agissant du fait d'un incapable ou du rôle joué par une prédisposition constitutionnelle de la victime, le Tribunal fédéral répugne à leur reconnaître valeur exonératoire⁷⁶⁶.

389 La jurisprudence française a hésité sur le point de savoir si le fait de la victime, même non fautif, pouvait exonérer le responsable du fait des choses. La question peut aussi être rattachée à l'adage *Nemo Auditur*, lorsque la victime se trouve en situation irrégulière, mais sans que ce soit la cause du dommage. Actuellement le débiteur d'une obligation de sécurité de résultat ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en rapportant la preuve d'un cas de force majeure. La faute de la victime qui ne présente pas les caractères de la force majeure n'a pas de conséquence sur la responsabilité.

390 L'acceptation des risques désigne en réalité la situation dans laquelle la victime s'est exposée au danger, accroissant ainsi le risque dont la réalisation aura conduit au dommage ; autrement dit, ce fait « joue lui-même de l'idée de risque »⁷⁶⁷. L'acceptation des risques a un temps été considérée par la jurisprudence comme exclusive de la mise en œuvre du régime de responsabilité de plein droit de l'article 1384 alinéa 1er. Il s'agissait en réalité de ne pas faire peser de façon trop lourde une responsabilité pour risque sur l'un alors que la victime

majeure, D. 2006, p. 1566 ; E. SAVAUX, Chron. de jurisprudence générale, Defr. 2006, n° 15, p. 1212 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, chron. JCP. 2006. EG. I. 166, n°17 ; G. VINEY, La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ? RDC. 2006, p. 1207.

⁷⁶⁴La jurisprudence française emploie alors le terme d'exonération partielle, v. par ex. Cass. civ. 2e, 29 avril 1969, Cie La Paternelle c/ époux Ribaud et a., JCP. EG. II. 16088.

⁷⁶⁵Article 52 alinéa 1er AP : « Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage ».

⁷⁶⁶ATF 96 II 359 ; ATF 113 II 86, cons. Ib, p. 89 ; TF n°416/99 du 22 février 2000 c.2, TF n°4C.215/2001 15 janvier 2002, cons. 3b.

⁷⁶⁷P. ESMEIN, De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident, RTDciv. 1938, p. 387-401, spéc. p. 390.

avait bénéficié de cette activité⁷⁶⁸. L'hypothèse classique a été l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation qui agissaient en responsabilité contre leur chauffeur, antérieurement à la loi du 5 juillet 1985. En l'absence de faute, la responsabilité du fait des choses pouvait permettre une indemnisation, mais cette solution était singulièrement rigoureuse envers le conducteur non assuré.

c L'obligation de minimiser le dommage

391 Il s'agit ici de l'hypothèse dans laquelle le dommage est réalisé, mais la victime aurait pu en circonscrire l'étendue en prenant des mesures appropriées. En droit des assurances, la distinction est également faite entre mesures préventives et mesures de sauvegarde⁷⁶⁹. Dans quelle mesure l'obligé à réparation doit-il répondre de l'abstention de la victime ? En droit suisse, cette question ne se limite pas aux rapports entre responsable et victime, mais concerne tous ceux qui seront susceptibles d'assumer la charge du dommage : assureur responsabilité civile de l'auteur du dommage, assurances sociales devant prendre en charge l'invalidité temporaire ou définitive de la victime, assureur de dommage. En droit français, le lien n'est que rarement fait en doctrine entre l'étendue de l'obligation à réparation déterminée au regard du comportement de la victime, et la couverture assumée par les différents mécanismes de socialisation du dommage⁷⁷⁰. Pourtant, en pratique, ce sont fréquemment les assureurs ou les garants qui contestent l'étendue de leur obligation : assurance automobile⁷⁷¹, EFS⁷⁷², CIVI et donc Fonds de garantie⁷⁷³.

⁷⁶⁸V. par ex. Cass. civ. 2e, 9 mars 1962, note R. SAVATIER, D. 1962, p. 625-627.

⁷⁶⁹L. MAYAUX, *Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances*, RGDA. 2003, p. 269 et s.

⁷⁷⁰L. MAYAUX, op. cit., J. KULLMANN, *Minimiser son dommage*, Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT, *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, Dalloz 2002, p. 243-254.

⁷⁷¹Cass. civ. 2e, 19 mars 1997, n°93-10914, Bull. n°86 ; J. HAUSER, *Du respect du corps humain*, RTDciv. 1997 p. 632 ; P. JOURDAIN, *Quelle est l'incidence du refus, par la victime, d'une intervention chirurgicale sur l'indemnisation de son dommage ?* RTDciv. 1997 p. 675. La victime d'un accident de la circulation se voyait reprocher son refus de soin pour réduire la réparation, ce qu'avait rejeté la Cour d'appel, énergiquement approuvée par la Cour de cassation au visa de l'article 16-3 du Code civil au motif que nul ne peut être contraint hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale.

Cass. civ. 2e, 19 juin 2003, n°01-13289, Bull. 203, p. 171 ; M.-A. AGARD, *Ne t'aide pas, le ciel t'aidera quand même !*, RCEA. 2004, chron. 2, p. 6-7 ; J.-L. AUBERT, *La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?* RJDA. 2004/4, p. 355 -359 ; C. CASTETS-RENARD, *La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable*, JCP. EG. 2003. II. 10170 ; F. CHABAS, *Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, Droit et Patrimoine 2003 n°120, p. 83 ; J.-P. CHAZAL, « L'ultra-indemnisation » : une réparation au-delà des préjudices directs*, D. 2003 p. 2326 ; Y. DAGORNE-LABBE, *Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice ?* LPA, 31 décembre 2003, n°261, p. 17 et s. ; P. JOURDAIN, *La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage*, obs. RTDciv. 2003, p. 716-720 ; J. LANDEL, *note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, RGDA. 2003, p. 504 et s. ; D. MAZEAUD, La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage*, D. 2004 p. 1346 ; S. REIFEGERSTE, *La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage*, LPA. 2003, n°208, p. 16 ; E. ROSENFELD & Chr. BOUCHEZ, *note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, GP. du 8 octobre 2003, n°281, p. 9-13 ; obs. G. VINEY, JCP. EG. 2004. I. 101, n° 9.*

⁷⁷²Cass. civ. 1re, 3 mai 2006, n°05-10411.

⁷⁷³Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, Bull. n°26.

392 Les hypothèses dans lesquelles la question de l'existence à la charge de la victime d'une obligation d'adopter les mesures raisonnables de nature à éviter l'aggravation du dommage, voire à le diminuer, sont variées et appellent sans doute une réponse différenciée : il peut s'agir d'une personne contaminée par le virus de l'hépatite C et qui refuse de prendre son traitement⁷⁷⁴, ou du propriétaire d'un fonds de commerce qui refuse de le donner en location-gérance alors qu'il n'est plus en mesure de l'exploiter⁷⁷⁵. Il peut aussi s'agir de la victime d'un dommage corporel ou bien d'un cocontractant, partie à un contrat de fournitures.

393 Présente en droit anglo-saxon⁷⁷⁶, une telle obligation est expressément prévue par l'article 77 de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : *« la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée »*. Une telle obligation est également expressément prévue par les principes UNIDROIT⁷⁷⁷ et le projet LANDO^{778 779}. Si la convention de Vienne doit être mentionnée, c'est parce qu'il s'agit d'un texte de droit positif. Est-il nécessaire ou opportun d'introduire un principe identique en droit interne français ?

394 À cette question, une réponse négative a encore récemment été donnée par la Cour de cassation. Par un arrêt du 22 janvier 2009, la deuxième chambre civile de la Cour de

⁷⁷⁴Cass. civ. 1re, 3 mai 2006, n°05-10411 : la cour de cassation ne se borne cependant pas à affirmer l'absence d'obligation de modérer son dommage : *« mais attendu que la cour d'appel a constaté que l'affection dont était atteint M. X. avait un caractère essentiellement évolutif, que s'il refusait de subir de nouveaux traitements et présentait une asthénie, des vertiges, des vomissements et des céphalées, les chances d'effet positif de tels traitements n'étaient selon l'expert que de 50% et qu'il y avait lieu de tenir compte des spécificités physiologiques et psychologiques de M. X., âgé de 27 ans à la découverte de la contamination : qu'... elle en a exactement déduit que les éléments constitutifs d'un préjudice spécifique de contamination étaient réunis et que le refus de M. X. de se soumettre aux traitements préconisés, dès lors qu'il n'avait pas l'obligation de les suivre, ne pouvait entraîner ni la perte ou la diminution de son droit à indemnisation, ni la prise en compte d'une aggravation susceptible de découler d'un tel choix... »*.

⁷⁷⁵Cass. civ. 2e, 19 juin 2003, n°00-22302, Bull. n°203, p. 171.

⁷⁷⁶H. MUIR-WATT, La modération des dommages en droit anglo-américain, LPA. 20 novembre 2002, n°232, p. 45 et s.

⁷⁷⁷Article 7.4.8 : *« le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables »*.

⁷⁷⁸Article 9.505 al. 1er : *« le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant ... qu'il aurait pu réduire ce préjudice en prenant des mesures raisonnables »*.

⁷⁷⁹En revanche, une telle obligation ne figure pas dans les PETL. Ceux-ci envisagent le fait de la victime, cause du dommage :

« Art. 3:106. Causes incertaines dans la sphère d'influence de la victime.

La victime doit supporter ses pertes dans la mesure correspondant à l'incidence possible d'une activité, d'un événement ou toute autre circonstance, incluant des événements naturels, du moment que cette cause se trouve dans sa sphère d'influence ».

Un autre texte édicte une obligation d'agir préventivement :

« Art. 4:103. Devoir de protéger autrui d'un dommage.

Un devoir d'agir positivement pour protéger autrui d'un dommage peut exister lorsque la loi le prévoit ou lorsque l'auteur crée ou contrôle une situation dangereuse ou lorsque les parties entretiennent des relations particulières ou lorsque le caractère sérieux du dommage d'une part et le fait qu'il eut été aisé de l'éviter d'autre part, induit une telle obligation ».

cassation confirme son rejet de mettre à la charge de la victime une obligation de minorer son dommage⁷⁸⁰, antérieurement affirmé par deux arrêts du 19 juin 2003 dans les termes suivants :

« l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; ... la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »⁷⁸¹.

395 Il ressort des travaux préparatoires de l'arrêt de 2009, notamment l'étude du conseiller rapporteur, M. ADIDA-CANAC, et l'avis de l'avocat général, M. LAUTRU, que la Cour de cassation a non seulement envisagé les critiques doctrinales à l'encontre de sa jurisprudence, mais aussi les projets de réforme du droit des obligations.

396 Le projet de réforme CATALA a prévu à l'article 1373 nouveau du Code civil que *« Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique »*. Le rapport sénatorial sur la réforme de la responsabilité civile indique vouloir responsabiliser les victimes en instaurant *« l'obligation, pour la victime d'un préjudice non corporel, de diminuer ou de ne pas aggraver son dommage, étant précisé qu'il s'agirait d'une obligation de moyens, appréciée in concreto eu égard aux circonstances et à la personnalité de la victime »⁷⁸².*

397 En droit suisse, ce principe n'est pas légalement consacré mais la jurisprudence du Tribunal fédéral a déduit son existence de la possibilité légale pour le juge de réduire les dommages-intérêts en fonction de diverses circonstances dont le comportement de la victime.

⁷⁸⁰Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, Bull. n°26 ; S. SALEH & J. SPINELLI, La Haute juridiction écarte une nouvelle fois l'application de l'obligation de modérer le dommage en droit français de la responsabilité délictuelle, note sous Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, GP. 26 mars 2009, n°85, p. 10 et s. R. LOIR, La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ? D. 2009, p. 1114 et s.

⁷⁸¹Cass. civ. 2e, 19 juin 2003, n°01-13289, Bull. n°203 : en l'espèce, la victime d'un accident de la circulation agissait en réparation de l'aggravation de son préjudice corporel dû à l'accident d'automobile, la Cour de cassation censure la Cour d'appel qui a admis la réduction de l'indemnisation en estimant que la victime aurait dû se soumettre à la rééducation orthophonique et psychologique qui lui avait été prescrite. Dans le deuxième arrêt rendu le même jour, l'exploitant d'un fonds de commerce rendu incapable de l'exploiter en raison d'un accident de la circulation avait vu réduire son indemnité par la Cour d'appel au motif qu'il aurait pu le donner à exploiter à un tiers. Bull. 203, p. 171 ; M.-A. AGARD, Ne t'aide pas, le ciel t'aidera quand même !, RCEA. 2004, chron. 2, p. 6-7 ; J.-L. AUBERT, La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? RJDA. 2004/4, p. 355 -359 ; C. CASTETS-RENARD, La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, JCP. EG. 2003. II. 10170 ; F. CHABAS, Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, Droit et Patrimoine 2003 n°120, p. 83 ; J.-P. CHAZAL, « L'ultra-indemnisation » : une réparation au-delà des préjudices directs, D. 2003 p. 2326 ; Y. DAGORNE-LABBE, Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice ? LPA, 31 décembre 2003, n°261, p. 17 et s. ; P. JOURDAIN, La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage, obs. RTDciv. 2003, p. 716-720 ; J. LANDEL, note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, RGDA. 2003, p. 504 et s. ; D. MAZEAUD, La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage, D. 2004 p. 1346 ; S. REIFEGERSTE, La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage, LPA. 2003, n°208, p. 16 ; E. ROSENFELD & Chr. BOUCHEZ, note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, GP. du 8 octobre 2003, n°281, p. 9-13 ; obs. G. VINEY, JCP. EG. 2004. I. 101, n° 9.

⁷⁸²Rapport d'information n°558 du 15 juillet 2009, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, présenté Par MM. A. ANZIANI et L. BÉTEILLE, recommandation n° 20, et p. 67 et s.

Sur le fondement du principe posé par l'article 44 COS, le droit suisse, sans aller jusqu'à imposer à la victime de minorer son dommage, permet cependant au juge de tenir compte de toutes les circonstances pour apprécier l'opportunité d'une réduction de la réparation. En revanche, le droit suisse des assurances sociales comme privées permet d'opposer à la victime son inertie.

398 En droit français, la Cour de cassation a rejeté par deux arrêts du 19 juin 2003 l'obligation pour la victime de minorer son dommage. Un auteur a critiqué cette solution en relevant que la question avait été mal posée à la Cour de cassation car le droit français s'était de longue date intéressé à la définition du lien de causalité entre le préjudice et le fait causal, excluant notamment la réparation du surplus de dommage dû à l'impéritie de la victime⁷⁸³. Il est observé que cette solution ne porte en aucun cas atteinte au principe de la réparation intégrale puisque le préjudice dont il est demandé réparation n'est pas dû au fait causal, mais au fait de la victime, de sorte qu'il n'entre pas dans la définition du préjudice réparable⁷⁸⁴.

399 Comparativement, le Tribunal fédéral estime que l'obligation pour la victime de diminuer son dommage est un principe général du droit de la responsabilité civile et du droit des assurances⁷⁸⁵. En réalité, il s'agit de savoir si le dommage est dû en totalité au fait de l'agent ou bien si la victime a concouru à la réalisation ou à l'aggravation du dommage déjà réalisé en refusant de prendre les mesures raisonnablement exigibles. La jurisprudence illustre ce raisonnement. Une jeune femme de vingt trois ans qui est restée handicapée du pied gauche à la suite d'un accident de la circulation se voyait reprocher par l'assurance du conducteur de n'avoir pas diminué la perte de gain en abandonnant son activité pour adopter celle de magasinier-fleuriste⁷⁸⁶. Le Tribunal fédéral expose la doctrine juridique suisse en rattachant l'obligation de diminuer son propre dommage aux principes du droit de la responsabilité civile, et plus fondamentalement à la doctrine de l'abus de droit :

« la réduction ou le refus des dommages-intérêts doit intervenir, entre autres cas, lorsque la partie lésée n'a pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour diminuer le dommage. Cette règle concrétise le principe du ménagement dans l'exercice d'un droit, en

⁷⁸³J.-P. CHAZAL, op. cit.

⁷⁸⁴J.-P. CHAZAL, op. cit. Cependant, v. en sens contraire D. MAZEAUD, La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage, D. 2004, p. 1346 et s. dont la conclusion consiste à « regretter que l'obligation de minimiser le dommage n'ait pas trouvé, fût-ce à titre d'exception au principe de la réparation intégrale du préjudice, grâce aux yeux de la Cour de cassation, du moins en matière délictuelle ». R. LOIR, La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage, D. 2009, p. 1114 et s. partage cette analyse, de même que C. ANDRE, L'obligation de modérer le dommage en droit interne, D. 2002, p. 307, mais cet auteur confond acceptation des risques antérieurement à la réalisation du dommage, et impéritie de la victime qui a aggravé le dommage une fois celui-ci déjà réalisé.

⁷⁸⁵V. s'agissant des assurances sociales, infra §. 974, p. 469, et s'agissant des assurances privées, infra §. 1016, p. 488.

⁷⁸⁶TF. 1re cour civile, 26 juin 2006, n°4C.83/2006.

l'occurrence le droit du lésé d'exiger réparation, qui est consacré par l'art. 2 CC. Conformément à un principe général du droit de la responsabilité civile, le lésé doit supporter lui-même le dommage dans la mesure où son étendue lui est personnellement imputable. Il en résulte que la réparation due par l'autre partie ne s'étend qu'au dommage moins important qui subsisterait si le lésé avait satisfait à son devoir de diminuer le dommage effectif ».

400 Comme en matière de vente internationale de marchandises, il s'agit alors de savoir quelles sont les mesures exigibles de la victime afin de réduire le dommage ? Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral expose que :

« le devoir de diminuer le dommage, dans l'intérêt de la partie tenue à réparation, trouve ses limites dans ce qui est équitablement exigible du lésé. (...) En règle générale, l'étendue du devoir de limiter le dommage peut être déterminée par référence au comportement que le lésé adopterait dans l'hypothèse où il devrait assumer seul la totalité de ce même dommage ».

401 En réalité, la difficulté de la question n'est pas tant de savoir si la victime avait l'obligation d'agir, mais de savoir sur qui pèse la charge de la preuve et quelles sont les éléments devant être prouvés. S'agissant de la convention sur la vente internationale de marchandises, la doctrine dominante estime que la charge de la preuve pèse sur celui qui se prévaut de la violation par le créancier de l'incombance pesant sur lui⁷⁸⁷. En réponse aux éléments de preuve apportés par le débiteur, le créancier sera amené à justifier des mesures raisonnables qu'il aura adoptées en vue de minimiser le dommage.

402 À la lumière de ces deux corps de règles prévoyant l'obligation pour la victime de minimiser son dommage, on voit que le projet de réforme français ne va pas assez loin puisqu'il n'évoque pas la question de la répartition de la charge de la preuve⁷⁸⁸, et que le projet de réforme suisse aurait sans doute gagné en lisibilité en indiquant expressément aux particuliers l'obligation de diligence qui pèse sur eux, bien qu'ils soient victimes. L'article 52 AP dispose que :

« Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage ».

Une telle solution résulte de l'équité et du rôle spécifique que le législateur suisse a conféré au juge. Il n'empêche que la mention d'une telle obligation parmi les dispositions relatives au dommage aurait un rôle pédagogique, de la même façon qu'il est indiqué que le tort moral n'est réparable que si l'atteinte à la personnalité présente une certaine gravité⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷C. WITZ, Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, juillet 2006 – décembre 2007, D. 2008, p. 2620 et s.

⁷⁸⁸Projet de réforme français, article 1373 : « Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ».

⁷⁸⁹Projet de réforme suisse, article 45e « La personne qui subit une atteinte à sa personnalité a droit à satisfaction

Pour compléter ces dispositions, il conviendrait de préciser que la charge de la preuve de la violation de ce devoir de diligence pèse sur le responsable recherché, à charge pour la victime de contrer les preuves de sa passivité en démontrant qu'elle a accompli les mesures raisonnables qui s'imposaient à elle.

Il faudrait néanmoins ajouter une précision : imposer des soins à la victime d'un dommage corporel constitue une intrusion injustifiable dans sa sphère privée. Au nom d'intérêts économiques, on porte atteinte à la dignité de la personne humaine qui doit pouvoir conserver le droit de décider de ce qu'elle entend faire de son corps. En revanche, lorsque seuls des intérêts économiques sont en jeu, il est envisageable d'admettre la consécration d'une obligation de minoration du dommage. Cette prise en compte spécifique du préjudice corporel repose sur une distinction entre les différents types de préjudices, que l'on soit en matière contractuelle ou délictuelle. En effet, un contrat peut fort bien avoir pour résultante un préjudice corporel. Par conséquent, l'exclusion de l'obligation de minorer le dommage dans certains cas ne doit pas être basée sur la nature contractuelle ou délictuelle de l'action en responsabilité, mais bien sur le seul type de dommages considéré.

d Les dommages réciproques

403 Lorsque plusieurs personnes se causent réciproquement des dommages, ni le droit suisse, ni le droit français ne posent de règle générale pour indiquer la répartition de la charge du dommage entre les différentes victimes. Ainsi, lorsqu'un cheval qui divague parce que son propriétaire a omis de l'enfermer heurte un véhicule en circulation, le propriétaire de l'animal subit un dommage comme le propriétaire du véhicule endommagé⁷⁹⁰. Le projet de réforme suisse emploie, pour désigner cette hypothèse, le terme de collision de responsabilités.

404 Le rapport explicatif indique que des lois spéciales envisagent la question⁷⁹¹. Ainsi, l'article 61 de la LCR dispose que :

« 1 Lorsqu'un détenteur est victime de lésions corporelles dans un accident où sont impliqués plusieurs véhicules automobiles, le dommage sera supporté par les détenteurs de tous les véhicules automobiles impliqués, en proportion de leur faute, à moins que des circonstances spéciales, notamment les risques inhérents à l'emploi du véhicule, ne justifient un autre mode de répartition.

2 L'un des détenteurs ne répond envers l'autre des dommages matériels que si le lésé fournit la preuve que les dommages ont été causés par la faute ou l'incapacité passagère de discernement du détenteur intimé ou d'une personne dont il est responsable, ou encore par une défectuosité de son véhicule... ».

pour tort moral, si la gravité de l'atteinte, notamment les souffrances physiques ou psychiques, le justifie ».

⁷⁹⁰ ATF 85 II 143.

⁷⁹¹ REAP p. 164-165.

405 Le projet de réforme suisse propose de maintenir les règles actuelles, à savoir l'admission de l'action en réparation de toutes les personnes ayant subi et causé un dommage, ainsi que la réduction de la réparation à proportion des fautes. Pour tenir compte de l'introduction de la responsabilité pour risque sur le même plan que la responsabilité pour faute, le projet de réforme propose d'indiquer expressément à l'article 53a AP que « *Lorsque plusieurs personnes se causent réciproquement un dommage, celui-ci sera supporté par chacune d'elles en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui lui sont imputables* ».

406 Les auteurs du projet de réforme suisse n'ont pas eu besoin de préciser davantage la réglementation parce qu'elle résulte des règles applicables en cas de pluralité de responsabilités. Il peut être utile de permettre au juge d'inviter les parties à attirer à la procédure les autres co-victimes également co-responsables afin de juger l'ensemble de l'affaire de façon uniforme.

e Les conséquences de la pluralité de causes

407 La pluralité de causes alors qu'aucune d'entre elles n'interrompt le rapport de causalité, de sorte que le responsable recherché doit répondre du dommage, a pour effet soit l'obligation *in solidum* des coresponsables, soit l'obligation au tout du responsable concurrent avec un cas fortuit⁷⁹² ou d'un fait non fautif de la victime⁷⁹³, soit la réduction de la réparation à proportion de la part de responsabilité de la victime fautive.

408 En principe, la pluralité de causes n'a pas d'influence sur la position de la victime, sauf le cas de sa faute. Lorsque le dommage permet de rechercher la responsabilité de plusieurs, ils sont coresponsables⁷⁹⁴ et chacun d'entre eux est obligé au tout envers la victime. Le rapport explicatif du projet de réforme suisse indique que la réduction partielle de la responsabilité n'est pas expressément rattachée à la causalité⁷⁹⁵ mais l'article 52 AP reprend les mêmes termes que l'article 47a AP. Le projet de réforme a prévu à l'article 52 AP la possibilité pour le juge dans la fixation de la réparation, de tenir compte de la causalité⁷⁹⁶. La réduction de la réparation résulte d'une exonération partielle.

⁷⁹²J.-C. SAINT-PAU, JCL Civil, articles 1146 à 1155, 30 juillet 2004, fasc. 11-30, n°52 et les références citées.

⁷⁹³J.-C. SAINT-PAU, précité, n°70 : « *il ne suffit pas seulement de constater un partage de causalités, mais un véritable partage de responsabilités entre le débiteur et la victime* » pour qu'il y ait réduction de la réparation.

⁷⁹⁴Cf. infra p. 426 et s., La pluralité de responsabilités.

⁷⁹⁵REAP p. 54.

⁷⁹⁶REAP p. 54 et 2.5.2.

C L'interruption de la causalité

409 L'interruption de la causalité résulte de ce qu'il est convenu d'appeler causes d'exonération de la responsabilité⁷⁹⁷. En réalité, le terme est mal choisi parce que la responsabilité n'a pas encore été mise en jeu dans la mesure où la condition relative au lien de causalité n'est pas remplie. Il n'y a donc pas exonération de responsabilité mais absence de responsabilité à la suite d'une interruption du rapport de causalité.

410 La distinction doit être faite entre cette première situation et l'hypothèse dans laquelle la responsabilité semblait engagée, mais la révélation d'un fait a conduit à retenir le rôle prépondérant de ce fait dans la réalisation du dommage, sans tenir compte des faits qui l'avaient précédé. La doctrine suisse emploie alors le terme de « *causalité dépassante* » ou « *überholende Kausalität* »⁷⁹⁸. Ainsi, la tempête qui abat des arbres de sorte qu'ils encombrant le terrain du voisin est un cas de force majeure, mais si celui-ci s'abstient pendant deux ans et après mise en demeure, de procéder à l'enlèvement, le lien de causalité entre le cas de force majeure et le dommage n'existe plus et le propriétaire négligeant engage sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382⁷⁹⁹.

411 Les causes d'interruption de la causalité sont prévues par l'article 47a AP : « *Une personne est exonérée de toute responsabilité si un fait qui ne lui est pas imputable a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation, notamment une force majeure, un comportement ou un risque caractérisé imputables à un tiers ou à la personne lésée* ». Il aurait été préférable d'employer une formulation telle que « *la responsabilité recherchée ne peut être engagée lorsque la preuve d'une cause imprévisible et irrésistible interrompt le rapport de causalité entre le fait de rattachement et le dommage* », sans recourir au terme d'exonération qui devrait être réservé au cas dans lequel les conditions de la responsabilité pour faute sont réunies mais où le responsable peut établir l'existence d'un fait justificatif.

Comme l'indiquent les travaux de la Commission suisse, les causes d'exonération « *sont des circonstances extérieures qui ... permettent de constater que le lien supposé de cause à effet n'est*

⁷⁹⁷Les auteurs germanophones emploient les termes de « *Unterbrechungsgründe* », « *Entlastungsgründe* », « *Exceptionsgründe* », qui se traduisent littéralement comme « *Causes d'interruption* », « *causes de libération* », « *causes d'exception* ». Les auteurs français emploient également le terme d'exonération de responsabilité : par ex. F. CHABAS & F. GRÉAU, Force majeure, Encyclopédie Dalloz, avril 2007, n°1.

⁷⁹⁸P. GAUCH, Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts, op. cit. (p. 185), p. 230. L'auteur donne l'exemple du décès d'une personne qui s'avère n'être pas dû à la blessure que lui a infligé le prévenu mais à la crise cardiaque qui l'a foudroyé auparavant.

⁷⁹⁹Cass. civ. 2e, 5 février 2004, n°02-15206, note S. BEAUGENDRE, Voile sur la force majeure, D. 2004, p. 2520-2523. L'auteur relie l'admission de la responsabilité à l'effet partiellement exonératoire de la faute en cas de concours avec un cas de force majeure. Ici, il n'y a pas concours, mais une faute seule résultant de l'inaction prolongée.

finalement pas suffisamment solide pour justifier l'imputation du dommage à la personne initialement recherchée »⁸⁰⁰. Il y a donc interruption de la causalité et non exonération de la responsabilité puisque les conditions de celle-ci ne sont pas réunies. L'interruption de la causalité a pour effet d'interdire la mise en jeu de la responsabilité. En effet, la causalité est une condition générale de la responsabilité civile et lorsqu'elle fait défaut il est impossible d'engager la responsabilité de celui qui a été initialement recherché.

Par souci de clarté, la commission suisse insiste sur la nécessité d'indiquer qu'il s'agit de notions ayant une portée générale, valables pour toute responsabilité⁸⁰¹, avis suivi par les auteurs du projet de réforme qui intègrent la causalité parmi les conditions générales de la responsabilité civile. À ce titre, les causes d'interruption de la causalité valent pour tous les types de responsabilité, pour risque ou pour faute⁸⁰².

Formellement, le projet de réforme suisse introduit la notion de causes d'interruption de la causalité dans le texte du COS, ce qui n'était pas le cas jusqu'à présent⁸⁰³. Les circonstances entourant la réalisation du dommage n'étaient expressément envisagées qu'à l'article 43 COS comme facteur de réduction de la réparation. Parmi les causes d'interruption du lien de causalité, une série de facteurs tel le fait de la victime ou sa faute, le cas fortuit (2.), ne libère le responsable recherché qu'exceptionnellement tandis que la force majeure a un rôle libératoire de principe (1.).

1. La cause imprévisible et irrésistible

412 En droit français, la force majeure est « un événement imprévisible et irrésistible, généralement extérieur à celui qui l'invoque »⁸⁰⁴. Son fondement textuel résulte de l'article 1148 du Code civil : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur est empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». Le texte assimile force majeure et cas fortuit mais nous traiterons ici uniquement de la force majeure. Comme le relève un auteur, plutôt que d'employer le terme de force majeure ou de cas fortuit, mieux vaudrait employer celui plus général de l'article 1147 du Code civil de « cause

⁸⁰⁰REAP p. 28.

⁸⁰¹REAP p. 29.

⁸⁰²REAP p. 114.

⁸⁰³La question semble n'avoir pas été abordée dans les travaux préparatoires du Code des obligations, tant en 1880 (Rapport de la commission du conseil national sur le projet de code suisse des obligations et de commerce (Novembre 1880), FF. du 12 février 1881, p. 201 (la seule disposition dont il est discuté est celle relative à la responsabilité de la personne incapable de discernement) Rapport de la commission du conseil des États chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial (du 31 mai 1880), FF. du 12 juin 1880) qu'en 1900 (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905, FF. du 22 mars 1905).

⁸⁰⁴F. CHABAS & F. GRÉAU, Force majeure, Encyclopédie Dalloz, avril 2007, n°1.

étrangère non imputable au débiteur »⁸⁰⁵. Cette cause étrangère doit présenter certains caractères, ainsi que l'indique la jurisprudence : le cas de force majeure doit présenter un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution⁸⁰⁶.

En droit suisse, l'interruption du rapport de causalité résulte de l'« événement imprévisible et extraordinaire survenant avec une force irrésistible »⁸⁰⁷.

a Irrésistibilité et imprévisibilité

413 L'irrésistibilité résulte de ce que le débiteur de l'obligation était hors d'état de pouvoir empêcher la survenance de l'événement cause du dommage quelques moyens qu'il eût mis en œuvre pour le prévenir⁸⁰⁸. L'irrésistibilité de l'événement est appréciée au moment même où il se produit.

414 L'imprévisibilité de l'événement réside dans l'impossibilité dans laquelle se trouvait le responsable d'envisager la survenance de l'événement cause du dommage. En principe, le caractère imprévisible de l'événement de force majeure s'apprécie au moment où le contrat est conclu⁸⁰⁹.

Comme le relève B. PETIT « l'idée est qu'il n'y a pas de faute à ne pas prévoir ce qui n'est pas prévisible et à ne pas résister à ce qui est irrésistible – et inversement qu'il y a faute à ne pas prévoir ce qui était

⁸⁰⁵ PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, Les obligations, 1952, op. cit. (p. 193), p. 172, n°841.

⁸⁰⁶ Ass. pl., 14 avril 2006, n°02-11168 et 04-18902, Bull. n°5 et 6. Dans le premier arrêt l'Assemblée plénière indique que « il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ; qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que seul Michel Y... était en mesure de réaliser la machine et qu'il s'en était trouvé empêché par son incapacité temporaire partielle puis par la maladie ayant entraîné son décès, que l'incapacité physique résultant de l'infection et de la maladie grave survenues après la conclusion du contrat présentait un caractère imprévisible et que la chronologie des faits ainsi que les attestations relatant la dégradation brutale de son état de santé faisaient la preuve d'une maladie irrésistible, la cour d'appel a décidé à bon droit que ces circonstances étaient constitutives d'un cas de force majeure ».

Dans le second, l'Assemblée plénière indique : « si la faute de la victime n'exonère totalement le gardien qu'à la condition de présenter les caractères d'un événement de force majeure, cette exigence est satisfaite lorsque cette faute présente, lors de l'accident, un caractère imprévisible et irrésistible ; qu'ayant retenu que la chute de Corinne X... sur la voie ne pouvait s'expliquer que par l'action volontaire de la victime, que le comportement de celle-ci n'était pas prévisible dans la mesure où aucun des préposés de la RATP ne pouvait deviner sa volonté de se précipiter contre la rame, qu'il n'avait été constaté aucun manquement aux règles de sécurité imposées à l'exploitant du réseau et que celui-ci ne saurait se voir reprocher de ne pas prendre toutes mesures rendant impossible le passage à l'acte de personnes ayant la volonté de produire le dommage auquel elles s'exposent volontairement, la cour d'appel a décidé à bon droit que la faute commise par la victime exonérait la RATP de toute responsabilité ». Ph. BRUN, note, D. 2006, p. 1933 ; P. GROSSER, note, JCP. EG. 2006. II. 10087 ; P. JOURDAIN, note, D. 2006, p. 1577 ; M. MEKKI, obs. RLDC. 2006/7, p. 17.

Pour une application des critères de la force majeure, v. Cass. civ. 1re, 30 octobre 2008, n°07-17134, Bull. n°243 ; L. BLOCH, RCEA. 2008/12, comm. 351 ; P. GROSSER, JCP. EG. 2008. II. 10198.

⁸⁰⁷ F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 57, n°225.

⁸⁰⁸ Ainsi, n'est pas irrésistible la pollution de l'eau par une agriculture intensive étrangère à l'activité de l'établissement public sur lequel pèse une obligation de résultat nonobstant le coût et l'ampleur considérable des travaux à réaliser pour éviter les effets de cette pollution : Cass. civ. 1re, 30 mai 2006, n°03-16335.

⁸⁰⁹ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 2005, n°955, Cass. Ass. pl. 14 avril 2006, n°02-11168.

prévisible ou à ne pas résister à ce qui n'était pas irrésistible »⁸¹⁰.

415 Traditionnellement, la jurisprudence française exigeait en outre que l'événement de force majeure présente un caractère d'extériorité. Il s'agit en fait d'indiquer que l'événement interruptif se trouve hors de la sphère d'action de l'agent⁸¹¹, ce qui implique que celui-ci ne puisse invoquer le fait des choses ou des personnes dont il répond sans faute de sa part pour s'exonérer de sa responsabilité⁸¹². Ainsi, la Cour de cassation a jugé que les organismes de transfusion sanguine ne pouvaient s'exonérer de leur obligation de sécurité de résultat que par la preuve d'une cause étrangère, ce que n'était pas le vice interne même indécélable du sang⁸¹³.

416 Le projet de réforme suisse ne précise pas davantage les caractères que doit présenter un cas de force majeure pour interrompre la causalité, ni ce qu'il faut entendre par force majeure. Dans le cadre des principes européens du droit de la responsabilité civile, la force majeure n'est envisagée que dans le cadre de la responsabilité sans faute mais il est précisé qu'elle ne conduit à écarter ou à réduire la responsabilité sans faute que si elle a été imprévisible et irrésistible⁸¹⁴. Le projet CATALA place les faits interruptifs parmi les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et délictuelle. Le projet de réforme français comprend une définition de la force majeure entendue comme « *un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées* »⁸¹⁵. Toutefois il emploie encore le terme de cause d'exonération au lieu de celui de fait interruptif de la causalité. Les caractères de la force majeure ne sont pas davantage précisés.

b Effet interruptif

417 La cause irrésistible et imprévisible a pour effet d'interrompre le rapport de causalité, par conséquent les conditions de la responsabilité recherchée ne sont pas réunies. Cet effet libératoire ne peut jouer que si l'opposabilité de la cause irrésistible et imprévisible est admise. Lorsqu'elle joue, elle a un effet absolu et ne peut en aucun cas autoriser une « *exonération partielle* ».

(1) Exclusion par lois spéciales

⁸¹⁰B. PETIT, rapport sur Cass. Ass. pl. 14 avril 2006, n°04-18902, BICC n°643.

⁸¹¹Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 489, n°1816

⁸¹²B. PETIT, rapport précité, p. 8.

⁸¹³Cass. civ. 1re, 9 juillet 1996, n°93-20412 et 93-19160 : « *la cour d'appel a retenu à bon droit que le contrat de fourniture du sang ou de ses dérivés par le Centre de transfusion mettait à la charge de celui-ci une obligation de livrer des produits exempts de vices, sans faculté d'exonération autre que la cause étrangère et que le vice interne du produit, même indécélable, ne constituait pas, pour l'organisme fournisseur, une cause étrangère* ».

⁸¹⁴PETL, art. 7:102, le texte figure en annexe p. 556 et s..

⁸¹⁵Projet CATALA, (v. en annexe, p. 567 et s.), article 1349, al. 3.

418 Si la force majeure a un caractère interruptif général, bien que la règle ne soit pas précisée par tous les textes édictant des responsabilités spéciales, il arrive que ceux-ci excluent expressément la possibilité de l'invoquer pour interrompre le lien de causalité. Certains textes spéciaux interdisent de prendre en considération la force majeure pour dégager le responsable recherché de son obligation à réparation. Ainsi, en droit français, le conducteur et le gardien du véhicule ne peuvent invoquer la force majeure⁸¹⁶. En droit suisse, le détenteur ne peut invoquer la force majeure que s'il prouve que la cause de l'accident n'est pas, même partiellement, due à sa faute ou à celle des personnes dont il répond, ou à une défectuosité du véhicule⁸¹⁷.

(2) Force majeure partielle

419 Cette simple considération conduit à condamner ce qu'il a été convenu d'appeler la « *force majeure partielle* », la jurisprudence française désignant par là des hypothèses dans lesquelles plusieurs causes avaient concouru à la réalisation du dommage, et parmi elles un événement naturel évoquant ceux qui conduisent en général à retenir l'existence d'un cas de force majeure.

420 Plus logiquement, le droit suisse prévoit à l'article 44 du COS la possibilité pour le juge de réduire la réparation à proportion des différents facteurs ayant joué un rôle dans la production du dommage. La responsabilité est bien engagée mais son étendue est limitée par le juge.

2. Les autres événements et leurs effets

D'autres événements sont susceptibles d'influer sur la relation de causalité : le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime, le vice de la chose.

a Le cas fortuit

421 Nous avons vu que l'article 1148 du Code civil assimile la force majeure et le cas fortuit. Le texte semble donc distinguer les deux notions mais leur prêter les mêmes effets.

Il ressort de la doctrine française que le cas fortuit serait un cas de force majeure de moindre importance, un événement irrésistible mais seulement pour la personne en cause et qui aurait pu être prévenu par une personne plus habile que le responsable recherché⁸¹⁸. En

⁸¹⁶Loi n°85-677 du 5 juillet 1985, article 2.

⁸¹⁷LCR, article 59 : « *Le détenteur est libéré de la responsabilité civile s'il prouve que l'accident a été causé par la force majeure ou par 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* ».

⁸¹⁸Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit. (p. 64), p. 482, n°1802 ; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Les obligations*, 1952, op. cit. (p. 193), p. 171 : « *l'expression cas fortuit convient quand on veut insister sur l'origine accidentelle et imprévue de l'obstacle qui a empêché l'exécution de l'obligation et qui est dû à un hasard inattendu* ».

principe le cas fortuit est un facteur de réduction des dommages-intérêts et non une cause d'interruption de la causalité sauf à présenter les caractères de la force majeure⁸¹⁹. C'est d'ailleurs pour cette raison que la jurisprudence et la doctrine française ont peu à peu abandonné la distinction entre force majeure et cas fortuit pour n'employer maintenant que la notion de force majeure⁸²⁰.

422 Toutefois, en droit suisse, le cas fortuit est encore susceptible de jouer un rôle : lorsqu'il a concouru à causer le dommage de façon prépondérante au regard d'une faute très légère du responsable recherché, il devrait jouer un rôle dans le sens d'une réduction de la réparation. En revanche, le cas fortuit ne suffit pas à interrompre la relation de causalité entre le dommage et le fait du responsable recherché⁸²¹.

b Le fait du tiers ou de la victime

423 En droit suisse, s'agissant de la faute ou du fait de la victime, le Tribunal fédéral n'admet qu'il libère le responsable recherché que si cet élément apparaît comme la cause prépondérante du dommage⁸²². S'agissant du fait non fautif de la victime, deux types de cas sont spécialement évoqués par la doctrine et la jurisprudence suisses. Il s'agit d'abord de la prédisposition constitutionnelle : la victime était avant l'événement dommageable déjà prédisposée à ce que le dommage se réalise. Faut-il alors retenir la responsabilité de l'agent pour l'entier dommage ou au contraire considérer que le responsable n'est tenu que de la part directement causée par l'accident ? Le Tribunal fédéral a ainsi jugé, non en matière de responsabilité civile mais en matière de droit des assurances sociales, que le trouble psychologique résultant du fait générateur ne pouvait ouvrir droit aux prestations que si la victime avait subi une atteinte corporelle grave, à défaut, le traumatisme de la victime ne doit pas être pris en charge⁸²³.

424 En droit de la responsabilité civile, le Tribunal fédéral indique qu'en règle générale, « *des causes concomitantes du dommage, comme une prédisposition constitutionnelle du lésé, ne sauraient interrompre le lien de causalité adéquate* »⁸²⁴. Toutefois, les circonstances peuvent conduire le juge à considérer ce qu'il est convenu d'appeler la prédisposition indépendante et la

⁸¹⁹F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 57, n°226.

⁸²⁰J.-C. SAINT-PAU, JCL Civil, article 1146 à 1155, 30 juillet 2004, fasc. 11-30, Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 482, n°1802, assimilation de la force majeure et du cas fortuit.

⁸²¹ATF 115 II 440, spéc. p. 444.

⁸²²F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 57, n°227 et s.

⁸²³S'agissant d'une infirmière gravement perturbée après s'être piquée accidentellement avec une seringue utilisée par un patient séropositif, le TF relève que la piqure ne peut pas être considérée comme une atteinte corporelle grave. Si la victime avait été contaminée, son traumatisme psychologique eût été pris en charge.

ATF 129 V 402.

⁸²⁴TF. 11 septembre 2007, n°4C.415/2006, cons. 3. 2.

prédisposition liée⁸²⁵. Dans le premier cas, la prédisposition est prise en compte dans l'évaluation du dommage, dans le second cas, il en est tenu compte pour déterminer l'étendue de l'indemnisation.

425 Ainsi, lorsque l'état maladif aigü affecte la durée de vie ou la capacité de travail de la victime antérieurement à l'accident, l'évaluation du dommage résultant de la perte de salaire en tient forcément compte, conformément à l'article 42 COS⁸²⁶. Comme le relève le Tribunal fédéral, « *une simple faiblesse constitutionnelle n'entrera pas en considération comme facteur de réduction. En revanche, de véritables anomalies ou des affections préexistantes aigües ou latentes peuvent réduire les prétentions du lésé* »⁸²⁷.

426 En revanche, lorsque la prédisposition est un facteur aggravant ou favorisant du dommage, elle peut être prise en compte comme cause de réduction de la réparation conformément à l'article 44 COS⁸²⁸. Elle peut être prise en compte même si sans l'événement dommageable, elle n'aurait eu aucune conséquence. Cependant, elle n'est pas obligatoirement prise en compte, comme l'indique le Tribunal fédéral. D'autres circonstances doivent intervenir, telle la disproportion manifeste entre la cause du dommage et l'importance du préjudice⁸²⁹.

427 La distinction entre les deux hypothèses peut présenter une importance pratique en matière de droit préférentiel du lésé⁸³⁰. Une victime ayant subi un préjudice total de 1500 euros tous dommages confondus, bénéficie des prestations sociales à hauteur de 800 euros, l'étendue du dommage dont doit répondre le responsable est estimée à 500 euros en raison d'une prédisposition indépendante. La caisse d'assurance sociale va exercer un recours pour 800, le droit préférentiel du lésé lui permet d'avoir la priorité pour la part du dommage correspondant à ce qui n'a pas été déjà indemnisé par les prestations sociales, soit 500 euros.

428 La faute de la victime qui joue un rôle prépondérant dans la réalisation du dommage peut être une cause d'exonération. Elle n'est pas prévue par le COS, mais certains textes spéciaux l'envisagent. Ainsi, l'article 59 LCR dispose que « *Le détenteur est libéré de la*

⁸²⁵F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 305, n°1197.

⁸²⁶Les termes allemands permettent de mieux distinguer ces notions : on emploie le terme de « *Kürzung des Ersatzanspruchs* » ou réduction de la prétention pour désigner l'hypothèse dans laquelle l'état de la victime a influé sur son état de fortune antérieurement à la réalisation du dommage, par opposition à l'appréciation de la réparation due en considération de l'état de la victime : « *Schadensberechnung* » ou « *Bemessung des Schadensersatzes* ». Il s'agit en réalité de distinguer « *Zurechnung* », imputation, de « *Berechnung* », évaluation.

⁸²⁷Arrêt précité note 681.

⁸²⁸ATF 131 III 12, spéc. p. 15, cons. 4.2 : les juges du fond ont admis une réduction de la réparation à hauteur de 20%, approuvée par le Tribunal fédéral.

⁸²⁹TF. 22 février 2000, n°4C.416/1999, cons. 2c/aa. ATF 113 II 86, cons. 3b, p. 94.

⁸³⁰« *Quotenvorrecht der geschädigten Person* ».

responsabilité civile s'il prouve que l'accident a été causé par la force majeure ou par 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 ».

429 Le Tribunal fédéral a admis que n'était pas responsable le conducteur surpris par un piéton qui, à l'improviste, avait traversé la chaussée. Le juge détaille avec précision le temps de réaction exigé du conducteur diligent, et l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'éviter le dommage compte tenu du comportement du piéton. La victime objecte qu'elle traversait pour rejoindre ses enfants qui se trouvaient de l'autre côté de la route, argument que le Tribunal fédéral rejette car « il ressort du jugement attaqué que ceux-ci n'étaient pas au bord de la chaussée - ils jouaient sur une place près d'un bâtiment "à quelques dizaines de mètres" du passage - et que la demanderesse, qui venait d'envoyer sa fille aînée auprès d'eux, était en réalité pressée de gagner le centre commercial tout proche pour y acheter un journal avant l'heure de fermeture »⁸³¹.

430 Lorsque la faute de la victime n'a pas un rôle prépondérant mais concourt à la réalisation du dommage, la réparation est réduite en proportion conformément à l'article 44 COS. Dans un autre cas de responsabilité automobile, un piéton qui en l'absence de trottoir circule sur le côté gauche a commis une faute, mais non une faute grave au sens de l'article 59 alinéa 2 de la LCR, le Tribunal fédéral reproche d'ailleurs aux juges du fond de n'avoir pas tenu compte du degré d'alcoolémie du conducteur ainsi que du fait que l'un de ses feux était défectueux, la réduction de la réparation ne devant donc pas être de 30% mais de 10%⁸³².

431 Lorsque c'est la faute du tiers qui concourt à la réalisation du dommage, ce sont les règles relatives à la pluralité de responsables qui s'appliquent : les coresponsables sont responsables *in solidum* envers la victime et celui qui indemnise effectivement la victime peut ensuite exercer une action récursoire contre l'autre, le partage s'effectuant selon la gravité des fautes.

c Le vice de la chose

432 Si le droit français maintient la responsabilité du fait des choses, les causes de non exonération prévues par le projet CATALA doivent être mentionnées. L'article 1354-3 dispose que « Ni le vice de la chose, ni le trouble psychique du gardien ne constituent une cause d'exonération ». Si cette disposition doit être approuvée en ce qu'elle garantit à la victime d'être indemnisée sans que le gardien de la chose puisse s'exonérer, elle contrevient au droit communautaire.

La causalité est employée pour délimiter la sphère des personnes protégées de celles

⁸³¹ ATF 115 II 283.

⁸³² ATF 132 III 249.

dont le droit de la responsabilité civile ne permet pas l'indemnisation. En droit suisse, la notion de causalité se confond parfois avec la notion d'illicéité. Un auteur relève en effet que « *c'est la considération des intérêts protégés — qu'il s'agisse d'une norme légale ou d'une norme conventionnelle — qui doit permettre de dire si et dans quelle mesure l'auteur répond des conséquences de son acte ou de son fait* », dès lors, « *la théorie du but de protection vise à délimiter, autrement que par l'idée de la causalité adéquate, les conséquences d'un fait générateur de responsabilité* »⁸³³.

SECTION 2 L'ILLICÉITÉ

433 La condition d'illicéité n'existe pas en tant que condition autonome de mise en jeu de la responsabilité civile en droit français⁸³⁴, ce qui complique la comparaison avec le droit suisse⁸³⁵. En outre, le projet de réforme suisse modifie le droit positif suisse car il étend la notion d'illicéité afin d'en faire une condition générale de la responsabilité civile⁸³⁶, englobant ainsi ce qui actuellement relève de la contrariété aux mœurs visée par l'article 41 al. 2. COS⁸³⁷.

Dans la mesure où il ne s'agit pas de transposer le droit suisse en droit français en le forçant pour parvenir à le faire rentrer dans les catégories du droit d'accueil, il semble plus

⁸³³H. DESCHENAUX, Norme et causalité en responsabilité civile, op. cit. (p. 184).

⁸³⁴Cependant, la notion d'illicéité est envisagée par les premiers commentateurs du Code civil dans le cadre de l'examen de la faute. Ainsi, C. E. DELVINCOURT, Cours de Code Napoléon, op. cit. (p. 81), p. 285-288 définit l'obligation du fait des délits et quasi délits comme celle qui résulte d'un acte illicite tandis que celle qui naît d'un quasi contrat, résulte d'un fait licite. A. SOURDAT, Traité général de la responsabilité, et de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, op. cit. (p. 81), n°10 et s., p. 5 et s : l'auteur distingue « *parmi les actes illicites qui sont susceptibles de nuire* », les infractions pénales réprimées par une peine parce qu'elles causent un trouble à l'ordre social, des délits civils, actions qui supposent également un trouble résultant de la violation de l'homme envers la société, mais dont la sanction est subordonnée à l'existence d'un dommage. AUBRY et RAU, Cours de droit civil d'après la méthode de Zachariae, 3e éd. Paris : « *Le mot délit a, en Droit civil, une signification différente de celle dans laquelle il se prend en Droit criminel 1. En Droit civil, il désigne toute action illicite par laquelle une personne lèse sciemment et méchamment les droits d'autrui. En Droit criminel, il désigne toute infraction définie et punie par la loi pénale* ». LAROUBIERE, Théorie et pratique des obligations, éd. G. Pedone-Lauriel, Paris, 1885, tome 7, p. 336 et s : « *En droit civil, le mot délit, a une acception essentiellement générale. Il signifie tout fait illicite par lequel une personne cause sciemment et méchamment un dommage à autrui, soit que ce fait constitue ou non une infraction déterminée et punie par la loi pénale. Il suffit qu'il ait été commis malicieusement et dans le dessein de nuire ; car les délits civils ne sont pas toujours et essentiellement des délits criminels, et la loi pénale ne prévoit pas dans ses dispositions rigoureuses, pour en faire l'objet d'une incrimination spéciale, tous les faits illicites par lesquels une personne lèse frauduleusement les droits d'un tiers. (...) Quelque dommageable qu'il soit, le fait doit en outre être illicite, c'est-à-dire qu'il doit constituer une infraction aux engagements que la loi ou l'équité imposaient d'une manière légalement obligatoire à la personne à laquelle il est imputé* ».

⁸³⁵La même difficulté se pose à l'auteur suisse qui souhaite procéder à une comparaison du droit français et du droit suisse. Ainsi, dans sa thèse, J.-A. NICOD, Le concept d'illicéité civile à la lumière des doctrines françaises et suisses, explique-t-il en avant-propos qu' « *en droit français, l'idée d'illicéité s'appréhende traditionnellement à partir de la notion de faute. Une définition de l'illicéité française implique donc le dégagement, sur la base de la doctrine et de la jurisprudence, d'un concept que le législateur du Code Napoléon n'a pas utilisé, afin d'établir une base de comparaison avec le droit suisse* ».

⁸³⁶P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 379, n°1888 : l'auteur rattache l'illicéité exclusivement au régime de responsabilité du fait personnel.

⁸³⁷Article 41 al. 2 COS : « *Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer* ».

intéressant d'exposer le droit suisse et le projet de réforme (§.1), pour ensuite apprécier l'intérêt par rapport au droit positif français en rattachant dans la mesure du possible les différents points abordés à la notion qui leur correspond en droit français (§.2).

§.1 LA NOTION D'ILLICÉITÉ EN DROIT POSITIF SUISSE

434 En droit positif suisse, la condition d'illicéité résulte du texte de l'article 41 COS : « celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui ... est tenu de le réparer ». L'interprétation de ce texte a été influencée par la conception allemande de la responsabilité, les rédacteurs du BGB ayant voulu encadrer strictement les cas dans lesquels le dommage obligeait à réparation⁸³⁸ soit aux hypothèses d'atteinte à un droit absolu⁸³⁹, soit aux hypothèses dans lesquelles le dommage résultait d'une atteinte à un droit spécialement protégé par une norme spécifique⁸⁴⁰. Le droit suisse a repris cette conception alors que le texte même du Code des obligations n'en fait pas mention et se borne à exiger que soit établie l'illicéité du comportement de celui qui cause le dommage⁸⁴¹. En droit positif suisse, la responsabilité civile ne peut être engagée que si le responsable a commis un acte illicite, c'est-à-dire si la réalisation du dommage traduit la violation d'une norme protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs⁸⁴². L'illicéité n'est pas définie par la loi, mais par la jurisprudence et la doctrine majoritaire.

Il a été proposé de considérer que le simple fait de causer un dommage à autrui sans y être habilité est illicite⁸⁴³. On rejoint ici le principe de l'article 1382 du Code civil français : « tout fait quelconque de l'Homme qui cause à autrui un dommage... ». Cette théorie, dite conception

⁸³⁸G. RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, op. cit. (p. 59), p. 26, n°11 : l'auteur indique que les auteurs du BGB ont voulu s'écarter du système français, afin de « limiter la responsabilité au regard tant des victimes autorisées à agir en responsabilité que des dommages réparables : en droit allemand, toute valeur patrimoniale ou extra-patrimoniale n'est pas considérée comme digne de protection par la loi ».

⁸³⁹Le §.823 BGB dispose que « celui qui intentionnellement ou par négligence porte atteinte de façon illicite à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un droit spécifique d'autrui est tenu de réparer le dommage qui en résulte ».

⁸⁴⁰§.823 BGB al. 2 : « La même obligation [de réparer le dommage] pèse sur celui qui viole une norme ayant pour but la protection d'autrui ».

⁸⁴¹REAP p. 96. F. WERRO, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, RDS. 1997, p. 343-388, spéc. p. 358, et les références données à la note de bas de page n°36.

⁸⁴²F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 70 et s., n°281 et s. Pour un rappel jurisprudentiel du caractère de condition générale de la responsabilité civile attribué à l'illicéité par le Tribunal fédéral, v. par ex. ATF 132 III 122, cons. 4.

⁸⁴³F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 74, n°282. M. CARTIER, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, op. cit. (p. 80), p. 5 : « Nach der subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie ist eine Schädigung widerrechtlich, wenn der Schädiger zum schadensverursachenden Verhalten nicht ausdrücklich befugt ist » (selon la théorie subjective de l'illicéité, un acte dommageable est illicite lorsque l'auteur du dommage n'a pas été expressément habilité [à agir ainsi]).

subjective de l'illicéité suppose en effet un principe général interdisant de causer un dommage à autrui^{844 845}. Par conséquent, la condition d'illicéité est remplie dès lors que l'agent ne peut invoquer aucune justification à l'acte cause du dommage. Cette conception de l'illicéité se revendiquait d'un argument textuel résultant de la version française de l'article 50, aujourd'hui l'article 41 du COS : « *Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer* »⁸⁴⁶. Le texte français de l'article 41 du Code des obligations a depuis été modifié de façon à ne plus permettre de divergence d'interprétation⁸⁴⁷. La théorie subjective de l'illicéité ne présente d'ailleurs que d'intérêt pratique qu'en présence de ce qu'il est convenu d'appeler un préjudice économique pur⁸⁴⁸. La conception subjective de l'illicéité a été rejetée par le Tribunal fédéral au profit de la conception objective⁸⁴⁹.

A La conception objective de l'illicéité

435 En droit suisse, l'illicéité au sens objectif est définie comme « *la violation sans motif justificatif d'une norme (objective) de l'ordre juridique destinée à protéger les biens d'autrui* »⁸⁵⁰. Le lecteur retrouvera ici la notion de « *biens juridiques* » employée par le droit suisse pour désigner les droits ou intérêts atteints par l'acte dommageable et qui sert de critère pour catégoriser les différents dommages⁸⁵¹. L'illicéité objective peut présenter deux aspects selon que l'atteinte concerne un « *droit absolu* » ou un « *droit spécialement protégé* »⁸⁵². Cette distinction ne résulte pas du texte même de l'article 41 COS mais de la jurisprudence : le Tribunal fédéral retient qu'« *un comportement est illicite s'il est contraire à un devoir général, soit parce qu'il porte atteinte à un droit absolu du lésé (telle la personnalité), soit parce qu'il enfreint une injonction ou une interdiction écrite ou non écrite de l'ordre légal destinée à protéger le bien juridiquement atteint* »⁸⁵³. On parle également d'illicéité par le

⁸⁴⁴On désigne souvent ce principe par la formule latine « *neminem lædere* ». La doctrine a relevé que l'exactitude aurait voulu que l'on emploie plutôt l'adage « *alterum non lædere* », ou en version complète « *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* » exprimée par le juriste romain ULPAN : M. ROHE, *Gründe und Grenzen deliktischer Haftung - die Ordnungsaufgaben des Deliktsrechts*, Archiv für die civilistische Praxis, 2001, p. 117-164, spéc. p. 122, note 21 ; M. CARTIER, *ib.*, spéc. p. 16, note de bas de page n°40.

⁸⁴⁵Selon F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, op. cit. (p. 59), p. 1420, la formule générale de l'article 1382 du Code civil français résulte de l'illusion que le législateur pouvait tout régler de façon générale et abstraite, illusion commune à l'époque puisque le texte sera repris en l'état par nombre de codifications.

⁸⁴⁶Code fédéral des obligations, FF. du 18 juin 1881, p. 82.

⁸⁴⁷M. CARTIER, *ib.*, p. 5-6, n°13.

⁸⁴⁸Sur la notion de préjudice économique pur, cf. *infra* p. 218, §. 437.

⁸⁴⁹M. CARTIER, *ib.*, p. 31, n°86.

⁸⁵⁰REAP p. 96, n°2.3.3.1. F. WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit. (p. 74), p. 73 et s. n°281 et s.

⁸⁵¹Le terme de « *biens juridiques* » peut être traduit en droit français par le terme d'« *intérêt* » ou d'« *intérêt juridiquement protégé* ».

⁸⁵²REAP p. 80.

⁸⁵³TF 26 mars 2004, n°2C.2/1999, cons. 3.3. ATF 123 II 577, cons. 4c, p. 581 : « *... 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, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll* ».

résultat en cas d'atteinte à un droit absolu (*Erfolgsunrecht*) et d'illicéité par le comportement en cas de violation d'une norme qui a pour finalité de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte dommageable (*Verhaltensunrecht*)⁸⁵⁴. Pour expliciter cette notion qui n'existe pas en droit français, on peut se référer à un raisonnement similaire relatif à la sanction des conditions de validité des actes juridiques : la condition essentielle est sanctionnée par la nullité absolue invocable par tous tandis que la nullité relative ne peut être soulevée que par celui dont elle a vocation à sauvegarder les intérêts⁸⁵⁵. L'illicéité par le résultat est d'une certaine façon le pendant de la nullité absolue.

1. L'illicéité par le résultat

436 L'illicéité par le résultat résulte d'une atteinte portée à un droit absolu. Les droits absolus sont ceux qui s'imposent à tous, *erga omnes* et dont la violation fait présumer l'illicéité⁸⁵⁶. Les droits absolus⁸⁵⁷ sont la vie, l'intégrité physique, morale et psychologique, la personnalité, la propriété et la possession ainsi que la bonne foi dans certains cas⁸⁵⁸. L'atteinte à un droit absolu entraîne l'illicéité de l'acte, sans qu'il soit en outre nécessaire de caractériser la violation d'une obligation édictée par l'ordre juridique. Ainsi, une atteinte à la propriété d'autrui est illicite sans qu'il soit nécessaire d'établir le caractère fautif du comportement, sauf à caractériser l'existence d'un fait justificatif⁸⁵⁹.

437 Si la propriété entre dans la catégorie des droits absolus dont la violation est sanctionnée par l'obligation de réparer le dommage qui en résulte, il n'en va pas de même du patrimoine⁸⁶⁰. Par patrimoine, on entend ici l'ensemble des droits et obligations ayant une traduction économique dont est titulaire une personne⁸⁶¹. K. OFTINGER indique que le dommage patrimonial s'entend d'une atteinte au patrimoine défini au sens large comme

(Handlungsunrecht) » ou en français : « ... selon la théorie objective de l'illicéité, celle-ci résulte de l'acte dommageable qui aura porté atteinte à un droit absolu du lésé sans justification (illicéité par le résultat), soit d'une pure perte économique résultant de la violation d'une norme ayant pour objet de prévenir la réalisation de ce dommage (illicéité par le comportement) ».

⁸⁵⁴Cet exposé du droit positif suisse n'a pas la prétention d'entrer dans le détail de la doctrine suisse de l'illicéité. Pour un exposé exhaustif des théories de l'illicéité en droit suisse, nous renvoyons à la thèse de M. CARTIER, *Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR*, op. cit. (p. 80), ainsi qu'à la thèse de J.-A. NICOD, *Le concept d'illicéité civile à la lumière des doctrines françaises et suisses*, op. cit. (p. 215).

⁸⁵⁵Chr. ATIAS, *La constitution des actes juridiques*, D. 2008, p. 743.

⁸⁵⁶ATF 112 II 118, spéc. p. 128, cons. 5e : « L'illicéité est en effet réalisée, en tout cas, lorsque l'acte incriminé porte atteinte à un bien protégé par un droit absolu, tel que la vie, l'intégrité corporelle ou la propriété. L'ordre juridique protège directement ces droits, sans qu'il soit nécessaire de rechercher dans chaque cas si l'auteur du dommage a violé une injonction déterminée ».

⁸⁵⁷V. sur cette notion supra p. 162 et s., §. 309.

⁸⁵⁸A. K. SCHNYDER, *Artikel 41 OR*, op. cit. (p. 163), p. 340, n°33.

⁸⁵⁹Cf. infra §. 454.

⁸⁶⁰F. DELCO, *Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschadens*, thèse, Zürich, Schulthess, Zurich, 2000, p. 37.

⁸⁶¹F. DELCO, *ib.*, p. 26.

l'ensemble des droits d'une personne ayant une traduction économique appréciable⁸⁶². Le dommage patrimonial est lui-même défini comme la perte économique qui résulte de l'atteinte à un droit absolu. En revanche, la perte d'un droit de créance n'est pas un dommage réparable parce qu'il ne s'agit pas d'une perte résultant d'une atteinte à un droit absolu. Par conséquent, la simple diminution du patrimoine n'est pas illicite selon la théorie de l'illicéité par le résultat. Si une personne subit une perte économique qui diminue son patrimoine mais qui ne résulte pas d'une atteinte à un droit absolu, elle ne peut en obtenir réparation. C'est ce préjudice que l'on désigne en droit suisse par le terme de « *préjudice économique pur* »⁸⁶³. Le terme de « *préjudice réfléchi* » est également employé parce que bien souvent l'atteinte au patrimoine est la conséquence d'une atteinte à un droit absolu d'une autre personne⁸⁶⁴. Comme le relève un auteur, le préjudice économique pur est « *tout dommage qui ne se rattache pas à un préjudice corporel ou à un dommage aux biens* »⁸⁶⁵. Typiquement, la victime d'un accident corporel est atteinte dans ses droits à la santé et à l'intégrité corporelle, tandis que les personnes qui dépendent économiquement de son travail, (employeur, famille), n'en subissent qu'indirectement les conséquences. Dans le cas particulier des blessures corporelles, des dispositions spécifiques prévoient la réparation du préjudice indirect de certaines personnes⁸⁶⁶. Cette disposition est une exception au principe selon lequel le droit suisse exclut l'indemnisation des « *préjudices économiques purs* » ou « *préjudices réfléchis* ». Une affaire illustre ce principe : une entreprise de construction avait rompu le câble électrique alimentant une usine ; celle-ci demanda réparation pour la perte de production qui résultait de l'interruption de la fourniture de courant ; l'usine n'étant pas propriétaire du câble endommagé, son dommage ne résultait pas directement d'une atteinte à un droit juridiquement protégé⁸⁶⁷. Le Tribunal fédéral avait par le passé affirmé que « *les tiers lésés indirectement par ricochet ne peuvent obtenir la réparation de leur*

⁸⁶²K. OFTINGER, E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, op. cit. (p. 175), p. 71, n°5 : « *Das Vermögen ist hier in einem weiten Sinne genommen, als Inbegriffe der wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist. Dazu gehören nicht nur Geld und weitere Sachen, obligatorische, dingliche und andere absolute Rechte wie namentlich Immaterialgüterrechte, sondern auch das Fortkommen, die Integrität von Leib und Leben, - allgemein : - der Persönlichkeit, insbesondere auch von Ehre, Kredit und wirtschaftlicher Freiheit, sofern eine Verletzung sich in ökonomischer Hinsicht auswirkt* ».

⁸⁶³La notion de préjudice économique pur existe dans d'autres droits puisque c'est une conséquence de l'exigence de la violation d'un droit ou d'un intérêt juridiquement protégé comme condition de mise en jeu de la responsabilité civile, v. par exemple sur l'hypothèse de la rupture de câble électrique, F. RANIERI, Europäisches Obligationenrecht, op. cit. (p. 59), spéc. p. 1504 -1532.

L'auteur recense de façon exhaustive la doctrine européenne sur la question de l'indemnisation du préjudice économique pur en note n°121, p. 1463.

⁸⁶⁴F. WERRO, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, op. cit. (p. 216), spéc. p. 361.

⁸⁶⁵F. DELCO, ib., spéc. p. 29.

⁸⁶⁶Par ex. l'article 45 al. 3 COS dispose que « *Lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes ont été privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte* ».

⁸⁶⁷V. ROBERTO, Delikstrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP.1999/5, p. 511-523, spéc. p. 512.

préjudice ». Dans les années 1970, le Tribunal fédéral a adopté une théorie allemande qui a profondément modifié la théorie de l'illicéité et permis la réparation de ce type de préjudices sur le fondement de l'illicéité par le comportement.

2. L'illicéité par le comportement

438 La théorie de l'illicéité par le comportement désigne l'hypothèse dans laquelle l'acte dommageable constitue une violation d'une norme qui prescrit un comportement donné afin de protéger un intérêt précis, autre qu'un droit absolu⁸⁶⁸. Il faut que la norme violée par l'auteur du dommage ait eu pour but de protéger spécifiquement l'intérêt de la victime. Cette théorie est directement tirée du droit allemand, où le §.823 BGB prévoit qu'à défaut d'atteinte à un droit absolu, le préjudice sera également réparable s'il résulte de la violation d'un autre droit (al. 1 « *sonstiges Recht* ») ou d'« *une norme ayant pour but la protection d'autrui* » (al. 2)⁸⁶⁹. En droit allemand, le terme « *sonstiges Recht* » désigne les droits subjectifs ou réels, par différence avec les simples intérêts économiques qui relèvent éventuellement du champ de protection d'une norme spéciale, telles les créances⁸⁷⁰. Comme le relève un auteur, le droit allemand a fait l'objet d'une véritable réception en droit suisse⁸⁷¹.

a Schutznormentheorie

439 Les juridictions allemandes ont admis dans les années 1960 que l'illicéité par le comportement pouvait résulter de la violation de toute norme dont la finalité avait été d'éviter la réalisation du dommage non seulement dans l'intérêt public, mais aussi dans l'intérêt des particuliers⁸⁷². Les juristes germanophones désignent cette théorie par le terme de « *Schutznormtheorie* », théorie de la norme de protection. Il s'agit de caractériser l'illicéité de l'acte dommageable en relevant sa contrariété avec une injonction ou une interdiction de l'ordre juridique au sens large, l'illicéité permettant ainsi à celui dont l'intérêt a été lésé de demander réparation bien qu'il ne s'agisse pas d'un droit absolu. Le juge doit rechercher quel a été exactement le but de l'auteur de la norme considérée pour savoir si l'intérêt en cause entre bien dans son champ de protection. Ainsi, l'Allemagne connaissant également des cas de

⁸⁶⁸F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 76, n°292 et s. M. CARTIER, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, op. cit. (p. 80), p. 58, n°168 : « *Nach der Schutznormtheorie ist ein Verhalten widerrechtlich, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote des objektiven Rechts, sogenannte Schutznormen, verstösst, die zum Schutz der Interessen des Geschädigten aufgestellt wurden* ». P. GAUCH, Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts, op. cit. (p. 185) spéc. p. 232. P. TERCIER, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, op. cit. (p. 163), spéc. p. 260 et s. V. ROBERTO, ib., spéc. p. 512.

⁸⁶⁹M. CARTIER, ib., spéc. p. 58 et s. n°168 et s.

⁸⁷⁰PALANDT, Kurz Kommentar, BGB, Beck, München, 1998, 57e éd., §.823, n°11, p. 942.

⁸⁷¹P. GIOVANNONI, Le dommage par ricochet en droit suisse, op. cit. (p. 191), spéc. p. 243.

⁸⁷²P. GIOVANNONI, le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile comparé aux droits allemand et français, op. cit. (p. 170), p. 58-59.

demande de réparation des pertes de production résultant de la rupture de câble d'alimentation par des entreprises de construction, la Cour fédérale allemande a estimé que les normes administratives qui assujettissaient l'entrepreneur au respect de certaines précautions pour éviter la destruction des conduites et des canalisations avaient pour but non seulement la protection de l'intérêt public mais aussi celle des particuliers qui étaient desservis par ces installations : leur perte économique résultait d'un acte illicite et entraînait donc dans la catégorie des dommages réparables.

440 La théorie de la norme de protection a ensuite été appliquée par le Tribunal fédéral. En l'absence de textes comparables au §.823 BGB en droit suisse, on peut relever qu'il s'agit d'une création prétorienne. Un auteur souligne que la théorie du but protecteur de la norme n'a aucun ancrage textuel en droit suisse⁸⁷³. Pourtant, il s'agit bien de droit positif et la jurisprudence montre l'importance pratique de cette théorie.

Ainsi, dans l'affaire de la rupture du câble électrique, le Tribunal fédéral a admis que l'illicéité résultait de la violation d'une norme pénale de répression des entraves aux services d'intérêt général, dont le but était de garantir l'approvisionnement des abonnés en électricité⁸⁷⁴. De même, dans une affaire où de faux certificats médicaux d'incapacité de travail avaient été utilisés pour obtenir le versement d'une rente, le Tribunal fédéral relève que « Pour qu'il y ait «relation d'illicéité», il ne suffit pas en effet que le comportement soit interdit ; encore faut-il qu'il le soit dans le but de protéger la personne lésée » ; le Tribunal fédéral indique ensuite le texte du Code pénal qui réprime l'établissement de certificat médical inexact dans le but d'obtenir un avantage indu (article 318 CP), et retient que le cercle des personnes protégées par ce texte comprend l'assureur privé qui, sur la base des faux certificats, a versé des indemnités journalières sans pouvoir ensuite être subrogé dans les droits de l'assuré à l'encontre de l'assurance invalidité en raison de la découverte du faux⁸⁷⁵.

Dans d'autres cas, le Tribunal fédéral refuse d'admettre que la norme avait pour but la protection de l'intérêt lésé. Un employé d'une banque du Golfe arabe avait été persuadé par un individu originaire du Mali qu'il avait des pouvoirs surnaturels, lui permettant de multiplier des billets de banque par des procédés de magie noire. L'employé avait donc prélevé la modeste somme de 240 millions de dollars sur les comptes de la banque arabe pour les verser au

⁸⁷³M. CARTIER, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, op. cit. (p. 80), p. 59, n°171 ; P. GIOVANNONI, Le dommage par ricochet en droit suisse, op. cit. (p. 191), spéc. p. 243.

⁸⁷⁴ATF 102 II 85. P. GAUCH, Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts, op. cit. (p. 185), spéc. p. 232-233. V. ROBERTO, Delikstrechtlicher Schutz des Vermögens, op. cit. (p. 219), spéc. p. 512. P. TERCIER, La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, op. cit. (p. 163), spéc. p. 260 et s.

⁸⁷⁵TF. 28 septembre 2005, Ire Cour civile, 4C.156/2005.

marabout, lequel avait ensuite fait transiter une partie de l'argent par une banque suisse. Après avoir découvert le vol, la banque arabe se retourne contre la banque suisse et réclame sur le fondement de l'article 41 COS soixante six millions de dollars de dommages-intérêts en raison de sa participation au blanchiment des fonds dérobés, infraction réprimée par l'article 305 bis CP, que la demanderesse invoque comme norme protectrice dont la violation réaliserait la condition d'illicéité. Le Tribunal fédéral examine si le blanchiment involontaire, qui ne constitue pas l'infraction réprimée par le Code pénal, peut néanmoins être un acte illicite au sens de l'article 41 COS. La réponse négative à cette question conduit à considérer que « *la défenderesse n'a violé aucune norme ayant pour but de protéger le patrimoine de la demanderesse* »⁸⁷⁶. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral considère que l'illicéité par le comportement n'est pas réalisée. Une banque agit en responsabilité contre la Confédération en lui imputant l'inaction de la commission de surveillance des banques qui n'a pas su prévenir les détournements commis à son préjudice, le Tribunal fédéral relève que « *la surveillance... sur des personnes exerçant une activité privée soumise à surveillance n'a en principe pas été instituée en vue de protéger ces personnes, mais en vue de protéger les tiers qui entrent en contact avec elles* »⁸⁷⁷. La norme instituant la surveillance n'a donc pas pour but de protéger la banque contre ses propres organes, mais les clients de la banque contre cette dernière. La condition d'illicéité de l'acte n'est pas remplie car la banque ne fait pas partie du cercle de personnes que la norme violée vise à protéger.

On trouve en droit français un raisonnement comparable mais rattaché à la notion de causalité : l'article 2 du Code de procédure pénale réserve l'action civile devant les juridictions pénales exclusivement aux personnes ayant personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. La même conception prévaut en droit suisse où le Tribunal fédéral indique que la partie civile doit appartenir au cercle des sujets que la norme pénale a entendu protéger⁸⁷⁸. Le droit français ne s'intéresse pas au but de la norme, mais définit bien le cercle des personnes habilitées à exercer l'action civile par le recours à la notion de causalité : le préjudice a été ou non directement causé par l'infraction pénale. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejette une constitution de partie civile au motif que « *ne peut qu'être indirect le préjudice causé à une personne morale par la mise en examen de ses propres dirigeants pour des faits constitutifs d'infraction à la législation sur les marchés publics, corruption et trafic d'influence* », en revanche, l'action de la personne publique qui a émis le marché public est recevable car l'atteinte à l'égalité des candidats dans les marchés publics est de nature à engager un surcoût

⁸⁷⁶ ATF 133 III 323.

⁸⁷⁷ ATF 106 Ib 357, p. 362 cons. 2c.

⁸⁷⁸ ATF 122 III 5, cons. 2c p. 8.

des frais engagés par elle et pouvait lui causer un préjudice direct⁸⁷⁹. De même, l'abus de confiance ne cause de préjudice direct et personnel qu'aux personnes susceptibles de revendiquer les sommes détournées, l'action civile d'un syndicat professionnel est dès lors irrecevable en l'absence de disposition l'autorisant à agir pour obtenir le remboursement des sommes exposées en exécution de ses obligations légales⁸⁸⁰. De même, le délit d'abus de confiance ne cause un préjudice personnel et direct qu'aux propriétaires, détenteurs ou possesseurs des effets ou deniers détournés, non à celui qui a donné des fonds à une personne qui a ensuite été victime d'un abus de confiance⁸⁸¹. Le droit français connaît donc un raisonnement proche de la théorie de la norme de protection, mais applicable seulement devant les juridictions pénales et rattaché à la notion de causalité et non à celle d'illicéité.

Une critique a été formulée à l'encontre de la théorie du but protecteur de la norme : cette appréciation effectuée par le juge *a posteriori* et en fonction du litige de responsabilité civile ne présenterait pas les caractères de prévisibilité que l'on attend du droit car l'acte dommageable sera toujours apprécié à l'aune du préjudice causé⁸⁸². Un auteur indique même sa crainte que cette appréciation ne soit dictée par le résultat recherché⁸⁸³. Ainsi, dans les exemples précédemment donnés, la différence ne réside pas tant dans le degré de protection voulu par la loi que dans la volonté de faire peser sur la banque les conséquences de sa propre faute et au contraire de ne pas peser trop lourdement sur l'assureur privé qui serait sinon contraint de répercuter le coût sur l'ensemble de la collectivité des assurés.

441 Le Tribunal fédéral indique que les normes de comportement au sens de l'article 41 COS peuvent résulter de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse du droit privé, administratif ou pénal ; peu importe qu'elles soient écrites ou non écrites, de droit

⁸⁷⁹Cass. crim. 8 juin 1999, n°98-82897, Bull. n°123.

⁸⁸⁰Cass. crim. 12 décembre 2007, n°07-80886, Bull. n°307. Nous citons cet arrêt parce qu'il illustre notre propos, mais il convient de préciser qu'il a été rendu contre l'opinion du conseiller rapporteur, M. ROGNON, et de l'avocat général, M. BOCCON-GIBOD, qui tous deux ont relevé que le syndicat était chargé de la défense des intérêts collectifs de la profession et à ce titre recevable à exercer l'action civile devant les juridictions judiciaires pour obtenir la réparation du préjudice moral découlant de l'atteinte à l'image de la profession. La partie civile demandait 5000 euros au titre du préjudice moral et non en réparation des sommes par elle payées dans le cadre de la garantie professionnelle. Cette solution n'est pas isolée, v. dans le même sens et s'agissant de la chambre des huissiers, Cass. crim. 29 juin 2005, n°04-84623, Bull. n°197. La solution est en revanche plus compréhensible lorsque l'ordre professionnel demande réparation pour les frais engagés par lui dans le cadre de ses obligations légales, à savoir les frais engagés pour dresser inventaire, remettre en ordre la comptabilité et reconstituer la trésorerie de l'étude notariale : Cass. crim. 16 mars 1994, n°93-80226, Bull. n°102.

⁸⁸¹Cass. crim. 17 décembre 2008, n°07-87611.

⁸⁸²P. GIOVANNONI, le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile comparé aux droits allemand et français, op. cit. (p. 170), p. 60-61 : *l'auteur conclut qu'« aussi longtemps qu'il subsistera quelque chose de la responsabilité civile traditionnelle, on ne pourra empêcher le praticien qui doit appliquer ou interpréter la loi de prendre en considération, plus ou moins consciemment, le degré de la faute commise et la gravité de l'atteinte subie, dans son appréciation de la causalité adéquate et de la finalité protectrice de la norme ».*

⁸⁸³F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 77, n°296.

fédéral ou de droit cantonal⁸⁸⁴. La question s'est posée de savoir si la norme pénale réprimant une infraction intentionnelle pouvait permettre de retenir la responsabilité civile à raison d'un acte involontaire ; en d'autres termes, le seul élément matériel de l'infraction pouvait-il constituer l'acte illicite au sens de l'article 41 COS ? Le Tribunal fédéral a considéré que non en retenant que si le législateur a choisi de ne pas réprimer l'infraction de blanchiment par négligence, il n'y a pas lieu d'engager la responsabilité civile de la banque qui n'a pas eu l'intention de blanchir de l'argent⁸⁸⁵. Cette solution appelle la précision de ce que le juge suisse n'est pas lié par un quelconque principe d'unité des fautes pénale et civile⁸⁸⁶.

442 Le projet de réforme suisse entend consacrer la théorie de la norme protectrice⁸⁸⁷. L'article 46 al. 2 AP dispose que « *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...* ».

Malgré le correctif apporté par la théorie du but protecteur de la norme, dans certains cas, la conception objective de l'illicéité interdisait la réparation de dommages que le juge et la société estimaient légitime de ne pas laisser à la charge de la victime⁸⁸⁸. La jurisprudence et la doctrine ont donc élaboré des correctifs, et le projet de réforme en consacre expressément certains. L'article 46 AP indique en effet que l'illicéité résulte de la contravention au principe de la bonne foi ou de la violation d'un contrat. En revanche, le principe de l'interdiction de créer un état de choses dangereux, ou « *Gefahrensatz* », n'est pas consacré par le projet de réforme suisse, du moins en ce qui concerne la condition d'illicéité⁸⁸⁹.

b Gefahrensatz

443 Le Tribunal fédéral a un temps admis que celui qui crée un état de fait dangereux doit prendre les mesures nécessaires à prévenir la survenance du dommage ; à défaut, son abstention est illicite. Le Tribunal fédéral retenait l'illicéité de l'abstention d'agir car « *selon ce principe non écrit du droit de la responsabilité civile, celui qui crée un danger doit adopter les mesures propres à*

⁸⁸⁴ATF 133 III 323 cons. 5.1.

⁸⁸⁵ATF 133 III 323 cons. 5.2.3.

⁸⁸⁶L'article 53 du COS dispose en effet que « *Le juge n'est point lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquiescement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement.*

Le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage ». Ce texte figurait déjà dans le Code des obligations en 1881 à l'article 59. Il est vrai qu'à cette époque la dualité des fautes civiles et pénales était admise en droit français tant en doctrine qu'en jurisprudence.

⁸⁸⁷REAP p. 99 et s.

⁸⁸⁸F. WERRO, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, op. cit. (p. 216), spéc. p. 363.

⁸⁸⁹En revanche, la faute par négligence est définie de façon à comprendre les hypothèses de « *danger créé* ». L'article 48a AP alinéa 1er indique que :

« *Agit par négligence la personne qui n'observe pas la diligence commandée par les circonstances et par sa situation individuelle* ».

l'éviter »⁸⁹⁰. Toutefois cette conception semble aujourd'hui fermement condamnée par le Tribunal fédéral qui rattache systématiquement le principe du danger créé à la faute.

444 Selon les rédacteurs du projet de réforme suisse, l'illicéité d'un comportement résulte de sa contrariété avec une injonction ou une interdiction de l'ordre juridique. Or le « *principe du danger créé* » ne constituerait pas une injonction mais un devoir général de diligence comparable au devoir général de ne pas nuire à autrui, éventuellement susceptible de constituer une faute au sens de l'article 41 COS⁸⁹¹.

445 Aujourd'hui, l'examen de décisions récentes confirme que le principe du danger créé ne peut servir à qualifier d'illicite l'acte dommageable. Ainsi, par un arrêt du 11 avril 2000, la 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral indique que « *Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un acte est illicite s'il enfreint un devoir légal général en portant atteinte soit à un droit absolu du lésé (Erfolgsunrecht), soit à son patrimoine ; dans ce dernier cas, la norme violée doit avoir pour but de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé (Verhaltensunrecht). Quant à la faute, elle 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* »⁸⁹². Un arrêt antérieur comprenait la même formulation, en l'espèce il était reproché à la société qui avait obtenu une concession pour l'exploitation d'une parcelle de plage au bord du lac de Neuchâtel de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour sécuriser un plongoir, qui existait depuis une quarantaine d'années, de façon à éviter qu'un plongeur ne se fracture la colonne vertébrale⁸⁹³. Le principe du danger créé est employé pour déterminer si une abstention constitue une faute parce qu'il y a contravention à l'obligation d'agir qui découle de l'action consistant à créer un danger. Le principe du danger créé permet notamment d'instituer une responsabilité pour les dommages causés par des choses alors que la responsabilité du fait des choses n'existe pas en droit suisse. Par exemple, l'exploitant d'une remontée mécanique et des pistes de ski adjacentes doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de ses passagers, comme matelasser les pylônes d'un télésiège⁸⁹⁴ lorsqu'ils sont situés sur une piste ou sur une pente très forte, mais non ceux qui sont hors de ces deux hypothèses ou tous les obstacles

⁸⁹⁰ATF 124 III 297, cons. 5b, p. 300 : « *Nach diesem ungeschriebenen haftpflichtrechtlichen Grundsatz hat, wer Gefahren schafft, die nötigen Schutzmassnahmen zu treffen* ».

⁸⁹¹REAP p. 102.

⁸⁹²TF, 11 avril 2000, 1^{re} Cour civile, n°4C.448/1999 : en l'espèce, il était reproché à une entreprise de travaux publics d'avoir creusé une tranchée dans le trottoir sans prendre les mesures nécessaires pour permettre à une personne handicapée d'accéder à la rampe conduisant à la porte d'un bâtiment du Palais des Nations à Genève. Une personne en fauteuil roulant ayant emprunté la passerelle réalisée au moyen de deux planches en bois non fixées était tombée, la roue de son fauteuil étant restée coincée entre les planches. La victime avait par le passé attiré l'attention du service de sécurité du Palais des Nations sur le caractère dangereux de ce passage.

⁸⁹³ATF 123 III 306, cons. 4a, p. 312.

⁸⁹⁴ATF 121 III 358, cons. 4a, p. 361, ATF 111 IV 15 cons. 3 p. 19.

quelconques⁸⁹⁵. Les auteurs du projet de réforme suisse ont exclu le principe du danger créé des normes dont la violation permet de retenir l'illicéité de l'acte dommageable, mais ont en revanche consacré le principe de la bonne foi comme norme protectrice.

c Bonne foi et protection de la confiance légitime

446 Il s'agit ici uniquement d'envisager dans quelle mesure la violation du principe de la bonne foi peut constituer un acte illicite au sens du droit positif suisse. Le principe de bonne foi a une portée beaucoup plus large en droit suisse qu'en droit français où il est cantonné par l'article 1134 du Code civil à l'exécution du contrat⁸⁹⁶. La jurisprudence française a étendu le principe de bonne foi à la formation du contrat et à la période précontractuelle⁸⁹⁷. Au contraire, en droit suisse, de façon générale, le principe de bonne foi joue dans tous les rapports sociaux. Cet aspect du principe de la bonne foi ne doit pas être confondu avec la question de savoir si l'atteinte à la confiance légitime constitue un cas de responsabilité du fait personnel autonome, qui se rapproche ou s'assimile à la responsabilité contractuelle dans le cadre de la théorie de la *culpa in contrahendo*⁸⁹⁸. Le principe de bonne foi (« *Treu und Glauben* »⁸⁹⁹) résulte en droit suisse de l'article 2 du CCS, aux termes duquel :

« 1 Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

2 L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

Comme l'exposent les auteurs du projet de réforme suisse, « ce principe, en tant que clause générale, commande une attitude de loyauté et d'égards dans la vie sociale »⁹⁰⁰. Un auteur précise toutefois que si le législateur a affirmé ce principe, il ne permet cependant au juge que d'en sanctionner la violation « manifeste », c'est-à-dire celle qui apparaît comme telle aux yeux de tous⁹⁰¹. Le Tribunal fédéral se fonde sur l'article 2 CCS pour considérer que celui qui déçoit la confiance légitime d'autrui dans des circonstances particulières commet un acte illicite. En d'autres

⁸⁹⁵ ATF 126 III 113.

⁸⁹⁶ Ph. LE TOURNEAU, Bonne foi, Enc. Dalloz de droit civil, 1995, n°18.

⁸⁹⁷ Ib.

⁸⁹⁸ V. §.560 et s. Il ne s'agit pas non plus ici de l'application du principe de bonne foi dans les relations entre le citoyen et les organes de l'Etat, question étudiée dans le cadre du rôle du juge (v. §.702 et s.). Le juge suisse est soumis à l'article 9 de la Constitution suisse qui affirme, sous la rubrique Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, que « Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi ».

⁸⁹⁹ S. SANDOZ, La bonne foi, pilier de notre droit privé, Recht. 2008/2, p. 47-48, l'auteur relève la perte de sens dû à la traduction des termes germaniques de « *Treu und Glauben* » par le terme français de « bonne foi ». Le mot « *Treu* » signifie fidélité, dans le sens de la fiabilité que présente une personne; c'est par exemple la qualité de celui à qui l'on confie sa fortune en « *Treuhand* », forme de « *trust* » connue dans les droits germaniques. Le mot « *Glauben* » désigne la croyance de celui avec qui l'on traite, et par là, indique la confiance qu'il peut placer en vous. Les termes allemands manifestent donc une conception extensive de la bonne foi, sentiment présent tant dans le for du débiteur que dans celui du créancier. Un auteur analyse ces deux aspects de la bonne foi, v. Ph. LE TOURNEAU, Bonne foi, Enc. Dalloz de droit civil, 1995, n°2 et s.

⁹⁰⁰ REAP p. 102. S. SANDOZ, ib.

⁹⁰¹ S. SANDOZ, ib.

termes, « Celui qui provoque, puis déçoit, contrairement à ses devoirs, la confiance digne de protection d'autrui, est responsable du dommage ainsi causé de manière adéquate envers l'autre partie »⁹⁰². Le recours au principe de la confiance légitime a été nécessaire pour permettre la réparation des « préjudices économiques purs »⁹⁰³. Par exemple, celui qui subit les conséquences d'une information inexacte donnée par une personne qui n'est pas son cocontractant ne pourrait obtenir réparation ni sur le fondement du contrat, ni sur le fondement de l'atteinte à un droit absolu puisqu'il ne s'agit que d'une perte économique, et encore moins sur la base d'une norme de protection puisqu'il ne s'agit pas d'escroquerie mais de négligence ; dans cette hypothèse, seul le recours à la notion de bonne foi semble pouvoir permettre de caractériser l'illicéité⁹⁰⁴, et partant, justifier la mise en jeu de la responsabilité civile du fautif.

Le Tribunal fédéral a ainsi admis la responsabilité de la société mère pour les dommages causés par la faillite de la société fille aux tiers qu'elle avait laissé croire en la solidité du crédit de sa filiale⁹⁰⁵. Ultérieurement, le Tribunal fédéral a précisé qu'il ne suffit pas de démontrer l'existence d'un groupe de sociétés pour se plaindre à l'une quelconque d'entre elles des pertes économiques résultant de la faillite d'une filiale : « Pour être digne de protection, la confiance suppose un comportement de la société mère qui soit propre à susciter des espérances suffisamment concrètes et précises »⁹⁰⁶. La nature de la responsabilité fondée sur la confiance est évoquée dans le cadre des développements relatifs à la *culpa in contrahendo*⁹⁰⁷. Cette question ne concerne pas directement celle de savoir dans quelle mesure la violation de la bonne foi constitue un acte illicite. Toutefois, un débat voisin donne lieu à deux courants⁹⁰⁸, l'un estimant que le bénéfice du principe de la bonne foi (« *Gebot von Treu und Glauben* ») ne constitue pas un droit absolu, et ne peut constituer une norme de protection que lorsqu'il est établi que la personne lésée avait des relations particulières avec l'auteur de l'acte contraire à la bonne foi⁹⁰⁹. Un autre courant

⁹⁰²TF. 7 janvier 1999, SJ. 2000, p. 533-541, cons. 4, p. 537-538, annoté par A. HIRSCH. En l'espèce, il s'agit d'une vente immobilière nulle pour vice de forme. L'acheteur oppose la nullité au vendeur pour se soustraire à son obligation de payer le solde du prix, lequel correspondait au prix occulte que les parties n'avaient pas voulu faire figurer dans l'acte authentique. Le Tribunal fédéral admet sur le fondement de l'article 2 CCS la recevabilité de la demande portant sur le solde du prix. La question de savoir si la responsabilité du fait de la confiance déçue est de nature contractuelle ou délictuelle est laissée ouverte.

⁹⁰³Sur la notion de préjudice économique pur, cf. supra p. 218, §.437.

⁹⁰⁴V. ROBERTO, *Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens*, op. cit. (p. 219), p. 513.

⁹⁰⁵ATF 120 II 331, cons. 5a p. 335 : si en principe un contractant doit apprécier seul la situation financière de son cocontractant, la société mère répond du dommage causé par la faillite de la filiale lorsqu'elle a de façon dolosive incité un tiers à avoir confiance.

⁹⁰⁶ATF 124 III 297, cons. 6.

⁹⁰⁷Cf. infra p. 287, §. 560 et s.

⁹⁰⁸F. WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit. (p. 74), p. 83, n°319.

⁹⁰⁹En ce sens, B. GABRIEL, *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschaden*, Freiburg im Sch., 1987, polycopié, spéc. p. 69, n°240 et p. 75, n°260. A. HIRSCH, op. cit. (p. 227), spéc. p. 341 : l'exigence d'une relation juridique particulière conduit l'auteur à retenir la qualification de responsabilité quasi-contractuelle.

doctrinal considère que le principe de la confiance légitime est une norme de protection autonome^{910 911} ; l'acte qui contreviendrait à l'obligation générale de se comporter de façon conforme à la bonne foi serait illicite sans qu'il soit besoin de caractériser l'existence d'une relation spécifique à laquelle le principe de la bonne foi viendrait donner sa substance⁹¹².

447 Le projet de réforme consacre cette conception ; selon ses auteurs, l'atteinte à la confiance créée est en soi contraire au droit, sans qu'il faille exiger des relations de confiance particulières entre la victime et l'auteur du dommage pour retenir l'illicéité de l'acte⁹¹³. Selon les auteurs du projet de réforme, le principe de bonne foi n'est pas pertinent s'agissant des responsabilités pour risque puisque celles-ci jouent indépendamment de tout jugement porté sur le comportement du responsable⁹¹⁴.

En revanche, après avoir consacré le principe de la bonne foi comme norme de protection, le projet de réforme donne le même rang au devoir contractuel. L'alinéa 2 de l'article 46 AP dispose en effet que « *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* ».

d Le devoir contractuel

448 Le droit suisse distingue responsabilité délictuelle et contractuelle, mais le projet de réforme, en faisant de l'illicéité une condition générale de mise en jeu de la responsabilité civile, implique de retenir l'illicéité de la violation d'un devoir contractuel. Une question connexe concerne la possibilité de réparer le préjudice économique pur d'un tiers au contrat qui résulte de la violation d'une obligation contractuelle.

(1) *La violation positive du contrat*

449 Le projet de réforme suisse entend donc élargir la sphère de protection résultant du contrat. Le caractère illicite de la violation du devoir contractuel s'insère dans la

⁹¹⁰En ce sens, notamment Chr.CHAPPUIS, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, Mélanges B. SCHMIDLIN, Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Francfort sur le Main, 1998, p. 227-248. L'auteur indique qu'il serait préférable de parler de responsabilité pour la confiance créée « *afin d'éviter de porter trop loin l'imputation du dommage à un tiers et d'insister sur le comportement tout à fait particulier que suppose une telle responsabilité* ».

⁹¹¹Pour un exposé détaillé des différentes doctrines, v. F. DELCO, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschadens, op. cit. (p. 218), p. 133 et s.

⁹¹²Chr. CHAPPUIS, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, op. cit. (p. 228), spéc. p. 239. Le débat doctrinal consiste à savoir si l'article 2 du code civil suisse est une norme d'interprétation qui ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'un rapport juridique préexistant, ou bien une obligation générale de comportement qui s'impose à tous.

⁹¹³REAP p. 103 : les auteurs du projet de réforme suisse « *sont d'avis que l'injonction de se conduire conformément à la bonne foi (art. 2 al. 1 CCS) comme l'interdiction d'abuser de son droit (al. 2) représentent des normes protectrices générales de l'ordre juridique* ».

⁹¹⁴REAP p. 103.

conception globale du projet suisse qui veut unifier autant que possible le droit de la responsabilité civile, notamment en soumettant aux dispositions générales que sont les règles relatives à la responsabilité délictuelle la réparation des dommages causés en violation d'une obligation contractuelle. Si la responsabilité contractuelle relève en principe des mêmes conditions générales que la responsabilité délictuelle, alors l'illicéité de l'acte dommageable en est également une condition de mise en jeu. La notion de devoir contractuel au sens de l'article 46 AP comprend les cas de violation positive du contrat, c'est-à-dire « *quand une partie lèse l'autre par la manière défectueuse d'exécuter la prestation* »⁹¹⁵, à l'exclusion des cas dans lesquels la violation du contrat résulte de l'inexécution. Les auteurs du projet de réforme veulent mettre fin à l'option qui est actuellement offerte en droit suisse à la victime entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle⁹¹⁶. Aussi l'article 42 AP relatif à la responsabilité entre cocontractants dispose que « *Les dispositions du présent chapitre [Des obligations résultant de faits dommageables] s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle ; sont réservées les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise, ainsi que les règles spécifiques à certaines espèces de contrats* ». Dans la conception du projet de réforme suisse, la violation illicite du contrat résulte donc de la violation d'une obligation accessoire, et non de l'inexécution proprement dite.

450 Le projet de réforme ne se prononce pas sur la question de l'invocabilité par les tiers de la violation du contrat justifiant l'indemnisation de leur préjudice économique pur. Toutefois, la possibilité ouverte à toute victime de caractériser l'illicéité de l'acte au regard d'un devoir contractuel autre qu'une simple inexécution, une exécution tardive ou une règle de responsabilité spécifique à un contrat (ex. la garantie des vices cachés en matière de vente) implique la possibilité qu'un tiers au contrat bénéficie de la même faculté. Le tiers au contrat pourrait donc fonder la réparation d'un préjudice économique pur par le biais de la mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle de contractant. Pour illustrer cette conception, un auteur prend l'exemple suivant : un peintre répond selon les règles du contrat d'entreprise si les travaux de peinture sont mal faits (articles 367 et s. COS) et selon les règles délictuelles s'il tache le tapis du salon lors de l'accomplissement des travaux (articles 41 et s. COS)⁹¹⁷. Si le

⁹¹⁵REAP p. 64. Sur ces notions, cf. La responsabilité contractuelle, infra p. 283 et s., spécialement n°569 et s. Le terminologie de « *violation positive du contrat* » ou « *positive Vertragsverletzung* » est reprise d'une théorie allemande, élaborée pour permettre la réparation des dommages résultant de la violation d'une obligation contractuelle accessoire, alors que le droit allemand (antérieur à la réforme) n'envisageait que le cas de l'inexécution. Elle est dite « *positive* » car elle intervient alors même que le contrat a été exécuté, tandis que la violation « *négative* » désigne l'hypothèse de l'inexécution.

⁹¹⁶REAP p. 65 et s.

⁹¹⁷C. CHAPPUIS et F. WERRO, Quelques points chauds de la révision du droit de la responsabilité civile à deux voix, Congrès de la société suisse des juristes, 26-27 septembre 2003, Brunnen. L'exemple cité est tiré de

contrat d'entreprise a été conclu entre le propriétaire et le peintre, et que le tapis taché appartenait au locataire, celui-ci dispose-t-il d'une action contre l'entrepreneur ?

(2) *L'effet protecteur envers les tiers*

451 L'absence de distinction en droit français entre les notions d'illicéité et de faute peut conduire à une confusion. La violation d'un devoir contractuel réalise la condition d'illicéité permettant d'engager la responsabilité délictuelle du débiteur envers le créancier dès lors que les autres conditions générales de mise en jeu de la responsabilité civile sont également réunies. Il ne s'agit pas ici de déterminer la sphère de protection dont peut se prévaloir le tiers au contrat pour engager la responsabilité contractuelle du débiteur dont le manquement lui a causé un dommage. La théorie de l'effet protecteur du contrat envers les tiers relève de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle⁹¹⁸.

452 La jurisprudence du Tribunal fédéral donne un autre exemple : la construction de maisons avait causé des dommages aux constructions voisines, dont les propriétaires avaient recherché la responsabilité des auxiliaires du maître d'ouvrage, ingénieur, architecte et géologue. Le Tribunal fédéral estime que leur responsabilité ne peut être recherchée sur le fondement de l'article 41 COS parce que la condition d'illicéité n'est pas remplie : le contrat d'entreprise n'a pas pour effet de protéger les tiers, mais seulement les contractants⁹¹⁹. Alors que le droit suisse admet le concours d'actions⁹²⁰, la condition d'illicéité vient limiter le champ des dommages dont le cocontractant devra répondre envers les tiers au contrat⁹²¹.

Pour illustrer les conséquences qu'aurait la réforme sur le droit suisse, nous emploierons l'exemple du peintre chargé par le propriétaire de repeindre un appartement : l'entrepreneur répond selon les règles de la responsabilité contractuelle pour l'inexécution ou le retard, selon les règles de la responsabilité délictuelle s'il tache un tapis, que celui-ci appartienne au locataire, à un ami du locataire ou au propriétaire. Selon le droit positif suisse, l'action du locataire aurait éventuellement pu mettre en jeu la responsabilité délictuelle du contractant. Toutefois, si l'on pousse plus loin le raisonnement en relevant que le tapis n'a pu

l'intervention de Mme CHAPPUIS.

⁹¹⁸Sur cette question, et spécialement sur la théorie de l'effet protecteur du contrat envers les tiers et la possibilité pour ces derniers d'engager la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant, cf. infra, p. 292, §. 567

⁹¹⁹TF, 28 janvier 2000, n°4C.280/1999 et 4C.296/1999, annoté par Chr. LEUENBERGER, Haftung von Hilfspersonen gegenüber vertragsfremden Dritten, ZBJV. 2000, p. 289-292.

⁹²⁰Cf. infra Le principe de non option, p. 303 et s.

⁹²¹R. SECRETAN, Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, RDS. 1949, p. 183-203, spéc. p. 196 : « ... le Tribunal fédéral admet libéralement l'option entre les deux responsabilités, et même le cumul des actions. Mais, d'autre part, il donne de l'acte illicite une définition restrictive... En particulier, l'inexécution d'une convention ne constitue pas, en soi, un acte illicite ; elle engage la responsabilité contractuelle du débiteur, et, en principe, cette responsabilité seulement ».

être taché que parce que le peintre n'a pas disposé de bâche de protection comme il est d'usage de le faire, il s'agit d'une inexécution partielle relevant de la responsabilité contractuelle. On voit par là que la délimitation entre violation positive et négative du contrat n'est pas si simple, ce qui a d'ailleurs été dénoncé par la doctrine suisse.

453 Il a également été souligné que dans l'exemple ci-dessus, l'auxiliaire du peintre ne peut voir sa responsabilité engagée dans le droit positif. En revanche, si l'on retient l'illicéité du manquement au devoir contractuel, la mauvaise exécution du contrat de travail pourra être invoquée par les tiers pour engager la responsabilité de l'auxiliaire, ou, en termes de droit français, du préposé⁹²².

Le caractère illicite de l'acte dommageable peut être exclu par la preuve d'un fait justificatif. Le droit positif suisse envisage expressément les faits justificatifs.

B Les faits justificatifs

454 En droit positif suisse, les faits justificatifs, aussi appelés « motifs légitimes » ou « motifs justificatifs »⁹²³, sont des circonstances reconnues par l'ordre juridique et dont l'existence a pour effet d'écarter l'illicéité et par conséquent d'exclure la responsabilité civile, et au premier chef, la responsabilité pénale. La charge de la preuve de l'existence d'un fait justificatif pèse sur celui qui entend dégager sa responsabilité civile en établissant l'absence d'illicéité du comportement ou des faits causes du dommage. Les faits justificatifs, également désignés par le terme d'« aspect négatif de l'illicéité » parce qu'ils font disparaître l'illicéité qui existait à première vue⁹²⁴, sont envisagés de façon générale aux articles 44 al. 1er⁹²⁵ et 52 COS⁹²⁶, et spécialement à l'article 28 al. 2 du Code civil suisse s'agissant de la réparation des

⁹²²C. CHAPPUIS et F. WERRO, Quelques points chauds de la révision du droit de la responsabilité civile à deux voix, op. cit. (p. 229). L'argument cité est tiré d'une partie de l'intervention de Mme CHAPPUIS : « *La solution de l'avant-projet conduirait par là à une extension de la responsabilité pour auxiliaires et organes. Or, seul le débiteur est lié par le contrat et répond de sa mauvaise exécution. L'auxiliaire ne doit pas être rendu personnellement responsable de la bonne exécution à côté du débiteur* ».

⁹²³En allemand, « *Rechtfertigungsgründe* », causes de justification, ou « *Verletzungsbefugnisse* », droit de porter atteinte, ou « *Gründe für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit* », causes d'exclusion de l'illicéité.

⁹²⁴REAP p. 104.

⁹²⁵Article 44 al. 1er: « *Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion* ».

⁹²⁶Article 52 COS : « *1 En cas de légitime défense, il n'est pas dû de réparation pour le dommage causé à la personne ou aux biens de l'agresseur.*

2 Le juge détermine équitablement le montant de la réparation due par celui qui porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou pour préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent.

3 Celui qui recourt à la force pour protéger ses droits ne doit aucune réparation, si, d'après les circonstances, l'intervention de l'autorité ne pouvait être obtenue en temps utile et s'il n'existait pas d'autre moyen d'empêcher que ces droits ne fussent perdus ou que l'exercice n'en fût rendu beaucoup plus difficile ».

atteintes aux droits de la personnalité⁹²⁷. Un auteur range également parmi les faits justificatifs l'exercice autorisé de la force publique⁹²⁸.

1. L'exercice autorisé de la force publique

455 On pourrait être tenté de considérer que l'exercice de la force publique dans le cadre qui lui a été fixé par la loi ne saurait être qualifié d'illicite. Il faut toutefois se rappeler que le droit suisse retient la notion d'illicéité de résultat, c'est-à-dire qu'un acte est illicite dès lors qu'il porte atteinte à un droit absolu⁹²⁹. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette conception de l'illicéité est commune au droit privé et au droit public⁹³⁰, une personne publique est donc susceptible de commettre un acte illicite. Par exemple, une personne publique vaccine la population, et quelques individus développent des séquelles plus ou moins graves ; la vaccination a porté atteinte à la santé d'autrui, elle est donc à première vue illicite, sauf si elle a été pratiquée conformément à la réglementation en vigueur.

L'illicéité résultant d'une atteinte à un droit absolu peut disparaître lorsque l'acte cause du dommage a été accompli dans le cadre de l'exercice autorisé de la puissance publique (« *rechtmässige Ausübung öffentlicher Gewalt* »). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le fait justificatif tiré de l'exercice autorisé de la force publique ne résultait pas de la simple conformité de l'acte à une directive de service ou de fonction : « *L'acte dommageable d'un fonctionnaire est justifié lorsqu'il est conforme au sens et au but de la loi (par ex. l'emprisonnement) ou qu'il est nécessairement lié à la mise en œuvre concrète de la loi, c'est-à-dire que l'Etat devait agir de façon dommageable afin de pouvoir remplir les missions que lui assigne la loi* »⁹³¹. Il s'agit réellement d'un fait justificatif parce qu'il ne suffit pas que le fonctionnaire ait agi sans violer de norme juridique spécifique, il faut en outre que son action se soit inscrite dans le cadre que lui assigne l'ordre juridique.

⁹²⁷ Article 28 al. 2 CCS : « Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public ou par la loi ».

⁹²⁸ F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 87, n°333 et s.

⁹²⁹ Cf. supra §. 436.

⁹³⁰ ATF 113 Ib 420, cons. 2, p. 423, ATF 118 Ib 473, cons. 2b, p. 476, ATF 116 Ib 367, cons. 4b, p. 373. ATF 123 II 577 : la responsabilité de la Confédération était recherchée à la suite d'une collision entre un avion civil et un avion militaire, le Tribunal fédéral retient l'atteinte à un droit absolu, en l'espèce la vie des deux pilotes civils. La question de droit était de savoir si la Confédération répondait du dommage sur le fondement de la loi sur l'aviation civile ou sur la loi relative à l'armée. La loi sur l'armée posait comme condition l'acte illicite d'un militaire. Il fallait donc déterminer si outre l'atteinte à la vie, la mise en jeu de la responsabilité civile de la Confédération pour un dommage militaire exigeait également la violation d'une norme juridique protégeant le droit auquel il avait été porté atteinte, c'est-à-dire la violation d'un devoir militaire, ou d'un devoir résultant de la qualité de fonctionnaire. Le Tribunal fédéral condamne cette conception et affirme que comme en matière de responsabilité civile de droit privé, la responsabilité publique est engagée en cas d'acte dont l'illicéité résulte d'une atteinte à un droit absolu.

⁹³¹ ATF 123 II 577, cons. 4i : « *Die Schädigung durch eine Amtshandlung ist dann gerechtfertigt, wenn sie der gesetzlich vorgesehene Sinn und Zweck der Handlung ist (wie zum Beispiel bei einer Verhaftung oder Freiheitsstrafe) oder wenn sie Zwangsläufig mit der Durchführung des Gesetzes verbunden ist, wenn also der Staat schädigend handeln muss, um die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben erfüllen zu können* ». En l'espèce, le Tribunal fédéral relève que l'acte dommageable n'était pas nécessaire à l'activité militaire.

Ainsi, le pilote d'avion militaire ayant causé une collision avec un avion civil ne peut simplement exciper de la régularité de ses actes aux regards des règles de la navigation aérienne. Pour que son acte soit considéré comme licite, il faudrait en outre que la loi lui ait imposé d'agir comme il l'a fait, par exemple pour empêcher le survol d'une base militaire par un avion non identifié.

2. Le consentement de la victime

456 L'article 44 COS évoque le consentement de la victime au dommage comme facteur de réduction de la réparation, mais il est également considéré comme un fait justificatif faisant disparaître l'illicéité⁹³². Pour pouvoir constituer un fait justificatif, le consentement doit avoir été donné en connaissance de cause. Ainsi, en matière de responsabilité médicale, le consentement du malade à l'intervention médicale est fréquemment invoqué pour dénier tout caractère illicite à l'atteinte corporelle qui résulte de l'acte du médecin. Le médecin doit donner « *au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance* »⁹³³.

Le consentement de la victime à l'acte dommageable est analysé comme le renoncement à l'exercice du droit à réparation qui serait susceptible de naître⁹³⁴. Le consentement doit donc intervenir avant l'acte dommageable ; un renoncement de la victime à l'exercice de son droit à réparation ne fait pas disparaître l'illicéité de l'acte dommageable⁹³⁵. La charge de la preuve de l'existence du consentement pèse sur celui qui l'invoque comme fait justificatif⁹³⁶. La validité du consentement est subordonnée à la capacité civile active de son auteur. Toutefois, s'agissant d'un mineur doté de discernement, le consentement de son

⁹³²F. WERRO, La responsabilité civile, p. 93 et s., n°363 et s, et p. 293, n°1152 : l'auteur estime peu convaincante cette confusion car soit le consentement intervient comme fait justificatif et il n'y a pas de responsabilité civile, soit il n'y a pas de consentement et il n'est pas justifié de réexaminer la question au stade de la fixation de l'indemnité, l'auteur du dommage devant en répondre pleinement. Pour un exemple de la démarche juridique suisse, v. par ex. ATF 108 II 59, p. 64, cons. 3 : le Tribunal fédéral, après avoir relevé l'absence d'informations du patient évoque la notion de consentement hypothétique, le praticien pouvant justifier ses actes en prouvant que le patient aurait consenti à l'opération même s'il avait été informé des conséquences possibles (preuve non rapportée en l'espèce).

⁹³³ATF 133 III 121, TF 28 avril 2003, n°4P.265/2002, ATF 113 Ib 420, cons. 4-6 ; ATF 108 II 59 cons. 2 ; ATF 105 II 284 cons. 6c.

⁹³⁴B. GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs.1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschaden, op. cit. (p. 227), p. 89 et s. n°308 et s.

⁹³⁵F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 94, n°366. B. GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschaden, ib.

⁹³⁶V. par ex. ATF 133 III 121, p. 129, cons. 4.1.3 : dans une affaire de responsabilité médicale, le Tribunal fédéral indique que « *c'est au médecin qu'il appartient d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement éclairé de ce dernier préalablement à l'intervention* ».

représentant légal n'est pas suffisant⁹³⁷. Le consentement ne peut rendre licites des actes contraires aux mœurs⁹³⁸. La jurisprudence et la doctrine admettent cependant que le consentement nul puisse être pris en compte par le juge pour réduire les dommages-intérêts conformément à l'article 44 COS.

En droit suisse, le fait justificatif tiré du consentement de la victime comprend la notion d'acceptation des risques, notion spécialement employée en matière de dommages résultant de la pratique sportive. Le Tribunal fédéral considère que « *assimilée au consentement de la victime, l'acceptation d'un risque peut supprimer le caractère illicite de l'acte. Celui qui pratique un sport accepte de courir les risques inhérents à l'exercice auquel il se livre, mais non pas les conséquences d'une infraction aux règles du jeu par un autre joueur* »⁹³⁹. Il est à noter qu'en droit français, l'acceptation des risques entre dans les notions examinées à l'occasion de l'établissement du lien de causalité ; il s'agit alors de déterminer dans quelle mesure la victime a concouru à la réalisation du dommage en s'exposant au danger.

L'absence de consentement du patient en raison du défaut d'information sur les risques encourus a pour effet de mettre à la charge du médecin toutes les conséquences qui peuvent en découler, sans possibilité pour lui de dégager sa responsabilité en prouvant qu'il a agi conformément aux règles de l'art. Selon le Tribunal fédéral, « *l'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même correctement exécutés du point de vue médical. Le médecin doit donc réparation pour tout dommage découlant de l'échec total ou partiel de l'opération, lors même qu'il n'aurait violé aucune des règles de l'art. Le risque de l'acte médical, normalement supporté par le patient, passe au praticien qui intervient sans obtenir le consentement éclairé qu'il aurait pu et dû solliciter* »⁹⁴⁰.

457 On voit qu'en droit positif suisse la notion du consentement de la victime comme fait justificatif faisant disparaître l'illicéité de l'acte dommageable recouvre diverses notions

⁹³⁷ ATF 134 II 235 : le Tribunal fédéral approuve la sanction disciplinaire d'un médecin ayant tenté de redresser le coccyx d'une adolescente de treize ans en pratiquant un toucher rectal, avec le consentement de la mère sans tenir compte de l'opposition manifestée par la mineure, dont le consentement était pourtant requis s'agissant d'un acte strictement personnel au sens de l'article 19 al. 2 CCS (« *Ils [les mineurs] n'ont pas besoin de ce consentement [de leur représentant légal] pour acquérir à titre purement gratuit, ni pour exercer des droits strictement personnels* »).

⁹³⁸ L'article 27 al. 2 du CCS dispose que « *Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs* », l'article 19 al. 2 COS dispose que « *La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité* ». Par conséquent, un patient ne peut valablement consentir à une mutilation.

⁹³⁹ ATF 117 II 547, cons. 3, p. 548.

⁹⁴⁰ ATF 108 II 59, cons. 3, p. 62.

de droit français telle la faute de l'auteur du dommage⁹⁴¹ ou le lien causal⁹⁴². Ce flou conceptuel est d'ailleurs parfois souligné par le Tribunal fédéral lui-même. Par exemple, s'agissant du défaut d'information d'un patient, le Tribunal fédéral relève « *La faculté qui pourrait être reconnue au médecin de s'exonérer en invoquant le consentement hypothétique de son patient, à titre de motif justificatif ou de fait interruptif de la causalité* »⁹⁴³. On remarque également un lien entre la notion d'illicéité et l'étendue de la réparation due, soit dans le sens d'une réduction, soit dans le sens d'une augmentation. De la même façon que le consentement donné par la victime peut justifier la réduction des dommages-intérêts, l'illicéité de l'acte du médecin qui intervient sans le consentement du patient conduit le juge à lui faire assumer la charge de toutes les conséquences du risque médical quand bien même il serait prouvé que toutes les règles de l'art ont été observées.

Outre le consentement de la victime, l'illicéité de l'acte dommageable peut disparaître en présence de l'un des faits justificatifs prévus par l'article 52 COS.

3. Les faits justificatifs prévus par l'article 52 COS

458 L'article 52 du COS pose le principe de trois faits justificatifs que sont la légitime défense, le cas de nécessité et l'usage autorisé de la force. Certains de ces faits justificatifs existent également en droit français, la licéité du comportement de l'auteur du dommage étant également envisagée mais dans le cadre de la notion de faute et non en tant que condition générale autonome de la responsabilité civile.

a La légitime défense

459 Si la jurisprudence suisse a eu l'occasion d'affirmer dans un arrêt de 1899 que la légitime défense se définit à la lueur des principes généraux, et non de ceux du droit pénal⁹⁴⁴, c'est cependant le plus souvent dans les arrêts des juridictions pénales qu'il est fait référence à cette notion⁹⁴⁵. En droit positif suisse comme en droit français, la légitime défense suppose une

⁹⁴¹Faute résultant de la violation de l'obligation d'information du professionnel envers son client, ou bien de l'acceptation du risque par la victime, ou bien la victime a elle-même commis une faute en donnant son consentement à un acte illicite.

⁹⁴²la victime n'aurait pas consenti à l'intervention si elle avait été convenablement informée.

⁹⁴³ATF 108 II 59, cons. 3, p. 64.

⁹⁴⁴F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (supra p. 74), p. 88, n°339, et la référence citée : ATF 25 II 25. Il y a nécessairement un décalage entre le droit pénal et le droit civil, les intérêts menacés devant être plus conséquents pour excuser une infraction pénale.

⁹⁴⁵Pour un rare exemple de recours à la notion de légitime défense en matière civile, v. TF. 12 septembre 2001, n°4C.77/2001 : l'épouse en instance de divorce justifie la dissimulation de sa qualité de salariée, en violation de l'obligation d'information financière qui existe entre les époux en droit suisse, parce que son mari « *l'avait brisée financièrement et moralement en introduisant une procédure en divorce, il n'existait pas d'autre moyen pour elle que de taire l'existence du travail temporaire qu'elle s'était vue confier, pour éviter que son droit ne fût perdu ou que l'exercice de celui-ci ne fût rendu beaucoup plus difficile, sans compter que tout contact avec son employeur se serait soldé par un licenciement rapide* ». Le Tribunal fédéral relève que le mari n'a fait qu'exercer un droit en demandant le divorce, et que cette

attaque, c'est-à-dire un comportement visant à porter atteinte à la personne elle-même ou à un tiers, ou la menace d'une telle attaque c'est-à-dire le risque que l'atteinte se réalise⁹⁴⁶. Il doit s'agir d'une attaque actuelle ou à tout le moins imminente, ce qui implique que l'atteinte soit effective ou qu'elle menace de se produire incessamment⁹⁴⁷. Cette condition n'est pas réalisée lorsque l'attaque a cessé ou qu'il n'y a pas encore lieu de s'y attendre⁹⁴⁸. Une attaque n'est cependant pas achevée aussi longtemps que le risque d'une nouvelle atteinte ou d'une aggravation de celle-ci par l'assaillant reste imminent⁹⁴⁹. S'agissant en particulier de la menace d'une attaque imminente contre la vie ou l'intégrité corporelle, celui qui est visé n'a évidemment pas à attendre jusqu'à ce qu'il soit trop tard pour se défendre ; il faut toutefois que des signes concrets annonçant un danger incitent à la défense ; tel est notamment le cas lorsque l'agresseur adopte un comportement menaçant, se prépare au combat ou effectue des gestes qui donnent à le penser⁹⁵⁰. Par ailleurs, l'acte de celui qui est attaqué ou menacé de l'être doit tendre à la défense ; un comportement visant à se venger ou à punir ne relève pas de la légitime défense ; il en va de même du comportement qui tend à prévenir une attaque certes possible mais encore incertaine, c'est-à-dire à neutraliser l'adversaire selon le principe que la meilleure défense est l'attaque⁹⁵¹.

460 La défense doit apparaître proportionnée au regard de l'ensemble des circonstances. À cet égard, on doit notamment examiner la gravité de l'attaque, la nature des moyens de défense ainsi que l'usage concret qui en a été fait. La proportionnalité des moyens de défense se détermine d'après la situation de celui qui voulait repousser l'attaque au moment où il a agi ; les autorités judiciaires ne doivent pas se livrer à des raisonnements *a posteriori* trop subtils pour déterminer si l'auteur des mesures de défense n'aurait pas pu ou dû se contenter d'avoir recours à des moyens différents, moins dommageables⁹⁵².

Si celui qui repousse une attaque a excédé les bornes de la légitime défense, le juge atténuera librement la peine, conformément à l'article 66 du Code pénal suisse, tandis que le juge civil retiendra l'excès de légitime défense pour refuser la justification du fait illicite. Toutefois, le juge peut tenir compte des faits et réduire la réparation à proportion des fautes de

démarche ne pouvait être assimilée à une attaque justifiant une telle défense.

⁹⁴⁶F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (supra p. 74), p. 88 et s., n°339 et s., Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 531 et s., n°1978 et s.

⁹⁴⁷ATF 106 IV 12, cons. 2a p. 14 ; ATF 104 IV 232, cons. c p. 236/237.

⁹⁴⁸ATF 93 IV 83.

⁹⁴⁹ATF 102 IV 1 cons. 2b p. 4-5.

⁹⁵⁰ATF 93 IV 83, p. 84.

⁹⁵¹ATF 93 IV 83.

⁹⁵²ATF 107 IV 12 cons. 3 p. 15, ATF 102 IV 65 cons. 2a p. 68.

l'agresseur. Lorsque la défense est excessive, elle constitue une faute susceptible d'être invoquée par l'assureur pour réduire sa prestation conformément à l'article 14 al. 1 LCA⁹⁵³.

Les règles du droit français en matière de légitime défense ne diffèrent pas de celles du droit suisse.

b L'état de nécessité

461 En droit suisse, l'état de nécessité peut être défini comme « *le droit pour une personne de porter atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent* »⁹⁵⁴. Il est régi en droit positif suisse par l'article 52 alinéa 2 COS : « *Le juge détermine équitablement le montant de la réparation due par celui qui porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou pour préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent* ». La légitime défense permet de causer un dommage à l'agresseur lui-même, l'état de nécessité permet de porter atteinte aux biens d'autrui pour se défendre ou défendre un tiers. Ainsi, celui qui blesse mortellement un chien qui attaquait une personne ne doit pas réparation au propriétaire du chien⁹⁵⁵, et cette hypothèse relève de l'état de nécessité sauf si le chien était dirigé par l'homme⁹⁵⁶.

Les « *biens* » menacés doivent être d'une importance égale ou supérieure aux « *biens* » auxquels il est porté atteinte. Ainsi, n'est pas illicite le fait de tuer un chien pour sauver un homme de blessure grave, ou, en matière pénale, de tuer un homme dont l'existence menace la vie d'une autre personne⁹⁵⁷.

Pour ôter son caractère illicite à l'acte cause du dommage, l'agent doit avoir agi en présence d'un danger imminent. Le droit suisse admet cependant la notion d'« *état de nécessité putatif* » pour désigner l'hypothèse dans laquelle l'agent croyait à l'existence d'un danger imminent bien que ce ne soit pas le cas en réalité. Cette notion est actuellement employée pour excuser le meurtre de tyran domestique par l'un des membres du foyer, la légitime défense étant exclue en l'absence d'attaque au moment du meurtre⁹⁵⁸. En droit suisse, ce fait justificatif exclut la responsabilité civile mais peut conduire le juge à accorder en équité une réparation. L'auteur du dommage doit alors compenser le préjudice subi du fait d'un acte licite.

462 L'état de nécessité existe également en droit pénal français comme fait libératoire (article 122-7 CP). Les civilistes se sont laissés « *entraîner* » par les pénalistes à prendre en

⁹⁵³ ATF 115 II 260.

⁹⁵⁴ REAP p. 271.

⁹⁵⁵ ATF 97 IV 73, cons. 3, p. 75.

⁹⁵⁶ Ib., cons. 2, p. 74.

⁹⁵⁷ Ib., v. aussi ATF 122 IV 1, cons. 2, p. 4.

⁹⁵⁸ ATF 122 IV 1, cons. 4, p. 7 et s., ATF 125 IV 49, cons. 2, p. 55 et s.

compte l'état de nécessité comme fait justificatif exclusif de toute responsabilité civile, mais comme le relève un auteur, la notion n'occupe qu' « *une place effacée aux côtés de la force majeure* » dont les applications jurisprudentielles font figure de curiosité⁹⁵⁹. Il est à noter que les débats doctrinaux français sont plus larges qu'en droit suisse dans la mesure où ils portent à la fois sur la faute et sur l'indemnisation, tandis que le droit suisse limite le champ d'action de la notion d'état de nécessité à la question de l'illicéité.

SAVATIER définit l'état de nécessité de façon plus précise que le texte suisse en indiquant que c'est « *la situation de celui à qui il apparaît clairement que le seul moyen d'éviter un mal plus grand ou égal, est de causer un mal moins grand ou égal* »⁹⁶⁰. S'il est aujourd'hui admis que l'état de nécessité exclut toute faute⁹⁶¹, la question de l'éventuelle indemnisation du dommage par le tiers bénéficiaire de l'acte dommageable n'est pas résolue. Comme le relève SAVATIER, « *l'absence de faute ne dispense pas toujours d'une obligation de réparer* »⁹⁶². Le fondement de cette indemnisation est discuté par la doctrine française⁹⁶³. Selon certains auteurs, celui qui a agi dans un but altruiste doit être assimilé au gérant d'affaires⁹⁶⁴. Selon un autre auteur, lorsque le droit protégé était d'importance inégale et que l'on a choisi de protéger le plus important des deux, il n'y a pas responsabilité, en revanche lorsque l'auteur de l'acte dommageable a choisi de protéger son droit au détriment d'un droit identique appartenant à autrui, il y a lieu à indemnisation. En outre, lorsque le droit sacrifié est de valeur inférieure au droit protégé, il devrait cependant y avoir compensation car « *l'immunité du dommage causé par un particulier sous l'empire de la nécessité ne résulte d'aucun texte, d'aucun principe et d'aucune règle morale* »⁹⁶⁵. SAVATIER indiquait que l'indemnisation, fondée alors soit sur une idée d'enrichissement sans cause, soit sur celle de la gestion d'affaires, était exigée par l'équité, même sans texte spécial⁹⁶⁶. Un auteur donne un exemple jurisprudentiel qui fonde l'indemnisation sur l'enrichissement sans cause⁹⁶⁷ mais l'arrêt cité, fort ancien, indique seulement que le propriétaire d'un fonds enclavé ne commet pas de contravention lorsqu'il est obligé de passer sur un fonds voisin pour atteindre le sien, car il y est obligé, ce qu'admet même le Code civil puisque le propriétaire du fonds servi doit alors une indemnisation au propriétaire du fonds servant, obligation d'indemnisation qui

⁹⁵⁹R. PALLARD, L'exception de nécessité en droit civil, thèse, préf. R. SAVATIER, LGDJ, Paris, 1949, p. 9.

⁹⁶⁰R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, op. cit. (p. 73), p. 123, n°98.

⁹⁶¹Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 531, n°1975 et 1976.

⁹⁶²R. SAVATIER, ib., p. 125, n°101.

⁹⁶³R. PALLARD, ib., p. 311, n°194 et s.

⁹⁶⁴R. DEMOGUE, Responsabilité de celui qui agit en état de nécessité pour protéger autrui, RDCiv. 1935, p. 366.

⁹⁶⁵H. LALOU & P. AZARD., Traité pratique de la responsabilité civile, 6e édition, Dalloz, Paris, 1962, p. 227, n°306.

⁹⁶⁶R. SAVATIER, ib. p. 125, n°100.

⁹⁶⁷Ib.

n'est justiciable que d'une réparation civile le cas échéant⁹⁶⁸. Sur le principe même du rattachement de l'indemnisation du dommage nécessaire à la théorie de l'enrichissement sans cause, un auteur observe que l'excuse de nécessité porte sur la motivation de l'auteur de l'acte dommageable et non sur le résultat de son action : il aura voulu le moindre mal, en réalité le dommage n'en sera pas diminué, il est cependant excusable mais le bénéficiaire de l'acte dommageable n'a tiré aucun profit réel de l'action jugée nécessaire⁹⁶⁹.

En revanche le droit suisse prévoit expressément la possibilité d'octroyer à la victime une compensation fondée sur l'équité, et qui dépend expressément de l'appréciation du juge dans son principe comme dans son étendue⁹⁷⁰. Cette latitude laissée au juge d'écarter les règles légales en opportunité est surprenante pour le juriste français⁹⁷¹. Nous verrons plus loin que le droit suisse a su d'une part poser des bornes aux pouvoirs du juge, d'autre part lui donner la marge d'appréciation particulière que requiert la matière de la responsabilité civile. La meilleure démonstration de la viabilité de cette construction résulte de l'absence d'anarchie en Suisse malgré le large pouvoir d'appréciation reconnu au juge, voire sa qualité de source de droit supplétive prévue par l'article 1er du Code civil suisse.

En présence du fait justificatif que constitue l'état de nécessité, droit suisse comme droit français excluent donc la mise en jeu de la responsabilité civile. Le projet de réforme suisse semble pourtant singulièrement réduire le champ de l'exception de nécessité, qui ne vaudrait plus que pour l'action aux fins de protection de ses droits, et sans que cela soit lié forcément à une indemnisation en équité. L'article 46a AP prévoit en effet que n'est pas illicite l'acte de celui qui a agi « *pour protéger ses droits* », et à la condition que cela ait été le seul moyen : « *pour autant que, d'après les circonstances, l'intervention de l'autorité ne pouvait être obtenue en temps utile* ». En réalité, le projet de réforme suisse dissocie la question de l'exonération de responsabilité de celle de l'indemnisation du dommage nécessaire. L'article 50 AP dispose que « *Le tribunal détermine équitablement le montant de la réparation due par la personne qui porte atteinte aux choses ou à d'autres droits patrimoniaux d'autrui pour se préserver ou préserver une autre personne d'un dommage ou d'un danger imminent* ». Cette question n'est pas évoquée par le projet de réforme français, ce qui peut s'expliquer par le peu de cas dans lesquels l'indemnisation du dommage nécessaire aura été

⁹⁶⁸Cass. crim. 27 décembre 1884, D. 1885. I. 219.

⁹⁶⁹R. PALLARD, L'exception de nécessité en droit civil, op. cit. (p. 238), p. 317 et s.

⁹⁷⁰R. PALLARD, ib., p. 237 : après avoir critiqué l'imprécision des notions de nécessité et de « *moindre mal* », l'auteur fait le lien entre le texte pénal suisse relatif à l'état de nécessité et « *les nombreuses dispositions qui, en droit suisse, confèrent aux juges de remarquables pouvoirs de décision* ».

⁹⁷¹Cf. les développements sur ce point de R. PALLARD, op. cit. et p. 267 et s., concernant le pouvoir conféré au juge par l'exception de nécessité : l'auteur indique qu'il « *nous semble en tout cas certain que dans l'appréciation de la nécessité, le juge dépasse les limites de sa traditionnelle fonction de jurisdictio, et qu'il exerce un véritable imperium, un libre pouvoir de décision* ».

soumise au juge. On peine en effet à trouver des décisions⁹⁷². Lorsque l'état de nécessité aura été admis par le juge pénal, le juge civil aura retenu une faute civile ouvrant droit à réparation. Le projet de réforme français se borne à renvoyer aux dispositions pénales⁹⁷³, la question de l'indemnisation du dommage nécessaire n'est pas envisagée. Bien qu'il y ait peu de jurisprudence, l'exemple suisse montre que la précision d'une possibilité d'indemnisation en équité n'est pas totalement inutile et que la solution du droit positif suisse pourrait être adoptée.

c L'usage autorisé de la force

463 Le droit suisse emploie également les termes de « *défense personnelle* » ou de « *justice propre* » pour désigner l'hypothèse de fait justificatif résultant de l'usage autorisé de la force⁹⁷⁴. L'article 52 al. 3 COS, par exception à l'interdiction de se faire justice soi-même, dispose que « *Celui qui recourt à la force pour protéger ses droits ne doit aucune réparation, si, d'après les circonstances, l'intervention de l'autorité ne pouvait être obtenue en temps utile et s'il n'existait pas d'autre moyen d'empêcher que ces droits ne fussent perdus ou que l'exercice n'en fût rendu beaucoup plus difficile* ». Un auteur donne l'exemple du créancier qui, rencontrant son débiteur alors que celui-ci s'apprête à partir à l'étranger, le retient ou lui prend son portefeuille⁹⁷⁵.

La même idée se traduit par la définition du vol en droit pénal suisse qui exige de la part du prévenu une volonté d'enrichissement illégitime ; n'est donc pas un voleur le créancier qui, pour se désintéresser, soustrait à son débiteur un objet dont la valeur n'excède pas le montant de la créance⁹⁷⁶. C'est un genre de police privée, à l'instar de la compensation. Ce fait justificatif n'existe pas en tant que tel en droit français qui limite le fait justificatif à l'hypothèse de la légitime défense justifiée par une attaque, ou éventuellement au cas de nécessité⁹⁷⁷.

⁹⁷²Sauf à prendre en compte les décisions qui rejettent l'exception de nécessité, tel l'arrêt de la chambre criminelle du 31 janvier 1996, n°95-81319, Bull. n°57, qui refuse d'admettre que le délit d'entrave à l'IVG puisse être excusé par la nécessité de « *sauvegarder l'enfant à naître d'une atteinte à sa vie* », ou encore le refus d'admettre la nécessité comme justification des violations de procédure commises par un entrepreneur de sécurité privé qui avait placé des systèmes d'alarme sans attendre l'octroi d'une ligne réservée par les services compétents, lesquelles alarmes étaient en outre défectueuses et avaient fait déplacer les services de police inutilement (Cass. crim. 22 septembre 1999, n°98-84520, Bull. n°193), ou encore que le délit de contrefaçon puisse être excusé par la nécessité de pallier rapidement une rupture de stocks (Cass. crim. 11 février 1986, n°84-94952, Bull. n°54).

⁹⁷³Article 1352 al. 3 du projet de réforme français.

⁹⁷⁴F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 92, n°355 et s.

⁹⁷⁵Ib.

⁹⁷⁶ATF 98 IV 19.

⁹⁷⁷V. par ex. l'arrêt de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel d'Amiens du 8 novembre 1951, inédit mais commenté par A. RICHARD, Etat de nécessité, contrainte morale et légitime défense, GP. 1952, doctrine, p. 14-15 : « *Attendu qu'à la suite d'un différend d'ordre professionnel, les deux prévenus se prirent de querelle... ; que X. exhiba à Y. un document revêtu de la signature de ce dernier et qu'il se proposait d'utiliser contre lui ; que Y s'empara de cet écrit et s'enfuit ; que poursuivi par X. il fût rattrapé et renversé à terre ; qu'il tenta alors d'avaler le document pour le soustraire à son*

4. Les faits justificatifs prévus par l'article 28 CCS

Les articles 28 et s. du Code civil suisse régissent la réparation civile des atteintes à la personnalité. L'article 28 al. 2 CCS présente l'intérêt de prévoir une disposition générale et abstraite en matière de fait justificatif :

« 1 Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.

2 Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi ».

Un arrêt récent illustre l'application faite par le juge suisse du fait justificatif fondé sur l'intérêt prépondérant public ou privé : le propriétaire d'un cheval et son entraîneur avaient été condamnés pour dopage parce que des traces d'un produit prohibé avait été détectées lors d'un contrôle préalable à la course d'un prix, qu'ils avaient par ailleurs dû restituer. Il était établi que le produit avait été administré en raison d'une maladie du cheval, et que les traces résiduelles n'avaient eu aucune influence sur ses performances. La décision fût cependant maintenue. Le propriétaire du cheval et l'entraîneur soutenaient que les sanctions prononcées à leur encontre portent une atteinte illicite à leur personnalité. Les juges du fond estimèrent que la participation à la course impliquait l'acceptation du règlement sportif, que l'atteinte était donc justifiée par l'acceptation des lésés. Le Tribunal fédéral commence par indiquer quels sont les droits de la personnalité susceptibles d'être concernés en matière sportive : *« le droit à la santé, à l'intégrité corporelle, à l'honneur, à la considération professionnelle, à l'activité sportive et, s'agissant de sport professionnel, le droit au développement et à l'épanouissement économique »*⁹⁷⁸. L'association hippique se prévalait du fait justificatif tiré de l'intérêt public prépondérant, à savoir garantir la sincérité des courses et l'égalité entre les concurrents, assurer la protection des chevaux et préserver la qualité de l'élevage. Le Tribunal fédéral fait droit à cet argument en retenant le fait justificatif tenant à l'existence d'un intérêt public prépondérant, en relevant que si l'on permettait aux participants de discuter le dosage à partir duquel il y a ou non dopage, c'était ouvrir la porte à des appréciations et à des discussions sans fin et aussi créer des disparités de traitement selon les situations.

adversaire ; que X. lui serrant fortement la gorge essaya de le reprendre dans la bouche même de Y... qui, étouffé, le mordit légèrement aux doigts ; (...)

Mais attendu que le désir légitime de reprendre un document dont Y. s'était emparé sans droit ne peut justifier l'emploi de violences telles qu'elles ont entraîné une incapacité de travail de 20 jours ; que X. est mal fondé à prétendre qu'il y a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». La motivation de la décision ne permet pas de savoir si la Cour d'appel réprouve l'usage de la force hors cas de légitime défense ou de nécessité, ou bien si elle estime que la violence a excédé le raisonnable.

⁹⁷⁸ ATF 134 III 193, spéc. p. 200, cons. 4.5.

Il avait été proposé d'adopter de façon générale un tel fait justificatif mais la Commission avait rejeté l'idée, lui préférant une énumération concrète des faits justificatifs légèrement réaménagée du point de vue systématique par rapport à l'actuelle réglementation.

5. Les modifications du projet de réforme suisse

464 S'agissant des faits justificatifs, le projet de réforme suisse propose de regrouper ceux qui sont actuellement répartis entre les articles 44 alinéa 1er et 52 COS, sans les détailler, laissant ainsi le soin à la jurisprudence d'en définir précisément les contours si besoin⁹⁷⁹. L'article 46a AP dispose :

« Un fait dommageable n'est pas illicite dans la mesure où il est commandé par le droit public.

Il n'est pas non plus illicite dans la mesure où la personne lésée y a consenti ou l'auteur a agi en état de légitime défense ou pour protéger ses droits, pour autant que, d'après les circonstances, l'intervention de l'autorité ne pouvait être obtenue en temps utile ».

Les auteurs du projet de réforme suisse indiquent que l'emploi du terme « dans la mesure » a pour but d'indiquer que le fait justificatif n'est susceptible d'exclure l'illicéité que si le comportement a été proportionné⁹⁸⁰. L'usage autorisé de la force doit donc être mesuré mais il pourrait désormais intervenir quand bien même il y aurait un autre moyen d'assurer la protection des droits menacés.

Actuellement, le droit français connaît exclusivement les faits justificatifs mentionnés par le droit pénal, que le juge civil transpose en matière de responsabilité civile. Cette démarche est également celle du projet de réforme français, dont l'article 1352 relatif à la faute énonce dans son alinéa 3 qu'« Il n'y a pas de faute lorsque l'auteur se trouve dans l'une des situations prévues aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal »⁹⁸¹. Dans l'optique d'une clarification du droit, il

⁹⁷⁹REAP p. 105.

⁹⁸⁰REAP p. 105.

⁹⁸¹Code pénal français, article 122-4 :

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.

Article 122-5 :

N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction.

Article 122-6 :

Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte :

1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ;

2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.

importe de ne pas rompre la logique d'un texte par des renvois à d'autres codes, surtout si la matière traitée n'est pas la même. La gravité de l'infraction pénale appelle un fait justificatif d'une densité supérieure à celle d'un fait justificatif en matière de responsabilité civile qui ne vise qu'à excuser une faute civile. Pour cette raison, il semble difficile de les assimiler totalement, et de ne pas donner au juge civil les éléments propres à sa matière.

Le projet de réforme français mentionne cependant une cause d'exonération de la responsabilité qui évoque l'un des faits justificatifs existant en droit suisse ; dans la partie préliminaire aux dispositions relatives à la responsabilité civile, l'article 1350 dispose que « *La victime est privée de toute réparation lorsqu'elle a recherché volontairement le dommage* ». Le fait justificatif tiré du consentement de la victime semble pouvoir être rattaché à la notion de recherche volontaire du dommage.

Le projet suisse ne mentionne plus l'état de nécessité parmi les faits justificatifs. Le projet de réforme propose en effet plutôt de prévoir une responsabilité pour fait licite, prévue par une disposition spéciale. L'article 59 AP viserait la responsabilité en cas de faits licites, et, s'agissant des dommages causés en état de nécessité, l'alinéa premier indique que :

« Le tribunal détermine équitablement le montant de la réparation due par la personne qui porte atteinte aux choses ou à d'autres droits patrimoniaux d'autrui pour se préserver ou préserver une autre personne d'un dommage ou d'un danger imminent ».

Comparativement, le droit français ne connaît pas de norme permettant une indemnisation en équité du dommage résultant d'un acte commis en état de nécessité, sauf semble-t-il à appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause ou de la gestion d'affaire sans que les auteurs ne parviennent à s'entendre et alors que la jurisprudence évite de s'aventurer sur ce terrain⁹⁸².

465 Le projet de réforme suisse consacre l'illicéité comme l'une des conditions générales de la responsabilité civile, les dispositions de l'article 46 AP régissent tous les cas de responsabilité, pour risque comme pour faute, subjective comme objective⁹⁸³ :

« Est illicite le fait dommageable qui porte atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique.

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

Article 122-7 :

N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

⁹⁸²Cf. supra p. 237, §. 462.

⁹⁸³REAP p. 53.

contractuel ».

Le Tribunal fédéral considère déjà l'illicéité comme l'une des conditions générales de la responsabilité civile. Elle n'est donc pas seulement l'un des éléments de la responsabilité pour faute, mais une condition qui doit être également remplie en présence d'une responsabilité objective. Les lois cantonales sur la responsabilité publique exigent le plus souvent que l'acte cause du dommage ait été illicite. En droit positif suisse, selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'illicéité est une condition générale de la responsabilité civile, c'est-à-dire qu'elle est commune à tous les régimes de responsabilité et à tous les faits de rattachement⁹⁸⁴. Le Tribunal fédéral a ainsi précisé que la notion d'illicéité telle qu'elle résulte de l'interprétation de l'article 41 COS valait également en matière de responsabilité publique⁹⁸⁵.

466 Le projet de réforme suisse ne se borne pas à consacrer la jurisprudence, mais élargit également le champ de la notion d'illicéité. Ainsi, en admettant le principe de la responsabilité pour risque, le projet étend nécessairement le champ de la condition d'illicéité puisque celle-ci doit également être remplie dans ce cas. La condition d'illicéité a alors pour objet de restreindre l'obligation de réparer en limitant les dommages réparables dans la responsabilité objective pour risque. Le projet de réforme suisse indique en effet à l'article 45 alinéa 3 AP que « *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* ». Cette idée est intéressante parce qu'elle pourrait favoriser l'assurabilité de certaines activités dangereuses tout en garantissant aux victimes une réparation des préjudices graves. On remarquera que le projet de réforme français envisage bien la responsabilité du fait des activités dangereuses, mais sans aborder la question de la pesée des intérêts entre d'une part la nécessité de permettre l'activité économique et d'autre part la nécessité de garantir l'indemnisation de certains dommages. Un exemple peut être donné à l'aide de la responsabilité en raison des accidents d'avion, actuellement réglée par des textes spéciaux tant nationaux qu'internationaux : il n'est pas acceptable que le préjudice corporel ne soit pas indemnisé en totalité parce qu'il y a un plafond d'indemnisation, mais on peut en revanche admettre qu'il soit exclu de réparer le préjudice moral résultant de la perte d'êtres chers. Les auteurs du projet de réforme suisse ont donc étendu le champ de l'illicéité, mais afin de restreindre l'étendue de l'obligation à réparation pour la contenir dans des limites économiquement supportables.

⁹⁸⁴ REAP p. 100 et s.

⁹⁸⁵ V. par ex. l'arrêt précité en note de bas de page n°930.

467 Les auteurs du projet de réforme suisse ont tranché des questions soulevées par la jurisprudence et la doctrine, dans le sens d'une extension des obligations contractuelles en faveur des tiers au contrat. Pour illustrer les conséquences qu'aurait la réforme sur le droit suisse, nous emploierons l'exemple du peintre chargé par le propriétaire de repeindre un appartement : l'entrepreneur répond selon les règles de la responsabilité contractuelle pour l'inexécution ou le retard, selon les règles de la responsabilité délictuelle s'il tache un tapis, que celui-ci appartienne au locataire, à un ami du locataire ou au propriétaire. Toutefois, si l'on pousse plus loin le raisonnement en relevant que le tapis n'a pu être tâché que parce que le peintre n'a pas disposé de bâche de protection comme il est d'usage de le faire, il s'agit d'une inexécution partielle relevant de la responsabilité contractuelle. Les incertitudes engendrées par la notion de violation positive du contrat ont été dénoncées par la doctrine suisse et nous y reviendrons à l'occasion des développements relatifs à la responsabilité contractuelle, l'illicéité n'étant pas le seul élément dont la modification doit être prise en compte.

468 L'idée même selon laquelle l'illicéité doit être maintenue comme condition générale de mise en jeu de la responsabilité civile est contestée. Un auteur relève la complexité de la théorie objective de l'illicéité, l'illicéité par le résultat devant être complétée par l'illicéité par le comportement, ainsi que par les faits justificatifs pour pouvoir respectivement embrasser un champ suffisamment large ou raisonnablement limité⁹⁸⁶. Compliquée, la théorie de l'illicéité serait en outre devenue obsolète : « *héritée du droit libéral allemand du 19^e siècle, cette conception n'est plus en harmonie avec le besoin de réparation tel qu'il faut le définir aujourd'hui* »⁹⁸⁷.

Une autre série de critiques concerne la cohérence interne du projet de réforme. Ainsi, un auteur relève que dans le cas d'une responsabilité objective aggravée, le responsable ne peut s'exonérer en excipant d'un motif justificatif⁹⁸⁸ alors que l'illicéité est en principe une condition générale de la responsabilité. Selon cet auteur, l'illicéité résulterait en réalité de l'appréciation du fait de rattachement. Par conséquent, l'illicéité devrait être cantonnée à la responsabilité pour faute, et il conviendrait plutôt de déterminer la diligence objectivement attendue de l'auteur du dommage pour déterminer s'il doit ou non le réparer.

469 On peut également relever une contradiction tenant à l'affirmation selon laquelle

⁹⁸⁶M. CARTIER, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, op. cit. (p. 80), spéc. p. 57, n°167 : « *Die Erfolgsunrechtstheorie funktioniert somit nur, wenn sie durch verschiedene Hilfskonstruktionen unterstützt bzw. korrigiert wird. Da die meisten dieser Hilfskonstruktionen auf das Verhaltensunrecht zurückzuführen sind, erscheint es nur konsequent, auf die Erfolgsunrechtstheorie zu verzichten und direkt eine auf dem Verhaltensunrecht aufbauende Widerrechtlichkeitstheorie anzuwenden* ».

⁹⁸⁷F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 85, n°326.

⁹⁸⁸Ib., p. 74, n°283.

l'illicéité place l'examen du côté de la victime et du préjudice subi alors que la faute se penche sur le comportement de l'auteur du fait dommageable. Les auteurs du projet de réforme exposent cependant que la bonne foi et l'interdiction d'abuser de son droit « *sont par définition rattachées au comportement de la personne recherchée* »⁹⁸⁹.

470 Par ailleurs, les auteurs du projet de réforme prévoient une responsabilité pour fait licite, à laquelle ils rattachent l'indemnisation des dommages causés en état de nécessité (article 52 alinéa 2 AP), et la réparation des dommages causés dans l'exercice licite du droit de propriété. Cette dernière hypothèse appelle des précisions : il ne s'agit pas de la responsabilité pour trouble de voisinage qui pourrait par exemple résulter de la construction d'un immeuble qui boucherait la vue, mais de la gêne provisoire occasionnée pendant les travaux de construction, et dont la jurisprudence suisse a estimé la compensation nécessaire⁹⁹⁰. Il s'agit toujours de responsabilité au sens large puisque le responsable doit indemniser le dommage subi par autrui et que la loi rattache à son activité. L'indemnisation est fondée sur des considérations d'équité et non sur la réprobation sociale de l'acte dommageable. Il serait peut-être opportun de réfléchir à l'élaboration d'un fait de rattachement autonome, dont le régime exigerait la preuve d'un dommage et l'appréciation des intérêts fondée sur l'équité du juge. On pourrait y rattacher l'indemnisation de la perte de chance. Cette appréciation des intérêts en présence se rapproche alors de la proposition des principes européens de responsabilité civile (*Principles of European Tort Law* ou PETL). D'autres conceptions existent, et si le projet suisse présente l'intérêt de codifier un droit jurisprudentiel éprouvé, dont les qualités comme les imperfections sont connues, il ne peut cependant être considéré isolément. Il n'est aujourd'hui que l'une des pistes de réflexion pour élaborer un nouveau droit de la responsabilité civile en France et en Europe.

§.2 LES PISTES DE RÉFLEXION POUR LE DROIT FRANÇAIS

471 En droit français, l'illicéité est envisagée comme l'un des éléments de la responsabilité pour faute qui est actuellement la seule admise par les textes régissant les conditions générales de la responsabilité civile⁹⁹¹. Dès le moment où l'on admet le risque

⁹⁸⁹REAP p. 103.

⁹⁹⁰V. par ex. ATF 91 II 100 : « *lorsque les travaux de construction et les installations de chantier causent un dommage considérable à un voisin en exerçant des effets qui dépassent les limites fixées par les règles ordinaires sur les rapport de voisinage (article 684 CCS) mais que ces effets doivent être tolérés pendant la durée des travaux parce qu'ils sont inévitables, le propriétaire qui fait exécuter les travaux doit verser une indemnité fixée par appréciation du juge* ».

⁹⁹¹La confusion conceptuelle joue aussi dans l'autre sens, le terme de fait illicite désignant la faute, comme le montre par exemple la terminologie du projet sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite adopté par la Commission du droit international en 2001.

comme chef d'imputation, on peut se demander si la notion d'illicéité ne pourrait pas être employée pour poser des limites raisonnables à la réparation. De ce point de vue, les critiques faites par la doctrine suisse à la conception du droit suisse et du projet de réforme donnent des éléments pour répondre à cette question. La condition d'illicéité est une différence importante entre droit français et droit suisse, l'étude du projet de réforme suisse ne permet pas de proposer des réformes pour le droit français sans adaptation en raison de divergence entre les deux droits qu'engendre le recours ou l'exclusion de la notion d'illicéité. Les principes européens du droit de la responsabilité civile ont encore une autre approche, qu'il convient également d'envisager pour déterminer si elle pourrait éventuellement concilier les deux droits suisse et français et ainsi donner l'occasion au législateur français de retenir les innovations intéressantes du projet de réforme suisse sans pour autant défigurer le droit français de la responsabilité civile.

472 La notion d'illicéité n'est pas propre au droit suisse mais existe également en droits allemand et autrichien notamment. Elle est également employée en droit international⁹⁹². Un auteur relevait déjà en 1971 que l'unification européenne du droit des obligations était « *nécessaire et opportune* » mais qu'elle risquait « *de se briser sur l'écueil de l'illicéité* », notion jugée essentielle par certains Etats et inutile par d'autres⁹⁹³. Si la France entend se préparer à mener une réflexion sur les travaux préparatoires au code civil européen dans le cadre de l'union européenne, l'appréciation des correspondances entre la condition d'illicéité et les équivalents qui pourraient exister en droit français permettrait d'abord de vérifier si les concepts du droit français ne sont pas plus pertinents que ceux de nos voisins en ayant des arguments étayés sur autre chose que le simple franco-centrisme. Elle serait aussi l'occasion de faire éventuellement évoluer nos conceptions de façon à être en mesure de participer aux discussions qui ont lieu en vue d'élaborer un Code européen des obligations, même si celui-ci risque de ne voir le jour que dans bien longtemps encore que la nécessité économique de son adoption ne soit que trop évidente. Les esprits seraient ainsi familiarisés avec les concepts qui seront employés, quand bien même ce serait pour rejeter leur utilisation en droit commun.

L'examen du projet de principes européens du droit de la responsabilité montre qu'il est envisagé d'éluder la notion d'illicéité. La proposition du projet de réforme suisse, de faire de

De même, un auteur, E. WYLER expose que son ouvrage, *L'illicite et la condition des personnes privées*, est « *consacré à l'illicéité et ses conséquences* », par conséquent, l'auteur laisse « *donc de côté le versant subjectif du fait illicite, l'attribution* » (p. 9).

⁹⁹²E. WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées*, éd. Pédone, Paris, 1995.

⁹⁹³M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Strasbourg, 1971, LGDJ, Paris, 1973, p. 21.

cette notion l'une des conditions générales de mise en jeu de la responsabilité civile, est donc écartée. Toutefois, bien que la notion d'illicéité ne figure pas expressément parmi les conditions de la responsabilité civile, elle est employée, tant en droit français que dans les droits européens, « *tantôt comme le fondement de la désignation d'un responsable (en tant qu'elle qualifie le fait générateur), tantôt comme le fondement de la responsabilité (en tant qu'elle qualifie le dommage réfléchi)* »⁹⁹⁴. Les concepts dégagés dans le cadre de la théorie suisse de l'illicéité conservent une utilité pour appréhender d'une part la définition du fait de rattachement (A) et d'autre part la détermination du dommage réparable (B).

A Le recouplement entre la faute et l'illicéité

473 L'illicéité de comportement au sens du droit suisse peut être rattachée à l'examen du comportement fautif. D'ailleurs, un auteur suisse propose l'abandon de l'illicéité comme condition générale de la responsabilité pour l'envisager exclusivement dans le cadre de l'examen des conditions spécifiques de chaque responsabilité, et spécialement de la responsabilité pour faute⁹⁹⁵.

1. Le droit positif européen et la notion de norme de protection

474 Par droit positif européen, nous entendons non seulement le droit dérivé de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, mais aussi et surtout le droit communautaire. La CEDH ne pouvant accorder de satisfaction qu'en présence de l'un des droits garantis par la Convention, la condition d'illicéité du comportement de l'Etat cause du dommage est nécessairement remplie⁹⁹⁶. On pourrait supposer que le texte de l'article 188 du traité CE relatif à la responsabilité extracontractuelle de la Communauté et de ses agents laisse place à la conception française de la responsabilité civile en ne retenant que les trois conditions actuelles de mise en jeu que sont le dommage, la faute et le lien de causalité.

a Droit communautaire

475 L'illicéité est une notion employée en droit communautaire bien que la terminologie soit quelque peu différente. Pour illustrer l'importance qu'il y a de donner à comprendre aux juristes français les notions qui n'existent pas en tant que telles dans notre droit national, voici l'exemple d'un auteur qui commente les notions reconnues par la CJCE dans le cadre de la mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne

⁹⁹⁴M. PUECH, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit. (p. 247), p. 227, n°282.

⁹⁹⁵F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 74, n°283.

⁹⁹⁶La CEDH statue sur la recevabilité, le requérant devant justifier que la violation de l'un des droits garantis lui a directement porté atteinte. Comme en droit interne, le requérant peut se plaindre d'un dommage futur, dès lors qu'il est certain.

du fait des actes normatifs. Cet auteur indique que la CJCE a retenu parmi les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile une condition qu'il qualifie d' « énigmatique » : la violation d'une norme protectrice des intérêts lésés⁹⁹⁷. Or ces termes désignent l'illicéité par le comportement du droit suisse⁹⁹⁸. La responsabilité civile dont il s'agit peut être celle de l'Union européenne elle-même ou celle des Etats membres.

(1) *La responsabilité de l'Union*

476 La lecture de la jurisprudence communautaire permet de constater que la CJCE a interprété le texte de l'article 340 TUE⁹⁹⁹ relatif à la responsabilité extracontractuelle de la Communauté et de ses agents en retenant que sa mise en jeu nécessitait la preuve d'une « violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ». Il est à noter que la condition d'illicéité du comportement cause du dommage est l'un des éléments du fait générateur de la responsabilité extracontractuelle¹⁰⁰⁰. Par conséquent, lorsque la CJCE refuse d'admettre l'invocabilité devant elle des accords OMC¹⁰⁰¹, les pertes engendrées par les sanctions prises à l'encontre des entreprises communautaires en raison de l'inobservation par l'UE des règles OMC ne peuvent être l'objet d'une indemnisation, la condition d'illégalité faisant défaut¹⁰⁰². Comme en droit français, la CJCE retient trois conditions cumulatives : un comportement irrégulier, un dommage et une relation causale entre les deux. La CJCE rappelle dans l'arrêt FIAMM du 9 septembre 2008 qu' « il ressort de l'article 288, deuxième alinéa, CE que l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté et la mise en œuvre du droit à la réparation du préjudice subi dépendant de la réunion d'un ensemble de conditions relatives à l'illégalité du comportement reproché aux institutions, à la réalité du dommage et à l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et le préjudice invoqué »¹⁰⁰³. L'hypothèse de la responsabilité sans

⁹⁹⁷J.-N. BILLARD, L'exigence de transgression d'une norme protectrice des particuliers — principe énigmatique du droit de la responsabilité extra-contractuelle des Communautés européennes, Mélanges B. JEANNEAU, Dalloz, Paris, 2002, p. 625-649.

⁹⁹⁸V. supra p. 220, §. 438.

⁹⁹⁹Article 340 TUE, (anc. article 288 TCE), alinéa 2: « En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ».

¹⁰⁰⁰V. notamment F. FINES, Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome, thèse, LGDJ, Paris, 1990, p. 367 et s.

¹⁰⁰¹Comme l'expose l'Avocat Général, M. M. POIARES MADURO, les traités internationaux sont source d'obligations pour l'Union européenne, mais ils ne sont pas invocables devant les juridictions communautaires lorsqu'ils ne prévoient pas d'effet direct (point 25 et s., aff. C-120/06P, conclusions du 20 février 2008) : « L'effet direct d'un accord international conditionne son invocabilité non pas seulement devant le juge national mais aussi devant le juge communautaire ».

¹⁰⁰²D. SIMON, Union européenne, OMC et Etats-Unis, comm. sous CJCE 9 septembre 2008, FIAMM, aff. C-120/06P, Europe 2008/11, comm. n°35. L. COUTRON, Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM, RFDA. 2009/2, p. 329-342.

¹⁰⁰³CJCE, 9 septembre 2008, FIAMM, aff. C-120/06P, point 164.

faute, plus justement qualifiée en droit suisse, de responsabilité pour fait licite, n'est actuellement pas admise en droit communautaire. La CJCE a en effet expressément indiqué par l'arrêt du 9 septembre 2008 qu'« en l'état actuel du droit communautaire, il n'existe pas de régime de responsabilité permettant d'engager la responsabilité de la Communauté du fait d'un comportement relevant de la sphère de compétence normative de celle-ci dans une situation dans laquelle l'éventuelle non-conformité d'un tel comportement avec les accords OMC ne peut pas être invoquée devant le juge communautaire »¹⁰⁰⁴.

Le comportement illégal des organes communautaires, condition de la responsabilité extracontractuelle de la communauté, comprend la notion d'illicéité du droit suisse. Le terme d'illicéité est d'ailleurs employé comme synonyme du terme d'illégalité¹⁰⁰⁵. Un auteur explique que « par l'expression « illégalité du comportement », il faut entendre une faute »¹⁰⁰⁶. Effectivement, les conclusions de l'avocat général sur l'arrêt FIAMM distinguent d'une part la responsabilité extracontractuelle de la Communauté pour faute (points 18 et s.) et sans faute (points 53 et s.).

(2) La responsabilité des Etats membres

477 La responsabilité extracontractuelle des Etats membres en raison de la violation du droit communautaire peut résulter du droit national¹⁰⁰⁷ ou du droit communautaire par l'exercice du recours en manquement prévu par l'article 258 TUE¹⁰⁰⁸.

La CJCE a affirmé la nécessité d'unifier dans la mesure du possible les règles de la responsabilité extracontractuelle de droit communautaire, pour la même raison que les auteurs du projet de réforme suisse : il n'est pas admissible que des victimes soient, sans raison, traitées de façon différente parce qu'elles relèvent de l'un ou l'autre régime de responsabilité.

b Norme protectrice et droit français

478 Il y a une confusion des notions d'illicéité de comportement au sens du droit suisse et de faute au sens du droit français, notamment en cas de recours à la théorie de la norme protectrice. En droit français la notion n'existe pas, mais la norme pénale violée permet

¹⁰⁰⁴Sur cet arrêt lire notamment D. SIMON, Union européenne, OMC et Etats-Unis, op. cit. (p. 249), comm. sous CJCE 9 septembre 2008, FIAMM, aff. C-120/06P.

¹⁰⁰⁵Par ex. l'Avocat général indique dans ses conclusions sur l'arrêt FIAMM (point 17) qu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure une décision de l'OMC constatant la violation des accords par le droit communautaire peut « être invoquée dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle de la Communauté fondée sur l'illicéité du comportement de ses institutions ». L'arrêt lui-même reprend cette terminologie (point 31).

¹⁰⁰⁶F. FINES, Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne. De la référence aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome, op. cit. (p. 249), spéc. p. 377.

¹⁰⁰⁷Cf. infra p. 270 et s., Responsabilité du fait du législateur.

¹⁰⁰⁸Article 258 TUE (ancien article 226 TCE) : « Si la commission estime qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet Etat en mesure de présenter ses observations ».

la réparation du dommage par l'action civile tant devant la juridiction pénale que civile¹⁰⁰⁹. La limite est apportée par la notion de causalité : seul le dommage directement en relation avec l'infraction est réparable. D'ailleurs, un auteur suisse a bien relevé que la limitation du champ de la responsabilité civile se fait en droit français par le recours à la notion de causalité là où le droit suisse emploie la notion d'illicéité.

2. Les principes du droit européen de la responsabilité civile

479 Les principes de droit européen de la responsabilité civile¹⁰¹⁰ indiquent que la réparation du dommage n'est due que lorsqu'une atteinte a été portée à des intérêts juridiquement protégés¹⁰¹¹. Il est précisé que l'intensité de la protection varie en fonction de la valeur accordée à cet intérêt¹⁰¹².

Les principes prévoient semble-t-il la possibilité d'un effet protecteur du contrat envers les tiers, sous certaines réserves, comme en droit positif suisse. L'article 2.102 (4) dispose que « *La protection des intérêts économiques ou des relations contractuelles pourra être d'étendue plus limitée, en considération notamment de la proximité entre l'auteur et la personne menacée ou du fait que l'auteur avait conscience de causer un dommage, alors que ses intérêts sont nécessairement de valeur inférieure à ceux de la victime* ». La seconde partie du texte semble indiquer que les auteurs des principes ont voulu permettre l'extension de la protection lorsqu'il apparaît que l'auteur du dommage a agi volontairement : dans un cas où en principe la victime ne devrait normalement pas pouvoir obtenir de réparation, le juge apprécie les intérêts en présence et étend le champ de protection en considération du comportement de l'auteur du dommage.

Les principes prévoient également cette variation d'intensité en fonction du régime de responsabilité considéré, notamment pour étendre le champ de protection en cas d'acte intentionnellement dommageable. L'article 2.102 (5) prévoit que « *L'étendue de la protection pourra également être affectée par la nature de la responsabilité, de telle sorte qu'un intérêt pourra recevoir une protection plus étendue en cas d'atteinte intentionnelle que dans les autres cas* ». Et de façon plus générale, l'article 2.102 (6) invite le juge à procéder à la pesée des différents intérêts en présence : « *Afin de déterminer le champ de la protection, les intérêts de l'auteur, notamment dans sa liberté d'action et dans*

¹⁰⁰⁹Cf. infra p. 451 et s., L'action civile devant les juridictions pénales.

¹⁰¹⁰V. en annexe p. 556 et s. le texte et sa traduction.

¹⁰¹¹PETL, article 2 :101. « *Definition of damage : Recoverable damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest* ». « *Le préjudice consiste en une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt juridiquement protégé* ».

¹⁰¹²PETL, article 2:102. Intérêts protégés : « (1) *L'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature ; plus sa valeur est élevée, sa définition précise et la nécessité de le protéger évidente, plus sa protection sera étendue.*

(2) *La vie, l'intégrité corporelle ou mentale et la liberté jouissent de la protection la plus étendue.*

(3) *Les droits de propriété se voient accorder une protection étendue, y compris en matière de droits portant sur des biens incorporels*».

l'exercice de ses droits, ainsi que l'intérêt général, devront également être pris en considération ».

On voit que cette proposition laisse énormément place à l'appréciation du juge. En outre, la généralité des notions employées (« intérêt », « champ de protection ») implique une concrétisation par le juge qui entraînera forcément une insécurité juridique pendant le temps de fixation du droit. Si cette affirmation de l'idée d'une variabilité de la responsabilité civile en fonction des intérêts en cause est intéressante, il semble cependant qu'elle doive plutôt être réalisée dans la mesure du possible par la détermination législative de différents régimes de responsabilité.

3. Illicéité et projet de réforme français

480 Le projet de réforme français comprend bien une évocation de cette notion à l'article 1340, qui subordonne l'obligation de réparer au caractère illicite ou anormal du fait dommageable¹⁰¹³. Toutefois l'article 1343 du projet de réforme français emploie la notion de lésion d'un intérêt licite pour définir le dommage réparable¹⁰¹⁴, à l'instar du droit suisse qui exige la lésion d'un droit absolu ou d'un intérêt protégé par une norme de protection. La notion d'intérêt licite est cependant plus large, malgré l'extension considérable donnée par la jurisprudence suisse à la notion d'intérêt protégé. Dans le projet de réforme français, l'article 1340 nouveau pose le principe de la responsabilité civile : « *Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer* ». L'illicéité est donc mentionnée mais comme alternative à l'anormalité du dommage, notion qui correspond mieux au fondement de la responsabilité pour risque, spécialement en cas de responsabilité du fait des activités dangereuses.

Le projet de réforme précise bien que cette mention du fait illicite ou anormal est conçue comme une introduction aux dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle¹⁰¹⁵. Il ne semble donc pas que les auteurs du projet de réforme français aient entendu ériger l'illicéité au rang de condition générale de mise en jeu de la responsabilité civile.

481 Le projet de réforme français définit la notion de faute d'une façon qui englobe la notion d'illicéité du droit suisse : l'article 1352 dispose en effet que

« Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu'il a causé.

¹⁰¹³Projet CATALA article 1340 : « *Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer* ».

¹⁰¹⁴Projet CATALA article 1343 : « *Est réparable tout préjudice certain consistant en la lésion d'un intérêt licite...* ».

¹⁰¹⁵Projet CATALA, op. cit. (p. 14), p. 152.

Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

B La jonction entre les notions de dommage réparable et d'illicéité

482 Il y a, en droit suisse, un chevauchement entre illicéité de résultat et dommage réparable : les conséquences de l'atteinte à un droit absolu constituent un dommage réparable, tandis que l'atteinte elle-même réalise l'illicéité de résultat.

En droit français également, et bien que cela ne soit pas exprimé, on constate que le juge a eu recours à la notion d'illicéité pour distinguer les dommages réparables de ceux qui ne l'étaient pas. D'abord largement admis par la jurisprudence, la réparation du dommage indirect a ensuite été restreinte¹⁰¹⁶. Ainsi, une juridiction rejetait-elle l'action en réparation intentée par l'enfant adultérin de la victime¹⁰¹⁷, tandis que la Cour de cassation affirmait que l'action de la concubine en réparation du préjudice subi du fait du décès de son concubin ne remplissait pas la condition de recevabilité résultant de l'exigence de « *la lésion certaine d'un intérêt légitime juridiquement protégé* »¹⁰¹⁸. La victime indirecte ne pouvait demander réparation que si elle établissait l'existence d'un lien juridique la liant à la victime directe.

Comme en droit suisse, l'illicéité est d'abord une façon de limiter le dommage réparable. L'article 1348 du projet de réforme français dispose que « *Est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif* ». La notion d'intérêt licite est plus large que la notion de « *droits absolus* » au sens du droit suisse et semble devoir englober l'illicéité de résultat et l'illicéité de comportement. Une telle extension est conforme à l'esprit du droit français qui, dès le départ, a voulu permettre la réparation de tous les dommages alors que le droit suisse a entendu limiter l'étendue de la responsabilité civile.

483 L'illicéité du droit suisse permet de limiter la sphère des personnes habilitées à demander réparation, ainsi que les dommages réparables dans le cadre de la responsabilité civile. La notion d'illicéité permet d'exclure la réparation d'un dommage qui ne résulte pas d'une atteinte à un droit absolu ou d'une atteinte à un droit dont le législateur a spécialement

¹⁰¹⁶M. PUECH, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit. (p. 247), p. 230 et s. n°285 et s.

¹⁰¹⁷G. LAGARDE, RTDciv. 1939, p. 140-141, Trib. corr. Avignon, 15 nov. 1938 : l'auteur indique que la réalité de la filiation était incontestable, le père avait voulu reconnaître l'enfant mais s'était heurté au droit civil de l'époque qui prohibait l'établissement de la filiation adultérine.

¹⁰¹⁸Civ. 27 juillet 1937 V. les références citées par M. PUECH, ib., p.233 et s. n°289 et s.: l'auteur montre que l'évolution a pour origine une décision du Conseil d'Etat que le souci de ménager les deniers publics a conduit à rejeter l'action de la concubine (CE, 11 mai 1928, Delle RUCHETON). Les juridictions judiciaires suivront, dans le but d'abord d'interdire la réparation du préjudice moral hors du cadre familial posé par la loi, puis également pour limiter la réparation du préjudice matériel.

envisagé la protection par l'édiction d'une norme spéciale.

484 En conclusion, la notion d'illicéité qui n'existe pas officiellement dans notre droit positif mériterait d'être prise en considération, à la fois par nécessité interne puisqu'il faut fixer une limite raisonnable à la réparation et que la notion de faute subjective ne joue plus ce rôle, à la fois par nécessité externe, nos juristes devant être amenés à raisonner selon des concepts euro compatibles, fussent pour les réfuter.

485 Les conditions générales de la responsabilité constituent à la fois le droit commun, droit supplétif, auquel on revient en cas de réglementation spéciale lacunaire, et un ensemble de concepts dont le réaménagement différent donne naissance aux régimes spéciaux adaptés à des circonstances particulières. Ainsi, dans le cadre du régime de responsabilité en raison d'une activité dangereuse, le législateur efface la notion de faute subjective au profit du risque mais limite alors la réparation au dommage corporel. De même, le régime de la responsabilité publique devra être adapté en considération des contraintes spécifiques qui pèsent sur les personnes publiques.

Il convient donc d'examiner dans quelle mesure la rénovation des conditions générales de mise en jeu de la responsabilité civile est susceptible d'influer sur les régimes spéciaux.

TITRE 2. COORDINATION DU DROIT COMMUN AVEC LES RÉGIMES SPÉCIAUX

486 Les conditions générales de la responsabilité civile constituent ce qu'il est convenu d'appeler le droit commun, auquel dérogent nombre de régimes spéciaux. L'introduction de la responsabilité pour risque conduit à interroger la pertinence des regroupements antérieurement effectués : la redéfinition des conditions générales de la responsabilité civile ne devrait-elle pas conduire à une redéfinition de la frontière entre droit général et droit spécial ? La présentation de la responsabilité publique et de la responsabilité contractuelle comme deux sous-ensembles de la responsabilité civile entendue au sens large peut surprendre un juriste français. Le droit comparé permet de constater que les *summa divisio* du droit français ne sont pas forcément celles du droit suisse ni d'autres droits européens, ce qui conduit à interroger la pertinence d'autres constructions juridiques. Sans conduire à l'adoption obligatoire du modèle du droit suisse, la présentation consacrée par le projet de réforme, éventuellement appuyée sur celles d'autres droits européens, est un élément de réflexion pour le juriste français.

487 Le projet de réforme suisse porte sur les règles générales de la responsabilité civile. Les auteurs ont également proposé certaines modifications de règles spéciales, mais seulement dans la mesure où celles-ci se trouvent désormais synthétisées par les règles générales ou nécessitent une harmonisation. Ainsi, les règles générales de la responsabilité contractuelle se trouvent-elles partiellement modifiées. De même, les règles particulières des différentes responsabilités professionnelles ne sont pas traitées en tant que telles, mais comme illustration des règles générales de la responsabilité du fait d'autrui par exemple. Par ailleurs, le projet de réforme suisse comporte une idée intéressante, et qui semble-t-il n'a pas été envisagée de façon aussi large par le projet CATALA : il prévoit un critère de détermination de l'ordre d'application des régimes de responsabilité dans l'hypothèse d'une possibilité d'option (Chapitre 3). Dans le but de réaliser l'harmonisation des règles de responsabilité civile, les auteurs du projet de réforme ont examiné la pertinence de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, l'opportunité de son maintien, et les améliorations qui seraient nécessaires (Chapitre 2). Le projet suisse propose également de soumettre la responsabilité des personnes publiques aux règles de la responsabilité civile (Chapitre 1).

CHAPITRE 1 LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE EST-ELLE ENCORE UN DROIT SPÉCIAL ?

488 En droit français, la responsabilité civile est analysée comme un mécanisme de droit privé, intervenant entre particuliers, la responsabilité publique étant soumise à des règles propres. La distinction entre droit privé et droit public existe depuis le droit romain, source d'inspiration de la plupart des droits européens actuels¹⁰¹⁹. Aujourd'hui la distinction entre le droit de la responsabilité civile et le droit de la responsabilité administrative tend à s'estomper. Le projet de réforme suisse propose d'étendre le domaine du droit commun qu'est actuellement le droit de la responsabilité civile par rapport au droit de la responsabilité publique¹⁰²⁰. D'ailleurs, certains droits soumettent totalement la responsabilité publique au droit commun que constitue la responsabilité civile¹⁰²¹.

489 La responsabilité publique s'entend ici à l'exclusion de celle qui résulte des dommages causés par les actes de l'administration agissant dans l'exercice de la puissance publique, de celle liée à des questions touchant à la responsabilité politique ou pénale ou de celle concernant les activités de l'administration agissant comme une personne privée¹⁰²². Le qualificatif de spécial est ici employé par opposition au droit commun de la responsabilité civile qui serait le droit privé. En droit public français, on emploie volontiers le terme d'« autonomie » de la responsabilité publique pour marquer son caractère exorbitant par rapport au droit commun de la responsabilité civile¹⁰²³. Cette autonomie est si marquée dans

¹⁰¹⁹J.-Ph. DUNAND et A. KELLER, préface à l'ouvrage de P. STEIN, *Le droit romain et l'Europe : Essai d'interprétation historique*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Genève, Bâle, Munich, Bruxelles, 2003, Collection genevoise.

¹⁰²⁰REAP p. 69 et s. V. infra, la responsabilité publique relève des règles du Code des obligations, sauf disposition contraire.

¹⁰²¹Le droit luxembourgeois par exemple fait appliquer le droit commun de la responsabilité civile par la juridiction administrative jugeant de la responsabilité des personnes publiques.

¹⁰²²La doctrine emploie la distinction entre la gestion privée et la gestion publique, formulée par HAURIOU de la façon suivante : « il y a gestion privée lorsqu'une administration accomplit une opération dans les mêmes conditions qu'un simple particulier, en se soumettant aux règles du droit privé et en faisant abstraction des droits et des prérogatives spéciaux, exorbitant du droit commun, qu'elle tient de la puissance publique » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, par A. HAURIOU, Sirey, Paris, 12e éd., 1933, p. 1064). L'administration est soumise aux règles du droit privé lorsqu'elle cause un dommage dans le cadre de la gestion du domaine privé, dans le cadre d'un SPIC, et en cas de voie de fait. La loi du 31 décembre 1957 soumet en outre aux règles du droit privé la réparation des dommages causés par un véhicule administratif.

¹⁰²³L'arrêt BLANCO, TC 8 février 1873 (DP. 1873. III, p. 17 et s., 5e espèce, concl. DAVID), qui fonde la compétence exclusive du juge administratif pour juger de la responsabilité de l'administration, indique dans un attendu célèbre que « Considérant que l'action intentée par le sieur Blanco... a pour objet de faire déclarer l'Etat civilement responsable, par application des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, du dommage résultant de la blessure que sa fille aurait éprouvée par le fait d'ouvriers employés par l'Administration ; considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être

les esprits des juristes français que la soutenance d'une thèse la critiquant, dans les années trente, a, de l'aveu même d'une autorité doctrinale pourtant habituée de cette matière, provoqué « une sorte de scandale parmi les juristes »¹⁰²⁴.

Le projet de réforme suisse, dans la continuité de ce qui existe déjà en droit suisse et toujours dans l'optique d'unifier et d'harmoniser les règles du droit de la responsabilité civile, propose d'étendre le régime de droit commun à la responsabilité des personnes publiques dans les limites posées par la Constitution¹⁰²⁵. Avant d'examiner la question de savoir si la responsabilité publique mérite encore la qualification de droit spécial au regard de ses conditions de mise en œuvre, nous exposerons brièvement les solutions de droit positif en France et en Suisse au cours du temps. Nous présenterons également les solutions retenues par deux pays voisins : la Belgique et le Luxembourg. Le choix de ces deux pays se justifie par le fait que la Belgique et le Luxembourg ont un droit qui trouve sa source dans le Code civil à l'instar de la France. L'ensemble de ces pays connaît dans son principe la notion de dualisme juridique et celle de dualisme juridictionnel mais ils ne les mettent pas en œuvre de la même façon. Différents éléments de comparaison seront envisagés (Section 1) pour ensuite évoquer les similitudes existant dans les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile et de la responsabilité des personnes publiques (Section 2).

régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ; dès lors, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ». La même solution avait déjà été affirmée s'agissant de la responsabilité publique (TC, 1er juin 1861, BAUDRY c/ Ministre de la Guerre, D. 1861. III. 42) : « *Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Napoléon pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité a ses règles spéciales, qui ne sont pas les mêmes dans toutes les parties du service public ».* La Chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt du 18 décembre 1854 (D. 1855. I. 37) affirme que « *les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur toutes demandes en réparation de dommages causés par le fait d'autrui, par sa négligence, son imprudence ou l'inobservation des règlements ; Que cette compétence est générale, et qu'elle ne saurait être modifiée parce que les faits de négligence et d'imprudence constitueraient en même temps des infractions, de la part des employés des administrations publiques, aux règlements de ces administrations, alors surtout que ces règlements ne sont pas contestés ; qu'en effet, même à l'égard de ces employés, l'action exercée contre eux a son principe dans le droit commun, et qu'elle doit être jugée par les principes de ce droit ; qu'elle n'est que l'application, en ce qui les concerne, non-seulement du droit commun, mais encore des règles qui leur sont particulières, et qu'en les appliquant les tribunaux n'empiètent pas sur l'exercice des pouvoirs dont elles émanent ; que si cette action, par sa nature, réagit contre l'administration elle-même, et peut amener des condamnations envers elle, comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun ; Que les administrations publiques, comme représentant l'Etat, ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité, et de faire reconnaître les conséquences légales qui en découlent... ».*

¹⁰²⁴M. WALINE décrit cet épisode dans sa préface à la thèse de doctorat de R. CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, LGDJ, Paris, 1954, p. 7. Il s'agit de la thèse de J. LUCHET, L'arrêt Blanco. La théorie de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat, Nancy, 1935, Les Presses modernes, Paris, 1935.

¹⁰²⁵REAP p. 69 et s.

SECTION 1 ÉLÉMENTS DE COMPARAISON

490 Historiquement, le droit français est le droit dans lequel est né le principe du dualisme juridictionnel, c'est-à-dire le principe de l'existence de deux ordres de juridictions dont l'un seulement aurait compétence quasi-exclusive pour juger l'administration¹⁰²⁶. Le principe du dualisme juridictionnel est le produit des contingences de l'Histoire¹⁰²⁷ : les Révolutionnaires, instruits par la lutte qui opposa le pouvoir royal aux Parlements¹⁰²⁸, ont voulu interdire absolument au juge judiciaire d'intervenir dans les affaires de l'Etat. De cette volonté de stricte séparation des pouvoirs a résulté la soustraction des activités de l'administration au domaine de compétence du juge judiciaire. Divers mouvements ont ensuite conduit à la constitution progressive d'une véritable juridiction administrative, jugeant des actes et de la responsabilité de l'administration selon des règles spécifiques. En droit français, le principe de la séparation des pouvoirs est invoqué pour justifier la séparation des juridictions, elle-même cause du dualisme juridique, c'est-à-dire l'existence de deux corps de règles différents selon que la responsabilité civile en cause est celle d'une personne privée ou d'une personne de droit public. Cette solution est parfois l'objet de critiques. Nous nous bornerons cependant à présenter les solutions du droit positif dans un premier temps.

Le droit positif en France et en Suisse doit être présenté en premier lieu (§.1), pour ensuite pouvoir apprécier les droits belge et luxembourgeois (§.2).

§.1 LE DROIT POSITIF EN FRANCE ET EN SUISSE

La répartition des compétences entre les ordres de juridiction et la détermination du droit applicable sont extrêmement complexes en droit suisse en raison de la répartition des

¹⁰²⁶Plus précisément, l'expression « *dualisme juridictionnel* » désigne en France, « *la coexistence de deux ordres de juridiction séparés et également souverains : l'ordre judiciaire (ou juridiction judiciaire), au sommet duquel se trouve la Cour de cassation, et l'ordre administratif (ou juridiction administrative), au sommet duquel se trouve le Conseil d'Etat* », D. TRUCHET, Dictionnaire de la Justice, PUF, 2004, p. 377.

¹⁰²⁷J. CHEVALLIER, Du principe de séparation au principe de dualité, RFDA. 1990, p. 712 et s. A. VAN LANG, Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité, AJDA. 2005 p. 1760 et s.

¹⁰²⁸Le roi avait déjà tenté d'interdire au juge judiciaire de connaître de l'action de l'administration. En témoigne le texte de l'édit royal de Saint-Germain-en-Laye du 6 février 1641 : « *Or, comme l'autorité royale n'est jamais si bien affermie que lorsque tous les ordres d'un Etat sont réglés dans les fonctions qui leur sont prescrites par le prince, nous nous sommes résolus d'y apporter un règlement général, afin qu'une chose qui est établie pour le bien du peuple ne produise des effets contraires, comme il arriverait si les officiers au lieu de se contenter de cette puissance qui les rend juges de la vie de l'homme et des fortunes de nos sujets, voulaient entreprendre sur le Gouvernement, qui n'appartient qu'au Prince. À ces causes nous avons déclaré que notre dit Parlement de Paris et toutes nos autres cours n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets ; leur faisons très expresses inhibitions et défenses, non seulement de prendre à l'avenir connaissance d'aucunes affaires semblables à celles qui sont ci-devant énoncées, mais généralement de toutes celles qui peuvent concerner l'Etat, administration ou Gouvernement d'icelui* ».

compétences entre l'Etat fédéral et les cantons¹⁰²⁹. En outre, des matières qui dans un droit national relèvent du droit administratif sont susceptibles d'être réglées par le droit privé dans un autre droit. Il convient de distinguer d'une part les règles définissant la compétence juridictionnelle (A), d'autre part le droit matériel devant être appliqué à la responsabilité des personnes publique (B).

A La compétence juridictionnelle

491 La Suisse connaît actuellement une vague de réforme. Ainsi, une nouvelle constitution a été adoptée le 18 avril 1999. Le Tribunal fédéral est toujours à la fois la juridiction constitutionnelle¹⁰³⁰ et la juridiction de cassation de droit commun dont la compétence est alors définie par le législateur fédéral auquel renvoie expressément la constitution¹⁰³¹. Le législateur fédéral, auquel la constitution impose l'institution d' « *autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit public relevant des domaines de compétences de l'administration fédérale* »¹⁰³² a établi un Tribunal administratif fédéral par une loi du 17 juin 2005¹⁰³³. L'ordre juridictionnel administratif suisse est composé des juridictions fédérales et des juridictions cantonales, le Tribunal administratif fédéral ne jouant le rôle de tribunal de cassation des décisions émanant de juridictions cantonales que si une loi fédérale le prévoit expressément (LTAF, article 33 i). Le juge doit vérifier d'office sa compétence.

492 Le droit français ne connaît pas de répartition de compétences entre Confédération et cantons puisque la République française est un Etat unitaire. En revanche, il existe une répartition de compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. La compétence des juridictions administratives résulte d'une longue histoire. Le principe de l'existence et de l'indépendance de la juridiction administrative par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif ne résulte pas de la Constitution elle-même, contrairement aux

¹⁰²⁹C'est en raison de cette complexité que nous préférons limiter notre étude au droit positif sans présenter également l'histoire juridique des solutions suisses.

¹⁰³⁰L'article 189 de la constitution traite de la juridiction constitutionnelle. Il dispose dans son alinéa premier que : « 1 Le Tribunal fédéral connaît :

a. des réclamations pour violation de droits constitutionnels ;

b. des réclamations pour violation de l'autonomie des communes et des autres garanties accordées par les cantons aux corporations de droit public ;

c. des réclamations pour violation de traités internationaux ou de conventions intercantionales ;

d. des différends de droit public entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons ».

¹⁰³¹Article 190 de la Constitution relatif à la juridiction civile, pénale et administrative :

« 1 La loi règle la compétence du Tribunal fédéral en matière civile, pénale et administrative ainsi que dans d'autres domaines du droit.

2 Les cantons peuvent, avec l'approbation de l'Assemblée fédérale, placer sous la juridiction du Tribunal fédéral des différends qui relèvent du droit administratif cantonal ».

¹⁰³²Constitution suisse, article 191a al. 2.

¹⁰³³Loi sur le tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF), RS. 173.32.

juridictions de l'ordre judiciaire. Il été reconnu par une décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980¹⁰³⁴. Le Conseil constitutionnel a également consacré comme principe fondamental reconnu par les lois de la République la compétence de la juridiction administrative pour « l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »¹⁰³⁵. A contrario, tout ce qui est actuellement de la compétence de la juridiction administrative ne relève pas pour autant de ce qu'un auteur appelle le « noyau constitutionnel » de compétence¹⁰³⁶ ou encore « réserve constitutionnelle de compétence »¹⁰³⁷. Le Conseil constitutionnel a en outre exclu de la compétence administrative les matières qui relèvent par nature de l'autorité judiciaire. Le législateur se voit également reconnaître la possibilité de confier l'ensemble d'un contentieux spécifique à l'un ou l'autre ordre de juridiction dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice¹⁰³⁸. Le contentieux de la responsabilité publique n'est pas inclus dans ce noyau constitutionnel de compétence.

493 Une fois posé le principe de répartition des contentieux, il faut également mentionner les empiètements nécessaires : le juge judiciaire se reconnaît compétence pour écarter l'application d'un règlement administratif inconventionnel sans passer par le juge administratif. Ainsi, par un arrêt du 18 décembre 2007, la chambre sociale de la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir admis la compétence du juge judiciaire pour apprécier par voie d'exception de conventionnalité la conformité du statut du personnel de la RATP au droit communautaire et constatant la violation du principe d'égalité entre hommes et femmes, d'avoir écarté son application¹⁰³⁹. La Cour de cassation affirme la compétence du juge judiciaire pour apprécier par voie d'exception la conventionnalité d'un règlement

¹⁰³⁴Conseil constitutionnel, Cinquantes ans de jurisprudence, Tables d'analyses 1959-2009, tome 3, p. 1598. DC n°80-119, 22 juillet 1980, Lois de validation, considérant 6 : « il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement ». DC. n°89_271, 11 janvier 1990, cons. 6, p. 21.

¹⁰³⁵Conseil constitutionnel, DC n°86-224, 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence.

¹⁰³⁶D. TRUCHET, Droit administratif, PUF, 2008, p. 114.

¹⁰³⁷E. BREEN, Compétence administrative ou judiciaire – bases de répartition. JCL administratif, fasc. 1045, n°15.

¹⁰³⁸Conseil constitutionnel, DC n°86-224, 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, cons. 15 et 16, p. 8 ; DC n°89-261, 28 juillet 1989, cons. 19 et 20, p. 81.

¹⁰³⁹Cass. soc. 18 décembre 2007, n°06-45132, Bull. n°215. Comme l'indique le conseiller rapporteur, Mme A. MANES-ROUSSEL, cette solution est fondée sur la primauté et l'effet direct du droit communautaire sur le droit interne. Même solution : Cass. civ. 2e, 20 décembre 2008, n°06-20563, Bull. n°273 et Cass. com. 6 mai 1996, n°94-13347, Bull. n°125. X. DUPRE de BOULOIS, Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour de cassation persiste et signe, RFDA. 2008, p. 499 et s.

administratif¹⁰⁴⁰. La compétence en matière de responsabilité des personnes publiques est exclusivement attribuée au juge administratif. Le juge judiciaire doit soulever d'office son incompétence car elle est d'ordre public. Ainsi, la Cour de cassation censure une cour d'appel qui n'a pas recherché d'office si la faute du maire qui commet une diffamation est ou non détachable du service public, l'incompétence des juridictions judiciaires étant en pareil cas d'ordre public¹⁰⁴¹.

En droit français, la compétence de la juridiction administrative conduit à l'application d'un droit matériel différent.

B Le droit matériel applicable

494 Par droit matériel, il faut entendre les règles de fond que le juge, quel qu'il soit, devra appliquer pour déterminer l'obligation à réparation susceptible de peser sur une personne publique (1), ou encore les conditions dans lesquelles les agents de la personne publique peuvent voir leur responsabilité engagée (2). Le projet de réforme suisse formule certaines propositions (3).

1. Le droit applicable à la responsabilité des personnes publiques

495 En droit positif suisse, deux dispositions délimitent le champ d'application du droit commun de la responsabilité civile en cas de mise en jeu de la responsabilité d'une personne publique. S'agissant de la responsabilité civile des personnes morales de droit public y compris l'Etat, l'article 59 alinéa premier du Code civil suisse réserve expressément cette matière au droit public cantonal ou fédéral¹⁰⁴². À défaut de disposition de droit public, la personne morale ne saurait voir sa responsabilité engagée sur le fondement des articles 41 et s. du COS¹⁰⁴³. Le droit public n'a vocation à s'appliquer qu'aux personnes de droit public participant à l'exercice de la puissance publique, à la satisfaction de l'intérêt général¹⁰⁴⁴. Au

¹⁰⁴⁰S'agissant de l'appréciation de la compatibilité d'un acte administratif réglementaire avec la Convention européenne des droits de l'Homme, v. Cass. civ. 1re, 3 avril 2001, n°00-05026 et 00-05030, Bull. n°97 ; avec la convention n°158 de l'OIT, CA Paris, 20 octobre 2006, RG 06/06992 et CA Bourges, 19 octobre 2007, RG 06/01867 (conventionnalité du CNE).

¹⁰⁴¹Cass. crim. 20 juin 2006, n°05-87415, Bull. n°189 : censure de la Cour d'appel qui ne recherche pas d'office l'élément pouvant fonder sa compétence pour statuer sur la responsabilité civile, la diffamation peut en effet constituer une faute détachable du service public qui relève alors de la compétence des juridictions judiciaires et qui exclut la garantie du fonctionnaire par la personne publique dont il relève pour les condamnations dont il pourrait faire l'objet, CE, 27 avril 1988, n°66932, et CAA Versailles, 23 février 2006, n°04VE00991.

¹⁰⁴²Article 59 al. 1er du Code civil suisse : « *Le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis et pour ceux qui ont un caractère ecclésiastique* ».

¹⁰⁴³F. WERRO, Introduction aux articles 41-61, in Commentaire romand, op. cit. (p. 17), article 61, p. 420-421, n°22.

¹⁰⁴⁴ATF 117 Ia 107, cons. 5c, p. 112.

contraire, lorsque la personne publique « n'exerce aucune prérogative particulière qui lui serait conférée par le droit public, inhérente à ses attributions étatiques... se trouve ... dans une position juridique identique à celle de l'autre partie, équivalent à celle d'une personne physique ou d'une personne morale de droit civil fédéral, leur relation est donc soumise à ce droit »¹⁰⁴⁵.

Le droit public suisse s'applique dès lors que la personne publique a agi en tant que telle, en exerçant la puissance publique entendue comme le pouvoir d'enjoindre, de contraindre le cas échéant par le recours à la force publique¹⁰⁴⁶. Le principe de la responsabilité publique de la Confédération est posé par l'article 146 de la Constitution fédérale de 1999¹⁰⁴⁷. Les cantons ont adopté leurs propres législations s'agissant de la responsabilité des collectivités publiques cantonales. La législation fédérale sur la responsabilité de la confédération régit à la fois la responsabilité de l'Etat fédéral, et celle des fonctionnaires fédéraux pour leur faute, comme les législations cantonales traitent simultanément de la responsabilité des collectivités publiques et de celles des fonctionnaires cantonaux pour leur faute.

En droit positif français, l'exclusion des règles du Code civil a conduit la jurisprudence à élaborer un corps de règles propre à la responsabilité des personnes publiques du fait de leurs faits personnels comme de celui de leurs agents.

2. La responsabilité des agents publics

496 En droit suisse, le droit commun de la responsabilité civile a un rôle supplétif lorsqu'il s'agit de mettre en jeu la responsabilité civile des fonctionnaires pour les dommages causés dans l'exercice de leur charge¹⁰⁴⁸. L'article 61 du Code des obligations dispose que :

« La législation fédérale ou cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge.

Les lois cantonales ne peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre, s'il s'agit d'actes commis par des fonctionnaires ou des employés publics et se rattachant à l'exercice d'une industrie ».

La responsabilité civile de droit commun a donc vocation à compléter le droit public cantonal

¹⁰⁴⁵ ATF 124 III 418, p. 420, cons. 1b.

¹⁰⁴⁶ Ibidem, p. 416, n°3. Par exemple, le Tribunal fédéral considère que les soins dispensés aux malades dans les hôpitaux publics se rattachent à l'exécution d'une tâche publique : ATF 133 III 462, cons. 2.1, p. 465, ATF 122 III 101 cons. 2a/aa p.104. Au contraire, la responsabilité d'une commune en raison d'un accident survenu dans une piscine municipale ouverte au public relève du droit privé fédéral : ATF 113 II 424, cons. 1a p. 426.

¹⁰⁴⁷ « La Confédération répond des dommages causés sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions ».

¹⁰⁴⁸ L'existence de dispositions de droit cantonal relatives à la responsabilité civile des fonctionnaires exclut l'application du droit commun, le droit spécial excluant en l'espèce la possibilité pour la victime d'agir directement contre les fonctionnaires, l'action de la victime est irrecevable : TF 1P.804/1999, 1re cour de droit public, 30 mars 2000, inédit.

ou fédéral pour les dommages causés par la faute des fonctionnaires¹⁰⁴⁹. En réalité, les lois cantonales prévoient quelques dispositions dérogatoires au droit commun telles la responsabilité sans faute et la réparation en équité¹⁰⁵⁰, mais renvoient au droit commun pour le surplus¹⁰⁵¹, par exemple les conditions de réduction des dommages-intérêts en cas de faute de la victime¹⁰⁵².

En outre, en droit suisse, les personnes publiques se voient appliquer les règles des responsabilités objectives. Ainsi, les dommages causés par leurs animaux engagent la responsabilité civile de la personne publique conformément aux règles de la responsabilité du détenteur d'animal prévue par l'article 56 COS sauf à ce que le dommage résulte de l'exercice de la puissance publique¹⁰⁵³.

3. Le projet de réforme suisse

497 Les auteurs du projet de réforme suisse de la responsabilité civile estiment que la personne publique dont la responsabilité civile est engagée se trouve le plus souvent dans une situation comparable à celle qui serait celle d'un particulier, soit parce qu'une loi spéciale prévoit une responsabilité objective, soit parce que le droit commun lui est applicable. Dès lors, l'objectif d'unification et d'harmonisation du droit de la responsabilité civile sera réalisé en soumettant les personnes publiques au droit commun de la responsabilité civile, sauf dispositions spéciales. L'article 43 du projet de réforme suisse dispose que « *Sous réserve de dispositions spéciales, la Confédération, les cantons et communes ainsi que leurs corporations, établissements et agents sont soumis aux dispositions du droit fédéral régissant la responsabilité civile* ». Comme le relève un auteur, le projet de réforme suisse réalise par là une « *privatisation* » de la responsabilité de l'Etat¹⁰⁵⁴. Le législateur a la possibilité de déroger au droit commun de la responsabilité civile mais le principe est l'unification du droit¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁴⁹V. par ex. ATF 81 II 301 : les autorités cantonales ayant accordé des délais de grâce au locataire avant de procéder à son expulsion, délai mis à profit pour endommager le bien loué. Le propriétaire engage la responsabilité civile de la personne publique en lui reprochant le délai écoulé entre l'obtention du jugement d'expulsion et la réalisation de celle-ci. La juridiction cantonale a appliqué l'article 41 et s. COS à titre de droit cantonal supplétif, par conséquent, le Tribunal fédéral, compétent seulement pour les questions touchant au droit fédéral ne peut accueillir le recours en réforme.

¹⁰⁵⁰Par ex. l'article 4 de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC) du 24 février 1989, article 4, dispose que « *L'Etat de Genève et les communes du canton ne sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes licites commis par leurs magistrats, fonctionnaires ou agents dans l'exercice de leurs fonctions ou dans l'accomplissement de leur travail que si l'équité l'exige* ».

¹⁰⁵¹Par ex. loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC) du 24 février 1989, article 6 ; Loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LResp) du 26 juin 1989, article 3.

¹⁰⁵²ATF 89 I 483, cons. 7, p. 496.

¹⁰⁵³V. par ex. ATF 126 III 14

¹⁰⁵⁴F. WERRO, Introduction aux articles 41-61, in Commentaire romand, op. cit. (p. 17), article 61.

¹⁰⁵⁵Les auteurs du projet de réforme indiquent que « *le législateur fédéral est habilité à déroger aux articles 41 et s. COS ou à tel ou tel autre régime particulier fondant une obligation de réparer. Mais il ne devrait le faire que pour des raisons*

La Constitution suisse ne permet pas à la Confédération de réglementer la responsabilité civile des cantons. Aussi le projet de réforme indique-t-il à l'article 43a que :

« 1. Les cantons sont habilités à édicter des dispositions dérogatoires régissant leur responsabilité ainsi que celle de leurs corporations, établissements et agents pour les dommages causés dans l'exercice de la puissance publique pour autant que la personne morale réponde objectivement, que ce soit de manière exclusive ou solidaire avec l'agent.

2. Les cantons ne peuvent pourtant déroger aux dispositions sur la responsabilité pour risque ».

La marge de manœuvre des législateurs cantonaux est cependant doublement limitée : ils ne peuvent déroger au droit commun que dans un sens plus favorable à la victime, et la notion de puissance publique doit être entendue dans un sens restrictif. L'exercice de la puissance publique implique que la personne publique exerce « le pouvoir d'enjoindre et d'interdire, au besoin de contraindre par l'usage de la force »¹⁰⁵⁶. Par conséquent, le législateur cantonal peut prévoir des dispositions dérogeant au droit commun pour les activités de police par exemple, mais non pour les activités d'un hôpital, d'un établissement d'enseignement supérieur ou d'un service de distribution d'énergie.

498 Le droit français soustrait totalement la responsabilité publique aux règles de droit commun, question qui se confond historiquement avec celle de la détermination des juridictions compétentes pour juger de la responsabilité publique¹⁰⁵⁷.

La Cour de cassation a tenté de se faire reconnaître comme le juge de la responsabilité de l'administration, appliquant à cette occasion les règles du code civil. Ainsi, la Cour de cassation affirme simultanément que le droit commun est applicable sans exception à tout fait de l'homme qui cause un dommage et que les tribunaux ordinaires sont seuls compétents pour statuer sur la réparation ; le pourvoi critiquait expressément le fait que le juge judiciaire se mêle de l'action de l'administration en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs¹⁰⁵⁸.

Parallèlement à ces décisions, le Conseil d'État, statuant sur conflit en raison de la résistance des juridictions judiciaires affirme que le fonctionnaire fautif doit être sanctionné par l'administration elle-même et que la mise en jeu de la responsabilité de l'administration

pertinentes, et moyennant une mention expresse, dans l'esprit du postulat d'une unification formelle et matérielle de la matière », REAP p. 73.

¹⁰⁵⁶REAP p. 73.

¹⁰⁵⁷Sur l'ensemble de ces questions, v. la thèse de M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Paris, 1994, Bibliothèque de droit public, tome 171.

¹⁰⁵⁸Cass. civ. 1er avril 1845, Postes c/ DEPEYRE, DP. 1845. I. 261 : « s'il est prescrit aux tribunaux de s'abstenir de tout examen et de toute critique des règlements et actes administratifs et des ordres et instructions compétemment donnés par l'administration, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier, dans les cas prévus par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente des règlements et ordres administratifs ».

pour les dommages par son préposé relève de la juridiction administrative compétente pour constituer l'État débiteur¹⁰⁵⁹.

Dès lors que le juge judiciaire n'était pas compétent, et que le droit commun de la responsabilité civile ne pouvait s'appliquer en cas de dommages imputables à l'Administration, il y eût une hésitation sur le point de savoir si des règles de droit étaient bien applicables, et donc de savoir si l'administration était irresponsable. Des auteurs attribuent le régime d'irresponsabilité administrative qui a existé pour une large part au fait que le juge administratif ayant rejeté l'application des règles du droit civil, il a tardé à dégager les règles à appliquer, consacrant « *presque malgré lui un principe d'irresponsabilité* »¹⁰⁶⁰.

L'arrêt Blanco est l'aboutissement de ce processus¹⁰⁶¹ : une fois écartée la compétence du juge judiciaire et du droit commun de la responsabilité civile, le Tribunal des conflits invite le juge administratif à dégager les règles de droit applicables à la responsabilité de l'administration¹⁰⁶² : « *la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les services publics, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; ... cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; ... elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service* ».

Au cours du temps, la spécificité de la responsabilité administrative a permis au juge administratif d'admettre le principe d'une responsabilité sans faute, à une époque où le droit privé de la responsabilité civile refusait de s'engager dans cette voie¹⁰⁶³. Aujourd'hui encore, le principe de la responsabilité sans faute n'est affirmé qu'en droit administratif tandis que le droit civil doit ruser pour faire entrer dans le cadre de la responsabilité pour faute les responsabilités objectives. Cependant, en pratique, le juge administratif s'inspire des raisonnements dégagés par le juge judiciaire ou des règles du droit civil, parfois sur renvoi

¹⁰⁵⁹CE statuant sur conflit, 8 août 1844, DUPART c/ Direction des postes de Cette, D. 1845. III. 3 : une victime de l'administration des Postes de l'époque avait saisi le tribunal civil de Montpellier d'une demande d'indemnité pour le préjudice causé par le retard dans la remise d'une lettre postée en tarif simple, service pour lequel les lois relatives à la Poste excluaient toute responsabilité.

¹⁰⁶⁰J.-B. AUBY & J. MOREAU, Responsabilité. Définitions. Principes. Orientation, JCL Administratif, fasc. 801 (août 2000), n°3. F. DUEZ, op. cit. (supra p. 154, note 551), introduction, p. 5 : l'auteur indique que la jurisprudence du Conseil d'Etat a permis de consacrer la responsabilité comme le principe tandis que l'irresponsabilité est devenue l'exception.

¹⁰⁶¹M. DEGUERGUE, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, op. cit. (p. 265), expose le mouvement doctrinal qui partant de l'affirmation de l'applicabilité du droit commun aboutit à l'arrêt Blanco, v. p. 92 et s.

¹⁰⁶²TC. 8 février 1873.

¹⁰⁶³Il ressort de l'exposé (que nous résumons bien trop sommairement) de M. DEGUERGUE que la proposition doctrinale d'une responsabilité pour risque en droit privé se situe dans les années 1930 tandis que le droit public l'avait admise près d'un siècle auparavant pour les dommages résultant de travaux publics. V. thèse précitée, p. 101 et s.

exprès du législateur¹⁰⁶⁴. La question de savoir si la responsabilité administrative peut, doit ou ne doit pas être régie par le droit de la responsabilité civile est en soi un sujet de thèse autonome¹⁰⁶⁵. Il s'agira donc seulement ici d'exposer les données nécessaires à la compréhension de la portée du projet de réforme en droit suisse et les enseignements susceptibles d'en être tirés pour le droit français.

499 Dans la mesure où le projet CATALA se donne pour propos d'offrir aux juristes français et au législateur, les éléments nécessaires à la défense de notre droit dans le cadre du débat européen qui se profile sur le Code des obligations, il nous a paru utile d'exposer les solutions retenues par quelques pays voisins¹⁰⁶⁶. Nous limitons notre propos aux droits belge et luxembourgeois : il ne s'agit pas d'un échantillon représentatif dans la mesure où nous n'avons pas connaissance des solutions retenues par les autres droits européens. Il nous a seulement semblé intéressant de confronter le droit français et le droit suisse aux solutions des pays voisins qui ont connu l'influence du droit français (Belgique, Luxembourg).

§.2 LES DROITS BELGE ET LUXEMBOURGEOIS

500 Notre comparaison portera sur trois points. Il s'agit d'abord de savoir si le droit qui régit la responsabilité publique est le même que celui qui régit la responsabilité d'un particulier (A). Il faut ensuite préciser si ce corps de règles s'applique à la totalité des hypothèses de responsabilité publique ou s'il existe des sous-ensembles soumis à d'autres

¹⁰⁶⁴Ainsi, en matière de prescription extinctive, l'article 2227 du Code civil (abrogé par la loi n°2008-651 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile) prévoyait que les personnes publiques étaient en principe soumises aux mêmes délais de prescription que les personnes privées, sauf dispositions spéciales. Le juge administratif se référait en outre aux principes dont s'inspirait le droit civil de la prescription pour dégager une règle applicable au litige de droit public. V. par ex. B. PLESSIX, la prescription extinctive en droit administratif, note sous CE, Ass., 8 juillet 2005, Société Alusuisse-Lonza-France, RFDA. 2006, p. 375 et s.

¹⁰⁶⁵En réalité, la question a déjà été traitée sous l'angle de la comparaison dans sa thèse par le doyen R. CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, op. cit. (p. 258). Après avoir comparé de façon exhaustive les jurisprudences administrative et judiciaire en matière de responsabilité civile, l'auteur conclut que des solutions communes ont été apportées à la plupart des problèmes de responsabilité, hormis deux questions : la réparabilité du dommage moral résultant d'une atteinte aux sentiments d'affection et la détermination de la date d'appréciation de la valeur des dommages aux biens. L'auteur remarque néanmoins que si sur le plan des principes, le juge administratif n'a rien à envier au juge judiciaire, en pratique « *les chances des victimes d'être indemnisées, comme d'obtenir une large — c'est-à-dire juste — réparation, demeurent inférieures devant la juridiction administrative à ce qu'elles sont devant les tribunaux judiciaires* » (p. 556). En revanche, l'auteur estime que « *l'affirmation de l'autonomie, entendue comme une originalité fondamentale, ou même seulement très poussée, de la responsabilité des collectivités publiques par rapport à celles des personnes privées ne peut donc être retenue comme l'expression du droit positif : non seulement la responsabilité des collectivités publiques est engagée aussi souvent devant la juridiction judiciaire que devant la juridiction administrative, et par suite aussi souvent en application des règles de la responsabilité privée qu'en application de celles de la responsabilité publique, mais encore ces règles, qui sont appliquées par la juridiction administrative, sont extrêmement proches de celles qu'applique la juridiction administrative* » (p. 557).

¹⁰⁶⁶Lire sur ce point la présentation générale du rapport qui expose l'espoir de ses auteurs « *que l'avant-projet serve l'entreprise qui donnera à la France un droit civil adapté à son époque et une voix dans le concert européen* ».

règles (B). Enfin, il convient de savoir quel est le juge compétent pour juger de la responsabilité publique (C).

A Corps de règles applicable à la responsabilité publique

501 En droit suisse, la Constitution fédérale pose un cadre dans la mesure où il est interdit au législateur fédéral d'aggraver les obligations des cantons, et par conséquent d'édicter des règles permettant d'engager leur responsabilité civile. Les droits belge et luxembourgeois trouvent également leur fondement dans la constitution.

1. Le droit luxembourgeois

502 En droit luxembourgeois, la responsabilité de l'administration est régie par la responsabilité civile, en d'autres termes, « la responsabilité de l'administration est civile »¹⁰⁶⁷. L'article 84 de la Constitution luxembourgeoise « attribue aux seuls tribunaux judiciaires la connaissance des litiges qui ont pour objet des droits civils. Toute créance de réparation étant un droit civil, toute action en responsabilité, même dirigée contre une personne morale de droit public, relève donc des tribunaux de l'ordre judiciaire et obéit, de plus aux règles de droit commun de la responsabilité civile. »¹⁰⁶⁸. Aujourd'hui, la responsabilité publique est régie par la loi du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques. Cette loi est la consécration législative des règles antérieurement dégagées par la jurisprudence¹⁰⁶⁹.

Par un jugement du 13 mai 1874, le tribunal d'arrondissement du Luxembourg retient la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par les fautes de ses agents sur la base des articles 1382 et s. du Code civil. La jurisprudence appliquera ensuite les règles de l'article 1384 alinéa 3 relatives à la responsabilité du commettant du fait de son préposé, ainsi que les règles de l'article 1384 alinéa 1er relatives à la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde.

Toutefois ces règles imposaient à la victime de prouver l'existence d'une faute de nature à fonder la responsabilité de l'administration. Le législateur a entendu consacrer le principe de la responsabilité civile des personnes publiques, ainsi que les principes dégagés par la jurisprudence, mais il a aussi introduit des dispositions propres à la matière. Ainsi, la responsabilité du fait du préposé imposait la preuve du fait fautif d'un agent déterminé. La loi admet désormais la responsabilité en raison du fonctionnement défectueux du service, c'est-à-

¹⁰⁶⁷G. RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, op. cit. (p. 59), p. 30, n°17.

¹⁰⁶⁸Ib.

¹⁰⁶⁹Ib., p. 102, n°122.

dire que la victime doit apporter la preuve que le service dans son ensemble n'a pas fonctionné comme il le devait d'après sa nature et sa mission. Le législateur a donc entendu dispenser la victime de la preuve de la faute d'une personne précise, mais la responsabilité de l'administration est toujours engagée en raison d'une faute même si celle-ci est imputable à un service dans son ensemble. Un auteur en tire la conclusion que le droit de la responsabilité publique ne présente pas de caractère spécifique par rapport au droit commun de la responsabilité civile¹⁰⁷⁰. D'ailleurs, la question a été posée de savoir si les aménagements apportés par la loi de 1988 constituaient un régime autonome excluant l'application des règles dégagées antérieurement par la jurisprudence sur le fondement des articles 1382 et s. du code civil, ou bien si le législateur avait seulement entendu compléter le droit existant. Par un arrêt du 24 avril 2003, la Cour de cassation luxembourgeoise retient que la loi de 1988, « sans instaurer un régime spécifique, applique aux personnes morales de droit public dans une terminologie adaptée à celles-ci le principe de la responsabilité civile délictuelle de droit commun qui se fonde sur le concept de la faute »¹⁰⁷¹. La faute dont il est ici question est une faute objective puisqu'il suffit de prouver le fonctionnement défectueux du service.

2. Le droit belge

503 En droit belge, l'article 144 de la Constitution du 17 février 1994¹⁰⁷² dispose que « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ». L'article 145 ajoute que « Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ». Sur le fondement de l'article 144, la Cour de cassation belge a décidé en 1920 par l'arrêt *La Flandria* que « l'État est donc, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées fautivement aux droits et intérêts des particuliers »¹⁰⁷³. Par cette décision, le droit belge abandonne la distinction entre acte de gestion et acte d'autorité : quel que soit l'acte administratif en cause, le dommage qui en a résulté peut être réparé sur le fondement du droit de la responsabilité civile. Dès lors, l'ensemble du contentieux de la responsabilité publique en droit belge est soumis aux mêmes règles que les particuliers : les articles 1382 et s. du Code civil¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷⁰Ibidem, p. 109, n°130.

¹⁰⁷¹Pas. 32. 368.

¹⁰⁷²A l'époque, il s'agissait des articles 92 et 93 de la Constitution du 7 février 1831, renumérotés articles 144 et 145 dans le texte de la constitution du 17 février 1994, sans modification.

¹⁰⁷³Cour de cassation belge, 5 novembre 1920, concl. P. LECLERQ, Pas. belge 1920. I. 193.

¹⁰⁷⁴En réalité, comme en droit luxembourgeois, le juge a longtemps usé de la distinction entre les activités privées et les activités publiques, les dommages résultant de ces dernières ne relevant pas de la responsabilité civile. Cette distinction a été abandonnée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1963 (Pas. belge, 1963. I. 745).

B Matières concernées

504 Nous avons déjà soulevé la question de la possibilité d'engager la responsabilité du législateur du fait de la violation du droit communautaire ou de la convention européenne de protection et de sauvegarde des droits de l'Homme.

1. Responsabilité du fait du législateur

505 La responsabilité qui est ici visée est une responsabilité pour faute : un particulier demande réparation des dommages que lui a causés le législateur soit par son action, soit par son inaction, spécialement lorsque le droit communautaire lui imposait de transposer certaines règles en droit interne. Il s'agit donc d'une responsabilité directe du fait de l'activité législative et non de la responsabilité de l'administration pour les dommages résultant des actes régulièrement adoptés sur le fondement d'une disposition législative inconventionnelle ou incompatible avec le droit communautaire. Nous avons vu précédemment que le Conseil d'Etat français s'est prudemment refusé à qualifier pour telle la responsabilité de l'Etat du fait du législateur qui adopte une loi contraire au droit communautaire et que certains auteurs français y voient une responsabilité d'un troisième type.

2. Responsabilité du fait de l'administration

506 Nous avons vu que le droit belge et le droit luxembourgeois soumettent la responsabilité des personnes publiques aux mêmes règles que celles qui régissent la responsabilité des personnes privées. Or l'une des objections couramment opposées en droit français à l'extension du droit commun à la réparation des dommages, est l'existence de régimes de responsabilité sans faute qui constituent la caractéristique de la responsabilité publique.

507 Après avoir retenu l'applicabilité du droit commun, la jurisprudence luxembourgeoise en restreignit l'application aux actes de gestion de l'administration, excluant son applicabilité s'agissant des actes d'autorité c'est-à-dire les actes réalisés par l'Etat dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique¹⁰⁷⁵. Cette distinction sera maintenue jusqu'en 1981 en droit luxembourgeois alors qu'elle sera abandonnée en 1920 en droit belge. La jurisprudence luxembourgeoise a également exclu la responsabilité civile pour les dommages résultant des actes de gouvernement¹⁰⁷⁶, ainsi que des actes discrétionnaires, c'est-à-dire les

¹⁰⁷⁵G. RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, op. cit. (p. 59), p. 103, n°125 : « les actes de gestion sont ceux que l'Etat exécute alors qu'il se comporte comme une personne morale, gère ses services comme s'il n'était qu'un simple particulier et se soumet comme toute autre personne au droit commun ».

¹⁰⁷⁶Le terme est entendu dans le même sens qu'en droit public français. La théorie des actes de gouvernement a été élaborée par le Conseil d'Etat pour déclinier sa compétence en présence d'actes ayant un mobile politique. Il

actes pour lesquels l'administration avait le pouvoir de décider selon ce qui lui semblerait opportun¹⁰⁷⁷.

Par une série d'arrêts en date du 20 janvier 1981, la Cour de cassation luxembourgeoise abandonne ces distinctions et retient la responsabilité de l'Etat « *en raison des fautes commises par ses organes dans l'exercice de ses diverses fonctions, sans qu'il y ait lieu de distinguer a priori entre actes d'autorité et actes de gestion, ni même entre exercice d'un pouvoir discrétionnaire et exercice d'une compétence liée* ».

C Juridiction compétente

508 Les pays belge et luxembourgeois connaissent tous deux une séparation des juridictions administrative et judiciaire. Toutefois, la portée n'est pas forcément la même qu'en droit français. Un auteur relève en effet que la compétence est fondée en droit français sur la nature de la règle de droit applicable : le droit administratif, droit spécial, commande la compétence de la juridiction administrative¹⁰⁷⁸. Au contraire, en droit belge et droit luxembourgeois, la compétence sera fondée sur la nature du droit en cause : le droit à dommages-intérêts résultant de l'action de l'administration relève du droit privé, et par suite, la juridiction compétente est la juridiction judiciaire. Ces trois pays ont pour point commun l'affirmation constitutionnelle de la compétence de la juridiction judiciaire pour juger les litiges relatifs à la responsabilité des personnes publique.

509 En droit belge, un auteur indique que « *la constitution belge met sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils et qu'en vue de réaliser cette protection, le constituant n'a eu égard ni à la qualité des parties contractantes ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit. L'État est donc, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées fautivement aux droits et intérêts des particuliers* »¹⁰⁷⁹.

510 Le droit comparé nous montre qu'il est possible de réserver la compétence pour connaître de la responsabilité publique aux juridictions judiciaires. Le Conseil constitutionnel a affirmé dans sa décision du 23 janvier 1987 que la conception française de la séparation des

suffit pour s'en convaincre de comparer la définition qu'en donnent J. RIVERO et J. WALINE : « *actes, intéressant les relations internationales ou les rapports entre le Parlement et le gouvernement, qui échappent à tout recours, devant quelque juridiction que ce soit* » (Droit administratif, n°84) et celle qu'en donne G. RAVARANI, ib. (p. 59) : « *actes politiques accomplis par les pouvoirs publics dans les cas où ils ont besoin de toute leur liberté et ne pourraient, sans inconvénient grave, être soumis à un contrôle juridictionnel* » (p. 105, n°126, l'auteur renvoie à l'arrêt du Conseil d'Etat luxembourgeois du 26 avril 1933, Pas. 13, 168).

¹⁰⁷⁷Ibidem.

¹⁰⁷⁸P. LEWALLE, Contentieux administratif (belge), Larcier, Bruxelles, 2e édition 2004, p. 299 et s., n°244 et s.

¹⁰⁷⁹B. DUBUISSON, La responsabilité civile du pouvoir judiciaire : l'expérience belge, Etudes offertes à G. VINEY, Liber amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 355-375.

pouvoirs implique la compétence exclusive de la juridiction administrative pour connaître de l'annulation ou de la réformation des actes administratifs¹⁰⁸⁰. *A contrario*, le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposerait pas à ce que les juridictions judiciaires connaissent des litiges relatifs à la responsabilité de l'administration. D'ailleurs, la loi du 31 décembre 1957 qui attribue compétence au juge judiciaire « *pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque* » a déjà posé un premier jalon en ce sens.

La question est alors de savoir si aujourd'hui les règles qui constituent le droit de la responsabilité publique sont suffisamment proches des règles de droit commun pour s'y assimiler.

SECTION 2 DES CONDITIONS DE MISE EN JEU SIMILAIRES

511 Deux conditions de mise en jeu doivent être spécialement évoquées : le fait de rattachement (§.1) et l'illicéité (§.2). Les notions de dommage et de causalité ne présentent pas de spécificité telle qu'il soit nécessaire de les envisager.

§.1 FAITS DE RATTACHEMENT

512 En droit suisse, l'article 146 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 dispose que « *La Confédération répond des dommages causés sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions* ». L'article 11 de la LRCF dispose que « *Dans la mesure où la Confédération agit comme sujet de droit privé, sa responsabilité est régie par les dispositions de ce droit* ». En revanche, lorsqu'elle agit dans ses prérogatives de puissance publique, sa responsabilité est régie par le droit public fédéral. Lorsque le dommage a pour cause un acte de droit public, la réparation est fondée et déterminée par les règles de droit public. Par acte de droit public, le Tribunal fédéral vise l'acte qui manifeste l'exercice de la puissance publique.

513 Différents fait de rattachement peuvent être envisagés. Une notion spécifique au

¹⁰⁸⁰DC n°86-224, 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence : « *Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* ».

droit suisse, la responsabilité du fait de l'organisation, semble se rapprocher de la responsabilité du service en droit français (A). Plus caractéristique encore du droit public, la responsabilité sans faute doit être évoquée (B).

A Organisation et service

514 Le projet de réforme prévoit une clause générale de responsabilité du fait de l'auxiliaire en entreprise. Selon l'article 49a AP, 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. Cette disposition institue une responsabilité du fait de l'organisation dans les entreprises, qui est plus rigoureuse que la responsabilité pour les auxiliaires prévue par la clause générale de l'article 49 AP.

515 Comme le droit suisse a tendance à soumettre la responsabilité publique aux mêmes normes que la responsabilité privée, la responsabilité du fait de l'organisation s'appliquerait également aux personnes publiques. Dès lors, il convient d'envisager brièvement le fait de rattachement de la responsabilité du fait du service en droit français.

516 Après avoir admis la responsabilité des fonctionnaires de leur fait personnel, la jurisprudence va poser le principe de la responsabilité de l'administration pour les fautes de service. La faute de service est décrite par un auteur dans les termes suivants : « *la faute de service est un manquement aux obligations du service, c'est-à-dire une défaillance dans le fonctionnement normal du service, incombant à un ou plusieurs agents de l'administration, mais non imputables à eux personnellement* »¹⁰⁸¹. Comme la responsabilité du fait de l'organisation, il s'agit de définir le fonctionnement normal et le résultat qui en aurait découlé comme référence pour retenir un dysfonctionnement si l'activité des fonctionnaires n'a pas été celle qui aurait dû normalement être menée.

517 Compte tenu des difficultés de répartition des pouvoirs entre cantons et fédération, les auteurs du projet de réforme suisse ne pouvaient envisager d'étendre la responsabilité du fait de l'organisation à la responsabilité publique. Toutefois, rien n'empêche les cantons, dans le cadre des lois sur la responsabilité publique, d'adopter expressément la réglementation de la responsabilité du fait de l'organisation. Ce serait un pas supplémentaire dans la voie de l'unification et de l'harmonisation du droit de la responsabilité civile.

¹⁰⁸¹J. WALINE, Droit administratif, 22e éd. Dalloz, Paris, 2008, p. 462 et s.

518 Le droit public a été le terrain d'éclosion de la responsabilité du fait d'autrui. Les personnes morales ont dû répondre de plein droit des actes de leur agent bien avant que le juge judiciaire ne donne à l'article 1384 alinéa 5 du Code civil le régime strict qui est le sien aujourd'hui. Comme en droit privé, la responsabilité du fait d'autrui dont il s'agit n'est pas celle de la personne morale répondant de son fait personnel concrétisé par les décisions fautives de ses représentants. Comme en droit privé, la personne publique est responsable parce qu'elle a un pouvoir de commandement et de surveillance sur son employé¹⁰⁸².

519 La faute est ici celle de l'administration, non celle du fonctionnaire. En droit français, on désigne ce fait de rattachement par le terme de faute de service, c'est-à-dire celle qui résulte d'un manquement aux obligations du service, à une défaillance dans le fonctionnement normal du service, sans qu'il soit besoin d'établir la faute personnelle des agents de l'administration. Outre la responsabilité pour sa faute, il a assez vite fallu que l'administration réponde du fait de ses agents, même non fautifs, parce qu'il était inéquitable de laisser la victime supporter seule la charge du dommage.

520 Celui qui tente de présenter le droit positif suisse se heurte actuellement à deux difficultés : d'abord la responsabilité des personnes publiques est régie par le droit public cantonal de chaque canton, ensuite, il semble que la notion d'illicéité sert de filtre là où en droit français le juriste recourt à la notion de faute de service. Ainsi, dans certains cantons, la responsabilité de l'Etat est prévue par la Constitution¹⁰⁸³, tandis que dans d'autres, la loi ou le règlement en fixe le principe et les modalités.

521 L'administration répond, comme le chef d'entreprise, des dommages causés par ses employés. Dès 1873, il est admis que seule la faute personnelle du fonctionnaire peut donner lieu à des poursuites contre lui devant les tribunaux judiciaires, tandis que la faute de service ne peut engager que la responsabilité de l'administration, dans le cadre d'une action portée devant la juridiction administrative¹⁰⁸⁴. En revanche, la faute de service, c'est-à-dire celle commise par le fonctionnaire dans le cadre de sa fonction engage la responsabilité de l'administration elle-même. Comme en droit civil, le coresponsable qui a indemnisé la victime peut engager une action récursoire contre les autres coresponsables pour leur faire supporter leur part de la réparation.

522 En droit suisse positif, l'article 61 COS dispose que « *La législation fédérale ou cantonale*

¹⁰⁸²V. supra, p. 88 et s.

¹⁰⁸³Par ex. article 70, constitution d'Appenzell intérieur, article 71 de la constitution de Berne,

¹⁰⁸⁴TC, 30 juillet 1873, Pelletier.

peut déroger aux dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge ». Sur la base de ce texte, la Confédération a adopté la LRCF¹⁰⁸⁵ et la plupart des cantons ont adopté des lois régissant la responsabilité publique du fait de leurs agents. L'article 61 alinéa 2 interdit aux cantons de déroger au droit commun pour les actes des agents dans le cadre de l'exercice d'une industrie. En revanche, la LRCF prévoit dans son article 11 que lorsque l'agent fautif agit comme sujet de droit privé, la victime ne peut agir contre lui mais seulement contre la confédération elle-même, dont la responsabilité est alors soumise au droit privé.

523 S'agissant par exemple d'allégation de harcèlement moral par un supérieur hiérarchique, la responsabilité du canton sera engagée sur le fondement, non de l'article 61 du COS, mais sur celui de la loi vaudoise du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'État, des communes et de leurs agents¹⁰⁸⁶.

524 Ces lois spéciales par rapport au droit commun des articles 41 et s. édictent une responsabilité objective¹⁰⁸⁷. L'article 3 al. 1 LRCF prévoit que les personnes publiques répondent du préjudice causé par leur agent d'une manière illicite à autrui dans l'exercice de leurs fonctions. L'agent agit dans le cadre de ses fonctions lorsqu'il se cantonne dans le cadre de ses attributions telles qu'elles résultent des prescriptions légales et administratives et par son cahier des charges. Selon le Tribunal fédéral, « même si l'agent s'écarte de ses attributions, il sera également censé avoir agi dans l'exercice de sa fonction si des tiers peuvent raisonnablement penser que les actes en cause sont accomplis dans le cadre des tâches que l'État lui confie »¹⁰⁸⁸.

525 Mais lorsque l'agent agit hors de ses fonctions, la responsabilité de la personne publique ne peut être engagée. C'est le cas « si l'agent sort manifestement des limites de ses attributions, soit en agissant hors du service en tant que personne privée, soit en se livrant pendant son service à des actes qui n'ont rien à voir avec ses occupations officielles, il ne s'acquitte pas de ses fonctions ni n'est présumé s'en acquitter »¹⁰⁸⁹.

526 Le droit commun a une vocation supplétive. Ainsi, l'exigence d'une faute

¹⁰⁸⁵RS 170.32.

¹⁰⁸⁶TF. 12 septembre 2000, n°2C.1/1999 : le demandeur, lui-même fonctionnaire, prétendait que son statut conduisait à retenir les règles de la responsabilité contractuelle, dont le délai de prescription de dix ans était plus avantageux que celui de un an prévu par l'article 7 de la loi vaudoise.

¹⁰⁸⁷Par ex. l'article 3 al. 1er de la LRCF et l'article 4 de la loi sur la responsabilité du Canton de Vaud exigent un acte objectivement illicite (et non une faute de l'agent), un dommage et un lien de causalité (v. TF du 27 novembre 2001, n°4C.229/2000), de même l'article 16.1 de la loi fribourgeoise du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (Lresp/FR).

¹⁰⁸⁸TF. 2e cour publique, 12 juillet 2001, n°2P.40/2001, cons. 4aa

¹⁰⁸⁹ib.

aquillienne est écartée au profit d'un manquement à un devoir général, résultant du droit privé comme du droit public¹⁰⁹⁰. En revanche, la condition d'illicéité est la même qu'en droit commun.

527 La prescription de créance de droit public ne doit pas être examinée d'office lorsqu'elle joue au détriment du citoyen qui actionne l'État¹⁰⁹¹. La responsabilité de l'État interdit l'action de la victime contre le fonctionnaire.

528 La responsabilité de l'État du fait de ses agents ressemble à la responsabilité du fait de l'organisation que le projet de réforme suisse propose d'introduire en droit privé afin de permettre l'indemnisation des victimes de dommages causés par l'activité d'une entreprise au sein de laquelle il n'est pas possible de désigner un responsable.

B La responsabilité sans faute

529 Alors que le droit suisse est légaliste, le droit français est jurisprudentiel, et les juridictions administratives ont usé de l'affirmation de la spécificité de la responsabilité des personnes publiques par rapport aux règles du code civil pour créer une responsabilité sans faute. Par ce qu'un auteur qualifie de « véritable retournement du raisonnement de l'arrêt Blanco »¹⁰⁹², le juge administratif a pu élaborer une doctrine de la responsabilité publique en avance sur les évolutions du droit civil limité par la codification de la responsabilité pour faute. On a pu discuter sur le fondement de cette responsabilité sans faute des personnes publiques, proposant le risque, dont il est évident qu'il est inhérent à la réalisation de tout dommage, et ne peut donc servir pour décrire l'idée sous-jacente de la responsabilité sans faute.

530 En droit suisse, lorsque la personne publique est recherchée sur le fondement du droit commun, à savoir sa faute ou celle de son agent, les règles applicables sont celles de la LRCF ou de son équivalent cantonal, un droit commun écarte l'autre en quelque sorte. En revanche, lorsque la responsabilité de la personne publique est recherchée sur le fondement d'une responsabilité causale, celle-ci s'applique parce qu'elle constitue une *lex specialis*. Ainsi, la responsabilité du fait des animaux prévue par l'article 56 COS est applicable aux personnes publiques¹⁰⁹³.

531 En droit français, la responsabilité sans faute a longtemps été la caractéristique du

¹⁰⁹⁰ ATF 116 Ia 162 cons. 2c.

¹⁰⁹¹ ATF 111 Ib 269 cons. 3a.

¹⁰⁹² J. WALINE, L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, op. cit., (p. 76), spéc. p. 469 et s.

¹⁰⁹³ ATF 115 II 237, p. 242, cons. 2.

droit administratif par rapport au droit civil qui ne connaissait que la responsabilité pour faute. Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles l'État agit normalement dans le cadre de ses attributions mais il en résulte un préjudice qu'il serait injuste de faire supporter à la seule victime (ex. la responsabilité du fait des travaux publics, la responsabilité du fait des lois, choses dangereuses, activités dangereuses). Ainsi, l'État répond des dommages causés par les mineurs placés auprès de personnes publiques.

532 En droit français, la responsabilité du fait des lois résulte de la jurisprudence du Conseil d'État. Aujourd'hui, il semble qu'elle puisse se résumer à deux types d'hypothèses : lorsque la loi viole une norme conventionnelle ou lorsque la loi cause un dommage qui rompt l'égalité devant les charges publiques, l'État est obligé de réparer le préjudice qui en résulte.

533 S'agissant de la responsabilité en raison d'une rupture d'égalité devant les charges publiques dont le principe a été admis par le Conseil d'État le 14 janvier 1938¹⁰⁹⁴, elle ne peut être engagée que si le législateur n'a pas expressément exclu la possibilité d'une indemnisation, et seulement si le préjudice revêt un caractère grave et spécial. Récemment, le Conseil d'État a admis la responsabilité de l'État du fait de l'adoption d'une loi en contradiction avec les exigences de la CEDH.

534 Un seul exemple sera ici donné pour montrer l'évolution du droit français : la responsabilité publique du fait des mineurs sous main de justice. Les dommages résultant de mineurs pris en charge par l'Administration, qu'ils soient délinquants ou au contraire victimes, relève de la responsabilité de la puissance publique, même si celle-ci les a confiés à des personnes privées. Le Conseil d'État a précédé la Cour de cassation en reconnaissant la responsabilité sans faute de l'administration pour les dommages causés par les mineurs dont elle a la charge, à quelque titre que ce soit. En effet, dans un premier temps, le juge administratif a distingué et retenu tantôt une responsabilité sans faute (mineurs délinquants), tantôt une responsabilité pour faute prouvée (mineurs placés dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative¹⁰⁹⁵), tantôt une responsabilité pour faute présumée (pupille de l'assistance publique¹⁰⁹⁶). La responsabilité sans faute de l'administration a d'abord été retenue pour le fait de mineurs délinquants placés en application de l'ordonnance de 1945 et bénéficiant de méthodes libérales de traitement¹⁰⁹⁷. La responsabilité de l'État a également pu

¹⁰⁹⁴CE, 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », Lebon p. 25.

¹⁰⁹⁵D. ARTUS, Le mineur placé en application des articles 375 et s. du Code civil et le contentieux de la responsabilité devant le juge administratif, D. 2001, p. 18 et s.

¹⁰⁹⁶CE, 19 octobre 1990, INGREMEAU, Lebon p. 284.

¹⁰⁹⁷CE, 3 février 1956, THOUZELLIER, Lebon p. 49.

être engagée sans faute pour les dommages causés par des enfants placés auprès de d'institutions privées¹⁰⁹⁸. Il est ensuite précisé par un arrêt du 12 novembre 1975¹⁰⁹⁹ qu'il n'y avait pas lieu de distinguer selon que l'établissement d'accueil du mineur est géré par une collectivité publique ou par l'État. L'arrêt de section du 5 décembre 1997¹¹⁰⁰ étend la solution aux cas où l'enfant a été confié à une « *personne digne de confiance* ».

535 Par un arrêt du 1er février 2006, le Conseil d'État réaffirme que la responsabilité à raison des dommages causés par un mineur placé est fondé sur le risque. Cette responsabilité se cumule avec celle de l'association, personne privée à laquelle le mineur est confié, la victime devant agir devant le juge administratif pour engager la responsabilité de l'Etat et devant le juge judiciaire pour engager la responsabilité de l'association. Le fondement du risque a été critiqué, notamment par le commissaire du gouvernement, Monsieur Guyomar, qui proposait de le remplacer par la garde : le recours au fondement du risque se justifiait lorsque les mesures d'assistance éducative étaient l'exception et les mesures répressives le principe. Aujourd'hui la situation s'est inversée.

536 Le cumul d'indemnités est bien évidemment exclu, et l'État a vocation à supporter la charge définitive du dommage, sous réserve cependant d'une répartition entre l'État et l'assureur de l'association, puisque celui-ci a vocation en principe à supporter le risque assuré. Le commissaire du Gouvernement a d'ailleurs remarqué que l'absence de cohérence entre les instances judiciaire et administrative aboutissait à retenir la responsabilité de l'État pour un risque qui avait été couvert par une assurance, laquelle était d'ailleurs obligatoire pour que les associations puissent obtenir l'agrément leur permettant d'exercer leur activité.

537 Rapporté au projet de réforme suisse, une responsabilité pour risque à raison d'une activité dangereuse soumise à déclaration et assortie d'une obligation d'assurance recouvre l'hypothèse de la responsabilité des associations du fait des mineurs placés et subséquemment la responsabilité de l'Etat. L'introduction de la clause de responsabilité pour risque permettrait d'unifier le droit de la responsabilité civile puisque l'association comme l'État seraient responsables selon les mêmes règles pour le même dommage, et éventuellement devant le même juge ce qui diminuerait un contentieux artificiel. Cela permettrait également à l'État de faire peser le coût de la réparation sur l'assureur et non plus sur la collectivité.

¹⁰⁹⁸CE, Section, 19 décembre 1969, Etablissements Delannoy, Lebon p. 595.

¹⁰⁹⁹CE, 12 novembre 1975, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Sieur Schmitt, Lebon p. 562.

¹¹⁰⁰CE, section, 5 décembre 1997, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Pelle, Lebon p. 481.

§.2 L'ILLICÉITÉ

538 En droit suisse, la responsabilité publique ne peut être engagée que si l'acte dommageable est illicite. La notion d'illicéité est la même en droit public et en droit privé, le Tribunal fédéral appliquant également la même notion lorsqu'il applique des normes de responsabilité cantonales, qui d'ailleurs renvoient souvent expressément pour le surplus aux règles des articles 41 COS et s. La condition d'illicéité a pour fonction de maintenir la responsabilité civile dans des limites raisonnables afin de ne pas entraver toute action au sein de la société¹¹⁰¹. L'illicéité peut résulter de l'atteinte à un droit absolu¹¹⁰². Elle peut également résulter d'une perte économique découlant d'une atteinte à un intérêt qu'une norme spéciale a justement eu pour objet de protéger. La condition d'illicéité existe déjà en droit positif suisse (A) et le projet de réforme la consacre en tant que condition générale de la responsabilité civile (B).

A Le droit positif suisse

539 En matière de responsabilité publique, la norme de protection va notamment résulter des obligations de service du fonctionnaire (« *Amtspflicht* »). L'illicéité peut disparaître en présence d'un fait justificatif, notamment, s'agissant des actes de personnes publiques ou de leurs agents, du fait de l'exercice autorisé de la force publique¹¹⁰³. Enfin, certaines normes spéciales prévoient une responsabilité du fait d'activités licites.

540 Lorsque le dommage ne résulte pas d'une atteinte à un droit absolu, la responsabilité civile et donc l'obligation de réparer qui en découle n'est susceptible d'être mise en jeu que si la personne publique ou l'agent a violé une norme qui lui prescrivait de ne pas se comporter ainsi dans le but d'éviter la réalisation d'un tel événement. À défaut, la personne lésée doit supporter elle-même la charge du dommage. Comme le relève un auteur, « *lorsqu'un dommage purement patrimonial est causé par un comportement socialement adéquat, il s'agit d'une malchance et non d'une injustice* »¹¹⁰⁴.

541 La responsabilité publique en droit suisse peut être engagée en raison d'actes licites par exception, c'est-à-dire lorsqu'une norme spéciale le prévoit. Mais il ne s'agit en aucun cas d'un principe général, comme le relève le Tribunal fédéral, « *Une responsabilité pour acte licite n'a pas été admise jusqu'à présent, sauf lorsqu'une norme spéciale établit une telle obligation de*

¹¹⁰¹La notion d'illicéité en général a été développée supra, p. 215 et s., §. 433 et s.

¹¹⁰²Sur cette notion, v. supra, p. 220, §. 438

¹¹⁰³V. supra, L'exercice autorisé de la force publique, p. 232 et s., §. 455.

¹¹⁰⁴A. GUCKELBERGER, Die Staatshaftung in der Schweiz, Recht 2008/5, p. 175 et s. spéc. p. 180 : « *Wird ein Vermögensschaden durch ein sozialadäquates Verhalten herbeigeführt, stelle dies ein Unglück dar, jedoch kein Unrecht* ».

réparation »¹¹⁰⁵. Ainsi, en droit suisse, une loi fédérale institue une disposition générale de responsabilité pour les lésions post vaccinales¹¹⁰⁶ : l'article 23 al. 3 LEp dispose que « les cantons accordent une indemnité pour les lésions post vaccinales survenues à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par les autorités, si ce risque n'est pas couvert autrement »¹¹⁰⁷.

B Les projets de réforme

542 Le projet de réforme suisse envisage la responsabilité publique parce qu'il est déjà acquis en droit suisse que le droit privé joue le rôle de droit supplétif. Il n'en va pas de même en droit français, malheureusement, et si le droit public français souffre de nombre de défauts, il ne présente pas celui du morcellement entre droit cantonal, droit fédéral et droit privé supplétif qui caractérise le droit suisse.

543 L'introduction d'une responsabilité pour fait licite à la charge des collectivités publiques a été écartée par les auteurs du projet de réforme suisse. Comme l'indiquent les auteurs du projet de réforme, il se serait agi d'instituer à la charge des collectivités publiques une obligation de réparer les dommages causés dans l'exercice licite de la puissance publique. Cette responsabilité des collectivités publiques du fait d'acte licite existe dans certains droits cantonaux et à propos de certains actes déterminés, mais ni la jurisprudence, ni semble-t-il la doctrine n'ont procédé à une systématisation de ce corps de règles.

Le rejet d'une responsabilité publique du fait des préjudices causés dans le cadre d'une activité licite n'est pas dû à une opposition théorique, mais aux difficultés pratiques auxquelles se seraient heurté le projet de réforme dans la mesure où l'Etat fédéral aurait dû recueillir l'accord des cantons¹¹⁰⁸. Le projet de réforme eût cependant été plus cohérent en imposant cette unification car la responsabilité publique aurait été ainsi harmonisée avec les principes qui existent déjà en droit privé, où l'article 52 COS alinéa 2 dispose : « Le juge détermine équitablement le montant de la réparation due par celui qui porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou pour préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent »¹¹⁰⁹. Si l'ordre de la loi interdit de

¹¹⁰⁵ATF 118 Ib 473, cons. 6, p. 481-482 : « Eine Ersatzpflicht für rechtmässiges Handeln wurde bisher, soweit keine Sondernorm für eine solche Haftung besteht, nicht anerkannt. Sie käme auch, wenn überhaupt, höchstens in Frage bei behördlichen Eingriffen in geschützte Rechtsgüter der Privaten ». En l'espèce, la responsabilité de la Confédération était recherchée pour les informations données par les autorités fédérales au sujet d'une épidémie de listériose due à la consommation de fromages ayant causé une perte économique aux producteurs de fromages.

¹¹⁰⁶Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi fédérale sur les épidémies, LEp) du 18 décembre 1970, RS. 818. 101.

¹¹⁰⁷Pour un exemple d'application, v. par ex. ATF 129 II 353.

¹¹⁰⁸Nous reviendrons sur la question de la responsabilité publique comme privée en raison de fait licite dans le cadre de l'étude du régime de la responsabilité publique, supra p. 257 et s., §. 488 et s.

¹¹⁰⁹Cf. supra p. 231 et s. Les faits justificatifs, spécialement L'exercice autorisé de la force publique et L'état de nécessité.

retenir l'illicéité de l'acte, comme par exemple dans le cas de vaccination obligatoire entraînant des séquelles, il y a une distorsion avec l'acte des particuliers ayant agi sous l'empire de la nécessité et dont l'excuse de nécessité serait recevable. Dans le premier cas, la réparation est exclue tandis qu'elle est possible sous le contrôle du juge dans le second cas. Le fait que les collectivités publiques obéissent à des motivations différentes n'est pas forcément pertinent puisque la personne agissant par nécessité cause le dommage pour protéger la personne ou les biens d'autrui d'un dommage encore plus grand ; les collectivités publiques agissent dans l'intérêt public, et sont susceptibles de causer un dommage à un particulier dans le but d'éviter un dommage encore plus grand à l'ensemble de la collectivité. Si l'idée d'une responsabilité des personnes publiques pour acte licite avait été retenue, il se serait agi d'une responsabilité en équité, sous le contrôle du juge qui aurait opéré la pesée des intérêts publics comme privés pour décider si l'octroi d'une compensation est ou non justifiée.

544 En droit français, le refus d'admettre dans le droit commun de la responsabilité un régime de responsabilité sans faute interdisait jusqu'à présent le rattachement de la responsabilité publique au droit commun. Toutefois le législateur a opéré un mouvement en ce sens en posant certaines dérogations comme la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Cette loi crée un système d'indemnisation et de responsabilité à cheval entre le droit privé et le droit public. Ainsi, le délai de prescription de l'action en responsabilité, de quatre ans selon le droit administratif, est porté à dix ans, délai identique à celui que posait à l'époque l'article 2270-1 en matière de responsabilité délictuelle.

545 À partir du moment où un régime de responsabilité sans faute est prévu par le droit commun, il n'y a plus de raison de maintenir deux corps de règles différents. Un autre argument en faveur de l'extension des règles générales de la responsabilité civile à la responsabilité publique est la possibilité d'agir en réparation du préjudice environnemental¹¹¹⁰.

546 Actuellement, le critère de délimitation entre responsabilité publique et responsabilité civile résulte de la nature de l'activité à l'origine du dommage. Cette distinction tend toutefois à s'effacer devant les nouvelles questions que sont la protection de l'environnement ou les dommages résultant de produits chimiques, ou encore les dommages résultant de l'activité médicale. La responsabilité médicale est aujourd'hui soumise en France à un régime particulier qui ne distingue plus selon que la personne responsable est privée ou publique.

¹¹¹⁰REAP p. 25.

547 Le droit français présente la séparation des ordres de juridiction administratif et judiciaire comme une application du principe de la séparation des pouvoirs. Il n'en est rien, c'est simplement la pratique française, comme le montre d'ailleurs la pratique suisse dont le Tribunal fédéral juge tant les litiges privés que les litiges de droit public. D'ailleurs, le législateur français a pu confier au juge judiciaire des litiges qui intéressaient l'administration tel le contentieux fiscal. On peut aussi imaginer que le juge administratif conserve compétence pour juger la responsabilité de l'administration mais applique le droit commun de la responsabilité civile.

548 La Suisse a récemment décidé de créer un Tribunal fédéral administratif dans le cadre de la réforme des institutions entreprise à l'issue de la réforme constitutionnelle de 2000. Dans le cadre du mouvement de réforme de l'organisation judiciaire suisse, le tribunal administratif fédéral a été créé par la loi du 17 juin 2005¹¹¹¹.

549 S'agissant spécifiquement de la question de la responsabilité civile des personnes publiques, une unification des règles régissant la réparation des dommages est possible, partant, elle est souhaitable dans un objectif de lisibilité du droit et d'accessibilité des règles pour le praticien comme pour le justiciable. Ce constat n'est pas nouveau. Un auteur a déjà indiqué que l'harmonie existant entre les solutions retenues par les juridictions judiciaire et administrative interdisait de considérer encore l'autonomie de la responsabilité publique comme un principe de droit positif¹¹¹². Une simplification envisageable du droit de la responsabilité serait d'aligner dans la mesure du possible le droit public et le droit privé de la responsabilité.

L'examen du régime de la responsabilité civile contractuelle est une autre occasion de constater que le projet de réforme suisse, et avant lui droit positif, sont pour le juriste français une autre occasion de remettre en question les distinctions classiques de son droit national.

¹¹¹¹Loi sur le tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005, RS. 173.32.

¹¹¹²R. CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, op. cit. (p. 258), p. 557 : « l'affirmation de l'autonomie, entendue comme une originalité fondamentale, ou même seulement très poussée, de la responsabilité des collectivités publiques par rapport à celles des personnes privées ne peut donc être retenue comme l'expression du droit positif : non seulement la responsabilité des collectivités publiques est engagée aussi souvent devant la juridiction judiciaire que devant la juridiction administrative, et par suite aussi souvent en application des règles de la responsabilité privée qu'en application de celles de la responsabilité publique, mais encore ces règles, qui sont appliquées par la juridiction administrative, sont extrêmement proches de celles qu'applique la juridiction administrative ».

CHAPITRE 2 LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

550 Sommairement, la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle correspond à la distinction entre les sources d'obligations : les conventions, d'une part, les faits, d'autre part. En droit français, les règles générales de deux régimes de responsabilité s'opposent à tous les régimes spéciaux de responsabilité qui existent. Les deux régimes ont donc en commun leur qualité de droit résiduel : les règles qui les composent laissent place au droit spécial, qu'elles complètent en cas de lacune de celui-ci.

Certains auteurs français contestent l'existence même d'une responsabilité contractuelle et ne voient, dans les dommages-intérêts qui résultent d'une inexécution contractuelle, qu'une exécution par équivalent¹¹¹³.

S'il est vrai que la responsabilité contractuelle est limitée en droit français au dommage prévisible, c'est par une construction récente, visant à préserver les prévisions des parties et donc à promouvoir la liberté individuelle. Cela ne signifie pas qu'il faut refuser absolument l'indemnisation des autres préjudices résultant du manquement contractuel, dès lors qu'ils s'y rattachent par un lien de causalité suffisant. D'ailleurs la jurisprudence ne s'interdit pas d'écarter cette limite lorsqu'elle constate l'existence d'une faute lourde.

551 En droit suisse, le régime contractuel est lui-même conçu comme une réglementation spéciale, que le régime délictuel a vocation à compléter. La responsabilité contractuelle est considérée comme un régime particulier de responsabilité civile (au sein duquel figurent les sous-ensembles constitués par les régimes spéciaux de responsabilité contractuelle), le régime général étant constitué par les règles de la responsabilité civile délictuelle¹¹¹⁴. Cette conception s'appuie sur un argument de hiérarchie des textes et de technique législative : la responsabilité contractuelle est régie par les articles 97 et s. du COS tandis que la responsabilité civile délictuelle est réglée par les articles 41 et s. du COS. En outre, l'article 99 alinéa 3 du COS renvoie expressément aux textes des articles 41 et s. pour déterminer « les effets de la faute contractuelle »¹¹¹⁵.

¹¹¹³Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 258 et s., n°801 et s., Ph. REMY, La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept, RTDciv. 1997, p. 323, opinion partagée par L. MAYAUX, Naissance d'un enfant handicapé : la Cour de cassation au péril de la causalité, op. cit. (p. 183), spéc. p. 16.

¹¹¹⁴P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), n°1078, p. 215.

¹¹¹⁵Art. 99 COS : « 1 En général, le débiteur répond de toute faute.

2 Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire ; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.

3 Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute

552 Le projet de réforme suisse propose d'étendre les règles de la responsabilité civile délictuelle à une partie de ce qui relève actuellement de la responsabilité civile contractuelle. Nous présenterons d'abord le droit positif des deux législations suisse et française (Section 1), pour examiner ensuite dans quelle mesure les propositions de réforme suisse peuvent intéresser les juristes français (Section 2). Comme en matière délictuelle, il ne s'agit ici que de présenter les règles générales, non toutes les hypothèses de responsabilités contractuelles particulières.

SECTION 1 LE DROIT POSITIF

553 La responsabilité contractuelle est l'ensemble des règles qui régissent l'obligation de réparer le dommage causé à son cocontractant par le débiteur du fait de la violation de l'une de ses obligations contractuelles¹¹¹⁶. À ce titre, la responsabilité contractuelle est un moyen parmi d'autres pour le créancier de réaliser les droits qu'il tient du contrat¹¹¹⁷. Deux groupes de questions sont à distinguer : d'une part les différences de régime entre l'une et l'autre responsabilité (§.1), d'autre part les « *interférences* » entre elles (§.2)¹¹¹⁸.

§.1 DIFFÉRENCES DE RÉGIME

554 Droit suisse comme droit français prévoient des règles particulières en matière de responsabilité contractuelle. Cependant, ces règles particulières ne sont pas toujours les mêmes en droit français et en droit suisse. L'action en responsabilité civile contractuelle connaît un délai de prescription différent (A), elle résulte d'un fait de rattachement différent (B), le préjudice réparable n'est pas forcément le même qu'en matière de responsabilité civile délictuelle (C) et enfin, les clauses relatives à la responsabilité ont des effets différents (D).

contractuelle ».

Cette disposition a posé un problème d'interprétation quant à l'étendue du renvoi, notamment sur le point de savoir si les règles de prescription délictuelle devaient être appliquées. Pour un exemple d'application conjuguée des deux séries de dispositions, voir ATF 80 II 256 et s. Un employé blessé peut agir en réparation de son tort moral (par analogie avec la responsabilité délictuelle) mais la prescription applicable à son action est celle de l'article 127 COS puisque *« C'est en qualité de partie au contrat de travail que l'employeur est tenu, envers son ouvrier d'écarter les risques de l'exploitation »*.

¹¹¹⁶Pour le droit français, G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, op. cit. (p. 32), p. 807. Pour le droit suisse, P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 215.

¹¹¹⁷Cf. D. TALLON, L'inexécution du contrat, pour une autre présentation, RTDciv. 1994, p. 223 et s., spéc. n°7. C'est également la présentation adoptée par le professeur P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 233 et s. : la responsabilité contractuelle figure dans le chapitre relatif à l'inexécution des obligations comme l'un des trois types de mesures légales au côté de l'exécution forcée et de la mise en demeure du débiteur.

¹¹¹⁸Expression empruntée au manuel des professeurs Ph. MALAURIE & L. AYNÈS, Les obligations, 10e éd. 1999, CUJAS, Paris, n°870, p. 519.

A La prescription

555 En droit suisse, l'action en responsabilité contractuelle se prescrit exclusivement par dix ans, délai prévu par l'article 127 COS, à compter de l'exigibilité de la créance selon l'article 130 alinéa premier du COS. Le point de départ de l'action en responsabilité contractuelle est le moment de la violation du contrat ayant causé le dommage et ce délai court indépendamment de la connaissance du dommage par la victime¹¹¹⁹. Les actions en responsabilité délictuelle se prescrivent selon les règles de l'article 60 COS : un délai objectif de dix ans court à compter du fait générateur du dommage, tandis qu'un délai subjectif d'un an court à compter de la connaissance par la victime du dommage et du responsable.

556 Cette règle est aujourd'hui bien établie, mais par le passé, la rédaction française du texte de l'article 99 alinéa 3¹¹²⁰ a engendré une discussion doctrinale : le renvoi ainsi effectué se limitait-il à un renvoi aux règles contenues aux articles 42 à 47 COS ou bien incluait-il également l'article 60 COS relatif à la prescription ? Le Tribunal fédéral, se fondant sur la volonté du législateur telle qu'elle ressortait des travaux préparatoires et de la formulation allemande et italienne du texte de l'article 99 alinéa 3¹¹²¹, a estimé que la prescription des actions contractuelles devait être soumise à l'article 127 COS¹¹²².

557 En droit français, et avant la loi du 17 juin 2008 relative à la réforme de la prescription civile, l'article 2262 CCF édictait une prescription trentenaire, à la fois durée maximum et principe général applicable dès lors que que la loi ou le contrat ne prévoyaient pas de délai plus court. C'était le délai de droit commun en matière contractuelle, mais la multiplication des délais spéciaux avait considérablement réduit son importance pratique. En matière contractuelle comme en matière délictuelle, le point de départ de la prescription était en principe le moment où la victime avait connaissance du dommage¹¹²³. En matière de

¹¹¹⁹ATF 106 II 134, spéc. p. 136, cons. 1 *in fine* : dans le cadre de l'action contractuelle de la salariée exposée à des radiations par la négligence de son employeur, le tribunal retient que « le fait dommageable déterminant le point de départ de la prescription de dix ans selon les articles 60 alinéa 1, 127 et 130 CO est l'atteinte à l'intégrité corporelle, due à l'exposition aux radiations ionisantes, qui a causé une incapacité de travail... ».

¹¹²⁰« Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle ».

¹¹²¹La version allemande procède à un renvoi « aux règles déterminant l'étendue de la responsabilité » : « Im Übrigen finden die Bestimmungen über das Maß der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung ».

¹¹²²REAP p. 62 ; ATF 80 II 256, spéc. p. 258 cons. 4. ATF 87 II 155, spéc. p. 159, cons. 3a : « Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt (Art.127 CO). Diese Norm gilt unter anderem für die aus der Verletzung vertraglicher Pflichten entstehenden Forderungen aus Leistung von Schadenersatz und Genugtuung ».

¹¹²³Une salariée découvre lors de sa demande de retraite que son employeur n'avait pas payé certaines cotisations sociales vingt ou trente ans auparavant, Cass. soc. 26 avril 2006, n°03-47525 : « la prescription d'une action en responsabilité contractuelle ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ».

responsabilité délictuelle, l'article 2270-1 alinéa premier du CCF prévoyait un délai de prescription de dix ans. En revanche, en droit commercial, la prescription décennale s'appliquait aussi bien aux obligations contractuelles que délictuelles¹¹²⁴. Désormais, le délai de droit commun est de cinq ans à compter de la connaissance du droit d'agir en matière de responsabilité contractuelle comme délictuelle, en matière civile comme commerciale¹¹²⁵.

Lorsque l'action en responsabilité contractuelle n'est pas prescrite, elle ne peut être engagée que si un fait de rattachement spécifique est établi : la violation du contrat.

B La violation du contrat

558 La responsabilité contractuelle suppose la violation du contrat, d'une obligation contractuelle, principale ou accessoire, par le débiteur. La violation du contrat peut résulter d'une inexécution totale ou partielle, d'une exécution tardive ou défectueuse. En droit français comme en droit suisse, le créancier doit en principe mettre le débiteur en demeure d'exécuter ses obligations, sauf lorsque l'exécution n'est définitivement plus possible. La mise en demeure n'étant pas abordée par la réforme, il n'en sera pas dit davantage¹¹²⁶. Dire que la responsabilité contractuelle résulte de la violation du contrat implique d'abord qu'un tel contrat existe (1.) et que son contenu ait comporté l'obligation dont l'inexécution est alléguée (2.), ce qui pose la question des conditions auxquelles le débiteur peut s'exonérer de sa responsabilité (3.) et de la charge de la preuve de l'existence de ces différents éléments (4.).

1. Existence d'un contrat entre la victime et l'auteur du dommage

Lorsque le contrat a été conclu, il n'y a pas de difficulté. En revanche lorsque le contrat n'a pas encore été conclu (a) ou qu'il n'a pas été conclu avec les protagonistes qui l'invoquent (b), il faut déterminer la limite de la sphère d'influence contractuelle.

a La responsabilité précontractuelle

559 En droit suisse, la responsabilité précontractuelle peut résulter des conventions précontractuelles dont le régime est réglé par l'article 22 du COS. Il peut également arriver qu'en l'absence d'une telle convention, la responsabilité précontractuelle soit engagée sur le

¹¹²⁴Cass. com. 12 mai 2004, n°02-17735, Bull. IV n°92, p. 95 : « Il résulte de l'article L. 110-4 du Code de commerce que les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non commerçants se prescrivent par dix ans, peu important leur fondement contractuel ou délictuel ».

¹¹²⁵Cf. infra la prescription de l'action en responsabilité civile.

¹¹²⁶La mise en demeure est régie par les articles 102 et s. COS. Voir aussi P. WESSNER, Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, sous la direction de M. FONTAINE & G. VINEY, Bruylant & LGDJ, 2001, p. 891-963, spéc. p. 896 et s., La demeure du débiteur et ses effets. En droit français, voir Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 814 et s. n°815 et s.

fondement de la *culpa in contrahendo*. De même en droit français, si les textes ne prévoient pas expressément le concept de contrat relatif à la négociation, celui-ci constitue un type de contrat *sui generis* dont la violation engage la responsabilité contractuelle.

En droit suisse, les conventions précontractuelles sont régies par l'article 22 alinéa premier du COS : « *L'obligation de passer une convention future peut être assumée contractuellement* ». Il s'agit alors de ce que le droit suisse appelle un précontrat, convention qui est elle-même un contrat dont la violation est susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du débiteur fautif¹¹²⁷. Selon la jurisprudence le précontrat doit contenir tous les éléments essentiels du futur contrat principal. Au minimum, il doit contenir un engagement des parties de conclure le contrat, à défaut, il n'y a pas précontrat au sens du droit suisse¹¹²⁸. La violation d'une promesse de contracter peut être sanctionnée par la condamnation à la conclusion du contrat principal : le jugement tient alors lieu de déclaration de volonté du promettant¹¹²⁹. Le précontrat peut aussi donner lieu à dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle, car il s'agit en réalité d'un contrat. Les parties peuvent aussi conclure un contrat de négociation, afin d'organiser les pourparlers : elles conviennent ainsi des obligations qu'elles s'imposent dans le cadre de la négociation : par ex. clause d'exclusivité ou de confidentialité¹¹³⁰. En droit français, aucun texte ne régit spécifiquement la période de négociation précontractuelle. Les conventions précontractuelles organisant les pourparlers n'engagent la responsabilité contractuelle des parties qu'en cas de violation des obligations qu'elles comportent. En l'absence de toute convention, la responsabilité ne peut être que délictuelle¹¹³¹.

560 En droit suisse, la responsabilité précontractuelle relève de la théorie de la *culpa in contrahendo*¹¹³². La responsabilité découlant d'une *culpa in contrahendo* repose sur l'idée que, pendant les pourparlers contractuels, les parties ont certes la liberté de ne pas conclure mais doivent agir de bonne foi conformément à l'injonction de l'article 2 du Code civil suisse¹¹³³. En effet, l'ouverture des pourparlers crée déjà une relation particulière entre elles et leur impose

¹¹²⁷A *contrario*, dans un arrêt du 21 mars 2006, n°4C.409/2005, le Tribunal fédéral relève que « *la lettre d'intention ne contenait pas l'obligation, pour les parties, de conclure un contrat de leasing et qu'elle ne constituait pas, pour cette raison, un précontrat* ».

¹¹²⁸TF. 21 mars 2006, n°4C.409/2005, précité.

¹¹²⁹ATF 97 II 48.

¹¹³⁰TF. 21 mars 2006, n°4C.409/2005 : les parties se sont engagées, par lettre d'intention, à la constitution de garantie et à la confidentialité, sans s'engager à conclure le contrat. TERCIER, Les obligations, p. 118, n°542.

¹¹³¹L. GAREIL-SUTTER, Période précontractuelle, JCL Contrats Distribution, fasc. 25 (avril 2005). Cass. com. 9 avril 1996, n°94-14649, Bull. n°117, p. 99.

¹¹³²En cas de conclusion d'un contrat valable, la responsabilité précontractuelle est absorbée par la responsabilité contractuelle : P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88) n°584, p. 125.

¹¹³³N. ROUILLER, Devoirs précontractuels (*Culpa in contrahendo*) : l'identification exacte de leur violation et ses conséquences, Bulletin CEDIDAC n°45, octobre 2006.

des devoirs réciproques¹¹³⁴. Le Tribunal fédéral a depuis développé la théorie de la responsabilité fondée sur la confiance dont la *culpa in contrahendo* serait une illustration¹¹³⁵. En présence d'une relation particulière, telle la relation précontractuelle, le comportement des intéressés doit être conforme à ce que l'on peut attendre d'un partenaire de bonne foi conformément à l'article 2 alinéa premier du CCS¹¹³⁶.

561 Le Tribunal fédéral s'est un temps refusé à trancher la question de la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo*, estimant préférable de rechercher la disposition applicable selon le problème posé¹¹³⁷, par exemple, l'article 60 COS pour la prescription¹¹³⁸ et l'article 101 COS pour la responsabilité précontractuelle du fait des auxiliaires¹¹³⁹. Depuis, le Tribunal fédéral a affirmé qu'il s'agissait d'une responsabilité autonome, *sui generis*. Un arrêt du 12 juin 2007 indique que « Depuis un certain temps, le Tribunal fédéral reconnaît la figure juridique de la responsabilité fondée sur la confiance comme fondement autonome de responsabilité »¹¹⁴⁰. Le fait de ne pas rattacher la responsabilité fondée sur la confiance à la responsabilité délictuelle ou à la responsabilité contractuelle permet d'appliquer les règles de l'une ou l'autre selon les besoins de l'espèce. Dans un arrêt du 13 mai 2008, le Tribunal fédéral indique que la *culpa in contrahendo* vise à assurer la sécurité juridique mais que permettre l'application du délai de prescription décennale de l'article 127 COS serait excessif ; par conséquent, l'action en responsabilité fondée sur la confiance se prescrit selon l'article 60 COS¹¹⁴¹.

562 Cette démarche pragmatique rejoint celle des juristes romains. Un auteur indique en effet que ceux-ci avaient eu une « démarche pragmatique » ayant pour effet d'offrir « à la victime

¹¹³⁴ ATF 105 II 75, spéc. p. 79, cons. 2a.

¹¹³⁵ C'est la présentation qui résulte de la décision ATF 121 III 350, spéc. p. 355. Plus récemment, ATF 134 III 390, sépc. cons. 4. 3. 2 : « Die Haftung aus erwecktem Vertrauen ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt. Sie erfasst als Oberbegriff die Haftung aus culpa in contrahendo ».

¹¹³⁶ « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». Le principe de bonne foi est présenté de façon plus détaillé dans le cadre des développements sur la notion d'illicéité.

¹¹³⁷ ATF 108 II 419, spéc. cons. 5 *in fine* p. 422.

¹¹³⁸ ATF 101 II 266, spéc. p. 269 et s., cons. 4c : Le Tribunal fédéral fonde la solution sur les considérations suivantes : « Lorsqu'une partie à des pourparlers engagés en vue de la conclusion d'un contrat commet une culpa in contrahendo, il ne serait pas compatible avec les exigences de la sécurité du droit que la prétention du lésé en réparation du dommage soit soumise à la prescription décennale de l'article 127 CO et que le responsable soit exposé pendant une si longue période à une action en dommages-intérêts. La situation née de la culpa in contrahendo doit être réglée dans un délai convenable. L'application de l'article 60 CO sauvegarde de façon appropriée les intérêts tant du lésé que de l'auteur du préjudice ».

¹¹³⁹ ATF 108 II 419, spéc. cons. 5, *in fine* p. 422 : le tribunal fonde sa solution sur le fait qu'il serait curieux de reconnaître la responsabilité du fait de l'auxiliaire qui a commis le dol entachant le contrat d'un côté, et de l'autre de lui permettre de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant l'absence de faute comme le permet l'article 55 COS.

¹¹⁴⁰ ATF 133 III 449, cons. 4.1, p. 451 : « Das Bundesgericht anerkennt seit einiger Zeit die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung als eigenständige Haftungsgrundlage ».

¹¹⁴¹ ATF 134 III 390.

d'un préjudice l'action du contrat » en présence d'un comportement contraire à la bonne foi, celle-ci étant comprise comme une référence à des standards de comportement objectifs¹¹⁴². À partir des différentes solutions du droit romain, JHERING a fondé les principes de la *Culpa in contrahendo*, en considérant qu'il existait un précontrat et que la responsabilité précontractuelle devait en réalité être contractuelle¹¹⁴³. En droit allemand, la théorie de la *culpa in contrahendo* a été élaborée pour combler la lacune de la loi résultant de l'absence d'une clause générale comparable à l'article 1382¹¹⁴⁴.

563 En droit français, la responsabilité précontractuelle est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle¹¹⁴⁵. La responsabilité est engagée ici aussi, non à raison de la « rupture fautive » mais en raison de la violation d'un devoir précontractuel¹¹⁴⁶. Le préjudice réparable n'est pas limité au dommage prévisible, comme en matière contractuelle. En revanche, le préjudice résultant de la violation des devoirs précontractuels ne comprend que les frais engagés par les parties en vue de la conclusion du contrat (frais de négociation et d'études, frais d'expertises) mais non le bénéfice attendu de la conclusion du contrat, ce qui est logique puisqu'il s'agirait alors d'une responsabilité pour inexécution contractuelle^{1147 1148}.

¹¹⁴²D. DEROUSSIN, *Culpa in contrahendo*. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités, op. cit. (p. 27), spéc. p. 190 à 205.

¹¹⁴³D. DEROUSSIN, *Culpa in contrahendo*. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités, op. cit. (p. 27), spéc. p. 190 à 205 : L'auteur critique l'usage de l'analyse du droit romain utilisée par JHERING pour fonder la nature contractuelle de la *Culpa in contrahendo*. Plus nuancé, N. KUONEN relève dans sa thèse *La responsabilité précontractuelle*, Schulthess, Zurich, 2007, Collection Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg n°260, p. 139 et s., n°545 et s., que « *La question a souvent été débattue de savoir si la culpa in contrahendo existait déjà en droit romain — et JHERING ne l'aurait alors que découverte — ou si elle constitue une véritable invention. Nous donnons raison (et tort) aux deux opinions. Si le principe d'une responsabilité précontractuelle existait en droit romain, il n'avait certainement pas la portée générale que lui reconnaît JHERING... JHERING induit de la pratique la nécessité d'admettre le principe d'une responsabilité in contrahendo dont le champ d'application se trouve élargi. En tirant argument de façon discutable du droit romain, il en affirme ensuite la nature contractuelle...* ».

¹¹⁴⁴B. DE CONINCK, *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*, in *Le processus de formation du contrat*, M. FONTAINE (dir.), Bruylant & LGDJ, Bruxelles & Paris, 2002, p. 17 et s. spécialement p. 54 et s. Dans le même sens, N. KUONEN, op. cit. spéc. p. 143, n°471 et s.

¹¹⁴⁵La Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui refuse d'appliquer la clause attributive de juridiction contenue dans les conditions générales dans le cas d'un refus de vente, fait de nature à engager la responsabilité délictuelle : Cass. com. 9 avril 1996, n°94-14649, Bull. n°117, p. 99.

¹¹⁴⁶Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit. (p. 64), n°844, p. 841 : « *La faute réside dans le comportement déceptif qu'a développé le négociateur (avoir laissé croire jusqu'au bout que le contrat se conclurait, alors qu'il savait qu'il n'en serait rien), et non dans sa décision finale* ». La Cour de cassation, dans un arrêt de la 3e chambre civile du 26 juin 2006, n°04-20040 relève « *qu'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers pré-contractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* ».

¹¹⁴⁷Cass. civ. 3e, 28 juin 2006, n°04-20040, Bull. n°164 p. 136, comm. O. DESHAYES, *Refus de l'indemnisation de la perte de chance de tirer profit du contrat en cas de rupture fautive des pourparlers*, JCP. EG. 2006. II. 10130, p. 1509-1512 ; comm. L. LEVENEUR, *Faute dans l'exercice du droit de rompre : quel est le préjudice réparable ?* Ccc. 2006/11, n°223.

¹¹⁴⁸Un auteur relève que même les frais exposés en vue de la conclusion du contrat ne devraient être considérés comme participant du dommage réparable du fait de la rupture des négociations que dans la mesure où les pourparlers ont été fautivement entamés ou prolongés en l'absence de toute intention sérieuse de contracter : D. MAZEAUD, *Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins...* ? D. 2006 p. 2963 et s.

b Le tiers au contrat

564 Il a été exposé plus haut les règles relatives à la responsabilité du débiteur pour le fait du tiers auquel il aura confié l'exécution du contrat, le préposé n'étant plus alors un véritable tiers, mais un substitut du débiteur¹¹⁴⁹. Cette solution résulte de la jurisprudence en droit français, et du texte même de l'article 101 du COS en droit suisse. Le tiers au contrat est donc celui qui n'a aucun lien avec le débiteur.

565 En droit français, le tiers au contrat peut certes se prévaloir de sa violation pour engager la responsabilité du débiteur. Ce sont alors les règles de la responsabilité délictuelle qui s'appliquent en principe, avec la particularité que le juge doit tenir compte de la portée des obligations contractuelles dont la violation est alléguée. Le droit suisse renvoie aux règles de la responsabilité civile délictuelle pour régir les conséquences de l'inexécution contractuelle¹¹⁵⁰. Le comportement requis des contractants peut servir comme élément pour déterminer la diligence attendue, tant vis-à-vis du cocontractant que vis-à-vis des tiers qui subiraient un dommage en raison du manquement contractuel. La question est alors de déterminer quel était exactement le comportement requis. Un auteur met en parallèle l'arrêt de l'Assemblée plénière et la proposition de la Cour de cassation qui figure dans le rapport annuel 2006 de distinguer les obligations contractuelles dont le cocontractant serait le seul destinataire, de celles dont certains tiers intéressés pourraient se prévaloir et de celles que toute personne pourrait invoquer¹¹⁵¹.

566 En droit français, il a également été récemment affirmé que le tiers au contrat peut invoquer la violation par un cocontractant de ses obligations, cause de son préjudice¹¹⁵².

¹¹⁴⁹V. pour le droit suisse, supra p. 87 et s., et pour le droit français, supra p. 93 et s., §. 147 et s.

¹¹⁵⁰De même, Code civil autrichien, article 1295 : « *Que cette faute consiste en la violation d'un contrat ou n'ait aucun rapport avec un contrat préexistant* »

¹¹⁵¹X. LAGARDE, Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine, JCP. EG. 2008. I. 200, n°43, p. 17-21.

¹¹⁵²Ass. pl. 6 octobre 2006, n°05-13255, Bull. n°9 : « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». F. ASSIE, rapport, RJDA. 2007/1, p. 3 et s. ; F. AUQUE, L'inexécution du bail commercial ne peut nuire au locataire-gérant, JCP. EE. 2007. 1000, n°1, p. 11-13 ; L. BLOCH, Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? RCEA. 2006/11, étude 17 ; S. CARVAL, Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, pourvoi numéro 05-13.255, RDC. 2007, p. 279-286 ; N. DAMAS, Responsabilité du débiteur contractuel envers les tiers, AJDI. 2007, p. 295 ; V. DEPADT-SEBAG, La distinction entre la responsabilité contractuelle et délictuelle : une nouvelle étape, LPA. du 16 mai 2007, n°98, p. 16-21 ; A. GARIAZZO, avis sur Ass. pl. 6 octobre 2006, JCP. 2006. EG. II. 10181, note M. BILLIAU ; P. JOURDAIN, La Cour de cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle, RTDciv. 2007, p. 123 ; C. LACROIX, Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage, LPA. 22 janvier 2007, n°16, p. 16-20 ; L. LEVENEUR, Manquement contractuel et responsabilité à l'égard des tiers, Ccc. 2007/3, comm. 63, p. 11 ; Ph. MALINVAUD, La faute contractuelle est une faute délictuelle à l'égard des tiers qui en subissent un dommage, RDI. 2006, p. 504 ; D. MAZEAUD, Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, pourvoi numéro 05-13.255, RDC. 2007, p. 269-272 ; J. MESTRE & B. FAGES, Le manquement contractuel et les tiers, RTDciv. 2007, p. 115 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, Regards

Cette règle est jurisprudentielle, l'article 1382 ne donnant pas de définition de la faute. En outre, la jurisprudence considère que la simple violation d'une obligation de résultat est constitutive d'une faute délictuelle envers les tiers au contrat, alors même que ce fait relève davantage d'un régime de responsabilité objective que d'un régime de responsabilité pour faute¹¹⁵³.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est récemment prononcée sur la question par un arrêt du 6 octobre 2006 : *« le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »*¹¹⁵⁴. Dans cette affaire, la responsabilité délictuelle du bailleur d'un local commercial est engagée, non par son preneur, mais par le gérant du fonds auquel le preneur a confié l'exploitation. Le bailleur critique la Cour d'appel d'avoir retenu sa responsabilité délictuelle du fait de la violation de ses obligations contractuelles car *« encore faut-il, dans ce cas, que le tiers établisse l'existence d'une faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel »*¹¹⁵⁵. Cette théorie est donc clairement rejetée par l'Assemblée plénière. Cependant, comme le relève le conseiller rapporteur, M. ASSIÉ, cela ne dispense pas le tiers de prouver le dommage et le lien de causalité entre celui-ci et la violation du contrat. Il faut en outre que le juge détermine dans quelle mesure le tiers peut se prévaloir des obligations contractuelles en question. M. ASSIÉ distingue en effet *« les obligations souscrites au profit du seul contractant dont le tiers n'a pas vocation à bénéficier »* des obligations *« qui, en raison de leur objet, dépassent le seul enjeu contractuel et qui, en tant que telles, sont susceptibles d'intéresser tous les tiers dès lors qu'ils ont eu à souffrir de leur transgression »*. Le tiers ne peut souffrir d'une violation d'une obligation de la première catégorie que dans des situations particulières : ainsi la violation par un distributeur des obligations résultant du contrat de distribution constitue un fait de concurrence déloyale à l'égard d'un autre distributeur, qui lui respecte les clauses de son contrat nonobstant les coûts que cela peut représenter ; il est donc fondé à agir en responsabilité délictuelle¹¹⁵⁶. M. ASSIÉ emploie, pour

comparatistes sur la responsabilité du contractant à l'égard d'un tiers, victime de l'inexécution du contrat, RDC. 2007, p. 622-631 ; J.-B. SEUBE, Note sous Cour de cassation, Assemblée Plénière, 6 octobre 2006, pourvoi numéro 05-13.255, RDC. 2007, p. 379-383 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, chron. Responsabilité civile : JCP. 2007. EG. I. 185, n° 4 ; G. VINEY, La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle, D. 2006, p. 2825 ; R. WINTGEN, « Tout fait quelconque... » : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil, RDC. 2007, p. 609-617.

¹¹⁵³Cass. civ. 2e, 25 janvier 2007, n°05-15235.

¹¹⁵⁴Ass. pl. 6 octobre 2006, n°05-13255, précité.

¹¹⁵⁵Cette opinion a été défendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation appuyée par une doctrine majoritaire (v. sur cette question Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 971 et s., n°969 et n°973 et s.), qui a considéré *« Qu'un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution d'un contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui »* (Cass. com., 5 avril 2005, Bull. 2005, IV, n°81).

¹¹⁵⁶Cass. com. 1er juillet 2003, Bull. n°115. RCEA. 2003/10, p. 11, n°251.

désigner le tiers qui se trouve dans cette situation particulière, le terme de « tiers intéressé ».

567 Le droit suisse a en revanche accueilli la théorie allemande de l'effet protecteur du contrat envers les tiers permettant à ceux-ci sous certaines conditions d'engager la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant. L'enjeu de la théorie de l'effet protecteur du contrat envers les tiers était l'application des règles de la responsabilité contractuelle plus avantageuses que celles de la responsabilité délictuelle.¹¹⁵⁷ Sans entrer dans le détail des différences entre responsabilité contractuelle et délictuelle¹¹⁵⁷, disons qu'en droit allemand (avant la réforme) et en droit suisse, la responsabilité contractuelle a un régime plus favorable pour la victime du dommage : la faute est présumée, le délai de prescription est plus long, l'acte est illicite en raison de la violation du contrat sans qu'il soit besoin de prouver l'illicéité de résultat ou de comportement. Au contraire, en droit français, la responsabilité délictuelle est plus avantageuse parce qu'elle ne limite pas la réparation au dommage prévisible, que la victime peut faire jouer les régimes de responsabilité de plein droit telle la responsabilité du fait des choses, sans que les clauses élusives de responsabilité ne puissent leur être opposées. Par conséquent, droit suisse et droit allemand ont eu tendance à placer la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) dans la sphère du contrat, tandis que le droit français la rattachait à la responsabilité délictuelle¹¹⁵⁸. C'est dans cette tendance que s'insère la doctrine allemande de l'effet protecteur du contrat envers les tiers (« *Drittschutzwirkung* » ou « *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* »), à qui elle permet notamment d'éviter de devoir établir l'illicéité résultant de la lésion d'un droit absolu ou d'une norme de protection, le devoir contractuel en tenant lieu afin de permettre la réparation des préjudices économiques purs¹¹⁵⁹. Le tiers au contrat est réputé entrer dans la sphère de protection du contrat bien qu'il n'y soit pas partie, ce qui lui permet d'exercer une action contractuelle. Il ne s'agit pas de stipulation pour autrui, mais comme l'indique un auteur, de cas dans lesquels le mari de la locataire ou l'employé du donneur d'ordre subissent un dommage du fait du comportement fautif du débiteur¹¹⁶⁰.

Le Tribunal fédéral a toutefois voulu éviter que cette théorie n'étende de façon trop

¹¹⁵⁷V. supra p. 283 et s.

¹¹⁵⁸Un auteur fait la même comparaison en l'étendant aux droits anglo-américains où dit-il, « on pleure sur « la mort du contrat », tandis que dans la sphère du droit allemand, on dénonce « l'hypertrophie du droit du contrat » : H. P. WALTER, *Die Vertrauenshaftung : Unkraut oder Blume im Garten des Rechts ?*, RDS. II. 2001, p. 79-100, p. 81-82.

¹¹⁵⁹P. GAUCH & J. SWEET, *Delikshaftung für reinen Vermögensschaden*, Mélanges M. KELLER, pour son 65e anniversaire: Contributions de droit de la famille, des tutelles, des obligations, de droit international privé, de procédure, de droit de la banque, de droit des sociétés et des entreprises, d'histoire du droit et de droit fiscal, Peter FORSMOSER (dir.), Schulthess, Zurich, 1989, p. 117-140, spéc. p. 125-126. F. WERRO, *Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, op. cit. (p. 216), spéc. p. 378.

¹¹⁶⁰Ib.

extensive la sphère des préjudices réparables et subordonne donc l'admission d'une action contractuelle en raison de la reconnaissance d'un effet protecteur en faveur des tiers « à la condition que le tiers soit touché, ou concerné, par l'exécution de la prestation principale, que le créancier de celle-ci ait avantage à l'inclusion des intérêts du tiers dans les intérêts contractuellement protégés, et que le débiteur puisse reconnaître cela »¹¹⁶¹. Dans un arrêt du 23 décembre 2003, le Tribunal fédéral relève que la responsabilité de l'auteur de l'estimation d'un immeuble, en vertu de la théorie de l'effet protecteur du contrat envers les tiers, ne serait concevable que si le vendeur de l'immeuble avait conclu, en accord avec les acheteurs, un contrat d'estimation en son propre nom et avait exposé au mandataire la situation de communauté d'intérêts¹¹⁶².

Après avoir évoqué les tentatives de délimitations entre tiers au contrat et contractant, il faut déterminer ce que comporte l'engagement contractuel pour pouvoir définir les obligations qui n'ont pas été exécutées.

2. Le contenu du contrat

568 La responsabilité contractuelle suppose la violation d'une obligation contractuelle. La question est alors de déterminer ce qui relève des obligations contractuelles de ce qui relève des obligations non contractuelles. Tant en droit suisse qu'en droit français, la loi et la jurisprudence ont fait peser sur les contractants des obligations que ceux-ci n'avaient jamais envisagées¹¹⁶³. En principe, le contrat détermine les obligations de comportement qui pèsent sur les contractants, contrairement à la responsabilité délictuelle où le juge est conduit à apprécier une règle de comportement qui n'est pas toujours expressément formulée : en matière contractuelle, la formulation expresse des obligations d'une partie est déjà effectuée au préalable. Les obligations contractuelles diffèrent des devoirs généraux, distinction qu'un auteur suisse n'hésite pas à qualifier de fondamentale¹¹⁶⁴ et que des auteurs français explicitent dans les termes suivants : « le contrat oblige le débiteur à accomplir envers le créancier une prestation à laquelle il n'aurait pas été tenu en l'absence de toute convention »¹¹⁶⁵. Cette distinction sera examinée en même temps que le principe de non-option entre les responsabilités délictuelle et

¹¹⁶¹F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 85, n°321. TF, 1re cour civile, 18 janvier 2000, n°4C.194/1999.

¹¹⁶²ATF 130 III 345, cons. 1, p. 348 : « Die Haftung des Beklagten aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter lehnten die Vorinstanzen zu Recht ab. Eine Solche Haftung ist in der bisherigen Praxis nie grundsätzlich bejaht worden... sie wäre nur denkbar, wenn der Verkäufer im Einverständnis mit den Käufern den Schätzensauftrag in eigenem Namen erteilt und dem Beklagten diese gemeinsame Interessenlage offen gelegt hätte ».

¹¹⁶³V. par exemple les développements de P. ESMEIN, L'obligation et la responsabilité contractuelle, Mélanges G. RIPERT, Le droit privé au milieu du XXe siècle, LGDJ, Paris, 1950, tome 2, p. 101-115.

¹¹⁶⁴W. YUNG, Devoirs généraux et obligations, Mélanges W. Schönenberger, Presses universitaires, Fribourg, 1968, p. 163-179.

¹¹⁶⁵TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, p. 554, n°567.

contractuelle¹¹⁶⁶.

La question de savoir ce qui devait être compris comme fait générateur de la responsabilité contractuelle a été posée en droit suisse sous un autre angle que celui qui vient d'être évoqué. La doctrine et la jurisprudence suisses distinguent l'inexécution proprement dite ou « *violation passive* »¹¹⁶⁷ de la « *violation positive du contrat* » (a) ; les deux droits recourent à la distinction entre obligations de moyens et obligation de résultat pour déterminer l'intensité de l'engagement du débiteur et délimiter la frontière entre exécution et violation du contrat (b).

a Die positive Vertragsverletzungstheorie

569 La théorie de la violation positive du contrat (« *positive Vertragsverletzungen* ») a été développée en droit allemand et ensuite importée en droit suisse¹¹⁶⁸. Elle a été élaborée en droit allemand pour répondre à une lacune du BGB qui n'envisageait comme cause d'action en dommages-intérêts que l'inexécution (§.280 ancien BGB) ou l'exécution tardive (§.284 ancien BGB) comme violation du contrat sans prévoir le cas de l'exécution défectueuse et la réparation des dommages ainsi causés au cocontractant¹¹⁶⁹. La violation du contrat est dite « *positive* » parce qu'elle intervient malgré l'exécution du contrat, tandis que la violation « *négative* » résulte justement de l'inexécution.

570 Aujourd'hui en droit suisse, la théorie de la violation positive du contrat permet de sanctionner le débiteur qui viole une obligation accessoire du contrat tout en exécutant l'obligation principale ; c'est l'hypothèse de l'exécution défectueuse. Un auteur donne l'exemple du livreur de meuble, dans le cas d'une exécution tardive ou d'une inexécution, il livre en retard, ou il détruit le meuble, ou il ne livre pas. Dans le cas d'une violation positive du contrat, il casse un vase en livrant le meuble. Dans le premier cas, l'indemnité accordée tient lieu d'exécution et correspond à la valeur de la prestation promise, dans le second, la violation de l'obligation contractuelle constitue également la violation d'une obligation générale et l'indemnité accordée répare un autre préjudice que la pure inexécution du contrat¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁶V. infra, le principe de non option, p. 303 et s.

¹¹⁶⁷REAP p. 51 : les auteurs de l'avant-projet relèvent la différence entre « *la simple inexécution d'une obligation contractuelle et la violation du contrat qui constitue en même temps une atteinte à des biens juridiques du partenaire et dont la protection doit être assurée indépendamment de tout lien contractuel* ».

¹¹⁶⁸P. WESSNER, Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies, op. cit. (p. 286), spéc. p. 935, n°104. P. JÄGGI, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Mélanges W. Schönnenberger, Presses universitaires Fribourg 1968, p. 181-197, spéc. p. 182, et les références citées en note de bas de page n°4.

¹¹⁶⁹F. RANIERI, Les sanctions de l'inexécution contractuelle en droit allemand, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, sous la direction de M. FONTAINE & G. VINEY, Bruylant & LGDJ, 2001, p. 811-835, spéc. 812 et s., p. 820 : « *Dès le début du siècle, la jurisprudence allemande admit en ce qui concerne les Positives Vertragsverletzungen, que (...) toute violation fautive d'une obligation contractuelle exigeait la réparation, et cela même au-delà des hypothèses prévues de l'impossibilité et de la demeure...* ».

¹¹⁷⁰P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), n°1109, p. 221.

La distinction ainsi opérée ne pose pas problème dans la mesure où le droit suisse admet le concours de responsabilité. La violation d'une obligation contractuelle peut également constituer la violation d'un devoir général : ainsi le défaut d'entretien d'une piste de ski est à la fois une violation des obligations de l'entreprise envers ses clients, et une violation du devoir général de ne pas mettre en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui, la victime ayant en l'espèce intérêt à invoquer la responsabilité contractuelle en raison du délai de prescription¹¹⁷¹.

571 La théorie de la violation positive du contrat a été critiquée : selon un auteur, la notion de violation du contrat n'est pas envisagée par le texte du Code des obligations et mieux vaudrait distinguer d'une part l'inexécution ou l'exécution tardive, et de l'autre la violation d'une obligation quelle que soit sa source, appliquant les règles de la responsabilité contractuelle à la première hypothèse, et les règles de la responsabilité délictuelle à toutes les autres hypothèses, sauf cas particuliers¹¹⁷². Le projet de réforme reprend cette proposition¹¹⁷³.

Une autre distinction est utilisée pour déterminer la teneur exacte de l'engagement du débiteur.

b La violation d'une obligation de résultat

572 La doctrine française, suivie en cela par la jurisprudence, a proposé de distinguer l'obligation de résultat dont la violation était établie dès lors que le créancier établissait que ce résultat n'était pas atteint et l'obligation de moyens dont l'admission de la violation supposait que soit démontrée la « faute » du débiteur qui n'aurait pas eu recours aux expédients qui s'imposaient¹¹⁷⁴. Il convient toutefois de relever que dans l'absolu toute obligation est de résultat, la différence entre ces deux hypothèses n'est que dans la densité du résultat et non dans la nature de l'obligation¹¹⁷⁵. La distinction présente l'avantage de la commodité aussi l'emploierons-nous. La responsabilité contractuelle résulte alors de ce que le résultat attendu n'a pas été obtenu, quelles que soient par ailleurs les raisons de cet échec, sauf cas de force

¹¹⁷¹ATF 113 II 246.

¹¹⁷²P. JÄGGI, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, op. cit. (p. 294), spéc. p. 193.

¹¹⁷³V. infra, p. 308 et s.

¹¹⁷⁴F. RANIERI, Europäisches Obligationenrecht, op. cit. (supra p. 59), p. 582 et s., et les références citées en note de bas de page.

¹¹⁷⁵M. G. MARTON, Obligations de résultat et obligations de moyens, RTDciv. 1935, p. 499-543, spéc. p. 517-518 : l'auteur relève que « la distinction de certains auteurs entre les différentes obligations, qu'ils enrôlent tantôt dans l'un et tantôt dans l'autre des groupes signalés (obligations de résultat et obligations de moyens), est totalement erronée. Il n'existe pas deux sortes d'obligations. Il n'y a que des obligations de résultat. Ce qu'on appelle des obligations de moyens ne sont que des obligations dont le but est précisé étroitement, par un résultat fragmentaire, par une tâche partielle par rapport au but plus étendu qui, cependant, est resté en dehors de l'obligation ». Dans le même sens, P. ESMEIN, L'obligation et la responsabilité contractuelle, op. cit. (p. 293), spéc. p. 109 et s. : « Dans tous les contrats, ce que le débiteur s'engage à faire, c'est donner ses soins en vue de procurer un certain résultat, et c'est à propos de chacun de ses actes qu'on apprécie s'il est ou non reprochable ».

majeure. Cette obligation de résultat a ensuite été interprétée de façon très stricte, notamment quant aux possibilités pour le débiteur de s'exonérer de sa responsabilité. Souvent, les obligations de résultat sont des obligations de sécurité. Ainsi, en matière d'obligation de sécurité transfusionnelle, la Cour de cassation a considéré dès 1954 qu'un centre de transfusion sanguine ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité envers la victime contaminée, sauf à rapporter la preuve d'un cas de force majeure¹¹⁷⁶. La rigueur de la jurisprudence est telle que l'on arrive de fait à un régime de responsabilité objective¹¹⁷⁷. La responsabilité contractuelle des organismes de transfusion sanguine a connu une évolution, passant d'une obligation de moyen¹¹⁷⁸ à une obligation de résultat¹¹⁷⁹. Désormais, les centres de transfusion

¹¹⁷⁶Cass. civ. 2e, 17 décembre 1954, Bull. n°422, p. 282 ; H. MAZEAUD & L. MAZEAUD, RTDciv. 1955, p. 300-302 ; D. 1955, p. 269, note RODIERE ; JCP. 1955. II. 8490, note SAVATIER ; J. FROSSARD, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, thèse, LGDJ, Paris, 1965, n°395, p. 226-227 : la Cour de cassation déclare le centre national de transfusion sanguine (CNTS) responsable de l'inoculation d'un sang vicié par la syphilis en l'absence de toute cause étrangère.

Il est à noter que la Cour de cassation se prononce par un motif de pur droit substitué d'office à ceux de l'arrêt attaqué afin de déplacer le litige du terrain délictuel sur le terrain contractuel. La Cour de cassation estime que le CNTS avait un contrat avec l'hôpital, comportant une stipulation pour autrui au profit du malade de fournir une « *prestation loyale* ». H. MAZEAUD & L. MAZEAUD relèvent que ce recours à la stipulation pour autrui était rendu nécessaire par le fait que la responsabilité des médecins n'était que de moyens, tandis que l'obligation « *déterminée* » de livrer du sang non vicié était une obligation de résultat, ce qui déplacer le risque de la preuve sur le CNTS, tenu de prouver le cas de force majeure.

Cette solution présente également l'avantage d'écarter l'application du droit de la vente s'agissant de sang humain (v. les conclusions de l'avocat général Y. LESEC, sur Cass. civ. 1re, 12 avril 1995, n°92-11950, Bull. n°180, BICC 1995, n°410, p. 10 et s.).

Un auteur avait proposé de recourir à la théorie de l'action contractuelle directe dans une chaîne de contrats (P. JOURDAIN, La responsabilité civile des centres de transfusion sanguine et des cliniques en cas de contamination de transfusés par le VIH : la Cour de cassation prend position, JCP. EG. 1995. II. 22467), mais l'idée ne semble pas avoir eu été accueillie en jurisprudence.

¹¹⁷⁷L'analyse de la responsabilité contractuelle résultant de la violation d'une obligation de résultat comme une responsabilité objective est critiquée par le professeur Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 736, n°3222). Celui-ci relève que le manquement contractuel, la « *faute* » du débiteur, est toujours un élément de la responsabilité contractuelle, bien que sa preuve en soit facilitée. D'autres auteurs, (G. VINEY, P. JOURDAIN, Conditions de la responsabilité, (op. cit. supra p. 87), spéc. p. 510-512, n°527-2) indiquent que ce débat n'a que peu d'incidence pratique mais que s'il faut en décider, la violation d'une obligation préexistante se rattache plus à la responsabilité pour faute qu'à une responsabilité objective dans laquelle la responsabilité existe indépendamment de toute obligation préalable.

¹¹⁷⁸CA Paris, 25 avril 1945, JCP. 1946. II. 3161, note RABUT, D. 1946, p. 190, note TUNC, S. 1946. II. 29, note DU GARREAU DE LA MECHENIE, GP. 1945. I. 209, concl. JODELET.

¹¹⁷⁹La décision de la Cour de cassation de 1954 ne visait pas précisément une obligation de résultat, elle indiquait seulement que seul un cas de force majeure aurait pu permettre au débiteur de s'exonérer de sa responsabilité. La même tournure est employée par deux décisions de la première chambre civile du 12 avril 1995, pourvois n°92-20747 et 92-11950, Bull. n°179 et 180, concl. Av. Gén. Y. LESEC, BICC 1995, n°410, p. 10 et s. ; M.-F. FEUERBACH-STEINLE, La contamination post-transfusionnelle du SIDA, LPA. 19 juillet 1995, n°86, p. 26 et s. ; P. JOURDAIN, La responsabilité civile des centres de transfusion sanguine et des cliniques en cas de contamination de transfusés par le VIH : la Cour de cassation prend position, JCP. EG. 1995. II. 22467 ; J. LEROY, Responsabilité des cliniques en matière de transfusion sanguine, RDSS. 1995, p. 766 et s. ; L. LEVENEUR, SIDA post-transfusionnel et responsabilité, obligation de résultat ou de moyens pour les fournisseurs, Ccc. 1995/10, p. 1-3 ; PEANO M.-A. et D., Les centres de transfusions sanguines devant le juge judiciaire et le juge administratif, RCEA. 1995/7, p. 3-6. Cass. civ. 1re, 14 novembre 1995, n°92-18199, Bull. n°414 ; P. PHILIPPE, chron. de responsabilité civile médicale, Médecine et droit 2001, n°51, p. 17-21 : « *le contrat de fourniture de sang par les centres de transfusion sanguine met à leur charge une obligation de livrer des produits exempts de vices sans faculté d'exonération autres que la cause étrangère* ». Cass. civ. 1re, 9 juillet 1996, n°94-13414, Bull. n°303.

Toutefois des arrêts ultérieurs emploient bien le terme d'obligation contractuelle de sécurité de résultat : v.

ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité résultant de la violation de leur obligation de sécurité de résultat qu'en prouvant l'existence d'une cause étrangère, cause du dommage. Il en va de même des établissements de soins et des cliniques alors qu'ils étaient antérieurement seulement tenus d'une obligation de moyens¹¹⁸⁰.

573 Comparativement, le droit suisse ne semble pas accorder beaucoup d'importance à la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat. En effet, alors que cette distinction a été appliquée en droit français tout particulièrement à propos de la responsabilité médicale, le droit suisse préfère recourir à la notion de « *diligence objectivement requise* ». La distinction est connue de la doctrine¹¹⁸¹. Toutefois la jurisprudence indique, à propos de la responsabilité civile de l'exploitant d'un téléski qu'il « *avait une obligation contractuelle accessoire de prendre les mesures de précaution commandées par les circonstances pour protéger la vie et l'intégrité corporelle de son cocontractant* »¹¹⁸².

Lorsque sa responsabilité est mise en jeu, le débiteur peut exciper de causes d'exonération.

3. Le régime d'exonération

574 En droit français, l'article 1147 du Code civil dispose que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ». Ce texte a valeur de principe général et joue tant en matière de responsabilité contractuelle que délictuelle¹¹⁸³. La force majeure doit présenter certains caractères pour permettre au débiteur de s'exonérer de sa responsabilité.

575 En droit suisse, c'est l'inverse dans la mesure où l'article 99 du COS renvoie aux règles générales de la responsabilité délictuelle, dont celle qui prévoit l'absence de responsabilité en cas de force majeure. Fondamentalement, la force majeure interrompt la

par ex. à propos d'une clinique Cass. civ. 2e, 21 avril 2005, n°03-20683, Bull. n°108.

¹¹⁸⁰Cass. civ. 2e, 21 avril 2005, n°03-20683, Bull. n°108 ; C. KLEITZ, Transfusion sanguine, obligation de sécurité de résultat à la charge d'une clinique, RLDC. 2005/7, n°18, p. 22-23 ; C. KLEITZ, L'obligation de sécurité de résultat en matière de transfusion : apaisement des patients, inquiétude des établissements de soins, RLDC. 2005/9, n°19, p. 15-18 ; C. KLEITZ, Transfusion sanguine : inquiétude des établissements de soins... et de leurs assureurs, Lamy assurances, 2005/12, p. 1-4 ; Chr. RADE, Contamination en 1985, par le virus de l'hépatite C, à l'occasion d'une intervention chirurgicale dans une clinique, RCEA. 2005/7, p. 20-21.

¹¹⁸¹V. par ex. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 379 et s., n°1497 et s. : l'auteur propose d'appuyer la délimitation entre les responsabilités contractuelle et délictuelle sur le fait que le débiteur s'engage à un résultat donné, le créancier ayant alors une prétention qu'il n'avait pas du seul fait de la loi civile.

¹¹⁸²ATF 126 III 113, cons. 2bb, p. 115.

¹¹⁸³V. supra, p. 207 et s., L'interruption de la causalité.

relation de causalité entre le comportement du responsable recherché et le dommage.

4. La charge de la preuve

576 Traditionnellement, on explique qu'en matière de responsabilité contractuelle, c'est au débiteur de prouver son absence de faute, tandis qu'en matière de responsabilité délictuelle, c'est au créancier-victime de prouver la faute du responsable. En réalité, la charge de la preuve est la même en matière de responsabilité délictuelle comme contractuelle mais son objet est différent. Lorsque le débiteur s'est engagé à atteindre un résultat, le créancier doit prouver que le résultat n'est pas atteint. Lorsque le débiteur s'est engagé à fournir les moyens d'atteindre un résultat, le créancier devra prouver que les moyens mis en œuvre étaient inexistants, insuffisants ou inappropriés¹¹⁸⁴. C'est une application de la règle selon laquelle celui qui se prétend libéré de son obligation doit en apporter la preuve : au débiteur donc de prouver qu'il a rempli ses obligations¹¹⁸⁵. Le débiteur qui n'a pas exécuté ses obligations peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il n'est pas « fautif » dans la mesure où l'inexécution est due à une cause étrangère, force majeure ou cas fortuit. Il en va de même en droit suisse : le créancier doit prouver la violation d'une obligation contractuelle¹¹⁸⁶. Le débiteur peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant que la violation de l'obligation contractuelle résulte d'une cause étrangère¹¹⁸⁷.

C Le dommage réparable au titre de la responsabilité contractuelle

577 En droit français comme en droit suisse, la constatation de l'existence d'un dommage et son évaluation sont des questions de fait, relevant de la compétence des juges du fond, qu'il n'est pas possible de contester par un recours devant les cours suprêmes¹¹⁸⁸. La notion de dommage réparable au titre de la responsabilité contractuelle n'est pas la même en droit français et en droit suisse : le droit français limite la réparation au dommage prévisible.

578 En droit suisse en revanche, l'évaluation du dommage, même contractuel, relève

¹¹⁸⁴TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, 2005, n°577, p. 565-566.

¹¹⁸⁵Ainsi, c'est « au centre de transfusion dont la responsabilité est recherchée, de prouver que les produits qu'il a fournis étaient exempts de tout vice », Cass. civ. 1re, 2 juillet 2002, n°00-15848 et 00-16126, Bull. n°182. G. VINEY, JCP. EG. 2003. II. 152, n°28.

¹¹⁸⁶ATF 133 III 121, spéc. p. 127, cons. 3 : la non guérison ne suffit pas établir le manquement aux règles de l'art, le médecin n'a donc pas manqué de diligence.

¹¹⁸⁷P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88) p. 217, n°1088 ; P. WESSNER, Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies, op. cit. (supra p. 286), spéc. p. 936-937, n°108-109.

¹¹⁸⁸Droit français : voir notamment M. GUYOMAR & O. MATUCHANSKY, Le contrôle du juge de cassation en matière de réparation du préjudice économique, intervention dans le cadre du colloque sur le Contrôle par la Cour de cassation, 2007, accessible sur le site de la Cour de cassation. Droit suisse : P. TERCIER, Précis de droit des obligations, p. 220, n°1106.

du droit commun de la responsabilité civile qu'est la responsabilité civile délictuelle, par renvoi de l'article 99 alinéa 3 du COS¹¹⁸⁹. La détermination du dommage réparable et son évaluation s'effectuent selon les règles posées par les articles 43 et 44 COS¹¹⁹⁰. Comme en matière délictuelle, le principe est que le dommage réparable doit être intégralement indemnisé, principe tempéré par la possibilité donnée au juge de tenir compte des circonstances pour modérer l'étendue de la réparation. Toutefois, le Tribunal fédéral ne tire pas toujours toutes les conséquences du renvoi de l'article 99 alinéa 3 COS.

Ainsi, dans une affaire dans laquelle les proches de la victime d'un accident du travail agissaient sur le fondement de la responsabilité contractuelle contre l'employeur en invoquant la violation de la norme imposant à l'employeur d'assurer la sécurité de ses employés, le Tribunal fédéral retient que la responsabilité contractuelle peut être engagée en vertu de la loi à condition toutefois que la norme en question vise à assurer la réparation du dommage dont la réparation est demandée¹¹⁹¹. En l'espèce, le Tribunal fédéral estime que la norme vise à protéger directement le travailleur, mais non à assurer la réparation de la perte de soutien. Le préjudice réfléchi que constitue la perte de soutien est un préjudice économique pur, dont la réparation ne peut être ordonnée que sur le fondement d'une disposition législative expresse. Cette norme existe en matière de responsabilité délictuelle (article 45 al. 3 COS) mais non en matière de responsabilité contractuelle, la demande est donc rejetée, la prescription délictuelle étant acquise. En réalité, cette décision ne doit pas être analysée par rapport à la notion d'illicéité, mais par rapport aux règles du régime de responsabilité contractuelle. Un auteur indique d'ailleurs que le renvoi opéré par l'article 99 al. 3 COS aurait dû conduire à l'application de l'article 45 al. 3¹¹⁹².

579 En droit français, la responsabilité contractuelle limite la réparation au seul dommage prévisible. L'article 1150 du Code civil dispose en effet que *“Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée”*. Le but de ce texte est de limiter les conséquences du contrat à ce que le débiteur a pu envisager lors de la conclusion.

580 Le caractère prévisible du dommage est apprécié *in abstracto* au jour de la

¹¹⁸⁹ Art. 99 COS : « 1 En général, le débiteur répond de toute faute.

2 Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire ; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.

3 Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle ».

¹¹⁹⁰ Cf. supra p. 158 et s., Le dommage réparable.

¹¹⁹¹ TF, 18 janvier 2000, n°4C.194/1999.

¹¹⁹² F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74) p. 85, n°323.

conclusion du contrat¹¹⁹³. Le dommage prévisible est celui qui a pu ou aurait dû être envisagé par le débiteur normalement diligent compte tenu de sa situation¹¹⁹⁴. Ainsi, dans un arrêt du 5 novembre 2003, la cour d'appel de Lyon distingue, dans un cas de résolution de la vente d'une voiture pour vice caché, d'une part le dommage prévisible constitué par les frais d'assurance dans la mesure où l'assurance automobile est obligatoire, et d'autre part le dommage imprévisible que constituent les frais engendrés par la souscription d'un crédit par l'acheteur pour financer l'achat de la voiture¹¹⁹⁵. Le caractère prévisible du dommage est apprécié au regard des obligations qui pèsent sur le débiteur, le professionnel étant tenu plus sévèrement que le simple quidam.

En droit suisse comme en droit français, les parties au contrat peuvent prévoir une clause limitant l'étendue de la responsabilité ou excluant l'existence de la responsabilité dans certains cas.

D Les clauses relatives à la responsabilité

581 Le projet de réforme a prévu de réglementer les conventions relatives à la responsabilité. La réglementation de la transaction, c'est-à-dire de l'aménagement conventionnel *a posteriori* des conséquences de la responsabilité sera traitée plus loin. Nous présenterons d'abord les différents types de clauses qui existent (1), pour ensuite examiner la question de leur validité (2) et celle de leur portée (3).

1. Les types de clauses

582 Les clauses relatives à la responsabilité peuvent porter sur l'existence même de la responsabilité (la direction décline toute responsabilité), sur ses conditions de mise en jeu (remboursement sur présentation du ticket de caisse dans les quinze jours de l'achat ; renversement de la présomption de faute) ou encore sur l'étendue de l'indemnisation (évaluation forfaitaire du dommage réparable)¹¹⁹⁶. Cependant, une limitation excessive de la réparation conduit au même résultat pratique qu'une exclusion de responsabilité ; le responsable se dispense d'assumer les conséquences de ses actes¹¹⁹⁷.

¹¹⁹³G. LÉGIER, Responsabilité contractuelle, in Encyclopédie Dalloz, n°164.

¹¹⁹⁴G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 581, n°320 et s. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64) p. 1040, n°1040 et s.

¹¹⁹⁵CA Lyon, 5 novembre 2003, n°2002/03495.

¹¹⁹⁶Ph. DELEBECQUE, Règles particulières à la responsabilité contractuelle. - Convention relatives à la responsabilité, JCL Contrats - Distribution (Janvier 2005), fasc. 115, n°5 et s. Même remarque terminologique, A. POTOCKI, rapport sur Cass. com. 5 juin 2007, n°06-14832, p. 2.

¹¹⁹⁷A. POTOCKI, rapport sur Cass. com. 5 juin 2007, n°06-14832, p. 2.

2. Validité des clauses

583 Les clauses limitatives de responsabilité ont une validité de principe en matière contractuelle. En effet, de la même façon qu'il est possible de souscrire un contrat d'assurance pour se prémunir des conséquences éventuelles de ses actes, il doit être possible d'écarter conventionnellement sa responsabilité civile¹¹⁹⁸. Les clauses relatives à la responsabilité résultent le plus souvent des stipulations des parties, mais il ne faut pas négliger l'importance pratique des clauses des contrats d'assurance que les cocontractants souscrivent pour garantir leur responsabilité et qui assurent l'effectivité de la réparation par la voie de l'action directe ouverte à la victime¹¹⁹⁹.

En l'absence de prohibition légale (a), certaines circonstances peuvent *a priori* conduire le juge à écarter certaines clauses relatives à la responsabilité civile, tout comme il peut les écarter au cours de la vie du contrat lorsqu'un litige survient (b).

a Les limites légales

584 En droit suisse, trois textes généraux limitent la validité des clauses relatives à la responsabilité. L'article 19 alinéa 2 du COS dispose que « *La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité* ». L'article 100 du COS prévoit la nullité de clauses qui écarteraient la responsabilité du débiteur en cas de dol ou de faute grave¹²⁰⁰. Enfin, l'article 27 du Code civil interdit les engagements excessifs susceptibles de porter atteinte à la personnalité¹²⁰¹. Certaines réglementations spéciales excluent l'application des clauses relatives à la responsabilité, tel l'article 87 alinéa premier LCR.

585 En droit français, une clause ne peut déroger à une règle d'ordre public qu'elle soit d'origine législative ou jurisprudentielle. Par exemple, un employeur ne peut insérer dans le contrat de travail une clause par laquelle le salarié engage sa responsabilité par une faute simple alors que la jurisprudence la subordonne à une faute lourde¹²⁰².

¹¹⁹⁸A. CARPENTIER & G. FRÈREJOUAN DU SAINT, Répertoire général alphabétique du droit français, 1903, Responsabilité civile, n°1153 et s.

¹¹⁹⁹Les assurances de responsabilité contiennent d'ailleurs nombre de dispositions impératives, cf. infra Le contenu impératif du contrat, infra p. 486 et s., §. 1011 et s.

¹²⁰⁰« Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave.

Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité.

Les règles particulières du contrat d'assurance demeurent réservées ».

¹²⁰¹« Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils.

Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs ».

¹²⁰²Lamy social 2008, n°1012 et s. Voir aussi les références citées par G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la

b Les limites jurisprudentielles

586 En droit suisse, les clauses doivent être interprétées conformément au principe de confiance légitime. En droit français, le juge opère un raisonnement en deux temps : il examine d'abord la validité de la clause pour ensuite se pencher sur la question de son opposabilité. En cas de contradiction avec une obligation essentielle du contrat, la clause est nulle. En cas de faute lourde, la clause est inopposable, c'est-à-dire qu'elle est valable dans son principe mais que le comportement du débiteur lui interdit de l'invoquer.

587 La jurisprudence écarte la clause par laquelle un contractant se délie préalablement des conséquences de la violation d'une obligation qui est l'essence même du contrat qu'il a passé. En droit français, la faute lourde commise par le cocontractant dans l'exécution de ses obligations lui interdit d'opposer la clause limitative de responsabilité. La faute lourde est un refus délibéré du cocontractant d'exécuter son engagement même sans intention de nuire. Cette règle s'applique également lorsque la limitation de responsabilité résulte d'un contrat-type prévu par la réglementation en vigueur. Ainsi dans une espèce dans laquelle le transporteur avait sous-traité le transport, en violation d'une interdiction formelle qui lui était faite par l'expéditeur, les limitations de responsabilité dont bénéficie le transporteur en vertu des articles L. 132-5 et L. 132-6 du Code de commerce sont écartées ; le non respect de l'interdiction de sous-traiter est une faute lourde. La Cour de cassation relève d'office que *« le transporteur qui a été chargé de transporter une marchandise en s'étant vu interdire toute sous-traitance par l'expéditeur et qui sous-traite l'opération, se refusant ainsi, de propos délibéré, à exécuter son engagement, commet une faute dolosive qui le prive du bénéfice des limitations d'indemnisation que lui ménage la loi ou le contrat »*¹²⁰³.

3. Portée des clauses

588 En droit suisse, dans la mesure où le concours d'actions est admis, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure la clause contractuelle limitative ou évasive de responsabilité trouvait à s'appliquer : fallait-il en tenir compte dans le cadre de l'action délictuelle ? Le Tribunal fédéral a décidé que *« les effets d'une clause limitative de responsabilité s'étendent à la responsabilité aquilienne, à la responsabilité pour les bâtiments et autres ouvrages et à celle fondée sur la gestion d'affaires sans mandat »*¹²⁰⁴.

responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 341 et s. n°180. Sur l'exigence de la faute lourde, condition de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur, v. Cass. soc. 20 avril 2005, n°03-40069. O. MOULY, Quelle faute pour la responsabilité du salarié ? D. 2006, p. 2756 et s.

¹²⁰³Cass. com. 4 mars 2008, n°07-11790.

¹²⁰⁴ATF 107 II 161, spéc. p. 168 cons. 8. Voir aussi REAP p. 259 ; P. WESSNER, Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies, op. cit. (p. 286), spéc. p. 952, n°143.

589 En droit français, au contraire, dès lors que l'on se trouve en matière délictuelle, les clauses relatives à la responsabilité ne peuvent être opposées. Cette différence est critiquée. Le projet CATALA propose de soumettre le tiers à toutes les contraintes nées du contrat, y compris les clauses limitatives de responsabilité, dans la mesure où il ouvre l'action en responsabilité contractuelle au tiers au contrat¹²⁰⁵. Cette proposition est reprise par le rapport d'information sénatorial sur la responsabilité civile¹²⁰⁶.

590 Un auteur relève qu'« il n'y a pas de société viable sans obligation pour chacun de faire son possible pour ne pas endommager la personne et le bien d'autrui, comme sans obligation de faire son possible pour exécuter les engagements pris »¹²⁰⁷, dès lors, pourquoi admettre la validité d'une clause exonératoire en matière contractuelle mais non en matière délictuelle ? Le droit suisse admet l'opposabilité des limitations de responsabilité y compris dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle à raison des faits qui auraient pu fonder une action en responsabilité contractuelle. Lorsque la violation d'une obligation contractuelle constitue également la violation d'un devoir général, l'un des intérêts de la règle du non cumul est de permettre au cocontractant d'opposer les clauses relatives à la responsabilité et d'imposer à son partenaire de placer l'action sous le régime de la responsabilité contractuelle. Il s'agit de l'une des hypothèses d'interférence qui existent malgré les différences que nous venons d'évoquer entre les deux régimes de responsabilité.

§.2 LES INTERFÉRENCES ENTRE RESPONSABILITÉS DÉLICTELLE ET CONTRACTUELLE

Les interférences entre les responsabilités délictuelle et contractuelle ne sont pas toujours les mêmes en droit français et en droit suisse. En particulier, le droit français connaît un principe de non option entre les deux régimes de responsabilité (A). Les interférences peuvent ensuite se traduire par l'application commune de certaines règles (B) ou leur application cumulatives (C).

A Le principe de non option

591 Il est commun en droit français d'employer le terme de « principe de non cumul des

¹²⁰⁵Rapport CATALA, p. 153.

¹²⁰⁶Rapport d'information n°558 du 15 juillet 2009, op. cit. (p. 202), recommandations n°8, 21, ainsi que les explications, p. 75 et s.

¹²⁰⁷P. ESMEIN, De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident, RTDciv. 1938, p. 387-401, spéc. p. 393. L'auteur entend expliquer l'interdiction d'invoquer la responsabilité du fait des choses faite à la victime d'un dommage causé par une chose dont elle usait à titre gratuit par l'idée d'une convention tacite permettant d'écarter présomption de faute et présomption de responsabilité.

responsabilités contractuelle et délictuelle »¹²⁰⁸. Cette expression est équivoque : elle laisse entendre que la victime a le choix entre l'un ou l'autre régime de responsabilité. L'interdiction du cumul n'interdit pas forcément l'application alternative de l'un ou l'autre régime. Il s'agit d'une interdiction pour la victime d'opter à sa convenance pour le régime qui lui plaît. En droit français, la victime dont le dommage résulte de la violation d'une obligation contractuelle est obligée de fonder son action sur la responsabilité contractuelle : elle n'a pas d'option¹²⁰⁹. Une partie de la doctrine préfère employer le terme plus précis de principe de non-option¹²¹⁰.

592 En droit suisse en revanche, la victime dispose de l'option entre les deux régimes de responsabilité : elle peut choisir celui dont le régime lui est le plus favorable, mais ne peut évidemment mettre en œuvre cumulativement les règles de l'un et de l'autre¹²¹¹. Le lésé a le choix entre l'action en responsabilité contractuelle et l'action en responsabilité délictuelle lorsque les conditions de l'une et l'autre sont réunies¹²¹². L'expression « *principe de cumul* » n'est pas appropriée pour décrire cette règle et on devrait lui préférer celle de « *concours d'actions* » car dès lors qu'une action aboutit, l'autre est privée d'effet¹²¹³ et il n'y a pas cumul des règles de l'un et l'autre régime.

B L'application commune de certaines règles

593 En droit français, lorsque l'obligation est de résultat, la responsabilité qui en découle présente les mêmes caractères que les responsabilités délictuelles de plein droit, telle la responsabilité du fait des choses. Le débiteur ne peut s'exonérer de sa responsabilité sauf à prouver le cas de force majeure, comme en matière délictuelle. Ainsi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a eu à se prononcer le même jour sur deux espèces dont l'une concernait la responsabilité du débiteur d'une obligation de sécurité de résultat, l'autre celle du gardien d'une chose¹²¹⁴. Dans les deux cas, la Cour de cassation refuse d'admettre l'exonération

¹²⁰⁸Le terme est employé par ex. par TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, 2005, n°875, p. 851, qui relèvent cependant que « *l'expression (...) est mal choisie* ». De même, VINEY, Introduction à la responsabilité, qui relève l'impropriété du terme, p. 404, note de bas de page 436. A. SÉRIAUX, Droit des obligations, p. 308, n°96.

¹²⁰⁹Pour un ex. d'application du principe de non-option, voir Cass. civ. 2e, 24 mai 2006, n°04-17495 : alors que la responsabilité de l'association du fait du mineur placé par décision de justice est une responsabilité délictuelle de plein droit, la responsabilité de l'association envers le mineur victime placé par décision de ses parents ne peut être que contractuelle.

¹²¹⁰Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 1019 et s. n°1016 et s.

¹²¹¹Pour un ex. d'application alternative de l'un ou l'autre régime, voir ATF 113 II 246.

¹²¹²La possibilité de concours d'action ne peut jouer que lorsqu'aucune disposition spéciale ne s'applique : P. WESSNER, Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies, op. cit. (p. 286), spéc. p. 938, n°112 et s.

¹²¹³REAP, p. 63. Pour des hypothèses de concours d'actions voir par ex. ATF 112 II 141 ; ATF 113 II 246 ; ATF 99 II 315, cons.5 : « *Wenn der Schädiger durch sein Verhalten gleichzeitig eine vertragliche Pflicht verletzt und eine unerlaubte Handlung begangen hat, kann sich der Geschädigte nebeneinander auf beide Ansprüche (Anspruchskonkurrenz) berufen* ».

¹²¹⁴Ass. pl. 14 avril 2006, n°04-18902 et n°02-11168, Bull. n°5 et 6 ; BICC n°643, rapp. B. PETIT, avis. R. DE

s'agissant de responsabilités de plein droit « engagées sans faute prouvée du débiteur ou du gardien et ne cédant que devant la preuve d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure »¹²¹⁵.

594 L'assimilation théorique de la responsabilité contractuelle du débiteur du fait de la violation d'une obligation de résultat et la responsabilité objective de plein droit du responsable délictuel est critiquée en droit français¹²¹⁶.

C L'application cumulative de certaines règles

595 Par application cumulative, il faut entendre l'application d'une règle de l'un des deux régimes dans un cas où l'autre régime s'applique. Il ne s'agit pas ici des régimes autonomes de responsabilité¹²¹⁷ mais de l'application de la responsabilité civile de droit commun.

596 Ainsi, en droit français, les clauses relatives à la responsabilité ne jouent pas en matière délictuelle, solution logique, car la règle de non option interdit d'engager la responsabilité délictuelle en présence d'un contrat. En droit suisse, le Tribunal fédéral a admis que les clauses limitatives de responsabilité trouvaient à s'appliquer même si le lésé avait fondé son action sur la responsabilité délictuelle.

GOUTTES ; L. AYNES & Ph. STOFFEL-MUNCK, Le retour à la condition d'imprévisibilité pour caractériser la force majeure contractuelle, *Droit et Patrimoine* 2006, n°152, p. 99-101 ; L. BLOCH, Force majeure : le calme après l'ouragan ?, *RCEA* 2006/6, étude 8, p. 5-8 ; Ph. BRUN et P. JOURDAIN, *chron. de responsabilité civile*, D. 2006, p. 1933 ; R. DE GOUTTES, *concl. sur Ass. pl.* 14 avril 2006, GP du 9 juillet 2006, n°190, p. 7-16 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Droit des contrats* (octobre 2005/septembre 2006), D. 2006, p. 2645 ; I. GALLMEISTER, Les critères de la force majeure dans la responsabilité délictuelle, D. 2006, p. 1131 ; P. GROSSER, Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matière délictuelle et contractuelle, *JCP* 2006. EG. II. 10087 ; P. JOURDAIN, Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire, D. 2006, p. 1577-1582 ; P. JOURDAIN, Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 14 avril 2006, *RTDciv.* 2006, p. 775-778 ; Y.-M. LAITHIER, Les caractères de la force majeure : l'Assemblée plénière défend la conception classique, *RDC* 2006, p. 1083 ; C. LEGROS, Les transports, contrats et responsabilités, *JCP* 2006. E. 2224, n° 11 ; Y. LE MAGUERESSE, De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle, *LPA* 6 juillet 2006, n°134, p. 14-22 ; L. LEVENEUR, La Cour de cassation rappelle deux des trois critères classiques, *Ccc* 2006/8, comm. 152 ; M. MEKKI, La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, *RLDC* 2006, n°29, p. 17-23 ; D. NOGUERO, La maladie du débiteur cas de force majeure, D. 2006, p. 1566 ; E. SAVAUX, *Chron. de jurisprudence générale*, *Defr.* 2006, n° 15, p. 1212 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *chron. JCP* 2006. EG. I. 166, n°17 ; G. VINEY, La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ? *RDC* 2006, p. 1207.

¹²¹⁵Rapport du conseiller B. PETIT sur les arrêts cités, *BICC* n°643.

¹²¹⁶L'analyse de la responsabilité contractuelle résultant de la violation d'une obligation de résultat comme une responsabilité objective est critiquée par le professeur Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit. (p. 64), p. 736, n°3222). Celui-ci relève que le manquement contractuel, la « faute » du débiteur, est toujours un élément de la responsabilité contractuelle, bien que sa preuve en soit facilitée. D'autres auteurs, (G. VINEY, P. JOURDAIN, *Conditions de la responsabilité*, op. cit. p. 87), spéc. p. 510-512, n°527-2) indiquent que ce débat n'a que peu d'incidence pratique mais que s'il faut en décider, la violation d'une obligation préexistante se rattache plus à la responsabilité pour faute qu'à une responsabilité objective dans laquelle la responsabilité existe indépendamment de toute obligation préalable.

¹²¹⁷Un exemple de régime autonome de responsabilité affranchi de la distinction entre contractuel et délictuel nous est donné par la responsabilité du fait des produits défectueux, l'article 1386-1 du Code civil précisant que « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ».

597 En droit français, en présence d'une faute lourde du débiteur, la limitation de la réparation au seul dommage prévisible est exclue. On retrouve donc le régime de droit commun de la détermination du dommage réparable. Pas plus que la victime, le responsable ne peut opter pour le régime de responsabilité qui lui serait le plus favorable, le principe de non-option joue dans les deux sens. La faute est appréciée au regard des obligations découlant du contrat, pour justement écarter l'application des règles de la responsabilité contractuelle relatives à la limitation au dommage prévisible par exemple.

Après avoir exposé les différences et les interférences existant en droit positif entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, il est temps d'envisager les projets de réforme.

SECTION 2 QUELLES RÉFORMES ?

598 Le droit suisse envisage plus facilement l'idée selon laquelle la responsabilité contractuelle est une variété de responsabilité civile, la construction du code des obligations est une mise en œuvre concrète de cette conception. Cependant, le projet de réforme suisse ne va pas jusqu'à proposer une intégration totale¹²¹⁸. Le projet de réforme suisse, confirme, d'une part, le renvoi effectué aux règles générales de la responsabilité civile par l'article 99 al. 3 COS pour déterminer les effets de la violation d'une obligation contractuelle, et d'autre part, propose de soumettre en totalité la violation positive du contrat aux règles délictuelles.

599 Au contraire, en droit français existe un mouvement doctrinal en faveur de l'idée selon laquelle la responsabilité contractuelle n'existerait pas car il n'y aurait qu'une exécution par équivalent du contrat ou, pour reprendre la formule de M. le professeur LE TOURNEAU, une « *réalisation contentieuse du contrat* »¹²¹⁹. Un autre auteur indique que l'« *on ne peut mettre sur le même plan les dommages-intérêts délictuels, qui ont uniquement une fonction réparatrice et les dommages-intérêts contractuels qui, en cas de maintien du contrat, jouent le rôle d'exécution par équivalent* »¹²²⁰.

600 Un autre auteur relève que si cette idée pourrait éventuellement être envisagée s'agissant des dommages-intérêts compensant le gain manqué ou la perte éprouvée en raison de l'inexécution du contrat, il en va différemment s'agissant des dommages-intérêts visant à

¹²¹⁸REAP p. 65 et s.

¹²¹⁹Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 260, n°807, ainsi que les références bibliographiques sur cette question, n°801 et s.

¹²²⁰D. TALLON, L'inexécution du contrat, pour une autre présentation, op. cit. (p. 284).

réparer les dommages causés par le cocontractant¹²²¹. L'inexécution représente effectivement une perte économique au regard des prévisions contractuelles, mais le créancier est susceptible de subir d'autres dommages du fait de cette inexécution, lesquels peuvent largement excéder la valeur économique de la prestation convenue.

601 Le projet CATALA n'a pas repris l'idée de l'inexistence de la responsabilité contractuelle¹²²², approuvé en cela par le rapport du Groupe de travail de la Cour de cassation sur le projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007¹²²³. De même, le rapport sénatorial prévoit le maintien de l'architecture actuelle¹²²⁴.

602 Le projet de réforme suisse n'entend pas éradiquer la responsabilité contractuelle, mais au contraire maintenir la particularité de la responsabilité contractuelle, en soumettant dans la mesure du possible l'ensemble du régime de la responsabilité civile aux mêmes règles. Le projet de réforme suisse propose le maintien de la dualité des prescriptions (§.1), la restriction du champ de la responsabilité contractuelle (§.2), une réglementation des clauses relatives à la responsabilité (§.3) et consacre la notion suisse de dommage réparable sous le contrôle du juge (§.4).

§.1 MAINTIEN DE LA DUALITÉ DE PRESCRIPTIONS

603 Les auteurs du projet de réforme suisse ont envisagé de soumettre l'ensemble de la responsabilité civile aux mêmes règles de prescription. L'allongement du délai objectif de la prescription délictuelle, qui passe de dix ans à vingt ans, aurait pu conduire à allonger d'autant le délai décennal de la prescription contractuelle prévu par l'article 127 COS. La différence résultant de l'existence du délai subjectif en matière délictuelle est maintenue, ainsi que la règle du délai butoir prévue par l'article 60 COS.

604 Les auteurs du projet de réforme suisse ont estimé que cette modification

¹²²¹G. VINEY, La responsabilité contractuelle en question, Mélanges J. GHESTIN, Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, Paris, 2001, p. 921-947.

¹²²²Projet CATALA, op. cit. (p. 16) G. VINEY expose les options retenues par le groupe de travail, et notamment le fait que ce point a été discuté mais que l'on a préféré consacrer la responsabilité contractuelle dans le projet de réforme (p. 142 ainsi que p. 152 dans les indications des dispositions préliminaires et p. 160 les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle). L'article 1340 du projet dispose que « *Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer.*

De même, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre ».

¹²²³P. SARGOS (dir.), Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, op. cit. (supra p. 30), n°58 et s.

¹²²⁴Rapport d'information n°558 du 15 juillet 2009, op. cit. (p. 202), p. 33 et s. Recommandation 27.

n'entraîne pas dans le mandat qui leur a été donné¹²²⁵. En outre, le délai de l'article 127 COS ne s'appliquerait plus qu'à l'inexécution proprement dite, les dommages résultant de la violation positive du contrat étant soumis aux règles de la responsabilité civile délictuelle, y compris les règles de prescription¹²²⁶. Le législateur français a réformé le droit de la prescription par une loi du 17 juin 2008. Le délai de droit commun applicable tant en matière délictuelle que contractuelle, et sous réserve de dispositions spéciales, est fixé à cinq ans à compter du jour de la connaissance du droit, et enfermé dans un délai butoir de vingt ans à compter de la naissance du droit. Il n'y a donc plus de différence entre responsabilité contractuelle et délictuelle de ce point de vue en droit français.

§.2 LA RESTRICTION DU CHAMP DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

605 Si les auteurs du projet de réforme suisse n'entendent pas procéder à une unification totale des règles de la responsabilité civile, ils proposent de soumettre les dommages résultant d'une violation positive du contrat aux règles générales de la responsabilité civile, le dommage que représente l'inexécution proprement dite restant soumis aux règles de la responsabilité contractuelle¹²²⁷. La responsabilité contractuelle ne résulterait alors que de l'inexécution contractuelle, les autres dommages relevant de la responsabilité civile de droit commun qu'est la responsabilité civile délictuelle en droit suisse. Cette solution aurait pour corollaire le principe de non option entre les deux régimes.

606 Les auteurs du projet de réforme suisse ont voulu réserver la mise en jeu de la responsabilité contractuelle aux cas dans lesquels le créancier demande l'équivalent de la prestation promise et non fournie par le débiteur et soumettre aux règles de la responsabilité délictuelle les dommages résultant de la violation positive du contrat. Cette idée comporte l'avantage de présenter clairement la responsabilité contractuelle comme une sous-catégorie de la responsabilité civile générale que serait la responsabilité délictuelle. La règle spéciale aurait un champ d'application défini, en dehors duquel les règles générales auraient vocation à s'appliquer. La victime n'aurait alors pas d'option : seule la responsabilité délictuelle serait susceptible d'être mise en jeu, non du fait d'une prohibition de l'option entre les deux ordres de responsabilité mais du fait de la restriction des conditions de mise en jeu de la responsabilité contractuelle, qui ne pourrait être engagée qu'en cas d'inexécution. Les cas de

¹²²⁵REAP p. 307.

¹²²⁶REAP p. 67.

¹²²⁷REAP p. 305, n°4.2.002. Ce point a déjà été exposé dans le cadre de l'illicéité fondée sur la violation d'un devoir contractuel, supra p. 228 et s., §. 449 et s.

violations positives du contrat seraient absorbés par la responsabilité délictuelle¹²²⁸. Le fondement de cette proposition est de permettre un traitement égal des victimes. Les auteurs du projet de réforme relèvent que le traitement différencié, conséquence de l'application de l'une ou l'autre responsabilité, résulte le plus souvent d'une circonstance due au seul hasard.

607 Le projet de réforme a été critiqué sur ce point. Il vaudrait mieux fonder la distinction sur la notion d'obligation de résultat et d'obligation de moyens : seule la première permettant de mettre facilement en œuvre la présomption de faute car l'inexécution est établie dès lors que le résultat n'est pas atteint¹²²⁹. Il a également été soutenu que la distinction entre violation négative et violation positive ne serait pas évidente à mettre en pratique.

608 En droit suisse, nous avons vu que la question de la responsabilité civile du débiteur envers les tiers du fait de la violation du contrat est envisagée dans le cadre de la condition d'illicéité. Le droit français place l'examen de cette condition dans le cadre de la faute. Toutefois, dans les deux droits se pose le même problème pratique : comment limiter le champ de la responsabilité contractuelle dont les conditions de mise en jeu sont plus favorables pour la victime ? Ou en sens inverse comment ne pas déjouer totalement les prévisions d'un contractant qui a envisagé le coût de sa responsabilité en comptant sur l'application de certaines clauses relatives à la responsabilité, et qui seraient écartées car on se trouverait en présence d'un fait qui serait également générateur de responsabilité civile délictuelle ?

§.3 LES CONVENTIONS RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

609 Le projet de réforme suisse propose une réglementation des clauses limitatives ou élusives de responsabilité. L'article 57 du projet indique :

« 1 Toute convention excluant ou limitant par avance la responsabilité pour une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne ou pour une atteinte à l'environnement est nulle.

2 S'agissant d'autres atteintes, une telle convention est également nulle lorsque :

- a. L'auteur du dommage a commis une faute grave ;*
- b. La personne lésée se trouve au service de la personne responsable ;*
- c. La responsabilité découle d'une activité soumise à autorisation ou concédée par l'autorité ;*
- d. La clause figure dans des conditions générales préimprimées ».*

¹²²⁸ REAP p. 65 et s.

¹²²⁹ F. WERRO, avec la collaboration de A.-C. HAHN, Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, op. cit. (p. 76).

610 Les auteurs du projet de réforme excluent les stipulations des parties en présence de dommages qui ont un impact sur l'ensemble de la société, dommage corporel et dommage écologique¹²³⁰. Le but est à la fois de protéger la victime contre elle-même mais également de préserver l'intérêt de la société à ce que les dommages soient réparés le plus complètement possible. Cette réglementation a une vocation très large puisqu'elle vise tous les types de responsabilité, tous les régimes de responsabilité. Les auteurs de l'avant-projet insistent sur la nécessité de prévoir une réglementation expresse, spécifique à la responsabilité civile.

611 Le projet de réforme français semble adopter une solution comparable à celle du droit suisse : l'article 1382 nouveau prévoit que les clauses relatives à la responsabilité sont opposables également en cas d'action en responsabilité civile délictuelle, hormis le cas d'une responsabilité basée sur la faute (article 1382-4) ou en présence d'un dommage corporel (article 1382-1). Toutefois, l'article 1382-4 alinéa 2 prévoit que « *la convention n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait acceptée de manière non équivoque* ». Cette disposition prive de tout intérêt l'article 1382, sauf à prévoir par exemple que l'affichage dans un hall d'hôtel des clauses relatives à la responsabilité suffira à faire présumer l'acceptation par la victime d'assumer seule les conséquences de sa chute sur un sol mouillé par exemple ? De ce point de vue d'ailleurs, le projet suisse a pris soin de prévoir la nullité des clauses insérées dans des conditions générales préimprimées. L'admissibilité des clauses relatives à la responsabilité est concevable pour une atteinte aux biens, dans la mesure où c'est un moyen de définir l'étendue de la couverture d'assurance, éventuellement de la réduire au strict nécessaire et ainsi d'en réduire le coût, ce qui en définitive profite également à la victime potentielle. En revanche, le projet suisse a pris la précaution d'exclure la validité de ces clauses s'agissant de la réparation des atteintes à l'intégrité de la personne ou de l'environnement.

Le même souci d'équilibre se retrouve dans la définition du préjudice réparable.

§.4 LE DOMMAGE RÉPARABLE ET LE RÔLE DU JUGE

612 Bien que cette idée ne soit pas envisagée par le projet de réforme suisse en raison, semble-t-il, du pouvoir modérateur du juge reconnu en matière de fixation de l'étendue du dommage réparable, il est concevable de limiter la réparation contractuelle au dommage prévisible, d'autant plus que les cas de violation positive du contrat (toutes les hypothèses ne concernant pas l'inexécution pure du contrat) relèveraient désormais des règles de la

¹²³⁰ REAP p. 257 et s.

responsabilité délictuelle. Ainsi, le dommage découlant d'une violation positive ne serait pas limité par la notion de prévisibilité contractuelle. Toutefois, si les rédacteurs du Code civil français de 1804 ont pu vouloir protéger le débiteur et ne pas étendre sa responsabilité au-delà du raisonnable, cette limitation résulte non de la notion de dommage prévisible, somme toute assez floue, mais de celle de causalité. La notion de causalité n'est pas vraiment plus claire, mais elle permet de ne pas multiplier les notions juridiques inutilement. Par dommage prévisible, on entend bien viser le dommage qui est la suite nécessaire de la violation du contrat. La détermination de l'existence et de l'étendue du dommage est une question de fait, relevant de la compétence des juges du fond. Le juge est le mieux placé pour apprécier les circonstances dans lesquelles le dommage a été réalisé. Il est évident que le législateur ne peut pas tout régler. L'interprétation de la clause générale de l'article 1382 et s. du Code civil a donné naissance à une construction jurisprudentielle qui compense sa naissance illégitime par l'opportunité sociale qui est la sienne. Dès lors, ne devrait-on pas, à l'instar du droit suisse, consacrer un large pouvoir d'appréciation du juge en matière de responsabilité civile¹²³¹ ?

613 Compte tenu de ce que les professionnels sont actuellement couverts par une assurance et du fait que le coût de la responsabilité contractuelle est l'un des éléments de nature à les inciter à une plus grande vigilance (contrats d'adhésion généralisé, opérateurs téléphoniques, par ex), pourquoi ne pas aligner les règles déterminant l'étendue du dommage réparable sur celles de la responsabilité délictuelle ? Le droit suisse le fait depuis plus d'un siècle sans problème.

614 Pour tempérer cette règle, notamment en présence d'un débiteur simple particulier qui n'aurait pas d'assurance de responsabilité civile, il serait souhaitable de donner au juge un plus grand rôle, notamment en lui reconnaissant la possibilité d'apprécier en équité en tenant compte des facteurs que sont la situation économique du débiteur, l'existence d'une assurance, le profit qu'il aura tiré de la violation de ses obligations contractuelles.

Le juge aurait ainsi la possibilité de minorer la réparation, ou de la majorer.

L'existence de régimes différents de responsabilité conduit à s'interroger sur leur possible concours, lorsque les conditions d'au moins deux d'entre eux sont réunies. Faut-il fixer un ordre d'application et si oui, sur quel critère ?

¹²³¹Cf. infra p. 368 et s., le rôle du juge en droit suisse ; les développements relatifs à la responsabilité délictuelle s'appliquent également en matière contractuelle du fait du renvoi opéré par l'article 99 alinéa 3 du COS.

CHAPITRE 3 ORDRE D'APPLICATION DES RÉGIMES DE RESPONSABILITÉS

615 La coexistence de différents régimes de responsabilité issus tant de la législation que de la jurisprudence, du droit interne comme de droit communautaire devrait conduire les juristes à s'interroger sur l'élaboration de critères pour déterminer l'ordre d'application des régimes de responsabilité. À l'instar de ce qui existe pour déterminer la répartition finale en matière d'action en contribution, il devrait être possible de dégager des critères généraux permettant de déterminer l'ordre d'application des régimes de responsabilité.

616 Le rapport explicatif du projet de réforme suisse envisage expressément cette question : *« lorsqu'une personne cause un dommage à autrui, elle peut devoir parfois en répondre à plus d'un titre...la question du choix de la norme à appliquer se pose... La question revient à se demander si le principe de l'exclusivité ou celui de l'alternativité (ou du concours) prévaut »*¹²³². La même idée transparaît dans le projet de réforme français lorsqu'il est proposé d'écarter les clauses élusives ou limitatives de responsabilité en cas de dommage corporel par exemple.

Il convient d'examiner la question de savoir s'il est pour autant nécessaire de s'attacher à dégager des critères pour fixer un ordre de priorité d'application des différents régimes de responsabilité (Section 1) et quels pourraient alors être ces critères (Section 2).

SECTION 1 LA NÉCESSITÉ DE DÉGAGER DES CRITÈRES

617 Un exemple permettra de mesurer l'enjeu que représente la réponse à cette question. Un conducteur avait été blessé dans un accident de la circulation dont il portait la responsabilité ; à l'issue de la transfusion que ses blessures rendaient nécessaires, il avait contracté le virus de l'hépatite C. L'organisme transfuseur demandait un partage de responsabilité entre lui, tenu d'une obligation contractuelle de sécurité de résultat, et la victime, responsable de sa faute civile. La Cour de cassation rejette cette argumentation en estimant que la responsabilité résultant de la violation d'une obligation de résultat ne peut être écartée qu'en cas de force majeure¹²³³. En d'autres termes, il a été décidé de faire prévaloir le régime de responsabilité le plus sévère. La solution n'allait pas de soi, le conseiller rapporteur évoque en effet une série de décisions antérieures¹²³⁴ ayant admis le partage de

¹²³²REAP p. 162.

¹²³³Cass. civ. 2e, 20 octobre 2005, n°03-19429, Bull. n°274.

¹²³⁴Cass. civ. 2e, 27 janvier 2000, Bull. n°20 (le responsable d'un accident répond des dommages ultérieurs

responsabilité, soit à l'égard de la victime, soit à l'égard de tiers¹²³⁵. Le conseiller rapporteur indique qu'il est possible de fonder la solution sur l'appréciation de la gravité des fautes respectives mais que cela risquait d'une part d'entraîner un important contentieux, d'autre part de péjorer le sort des victimes. Il fonde donc la solution sur « *cet autre critère de distinction fondé sur la nature de l'obligation concurrente : selon qu'il n'y avait qu'une obligation de moyen ou une obligation de résultat de la part de ceux qui devaient soigner et dont, paradoxalement, l'intervention a créé une source nouvelle de préjudice* ». Cette solution se justifie d'un autre point de vue : le débiteur d'une obligation de sécurité de résultat est en principe assuré contre les conséquences éventuelles de son activité, de sorte que la prise en charge de la victime a été statistiquement envisagée par un assureur. En conséquence, poser ce critère permet donc d'assurer l'indemnisation de la victime conformément aux prévisions de l'assureur du responsable.

618 Une méthode alternative à la détermination de critères permettant de désigner le régime de responsabilité applicable consisterait à ce que chaque régime spécial prévoit expressément qu'il prime tel ou tel autre, mais cède le pas dans tel cas. Toutefois, la multiplication des régimes de responsabilité ainsi que l'enchevêtrement des normes conduisent à considérer cette méthode comme impraticable.

619 Il est évident que cette réflexion ne peut se limiter au droit national et que le peu d'éléments de réflexion sur le sujet en dehors de la question du principe de non option entre régime contractuel et délictuel, interdit une analyse complète. Il semble bien que le développement du droit européen donnera l'occasion aux juristes nationaux d'exercer leur raisonnement sur ce type de questions. Mais il n'est pas interdit d'aborder ici cette question, après avoir indiqué qu'elle ne peut actuellement être traitée de façon complète compte tenu de l'état du droit. Pour donner une idée de la complexité que cette question peut présenter, il suffit de citer l'exemple du régime de responsabilité objective du fait des produits défectueux. Il prime le droit national, ce qui a eu pour effet de réduire la protection accordée aux consommateurs par le droit français. La CJCE a affirmé l'impératif d'harmonisation des législations nationales au détriment de l'objectif de protection du consommateur en se fondant sur le fait que la directive a été prise sur la base de l'article 100 du traité CEE relatif au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché

causés par l'intervention chirurgicale rendue nécessaire par le fait dommageable) ; Cass. civ. 1re, 4 décembre 2001, Bull. n°130 (partage de responsabilité de l'ESF et du tiers ayant causé l'accident) ; Cass. civ. 1re, 2 juillet 2002, n°182 (idem).

¹²³⁵M. LAFARGUE, rapport sur Cass. civ. 2e, 20 octobre 2005, n°03-19429, Bull. n°274, p. 3-4.

commun¹²³⁶. L'objectif de la directive est donc « d'assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, de faciliter la libre circulation des marchandises et d'éviter les différences dans le niveau de protection des consommateurs »¹²³⁷. Pourtant le législateur français a prévu, en contradiction avec la directive, que le régime de responsabilité objective s'étendait à la réparation des dommages causés à des choses à usage professionnel. La Cour de cassation a récemment posé une question préjudicielle à la CJCE pour déterminer si ce type spécifique de dommages étant exclus du champ du régime de responsabilité du fait des produits défectueux, ceux-ci pouvaient être réparés sur le fondement du régime de responsabilité objective résultant de l'obligation de sécurité de résultat du vendeur¹²³⁸. En d'autres termes, le régime de la directive et le régime du droit national sont tous deux des régimes spéciaux, peuvent-ils et doivent-ils s'exclure ou se compléter ?

620 Sans prétendre régler toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, la prévisibilité et la sécurité du droit commandent de donner au juge des éléments de décisions en tenant compte du fait que la mise en jeu des divers régimes de responsabilité aura déjà été envisagée statistiquement par les assureurs pour chaque régime et pour chaque responsable.

SECTION 2 PROPOSITION DE CRITÈRES

621 Dans le cas de la responsabilité du fait des produits, la CJCE a tranché dans un sens qui oblige le pouvoir politique à prendre ses responsabilités et à modifier le texte si nécessaire. En l'absence de proposition de révision de la directive sur ce point, il faut présumer qu'elle satisfait les instances gouvernementales présentes au sein des institutions communautaires. S'agissant de l'ordre juridique français, l'inaction du législateur a amené la jurisprudence à trancher les questions posées au cas par cas, la doctrine envisageant parfois le problème¹²³⁹.

622 Le rapport explicatif de l'avant-projet de réforme suisse indique que le principe de l'exclusivité doit en principe être retenu, permettant ainsi de donner la priorité à la règle spéciale sur la règle générale, spécialement lorsque la règle spéciale établit un régime de responsabilité objective, par définition plus favorable pour la victime. Cependant, lorsque les

¹²³⁶CJCE, 25 avril 2002, n°C-52/00, point 14 et s.

¹²³⁷Même arrêt, point 17.

¹²³⁸Cass. com. 24 juin 2008, n°07-11744 : le régime de responsabilité est celui résultant de l'obligation de sécurité de résultat mis à la charge du vendeur sur le fondement de l'article 1603 du Code civil.

¹²³⁹V. par ex. F. LEDUC, Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui, RCEA. 2000/11, n° spécial, p. 18-26. M. POUMAREDE, Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet CATALA, D. 2006, n°35, p. 2420-2426.

règles de ce régime ne permettent pas dans le cas d'espèce l'indemnisation de la victime, le juge devrait pouvoir revenir au régime spécial car « *il serait déconcertant qu'une règle spéciale fondant une responsabilité causale aggravée, qui par définition tend à améliorer la situation juridique de la victime, conduise finalement à la péjorer* »¹²⁴⁰. Par conséquent, le projet de réforme suisse indique à l'article 53 que « *Si une personne répond d'un même dommage en vertu de différents chefs de responsabilité, le tribunal applique les dispositions permettant de procurer à la personne lésée une réparation optimale, à moins que la loi ne déclare expressément l'une de ces dispositions d'application exclusive* ».

623 Dans l'optique du projet de réforme, le choix du régime de responsabilité relève de l'office du juge, sauf si le législateur a expressément exclu une telle possibilité. Les demandes des parties doivent le guider, mais il n'est pas tenu de les suivre.

624 Un autre critère pourrait venir compléter celui de l'indemnisation optimale : tous les dommages n'ont pas la même importance et on pourrait envisager de donner la priorité à la réparation du préjudice corporel, priorité qui entraînerait l'application du régime de responsabilité le plus favorable, éventuellement l'application cumulative des différents régimes, tandis que la réparation du dommage matériel serait soumise au régime le plus strict.

625 Lorsque le cumul est admis, les coresponsables répondent solidairement du dommage à l'égard de la victime. Les conséquences sont les mêmes que dans l'hypothèse dans laquelle les coresponsables sont coauteurs du dommage. Toutefois, au stade des actions récursoires, une priorité peut être accordée à la responsabilité de l'un ou l'autre des débiteurs. La détermination de l'ordre des recours entre coresponsables n'obéit pas tout à fait à la même logique que la détermination du ou des régimes de responsabilité applicables. Dans le premier cas, la victime a été indemnisée, tandis que dans le second, le choix de l'un ou l'autre régime peut avoir un impact direct sur l'étendue de la réparation à laquelle elle peut prétendre. Les critères de priorité d'un régime de responsabilité ne seront donc pas forcément les mêmes au stade de l'action en contribution.

¹²⁴⁰REAP p. 163.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

626 L'examen du mécanisme de la responsabilité civile, au regard du projet de réforme suisse, met en lumière l'importance de la construction d'une théorie générale afin d'éviter les incohérences et de permettre la coordination entre droit commun et droits spéciaux. Même si elles peuvent sembler étranges au juriste français, habitué aux constructions théoriques de son droit national, les conceptions des auteurs du projet de réforme issues du droit positif suisse fournissent de précieuses pistes pour harmoniser le droit français.

627 Les auteurs du projet de réforme suisse n'ont pas cherché à harmoniser le droit dans le but de contribuer à l'amélioration de la théorie juridique, mais essentiellement parce que ce qui se pense bien s'énonce clairement, et qu'il faut rendre ainsi accessible au citoyen le droit qui doit lui être appliqué. Outre la sécurité juridique, un autre souci d'ordre pratique a animé les auteurs du projet de réforme, à savoir la possibilité effective d'agir en responsabilité ainsi que la supportabilité économique et sociétale de la charge que représente le transfert du dommage sur le responsable désigné ou son assureur. En effet, à quoi bon un droit de la responsabilité civile généreux si la victime se voit imposer des procédures judiciaires interminables, des délais de prescription iniques ou l'insolvabilité finale du responsable de sorte que *in fine* seules certaines victimes soient correctement indemnisées tandis que d'autres ne le seront pas du tout ? Aussi les auteurs du projet de réforme suisse ont-ils également envisagé de façon globale la question de la mise en œuvre de la responsabilité (Partie 2.), d'abord sous l'angle de l'action en responsabilité civile (Titre 1.), puis de ses effets (Titre 2.).

PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

628 Les règles de la responsabilité civile définissent les conditions d'existence du droit à réparation de la victime ainsi que son étendue. Leur mise en œuvre permet à la victime de concrétiser son droit à réparation par la voie de l'action en justice et de réaliser la créance en réparation dont elle est titulaire, soit envers le responsable lui-même soit envers l'un quelconque des tiers payeurs.

629 La modification des règles relatives à la prescription, notamment par l'instauration d'un délai butoir courant à compter du jour de la naissance du droit à réparation conduit à s'interroger sur les notions de droit à réparation, de créance de réparation et sur le moment de naissance de l'un et l'autre. Le droit suisse est plus simple sur ce point, le délai de prescription butoir en matière de responsabilité civile délictuelle courant à compter du fait générateur du dommage.

630 Avant d'examiner l'action en responsabilité civile (Titre 1.) puis ses effets (Titre 2.), il faut envisager le droit à réparation, sa naissance, les opérations juridiques dont il peut faire l'objet ainsi que la transaction par laquelle la victime et le responsable transigent sur l'indemnisation du préjudice.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LE DROIT À RÉPARATION

631 Le droit à réparation et l'obligation de réparer caractérisent la relation existant entre la victime d'une part et le responsable d'autre part, qui permet à l'une d'exiger de l'autre la réparation en nature ou par équivalent du dommage subi. Le droit à réparation n'est pas le pendant de l'obligation, et inversement : il peut arriver que celui qui répare le dommage ne soit pas l'auteur du fait dommageable. Ainsi, le Conseil constitutionnel affirme qu'il est impossible de priver la victime d'une réparation, mais cette obligation peut être assumée par un régime d'assurance ou la solidarité nationale¹²⁴¹. Commentant la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999¹²⁴², le doyen CARBONNIER a résumé en une formule cette éventuelle dissociation entre droit à réparation et obligation à réparation : « *Le droit à dommages-intérêts est un droit fondamental, un droit de l'homme, tandis que l'obligation de réparer n'est pas un devoir fondamental* »¹²⁴³. Les textes français ou suisse ne donnent pas de définition du droit à réparation. Ils posent seulement les conditions de son existence : un dommage pouvant être rattaché au fait d'une personne. La question du droit à réparation n'est d'ailleurs pas envisagée par le projet de réforme suisse en dehors de la transaction dont il peut être l'objet.

Trois questions relatives au droit à réparation doivent être abordées dans l'optique d'une réforme du droit de la responsabilité civile : le moment de sa naissance (Section 1), sa cessibilité (Section 2), la transaction dont il peut faire l'objet (Section 3).

SECTION 1 LA NAISSANCE DU DROIT À RÉPARATION

632 La question de la détermination du moment de la naissance du droit à réparation n'est pas abordée par le projet de réforme suisse. La raison de ce silence pourrait être un défaut d'intérêt pratique : par exemple, le point de départ du délai de prescription de l'action en réparation ne court pas à compter de la naissance du droit à réparation, mais à compter du fait générateur ou de la connaissance du dommage¹²⁴⁴. Au contraire, en droit français, la loi du 17 juin 2008 a introduit un délai butoir de droit commun de vingt ans qui court « à compter du

¹²⁴¹V. supra, Les droits garantis par la Constitution, p. 38 et s., §. 46 et s.

¹²⁴²Conseil constitutionnel, DC n°99-419, 9 novembre 1999 relative à la loi sur le PACS, cons. 70.

¹²⁴³J. CARBONNIER, Les obligations, Droit civil, vol. 2, Les biens. Les obligations. Coll. Quadriga, PUF, Paris, 2004, p. 2254, n°1115.

¹²⁴⁴V. infra, La prescription de l'action en responsabilité civile, p. 382 et s. spéc. p. 399 et s.

jour de la naissance du droit » (article 2232)¹²⁴⁵. Cette disposition montre l'intérêt qu'il y a à la détermination du moment auquel naît le droit à réparation. Différentes théories ont été émises sur ce point (§.1), étant précisé que le droit à réparation ne se confond pas avec la créance de réparation (§.2).

§.1 LES DIFFÉRENTES THÉORIES

633 On pourrait déduire du droit de la responsabilité civile que la réunion de ses conditions de mise en jeu fait naître l'obligation de réparer et corrélativement, le droit d'exiger la réparation. Différentes théories ont été proposées, inspirées par des considérations pratiques non négligeables mais qui concernaient le plus souvent la créance de réparation, voire l'indemnité d'assurance, et non le droit à réparation lui-même. En revanche, il est exact de relever la progression qui part du droit à réparation pour aller vers la créance de réparation et finit par l'indemnité d'assurance¹²⁴⁶.

634 Ainsi, lorsqu'il a été question de savoir à partir de quel moment les intérêts de la somme allouée à titre de dommages-intérêts courraient, diverses propositions ont été émises. Selon la théorie du jugement constitutif, le droit à réparation naît au jour du jugement qui condamne le responsable à réparer le dommage¹²⁴⁷. Les intérêts moratoires courent à compter du jugement. La créance constatée par titre exécutoire n'est pas nécessairement la même chose que le droit dont elle est issue. Certains auteurs ont d'ailleurs critiqué le fait que les intérêts moratoires courent à compter du jugement de condamnation en estimant que « *celui-ci n'est pas constitutif ; il ne crée pas la créance de réparation, qui ne naît pas de lui ; il est déclaratif, constate seulement la créance de réparation, qui existe depuis le préjudice initial et porte de ce jour intérêts* »¹²⁴⁸. Selon le doyen CARBONNIER, « *le fait dommageable a fait naître une obligation de réparer le dommage, mais cette obligation est encore informe. Il faut le procès pour la transformer en une dette précise de dommages-intérêts* ». Il en résulte que le jugement a, en matière de responsabilité civile, un effet largement constitutif de droit : « *le jugement est déclaratif quant au principe du droit à réparation, attributif quant au quantum* ». Un autre auteur a étudié l'enchaînement d'événements qui peut exister entre le fait générateur et le paiement de l'indemnisation ; il distingue notamment le fait dommageable, c'est-à-dire le fait qui va causer le dommage et le fait générateur antérieur (l'accident

¹²⁴⁵F. ANCEL, La loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, GP. 12 juillet 2008, n°194, p. 2 et s. Il choisit justement de prendre comme exemple de point de départ du délai butoir « *le jour du dommage en matière de responsabilité* ».

¹²⁴⁶P. JOURDAIN, La date de naissance de la créance d'indemnisation, LPA. 9 nov. 2004, n°224, p. 49 et s.

¹²⁴⁷H. LALOU, Déclaratifs ou attributifs, DH. 1938, chron. 69.

¹²⁴⁸H. MAZEAUD & L. MAZEAUD, Droit civil, 3e édition, tome 3, n°2248 à 2262.

automobile causé par la consommation d'alcool du conducteur) ; le fait dommageable serait le moment auquel naît le rapport d'obligation entre responsable et victime¹²⁴⁹. Dans un autre article, cet auteur indique que la réalisation du dommage est le moment où naît le droit à réparation, mais que le dommage joue comme condition suspensive d'une obligation virtuelle née au moment du fait dommageable¹²⁵⁰. Cette présentation résulte du point de vue particulier que l'assureur peut avoir sur la question en raison de ce que son obligation à garantie remonte au jour du fait générateur, mais cela n'implique pas que le droit à réparation lui-même naisse à ce moment. En effet, comme l'indique cet auteur, les textes du droit des assurances¹²⁵¹ ainsi que des textes européens¹²⁵² placent le point de départ de la prescription au moment du fait dommageable et non au moment de la réalisation du dommage. Le point de départ du délai de prescription doit-il forcément être lié à la naissance du droit en cause ? La logique voudrait que oui, néanmoins, il faut se rappeler que la prescription concerne l'exercice de l'action et non la substance du droit¹²⁵³. On pourrait donc concevoir un certain décalage entre les deux. Le droit d'agir est adossé au droit substantiel. Mais sa structure et son organisation peuvent en être détachées pour faire remonter le début du délai de prescription au moment du fait générateur du dommage tandis que le droit à réparation ne naîtrait qu'au jour du dommage. C'est sans doute pour cela que les droits suisse et allemand font courir leurs délais butoir à compter du fait générateur du dommage et non à compter de la naissance du droit à réparation, leurs délais butoirs atteignant ainsi leur objectif puisque le moment du fait générateur est moins susceptible de variation que le jour du dommage, lequel peut se produire très loin dans le temps¹²⁵⁴.

635 Un autre auteur écarte le jour du fait dommageable car le droit à réparation ne peut naître si le dommage ne s'est pas réalisé. Cette idée a déjà été souligné par le doyen RIPERT qui indiquait que « *Rationnellement, on ne peut placer la naissance du droit à réparation avant*

¹²⁴⁹Y. LAMBERT-FAIVRE, La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « *réclamation de la victime* », D. 1992. 13 et s.

¹²⁵⁰Y. LAMBERT-FAIVRE, Le principe du maintien de la garantie d'assurance responsabilité civile pendant toute la durée de la responsabilité civile, D. 1998. 287.

¹²⁵¹Par exemple l'article L. 124-1 du Code des assurances français.

¹²⁵²Par exemple l'art. 11 de la directive CEE du 25 juill. 1985 relative à la responsabilité des fabricants du fait de produits défectueux retient la date de mise en circulation du produit comme point de départ de la prescription de la responsabilité du producteur.

¹²⁵³Bien que le législateur français en ait décidé autrement, en contradiction d'ailleurs avec l'exemple des législations étrangères telle celle du droit suisse, v. infra, p. 414 et s., La portée de l'effet extinctif de la prescription.

¹²⁵⁴V. par exemple les maladies dues à l'amiante dont le déclenchement se situe pour certaines trente ans après l'exposition, comme l'indique le commissaire du gouvernement, Mme E. PRADA-BORDENAVE, Les carences de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'amiante, Conclusions sur CE, ass., 3 mars 2004, RFDA. 2004, p. 612-625.

l'arrivée du dommage »¹²⁵⁵. Le dommage est l'une des conditions de la responsabilité civile¹²⁵⁶. Son existence est donc nécessaire et préalable à la naissance du droit à réparation, sauf la théorie de la condition suspensive évoquée plus haut. Toutefois, cette théorie de la condition suspensive ne peut pas non plus être admise car la condition suspend les effets de l'obligation mais n'agit pas sur sa naissance¹²⁵⁷. D'ailleurs, un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation indique que « *le droit pour la victime d'obtenir réparation du préjudice subi existe dès que le dommage est causé* »¹²⁵⁸.

636 En revanche, si l'obligation de réparer naît à compter du dommage, encore faut-il s'entendre sur cette notion. Il apparaît alors que la distinction savante¹²⁵⁹ du droit suisse entre l'atteinte et le dommage économique ou moral qui en résulte¹²⁶⁰ présente une utilité pour déterminer le moment auquel naît le droit à réparation. L'atteinte est unique tandis que les dommages qui en résultent peuvent être de différentes sortes et naître à différents moments. La même idée peut être exprimée en considérant que « *le dommage* » désigne ce que le droit suisse appelle l'atteinte, tandis que « *les dommages* » sont les conséquences du premier. Par souci de clarté, l'emploi d'une terminologie précise est souhaitable. S'agissant d'un accident de voiture causé par un conducteur ivre, le fait générateur est la consommation excessive d'alcool ayant obéré les capacités d'action du conducteur, le fait dommageable ou l'atteinte est l'accident lui-même, d'où découle une série de dommages : souffrance, frais d'hôpitaux, perte de salaire, et plus loin dans le temps, incapacité et modification définitive des conditions d'existence de la victime. Le moment du fait dommageable n'est donc pas obligatoirement celui du fait générateur, ni celui du dommage.

637 Selon la jurisprudence le droit à réparation naît au jour du fait dommageable. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « *le droit du salarié au paiement d'une indemnité au titre de l'interdiction de concurrence a pris naissance au moment de la rupture de son contrat de travail prévoyant l'application d'une clause de non-concurrence sans contrepartie financière* »¹²⁶¹. Dans le même sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation censure une Cour d'appel qui rejette la demande en réparation du bailleur auquel une société en redressement judiciaire a

¹²⁵⁵L. RIPERT, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse Paris 1933, Dalloz, Paris, 1933, n° 115.

¹²⁵⁶F. LEDUC, Régime de la réparation (mai 2006), JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 201, n°4.

¹²⁵⁷J.-J. TAISNE, JCL civil, article 1168 à 1174, Contrats et obligations. Obligations conditionnelles. n°65 et s. L'auteur raisonne essentiellement sur la condition dans le cadre du contrat.

¹²⁵⁸Cass. com., 2 février 2010, n°09-11938, Bull. n°31 ; RCEA. 2010/5, comm. 107.

¹²⁵⁹En droit suisse, cette distinction découle de la construction du système de la responsabilité civile où l'obligation de réparer ne pouvait résulter que de l'atteinte à certains droits seulement.

¹²⁶⁰Cf. supra, la notion de dommage.

¹²⁶¹Cass. soc. 16 janvier 2008, n°06-44022, inédit.

rendu les lieux loués en mauvais état : « attendu qu'en se déterminant ainsi sans rechercher, comme elle y était invitée, si la créance relative aux travaux de remise en état ne résultait pas de dégradations commises antérieurement au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹²⁶².

638 Une autre jurisprudence, constitutionnelle cette fois-ci, censure une disposition législative faisant partir le délai de prescription, non du jour de la naissance du préjudice mais du jour où les travaux ont pris fin, ce qui a pour effet d'interdire la réparation de préjudices pouvant se révéler tardivement¹²⁶³. La décision du 13 décembre 1985 a été rendue par le Conseil constitutionnel en matière de travaux publics et en se fondant sur le principe d'égalité devant les charges publiques pour censurer la règle de prescription qui aurait eu pour effet de priver certaines victimes de la réparation à laquelle elles avaient droit.

639 On ne peut admettre que le droit à réparation naisse au jour du fait dommageable, quand bien même une commodité du langage judiciaire y recourt habituellement. Le dommage est en effet la raison d'exister de la responsabilité civile. Comme le relève un auteur, cela reviendrait à admettre la naissance du droit à réparation avant que les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile aient été réunies¹²⁶⁴. Si l'on admet que l'obligation de réparer naît donc au moment où les conditions de la responsabilité civile sont réunies, c'est-à-dire que le dommage s'est réalisé indépendamment des multiples préjudices qui vont en résulter, il devient facile ensuite d'y rattacher le droit à réparation de la victime, qui se concrétisera ultérieurement en une créance d'abord virtuelle puis liquide et exigible dès lors que le jugement sera intervenu. D'ailleurs, le projet CATALA propose l'introduction d'un texte exprès précisant le moment de la naissance du droit à réparation : l'article 1367 nouveau disposerait :

« La créance de réparation naît du jour de la réalisation du dommage ou, en cas de dommage futur, du jour où sa certitude est acquise ».

640 Toutefois ce texte entretient la confusion entre le droit à réparation, encore créance informe, indéterminée dans son montant mais qui peut déjà être transmise d'un patrimoine à un autre, et la créance liquide et exigible qui résulte du jugement¹²⁶⁵. Il eût été

¹²⁶²Cass. com., 13 mars 2007, n°05-21504 : l'enjeu du litige était de déterminer la date de naissance de la créance d'indemnisation afin de savoir si elle était née avant ou après l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire de l'entreprise dont la responsabilité était recherchée. C.-H. GALLET, La date de naissance et la date d'exigibilité de la créance de réparations locatives en cas de liquidation judiciaire du preneur des locaux commerciaux, *Revue des loyers et des fermages*, 2007/7, n°879, p. 339-344 ; L.-C. HENRY, Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 mars 2007, GP. du 20 juillet 2007, n°201, p. 37 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, Note sous arrêts, *Revue des procédures collectives* 2007/9, n°3, p. 144.

¹²⁶³DC n°85-198, 13 décembre 1985 relative à la Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.

¹²⁶⁴F. LEDUC, Régime de la réparation (mai 2006), JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 201, n°4.

¹²⁶⁵J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit. (p. 321), p. 2254, n°1115 : « le fait dommageable a fait naître une

préférable d'employer le terme de « droit à réparation ».

641 La localisation dans le temps du droit à réparation ne présente pas seulement un intérêt au regard de la prescription, mais de toutes les opérations susceptibles d'être exercées sur la créance de réparation issue du droit à réparation (les notions de droit et de créance étant souvent confondues) : cession¹²⁶⁶, transmission à cause de mort¹²⁶⁷, inscription dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire du débiteur, ouverture de l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable, couverture du dommage par l'assurance en cas de clause de réclamation ou « *claims made* »¹²⁶⁸.

§.2 DROIT ET CRÉANCE

642 Des auteurs distinguent l'obligation ou le droit à réparation de la créance de réparation : l'obligation est le droit pour une personne d'exiger quelque chose d'une autre personne, l'objet de ce droit peut être la réparation, tandis que la créance ou la dette de réparation entendues au sens strict sont l'effet de l'obligation, son résultat économique matérialisé par une obligation de somme d'argent¹²⁶⁹. On pourrait considérer que cette distinction est purement doctrinale et n'affecte que la terminologie juridique. Il est vrai que la doctrine et la jurisprudence emploient indifféremment l'un et l'autre terme.

643 La distinction entre droit à réparation et créance est évidente lorsque la réparation se fait en nature : il y a une obligation à réparation dont un créancier est titulaire et dont le responsable est débiteur, mais point de créance de sommes d'argent. Un autre élément permet d'appuyer la distinction : le droit à réparation naît au moment où le dommage est causé tandis que la créance ne pourra naître qu'une fois que le juge aura statué¹²⁷⁰.

644 Parce que l'obligation est un « pouvoir » sur le débiteur¹²⁷¹, elle n'est pas encore un obligation de réparer le dommage, mais cette obligation est encore informelle. Il faut le procès pour la transformer en une dette précise de dommages-intérêts ».

¹²⁶⁶V. par ex. A. PINNA, La mobilisation de la créance indemnitaire, RTDciv. 2008. 229.

¹²⁶⁷V. par ex. Cass. civ. 1re, 13 mars 2007, n°05-19020, Bull. n°118. P. JOURDAIN, La perte d'une chance d'éviter une souffrance morale se transmet aux héritiers de la victime, RTDciv. 2007. 785.

¹²⁶⁸V. entre autres, Y. LAMBERT-FAIVRE, Le principe du maintien de la garantie d'assurance responsabilité civile pendant toute la durée de la responsabilité civile, D. 1998. 287.

¹²⁶⁹J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, Le régime des créances et des dettes, LGDJ, Paris, 2005, n°4, p. 5 : « l'obligation civile est une combinaison d'une technique, un lien entre deux ou plusieurs personnes, et d'un but, un résultat économique précis... À ce dernier point de vue, l'effet produit par une obligation, qui astreint une personne envers une autre, consiste toujours dans la création d'une richesse, le maintien d'une richesse, l'exploitation d'une richesse préexistante (un bien), ou enfin, dans la restauration d'une richesse ».

¹²⁷⁰Cass. crim. 19 juin 2007, n°06-88910 : « Attendu que, si le droit pour la victime d'obtenir réparation du préjudice subi existe dès que le dommage a été causé, l'évaluation de ce préjudice doit être faite par le juge au moment où il rend sa décision, en tenant compte de tous les éléments connus à cette date ».

¹²⁷¹Ib.

bien patrimonial susceptible d'appropriation et protégé en tant que tel par l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. En revanche, la créance résultant de l'application des règles du droit de la responsabilité civile constitue un bien au sens de la Convention¹²⁷². Par contre, le droit à réparation sera garanti lorsque l'atteinte résultera d'une violation de l'un des droits substantiels protégés par la Convention, l'État ayant l'obligation positive de prévoir les mécanismes de réparation des atteintes à ces droits ; la réparation pouvant prendre différentes formes, y compris celle prévue par la responsabilité civile, sous la forme d'une créance de dommages-intérêts. Par conséquent, le droit à réparation est garanti dans son principe en cas de violation des droits fondamentaux, mais pas sa traduction économique. La créance de réparation n'est garantie que si le droit national prévoit une telle traduction économique du droit à réparation, et seulement dans la mesure où le créancier en a été dépossédé sans que cela puisse être justifié au regard de l'intérêt général.

645 La confusion entre droit à réparation et créance de réparation au sens strict n'est pas rare : ainsi le projet CATALA proposait d'indiquer à l'article 1367 nouveau que « *La créance de réparation naît du jour de la réalisation du dommage ou, en cas de dommage futur, du jour où sa certitude est acquise* ». Il s'agit en réalité de déterminer à quel moment naît le droit à réparation, en précisant que le dommage futur est pris en compte lorsqu'il est certain. La précision terminologique faciliterait l'accessibilité de la loi par la clarification des concepts. Par ailleurs, le projet CATALA a le mérite d'envisager dans une partie commune les règles relatives aux opérations susceptibles d'être réalisées sur les créances de réparation : cession, y compris de créances futures, éventuellement dans un but de garantie (fiducie), subrogation.

646 La créance de réparation peut naître à un autre moment que le droit à réparation. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation juge par un arrêt du 4 juin 2002¹²⁷³ que « *la créance en réparation du dommage corporel de la victime avait pris naissance à l'égard du fonds de garantie automobile à la date de la décision irrévocable constatant la responsabilité de l'auteur du dommage, le fait que ce dernier n'était pas couvert par une assurance garantissant sa responsabilité, et l'intervention volontaire du fonds de garantie* ». Le droit à réparation a pris naissance au jour du dommage, mais n'a été concrétisé par la créance d'indemnisation qu'après que le juge ait constaté que les conditions pour actionner le fonds étaient remplies. La créance future peut faire l'objet d'une cession ou d'une transmission.

¹²⁷²CEDH, 6 octobre 2005, Maurice c/ France, et même date, Draon c/ France. Lire entre autres Y.-H. LELEU & M. PAQUES, Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens, JdT. (belge), 29 avril 2006, n°6222, p. 277-284.

¹²⁷³Cass. com. 4 juin 2002, n°94-21993, Bull. n°171.

SECTION 2 LA DISPONIBILITÉ DU DROIT À RÉPARATION

Le droit à réparation de la victime peut être mis en œuvre par d'autres, ayant-droits à titre particulier ou ayant-causes à titre universel. La question de la cession de la créance de dommages-intérêts peut être envisagée mais elle concerne la créance elle-même et non le droit à réparation proprement dit. La cession de la valeur économique que représentera le droit réalisé en justice peut également faire l'objet d'une cession¹²⁷⁴. La victime peut vouloir mobiliser sa créance de réparation sans attendre le jugement, la cession portant alors non sur une créance proprement dite mais sur une expectative de créance fondée dans son principe sur le droit à réparation. La cession du droit à réparation, si elle permet à la victime d'obtenir des fonds rapidement, pose le même problème que la transaction : la réparation de certains préjudices, spécialement le préjudice corporel, ne doit pas pouvoir être l'objet de transactions lésionnaires¹²⁷⁵. En outre, la cession du droit à réparation implique de permettre la spéculation sur l'exercice d'actions en justice. Certains droits de *Common Law* ont d'ailleurs expressément interdit de commercialiser les actions en justice¹²⁷⁶. En pratique, la question se pose dans des termes relativement similaires à celle de l'admissibilité de la transaction entre l'assureur et la victime¹²⁷⁷.

647 Le droit à réparation qui se trouve dans le patrimoine de la victime tombe en principe dans sa succession et peut donc être exercé par ses héritiers. Ce principe a pour conséquence la transmission aux héritiers du droit d'action en réparation tant du préjudice matériel que du préjudice moral, y compris lorsque la victime est décédée avant d'avoir introduit l'action. La transmissibilité de l'action en réparation du préjudice matériel ne prête pas à discussion même lorsque la victime est décédée avant d'avoir agi¹²⁷⁸ et même lorsque les héritiers de la victime ont été indemnisés de leur préjudice personnel résultant du décès de la victime¹²⁷⁹. Il n'en va pas de même pour le droit de mettre en mouvement l'action publique car c'est une prérogative de la victime qui a personnellement souffert de l'infraction ou du

¹²⁷⁴V. sur cette question A. PINNA, La mobilisation de la créance indemnitaire, RTDciv. 2008. 229.

¹²⁷⁵V. infra La transaction, p. 332 et s.

¹²⁷⁶A. PINNA, ib.

¹²⁷⁷V. infra La transaction, p. 332 et s.

¹²⁷⁸Règle déjà exposée en 1895, à la rubrique Responsabilité, in Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence de MM. Dalloz, sous la dir. de G. GRIOLET & C. VERGÉ, Librairie générale de jurisprudence, Paris, 1895, tome 15, n°228-230.

¹²⁷⁹Cass. civ. 2e, 20 mars 2008, n°07-15807, Bull. n°72 : les héritiers d'une victime décédée des suites d'une exposition à l'amiante avait été indemnisée par le FIVA de leur dommage propre, la Cour de cassation affirme « *que les ayants droits d'une victime décédée des suites d'une maladie causée par l'amiante sont recevables à exercer, outre l'action en réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait de ce décès, l'action en réparation du préjudice subi par la victime résultant de sa maladie* ».

Ministère public ; si ni l'un ni l'autre n'ont mis en mouvement l'action publique, l'action des héritiers de la victime ne peut être exercée que devant les juridictions civiles¹²⁸⁰.

648 En droit français, la jurisprudence civile a quelque peu hésité à admettre la transmissibilité du droit à réparation du préjudice moral lorsque la victime était décédée avant d'avoir engagé l'action¹²⁸¹. Par deux arrêts en date du 30 avril 1974, la chambre mixte de la Cour de cassation a affirmé que le dommage moral étant né dans le patrimoine de la victime se transmet à son décès à ses héritiers¹²⁸².

649 La juridiction administrative n'a en revanche admis le principe de la transmission de l'action en réparation du préjudice moral de la victime à ses héritiers, en l'absence d'une action introduite par elle avant son décès, que bien plus tard par un arrêt du 29 mars 2000¹²⁸³. La juridiction administrative admettait la transmission du droit à réparation lorsque la victime avait introduit l'action de son vivant¹²⁸⁴. C'était une limite posée à l'extension sans fin du champ de la réparation, limite qui peut se justifier d'abord au regard de la légitimité de l'admission de la réparation du préjudice moral, et ensuite en relation avec l'idée de l'utilité sociale de la réparation lorsque l'on considère que les ayant-droits de la victime décédée sont indemnisés de leurs préjudices personnels, tant matériel que moral.

¹²⁸⁰ Ass. pl. 9 mai 2008, n°05-85751 : « *Sauf exceptions légales, le droit de la partie civile de mettre en mouvement l'action publique est une prérogative de la victime qui a personnellement souffert de l'infraction ; que l'action publique n'ayant été mise en mouvement ni par la victime ni par le ministère public, seule la voie civile était ouverte à la demanderesse pour exercer le droit à réparation reçu en sa qualité d'héritière* ». En revanche, l'action civile des héritiers est recevable lorsque le ministère public a mis en mouvement l'action publique et que la victime n'a pas renoncé à ses droits : Ass. pl. du même jour, pourvoi n°05-87379. BICC du 15 juillet 2008, n°686, p. 1-4 (http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_informati_on_2008_2590/no686_15_2773/jurisprudence_2775/) ; D. BAKOUCHE, La transmission aux héritiers du préjudice subi par leur auteur, Lexbase Hebdo - Edition Privée, 29/05/2008, n°06 ; D. BOURGAULT-COUDEVYILLE, Conditions de recevabilité de l'action civile ouverte aux héritiers de la victime d'infraction, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 18 septembre 2008, n°318 ; S. HOCQUET-BERG, La transmission de l'action civile de la victime d'une infraction, RLDC. 2008, n°53, p. 19-23 ; J.-Y. MARECHAL, L'assemblée plénière prend position sur l'action civile des héritiers de la victime d'une infraction, JCP. EG. II. 10124 ; V. PICHON, Transmission aux héritiers du droit à réparation du préjudice antérieur au décès, RLDC. 2008, n°51, p. 24 -25 ; C. SAAS, Les héritiers face au préjudice subi par leur auteur, AJP. 2008/9, p. 366-369 ; M. SANCHEZ, Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'assemblée plénière le 9 mai 2008, Droit pénal 2008/7, p. 13-16.

¹²⁸¹ Sur la solution de droit suisse, v. infra, p. 331, §. 654.

¹²⁸² Ch. mixte, 30 avril 1974, Goubeau c/ Alizan & époux Wattelet c/ Lepetitcorps, n°73-93914 & 74-90280 : la Cour de cassation admet la transmissibilité de l'action en réparation du préjudice moral aux héritiers des parents de la victime et aux héritiers de la victime.

¹²⁸³ CE, 29 mars 2000, AP de Paris, n°195662, Lebon p. 147 ; concl. D. CHAUVAUX, RFDA. 2000, p. 850 et s. ; A. BOURREL, Note sous arrêt, D. 2000, p. 563-566 ; A. DERRIEN, La demande en réparation de la douleur peut être introduite par les héritiers de la victime, JCP. EG. 2000. II. 10360 ; M. FOULETIER, La transmission des droits personnels d'une victime à ses héritiers, LPA. 21 septembre 2000, n°190, p. 13-18 ; C. LAUCCI, La transmission du droit à réparation du préjudice personnel devant le juge administratif, RRJ. 2001/4, p. 2133-2149 ; S. PUGEAULT, Les droits d'une victime d'un dommage hospitalier se transmettent à ses héritiers, RDSS. 2001/1, p. 77-84 ; P. VILLENEUVE, Le droit à réparation des héritiers en matière de contamination par l'hépatite C, *Revue générale de droit médical*, 2000/4, p. 141-151 ; même auteur, Responsabilité de la puissance publique. Note sous l'arrêt du Conseil d'État, section du contentieux, 29 mars 2000, Assistance publique-Hôpitaux de Paris, GP. 17 décembre 2000, n°352, p. 34-38.

¹²⁸⁴ CE sect. 29 janvier 1971, Association « Jeunesse et reconstruction », Lebon p. 81.

650 L'admission du principe de la transmissibilité de l'action en réparation du préjudice moral est critiquée par certains auteurs qui estiment qu'il s'agit d'un préjudice éminemment personnel¹²⁸⁵, que cela contribue à assimiler le préjudice moral aux autres types de préjudices et à mettre l'accent sur le caractère monétaire de la réparation. D'autres auteurs estiment de façon générale que la réparation du préjudice moral ne devrait être admise que par exception ; par conséquent le principe devrait être celui de l'intransmissibilité du droit à réparation du préjudice moral aux héritiers de la victime¹²⁸⁶. Il est vrai que si la réparation du préjudice moral a pour but de compenser les souffrances endurées, celui-ci ne peut plus être atteint lorsque la victime est décédée ; considérer la question sous un angle exclusivement patrimonial est curieux s'agissant d'un préjudice éminemment personnel.

651 En outre, le caractère pécuniaire du droit à réparation au titre du préjudice moral n'interdit pas de réserver l'exercice de l'action à la seule victime. L'argument selon lequel il serait choquant que le responsable voit l'étendue de sa responsabilité réduite en raison du décès de la victime traduit une confusion entre la fonction réparatrice et la fonction punitive de la responsabilité civile, la première ayant le pas sur la seconde sauf lorsque la seconde conditionne la première. Ainsi, la victime d'une faute lucrative ou grossière, cause de son décès, devrait pouvoir transmettre l'action en réparation de son préjudice moral à ses héritiers parce que la faute commise appelle une réparation exemplaire. En dehors de cette hypothèse, l'exercice de l'action en réparation du préjudice moral devrait être réservé à la victime elle-même.

652 Cette solution est confortée par le refus actuel de la jurisprudence d'accorder aux héritiers la réparation du préjudice moral de la victime qui est décédée sur le coup, préjudice moral qui résulterait de la mort elle-même¹²⁸⁷ : si le droit d'action naît au moment du

¹²⁸⁵B. STARCK, L. BOYER, H. ROLAND, Obligations. Responsabilité délictuelle, 5 éd. Litec, Paris, 1996, N°183, p. 103.

¹²⁸⁶Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), n°987, p. 985.

¹²⁸⁷Cass. crim. 30 octobre 1979, n°78-93267, Bull. n°299 : la cour de cassation approuve la Cour d'appel qui avait indemnisé le *pretium doloris* de la victime, transmis à ses héritiers, mais non le préjudice moral résultant de la perte de la vie, ou *pretium mortis*, au motif « *qu'avant la mort de la victime, moment où s'est réalisée la perte d'espérance de vie dont les héritiers font état, aucun droit à indemnité de ce chef n'était entré dans le patrimoine de dame Carnet et n'avait pu être transmis à la succession* ». Par un arrêt du 13 mars 2007, n°05-19020, Bull. n°118, la première chambre civile semble remettre en cause l'intransmissibilité du préjudice moral à raison de la perte d'une espérance de vie. Un médecin n'avait pas décelé un cancer, dont la patiente était décédée moins de deux ans plus tard. L'expert relève que vu la nature du mal, un traitement précoce n'aurait pas empêché le décès. La Cour d'appel a considéré que les souffrances résultaient de la maladie et des traitements, et non de la faute du médecin. L'indemnisation du préjudice moral de la victime résultant de la perte de chance de survie est également rejeté car « *aucun droit à indemnité n'est entré dans le patrimoine de la victime avant sa mort, moment où s'est réalisée la perte d'espérance de vie* ». La Cour de cassation censure en reprenant le motif des arrêts de la chambre mixte du 30 avril 1974. Or en réalité, il ne s'agissait pas de *pretium mortis*, mais de *pretium doloris*, la Cour d'appel n'a pas estimé devoir réparer parce que la mort était inévitable, même en l'absence d'erreur de diagnostic.

dommage, et indépendamment de la conscience que peut avoir la victime de son état, l'action en réparation devrait être transmise de la même façon que si la victime avait survécu quelques jours et non quelques secondes.

653 Des auteurs attribuent la solution retenue par la Cour de cassation au fait que la solution contraire l'obligerait à examiner la ventilation opérée par les juges du fond entre préjudice moral et préjudice patrimonial¹²⁸⁸. Il est exact que cet examen serait nécessairement pointilleux ; ainsi le préjudice corporel engendre à la fois des préjudices patrimoniaux (coût des soins par ex.) et des préjudices moraux (*pretium doloris*, préjudice d'agrément, préjudice sexuel, par ex.). La Haute juridiction devrait donc examiner si les juges du fond ont admis à bon droit la transmission de tel préjudice, mais non de tel autre. En admettant que cette explication soit fondée, on peut supposer que la Cour pourrait être amenée à faire évoluer sa position dans la mesure où la modification de l'assiette du recours des tiers payeurs risque de générer un contentieux dans lequel, sauf à léser les caisses, la Haute juridiction devra indiquer aux juges du fond les critères de ventilation des dommages afin de déterminer précisément ceux qui entrent dans l'assiette du recours des tiers payeurs. À l'occasion de cet examen détaillé de la ventilation des différents dommages, la Cour de cassation aurait la possibilité de revenir sur sa jurisprudence et d'affirmer le caractère personnel de l'action en réparation du préjudice moral.

654 La solution actuelle du droit suisse n'est pas affectée par le projet de réforme suisse. La règle résulte de la jurisprudence et il devrait en être ainsi à l'avenir également car la réglementation proposée ne règle pas la réparation du tort moral de façon aussi détaillée¹²⁸⁹. Selon le Tribunal fédéral, le droit à réparation du préjudice moral est cessible et transmissible, à condition toutefois que la victime ait agi pour faire valoir sa créance, la faisant entrer dans son patrimoine comme n'importe quel droit patrimonial¹²⁹⁰. La jurisprudence admet également que les proches puissent agir en réparation de leur préjudice moral personnel tout en exerçant l'action héritée de la victime¹²⁹¹. En revanche, comme le relève un auteur, la transmissibilité du droit à réparation que la victime elle-même n'a pas fait valoir serait choquante¹²⁹².

655 Dans le cadre d'une réforme du droit de la responsabilité civile en France, faut-il

¹²⁸⁸G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 328.

¹²⁸⁹REAP p. 88 et s.

¹²⁹⁰F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 350, n°1387 et s.

¹²⁹¹ATF 118 II 404, cons. 3, p. 406 et s.

¹²⁹²F. WERRO, La responsabilité civile, p. 350, n°1387, et la référence citée : ATF 41 II 339.

poser dans la loi le principe du caractère exclusivement personnel de l'action en réparation du préjudice moral ? Le projet CATALA a prévu d'indiquer à l'article 1367 que « *la créance de réparation naît du jour de la réalisation du dommage* », mais la question de la transmissibilité du préjudice moral en l'absence d'action de la victime n'est pas envisagée. Peut-être faut-il laisser le soin à la jurisprudence de régler la question. Cependant, le rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007¹²⁹³ relève que l'obligation pour le juge du fond de procéder à une évaluation distincte des différents préjudices (articles 1374, 1379 et 1380) risque de transformer la Cour de cassation en troisième degré de juridiction s'agissant du montant de l'évaluation de tel ou tel dommage¹²⁹⁴. Toutefois, l'opération d'évaluation d'un chef de dommage ne doit pas être confondue avec le fait d'indiquer les différents préjudices dont la réparation est ordonnée. La première opération relève de l'appréciation souveraine des juges du fond tandis que la seconde relève du droit. La question de la transmissibilité du droit à réparation du préjudice moral aux héritiers n'est pas envisagée par le projet CATALA ni par le projet sénatorial. Pourtant, l'exclusion de la transmissibilité permettrait d'alléger les charges des assureurs et ainsi de libérer des fonds pour l'indemnisation des dommages corporels de victimes encore en vie.

Lorsque la victime entend exercer ses droits à réparation, elle a la possibilité de transiger avec le responsable. Compte tenu de l'importance pratique de ce mécanisme, le projet de réforme suisse envisage la question et propose la modification de certaines règles¹²⁹⁵.

Nous verrons ensuite les questions relatives à l'action et aux conséquences découlant de la responsabilité civile.

SECTION 3 LA TRANSACTION

656 Les auteurs du projet de réforme suisse indiquent que la transaction constitue le mode de règlement de la grande majorité des litiges de responsabilité civile¹²⁹⁶. Compte tenu des problèmes que révèlent le droit positif, le projet de réforme concrétise la volonté d'assurer l'effectivité du droit à réparation de la victime en réglementant cet important aspect pratique.

¹²⁹³Le rapport est accessible sur le site internet de la Cour de cassation à l'adresse indiquée dans la bibliographie. La longueur du lien interdit de le faire figurer ici.

¹²⁹⁴Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007, n°88.

¹²⁹⁵REAP p. 263.

¹²⁹⁶REAP p. 181. Même remarque, F. WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit. (p. 74), p. 340, n°1331. Il en va de même en droit français : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, op. cit. (p. 64), n°2105, p. 540.

Le terme de « transaction » ou de « transaction extrajudiciaire » n'est pas forcément toujours employé. Les termes de « convention d'indemnisation » ou de « quittance pour solde de compte » sont également employés pour désigner ce contrat innommé en droit suisse et que le Tribunal fédéral définit comme un « contrat par lequel les parties terminent un différend ou mettent fin à une incertitude touchant un rapport de droit grâce à des concessions réciproques »¹²⁹⁷.

657 En droit français, la définition de la transaction résulte de la doctrine et de la jurisprudence car le Code civil n'en donne pas. L'article 2044 du Code civil se borne à énoncer le résultat de la transaction, résultat qui peut être atteint par le biais d'autres contrats : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Comme l'indique un auteur, les rédacteurs du Code civil ont omis l'élément central de la transaction : l'existence de concessions réciproques¹²⁹⁸. Le terme de transaction désigne de façon générique un « contrat par lequel les parties mettent fin à leur litige né ou à naître par la négociation de concessions réciproques »¹²⁹⁹. Ce contrat n'est pas limité au droit de la responsabilité civile¹³⁰⁰. En droit français, il joue en présence d'un litige déjà né, tandis que les clauses relatives à la responsabilité sont stipulées préalablement à tout litige. Par la transaction, la victime et le responsable déterminent contractuellement l'étendue et le mode de réparation du dommage.

658 Actuellement, le droit suisse admet la transaction mais sans que celle-ci soit réglementée par le Code des obligations ou le Code civil, la jurisprudence ayant précisé son régime. La loi fédérale sur la procédure civile fédérale indique à l'article 73 que la transaction met fin au litige et qu'elle a la force exécutoire d'un jugement¹³⁰¹. La question est envisagée sous l'angle de la possibilité pour la victime de revenir sur les accords particulièrement désavantageux qu'elle aurait pu contracter, poussée par la nécessité de disposer rapidement de

¹²⁹⁷ ATF 105 II 273, cons. 3a, p. 277 : « Der Vergleich, auch der gerichtliche, ist ein Vertrag, mit dem ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen beigelegt wird ». ATF 130 III 49, cons. 1.2, p. 51 ; ATF 111 II 349, cons. 1 : une personne ayant payé un acompte sur une vente qui ne s'est pas réalisée n'avait pu obtenir la répétition que d'une partie de la somme et s'était trouvé contraint de signer un acte par lequel elle renonçait à revendiquer le solde. Le Tribunal fédéral approuve les juges du fond d'avoir qualifié cette « quittance pour solde de compte » de transaction extrajudiciaire, « acte destiné à mettre un terme à l'incertitude touchant un rapport de droit moyennant des concessions réciproques ». Le Tribunal fédéral indique ensuite que la transaction est soumise aux dispositions relatives aux vices du consentement.

¹²⁹⁸C. JARROSSON, Les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997, p. 267 et s, et les références citées en note de bas de page n°18.

¹²⁹⁹G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, op. cit. (p. 32).

¹³⁰⁰V. par exemple la transaction en droit du travail, par laquelle le salarié licencié et l'employeur conviennent de régler le litige dont ils auraient pu saisir les tribunaux. De même, la transaction passée entre l'Administration et le délinquant économique, la première renonçant à poursuivre, le second renonçant aux garanties de la procédure pénale, v. à ce sujet J.- H. SYR, La nature de la transaction économique, JCP. EG. 1969. I. 2280. L'auteur relève toutefois qu'il s'agit de droit pénal et non de droit civil, il ne s'agit donc plus d'une détermination contractuelle de la réparation du dommage causé par l'infraction, à mi-chemin entre la peine et les dommages-intérêts.

¹³⁰¹Loi fédérale de procédure civile fédérale (PCF) du 4 décembre 1947, entrée en vigueur le 1er juillet 1948, RS 273.

liquidités. Le projet de Code fédéral de procédure civile qui entrera en vigueur en 2011¹³⁰² propose d'encourager le recours à la transaction afin de réduire l'encombrement des juridictions. Cette réforme ne prive cependant pas d'intérêt la réflexion menée par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile car il n'envisage que la procédure aboutissant à la transaction et non les conditions de validité de l'accord.

659 En droit suisse comme français, si la transaction présente l'avantage de la simplicité et de la rapidité, elle fait courir le risque à la victime de se voir trompée par un responsable pressant sans avoir la possibilité d'attendre pour obtenir en justice l'indemnisation à laquelle elle a droit. Il peut aussi arriver que la victime évalue mal son préjudice. Un auteur dénonce le fait que « *des victimes de dommages, mal informées et pressées d'obtenir quelque chose finissent par accepter trois fois rien et donc, des indemnités insuffisantes. Le mécanisme de la transaction peut en effet donner lieu à des abus, que la jurisprudence ne peut toujours combattre* »¹³⁰³. Le législateur est déjà intervenu par le passé : la loi du 3 avril 1942, validée par l'ordonnance n°45-2280 du 9 octobre 1945, prohibe la conclusion de pactes sur le règlement des indemnités dues aux victimes d'accidents. Comme le relève un auteur, le législateur est intervenu dans les domaines les plus sensibles : droit du travail et indemnisation des victimes d'accident de la circulation¹³⁰⁴.

660 Bien que la transaction ressortisse davantage des règles processuelles que du droit matériel de la responsabilité civile, elle doit être envisagée par tout projet de réforme du droit de la responsabilité civile car elle est l'un des moyens par lesquels la victime obtient l'indemnisation de son préjudice. Il faut dès lors s'assurer que cela soit effectivement le cas, ou organiser les conditions dans lesquelles la victime pourra remettre en cause une convention qui lui est par trop défavorable.

661 Le rapport explicatif du projet de réforme suisse indique que l'objet du droit de la responsabilité civile doit être d'assurer à la victime une réparation socialement adéquate et indique le corollaire logique de cette idée : « *la prétention de la victime à la réparation du dommage doit être garantie par des normes de caractère impératif* »¹³⁰⁵. Il est donc proposé d'établir aux articles 41 et s. du COS une réglementation propre à la responsabilité civile et ayant une vocation

¹³⁰²La loi fédérale de procédure civile du 4 décembre 1947 (RS 291) s'applique aux procédures devant le Tribunal fédéral, les règles de procédure devant les juridictions cantonales relevant de la compétence des cantons jusqu'à l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile, qui, selon un communiqué de presse en date du 31 mars 2010, a fixé par le Conseil fédéral au 1er janvier 2011.

¹³⁰³Y. STRICKLER, Procédure civile, éd. Paradigme, 2e éd., 2008, Orléans, p. 149.

¹³⁰⁴P. CHAUVEL, Transaction, Enc. Dalloz, (sept. 2004).

¹³⁰⁵REAP p. 257.

générale, c'est-à-dire que ces règles vaudraient pour tous les types de régime de responsabilité, objectif et subjectif, pour faute comme pour risque, personnel comme du fait de l'organisation. Le projet distingue les conventions antérieures (article 57 AP) et postérieures (article 58 AP) au fait générateur du dommage. Le projet de réforme ne traite pas des conventions d'extension de responsabilité entre cocontractants, ni de la question des conventions entre coresponsables qui modifient la répartition interne de la dette.

662 En droit suisse comme en droit français, il convient de distinguer les stipulations antérieures à la réalisation du dommage des accords conclus en cours de procédure. Les premières visent à prévoir les conséquences économiques éventuelles tandis que les seconds règlent l'indemnisation de la victime. Les accords antérieurs à la réalisation du dommage peuvent prévoir des dérogations au droit commun dans le sens d'une réduction ou d'une augmentation du champ de la responsabilité civile de droit commun. Ces questions ont déjà été présentées à l'occasion de l'étude de la responsabilité contractuelle et des clauses relatives à la responsabilité.

663 En droit français, la transaction peut intervenir devant n'importe quelle juridiction y compris la juridiction pénale puisque l'extinction de l'action civile n'a pas d'influence sur l'action publique comme l'indique expressément l'article 2046 du Code civil¹³⁰⁶. La transaction interdit à la victime d'agir pour obtenir réparation du préjudice pour lequel elle a transigé.

664 Il peut arriver que dès l'origine, la transaction comporte un déséquilibre des contre-prestations au détriment de l'une des parties, le plus souvent la victime (A). La transaction peut être extrajudiciaire ou judiciaire, il faut alors déterminer si les voies de recours contre les jugements trouvent à s'appliquer ou bien si son caractère contractuel prime son caractère judiciaire (B).

A La remise en cause de la transaction

665 Par remise en cause de la transaction, il faut entendre qu'elle est inefficace juridiquement, sous les différentes formes d'inefficacité qui peuvent exister en droit suisse comme en droit français. Un auteur suisse expose que la sanction du contrat qui n'a pas été valablement formé est son inefficacité, mais que le législateur n'a pas élaboré de théorie générale de cette sanction¹³⁰⁷. Etant entendu que la terminologie du droit suisse n'est ni

¹³⁰⁶ « On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ».

¹³⁰⁷ P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 99, n° 440.

uniforme ni toujours cohérente, on distingue l'inexistence du contrat en cas d'absence d'accord des volontés, l'invalidité du contrat concrétisé par la nullité absolue ou relative, la résolution du contrat qui est l'anéantissement rétroactif des effets d'un contrat postérieurement à sa conclusion¹³⁰⁸. La nullité peut être totale ou partielle, de sorte qu'elle ne concerne que les dispositions viciées. Outre la sanction de la violation des conditions de formations des conventions (1.), le droit suisse admet exceptionnellement l'application de la théorie de l'imprévision (2.).

1. Conditions de formation du contrat et vices du consentement

666 Le droit français a voulu restreindre les cas dans lesquels une transaction pouvait être remise en cause. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 2052 du Code civil dispose que les transactions « ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion ». L'article 2053 permet cependant la remise en cause de la transaction « lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation » et « dans tous les cas où il y a dol ou violence ». La jurisprudence a accru les possibilités de remise en cause de la transaction en admettant l'erreur sur la substance ou sur l'objet de la transaction. Toutefois, un auteur relève que la prohibition de la rescision pour lésion limite la protection des victimes de dommages traitant avec un assureur sur le montant des dommages-intérêts « car le danger le plus grave pour ces personnes consiste précisément à accepter, par lassitude ou ignorance, des transactions qui ne leur reconnaissent pas une indemnisation suffisante »¹³⁰⁹. Cet auteur indique que la jurisprudence contourne cette prohibition en recourant à des notions telle que « l'erreur sur l'objet de la contestation », la victime s'étant trompée sur l'étendue et la gravité du dommage¹³¹⁰ ou à la notion de « contrainte économique »¹³¹¹. Devant les inconvénients de la solution du droit français, cet auteur propose d'introduire une disposition permettant la rescision pour lésion de la transaction au moins lorsqu'il s'agit de l'indemnisation de victimes de dommages corporels¹³¹². L'exemple du droit positif suisse permet de mesurer la pertinence de cette proposition.

667 En droit suisse, les règles communes à tous les contrats trouvent à s'appliquer de sorte qu'une transaction peut être annulée sur le fondement de l'article 20 COS¹³¹³ en cas

¹³⁰⁸P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 99, n°440.

¹³⁰⁹G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 517, n°277.

¹³¹⁰Ib. p. 520, n°280.

¹³¹¹Cass. civ. 1re, 30 mai 2000, n°98-15242, Bull. n°169.

¹³¹²G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 518, n°277.

¹³¹³Article 20 COS : « 1 Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.

2 Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles ».

d'illicéité ou de contrariété aux mœurs¹³¹⁴, de l'article 21 COS en cas de lésion¹³¹⁵, des articles 23 et s. COS en cas de vices du consentement¹³¹⁶ et de l'article 2 alinéa 2 CCS en cas d'abus manifeste de droit. En matière de transaction, la contrariété aux mœurs résulte notamment de l'absence de contrepartie¹³¹⁷. Lorsque la partie dont le consentement a été déterminé par l'erreur, le dol ou la crainte fondée ne l'invoque pas dans le délai d'un an à compter de la connaissance de l'erreur ou du dol ou de la cessation de la crainte fondée, le contrat est ratifié. De même, la partie victime d'une lésion n'est recevable à agir en rescision que dans le délai d'un an à compter de la conclusion du contrat.

668 En droit suisse, outre la remise en cause de la transaction sur le fondement du droit commun des contrats, des dispositions spéciales prévoient la possibilité pour la victime de demander la nullité de la transaction fixant une indemnité manifestement insuffisante. Ainsi, l'article 87 LCR dispose que :

¹³¹⁴La contrariété aux mœurs au sens de l'article 20 COS vise les contrats condamnés par la morale dominante, c'est-à-dire par le sentiment général des convenances ou par les principes et jugements de valeur qu'implique l'ordre juridique considéré dans son ensemble (ATF 132 III 455, cons. 4.1, p. 458).

¹³¹⁵Article 21 COS : « 1 En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.

2 Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat ».

¹³¹⁶Article 23 « Le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle ».

Article 24 « 1 L'erreur est essentielle, notamment :

lorsque la partie qui se prévaut de son erreur entendait faire un contrat autre que celui auquel elle a déclaré consentir ;

lorsqu'elle avait en vue une autre chose que celle qui a fait l'objet du contrat, ou une autre personne et qu'elle s'est engagée principalement en considération de cette personne ;

lorsque la prestation promise par celui des contractants qui se prévaut de son erreur est notablement plus étendue, ou lorsque la contre-prestation l'est notablement moins qu'il ne le voulait en réalité ;

lorsque l'erreur porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat.

2 L'erreur qui concerne uniquement les motifs du contrat n'est pas essentielle.

3 De simples erreurs de calcul n'infirmes pas la validité du contrat ; elles doivent être corrigées ».

Article 28 « 1 La partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle.

2 La partie qui est victime du dol d'un tiers demeure obligée, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître le dol lors de la conclusion du contrat ».

Article 29 : « 1 Si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée.

2 Lorsque les menaces sont le fait d'un tiers et que l'autre partie ne les a ni connues, ni dû connaître, celui des contractants qui en est victime et qui veut se départir du contrat est tenu d'indemniser l'autre si l'équité l'exige ».

Article 30 : « 1 La crainte est réputée fondée lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave et imminent la menaçait elle-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens.

2 La crainte de voir invoquer un droit ne peut être prise en considération que si la gêne de la partie menacée a été exploitée pour extorquer à celle-ci des avantages excessifs ».

¹³¹⁷Des personnes qui construisaient avaient transigé avec leurs voisins pour éviter un recours contre leur permis de construire ; en définitive, le Tribunal fédéral estime que leur recours n'avait pas de chance de succès et que la transaction était donc nulle : TF, 1re civ., 12 juin 2008, 4A_37/2008/ech. En droit français, l'absence de contrepartie entraîne la requalification de la transaction en un autre contrat, le caractère réciproque des concessions étant un élément constitutif du contrat de transaction, v. à ce sujet l'article de C. JARROSSON, op. cit. (p. 333).

« 1 Est nulle toute convention qui exclut ou restreint la responsabilité civile découlant de la présente loi.

2 Est annulable dans le délai d'un an à compter de sa conclusion toute convention fixant une indemnité manifestement insuffisante ».

669 Les auteurs du projet de réforme suisse proposent d'unifier toutes les règles spéciales en introduisant une règle générale relative à la transaction en matière de responsabilité civile à l'article 56 AP : « Toute convention qui, postérieurement à la survenance du fait dommageable, stipule une renonciation à toute réparation ou qui fixe une indemnité manifestement insuffisante, peut être invalidée dans le délai d'une année à partir du jour où la personne lésée pouvait raisonnablement se rendre compte de son erreur ». Cette disposition présente l'intérêt de permettre à la partie lésée d'invoquer son erreur même si celle-ci ne présente pas le caractère essentiel exigé par le droit commun¹³¹⁸. Le délai est également plus favorable à la victime puisqu'il court à compter de la connaissance du déséquilibre des concessions réciproques.

670 La disposition du projet de réforme suisse appelle cependant quelques remarques. Le législateur ne s'intéresse pas à la protection des intérêts de la victime pour garantir l'intégrité de son consentement, mais parce qu'un trop grand déséquilibre entre la réparation due et l'indemnité transactionnelle aura pour effet de mettre la personne lésée dans une position économique difficile, qui risque en définitive d'être assumée par ses proches ou par la solidarité nationale. Ce n'est donc pas tant l'erreur de la victime qui importe que le constat objectif d'un déséquilibre économique. De plus, la transaction porte sur la reconnaissance de l'existence du préjudice comme sur son évaluation. Si la victime peut agir ultérieurement pour les préjudices qui se révéleraient par la suite, elle ne peut en revanche pas contester l'évaluation contractuelle du préjudice objet de la transaction, sauf à admettre la lésion comme le fait le droit suisse¹³¹⁹. Toutefois, le régime de l'annulation pour cause de lésion du droit suisse présente deux inconvénients, d'abord l'action ne peut être engagée que dans le délai d'un an à compter de la conclusion de la transaction, ensuite la lésion doit résulter de l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de la victime. Si le but du législateur est d'assurer une juste indemnisation, spécialement du préjudice corporel, alors ces considérations sont inopportunes et ce délai inadapté. La disposition du projet de réforme suisse doit également être complétée par une interdiction de transiger sur des préjudices futurs en cas de préjudice corporel.

¹³¹⁸P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 149 et s., n°717 et s.

¹³¹⁹Article 21 COS précité.

2. La théorie de l'imprévision

671 Il arrive que la victime s'engage à renoncer aux prétentions qui pourraient naître par la suite. Les auteurs du projet de réforme n'envisagent pas de régler spécifiquement cette question, dont la solution est déjà donnée par le droit commun des contrats et la théorie de l'imprévision. Les auteurs du projet de réforme suisse indiquent cependant qu'il n'est possible de transiger que sur les droits dont on est titulaire. L'intervention de circonstances nouvelles est exclusive d'une erreur au sens de l'article 56 AP¹³²⁰.

672 En droit français, la théorie de l'imprévision, admise en droit public¹³²¹ mais non en droit privé, désigne la situation dans laquelle « le juge a le pouvoir de réviser un contrat à la demande d'une partie lorsque par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des cocontractants et imprévisible lors de la conclusion, l'exécution de celui-ci devient pour l'un des contractants non pas impossible, mais tellement onéreuse qu'elle risque de le ruiner, déséquilibre dans l'économie du contrat qui à la différence de la lésion survient en cours d'exécution »¹³²². Le projet CATALA exclut la consécration de la théorie de l'imprévision en droit français et renvoie à la sagesse des parties pour organiser la vie du contrat et prévoir des clauses de renégociation¹³²³.

673 En droit suisse, la théorie de l'imprévision est admise en droit privé et permet la modification du contrat en cas de circonstances nouvelles engendrant un déséquilibre excessif entre les prestations des cocontractants¹³²⁴. Le juge se voit reconnaître un pouvoir de révision fondé sur une clause tacite selon laquelle la convention ne vaut qu'à condition que les circonstances restent en l'état (*clausula rebus sic stantibus*). Comme l'exposent les auteurs du projet de réforme suisse, soit la victime n'avait pas connaissance de ses droits à réparation et n'a donc pu les inclure dans la transaction, soit elle en a eu ou aurait dû en avoir connaissance mais la théorie de l'imprévision permettra de rectifier les situations inéquitables.

Une autre solution consisterait à prohiber les transactions portant sur des droits inconnus ou à naître, au moins en matière de préjudice corporel.

B La révision de la transaction

674 Le terme de « révision » est ici employé par référence à la procédure de révision d'un jugement, concept qui existe en droit processuel suisse comme français mais selon des

¹³²⁰REAP p. 265-266.

¹³²¹CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, Lebon p. 216, concl. L. BLUM.

¹³²²G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, op. cit. (p. 32).

¹³²³Rapport CATALA, p. 36.

¹³²⁴P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 178 et s., n°876 et s.

modalités différentes. En droit français, le recours en révision est prévu par l'article 595 du Code de procédure civile et permet à une partie d'obtenir que la cause soit rejugée car son adversaire a commis une fraude afin de gagner le procès, notamment en dissimulant des pièces décisives pour l'issue du litige ou en falsifiant les pièces sur le fondement desquelles le juge lui aura donné raison. En droit suisse, bien que le droit processuel relève encore actuellement de la compétence concurrente de la Fédération et des cantons (ce qui entraîne l'existence de 27 procédures différentes car les cantons peuvent prévoir des causes de révision plus larges que le droit fédéral), le recours en révision est généralement défini comme une voie de droit extraordinaire visant à obtenir l'annulation intégrale ou partielle d'un jugement passé en force, c'est-à-dire qui ne peut plus être attaqué au moyen d'un autre recours.

1. La procédure de révision des jugements

675 En droit suisse, le recours en révision devant le Tribunal fédéral est prévu par les articles 121 à 128 de la loi sur le Tribunal fédéral¹³²⁵. La demande de révision doit être fondée sur des faits nouveaux et importants qui n'étaient pas connus au moment du jugement. La révision peut être demandée pour violation des règles de procédure, rubrique sous laquelle se confondent le défaut de réponse à conclusion et la mauvaise appréciation des faits du dossier. La révision peut aussi être demandée à la suite d'une condamnation par la CEDH, étant précisé que cette procédure n'est pas réservée à la matière pénale, contrairement au droit français¹³²⁶. En matière civile, l'article 123 alinéa 2a permet le recours en révision « *dans les affaires civiles et les affaires de droit public, si le requérant découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion des faits ou moyens de preuve postérieurs à l'arrêt* ».

2. L'applicabilité de la révision à la transaction

676 La révision d'un jugement est susceptible d'intervenir lorsque des faits ou des moyens de preuve inconnus, existant avant le prononcé du jugement et susceptible de modifier l'issue du litige sont révélés. Dans quelle mesure cette solution est-elle transposable à la transaction sur la réparation du dommage, qui n'est qu'un contrat ? Une réponse différente pourrait être donnée selon qu'il s'agit d'une transaction judiciaire ou d'une transaction extrajudiciaire.

677 En droit français, si la formule de l'article 2052 du Code civil peut prêter à

¹³²⁵Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005, entrée en vigueur le 1er janvier 2007 (état au 1er janvier 2009), RS. 173. 110.

¹³²⁶V. l'article 626-1 du Code de procédure pénale français.

confusion parce qu'il attache l'autorité de la chose jugée en dernier ressort à la transaction¹³²⁷, il est certain qu'elle ne peut faire l'objet des voies de recours ouvertes contre les jugements dès lors qu'elle n'a pas été « juridictionnalisée » par son homologation judiciaire¹³²⁸.

678 En droit positif suisse, on distingue la transaction extrajudiciaire, à la conclusion de laquelle le juge est étranger, et la transaction judiciaire, à l'élaboration de laquelle le juge peut participer et dont il prend acte *in fine*. La question du recours à la procédure de révision se pose parce qu'aux termes de l'article 73 al. 4 de la loi fédérale de procédure civile¹³²⁹ « La transaction judiciaire (...) [a] la force exécutoire d'un jugement ». Toutefois, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que la transaction n'est assimilée au jugement qu'en ce qui concerne sa force exécutoire et n'est donc pas susceptible de révision contrairement aux arrêts du Tribunal fédéral¹³³⁰.

679 Le projet de réforme de la procédure civile suisse envisage d'élargir le recours à la transaction dans tous les domaines afin de réduire le recours au juge. Cette réforme concerne donc également les actions en responsabilité civile et il convient d'examiner les dispositions nouvelles après avoir exposé l'état du droit positif. Tant que le projet de Code de procédure civile n'est pas entrée en vigueur, ce sont les dispositions des lois fédérales et cantonales de procédure civile qui s'appliquent. Le projet de réforme de la procédure civile comporte notamment un article 326 nouveau qui expose les causes de révision. En droit suisse, la révision permet « de corriger, pour des motifs précis, une décision entrée en force mais erronée, elle sert l'établissement de la vérité matérielle ». La notion de révision correspond donc à la notion processuelle française de recours en révision prévue aux articles 593 et s. du Code de procédure civile. La révision du jugement serait ouverte pour des motifs exhaustivement énumérés par le texte, dont la contestation de certains actes de disposition des parties (al. 1 c) qu'est notamment la transaction judiciaire. L'article 328 du Code fédéral de procédure civile du 18 décembre 2008 (CFPC)¹³³¹ prévoit les motifs de révision des jugements ainsi que la

¹³²⁷ « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion ».

¹³²⁸ Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 543, n°2122. G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 530, n°285.

¹³²⁹ Loi fédérale de procédure civile du 4 décembre 1947 (Etat le 18 avril 2006), RS 291. Ce texte s'applique aux procédures devant le Tribunal fédéral, les règles de procédure devant les juridictions cantonales relevant de la compétence des cantons jusqu'à l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile, qui, selon un communiqué de presse en date du 31 mars 2010, a fixé par le Conseil fédéral au 1er janvier 2011.

¹³³⁰ ATF 114 Ib 74, cons. 1, p. 78 : « La nature contractuelle de la transaction subsiste même si les parties n'ont pas été seules en pourparlers et que le juge délégué ou la délégation du tribunal y soit intervenu et ait fait des propositions de transactions. La transaction n'est donc assimilée au jugement qu'en ce qui concerne sa force exécutoire et n'est pas susceptible de révision au sens des articles 136 ss OJ, procédure réservée aux « arrêts » du Tribunal fédéral ».

¹³³¹ Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse. Par un communiqué de presse en date du 31 mars 2010, le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, de la

possibilité de réviser le jugement prenant acte d'une transaction dans les termes suivants :

« 1 Une partie peut demander la révision de la décision entrée en force au tribunal qui a statué en dernière instance : (...)

c. lorsqu'elle fait valoir que le désistement d'action, l'acquiescement ou la transaction judiciaire n'est pas valable ».

La réforme de la procédure civile suisse ne prévoit pas d'aligner la remise en cause de la transaction sur les voies de recours contre les jugements, mais de permettre la contestation du jugement lorsqu'il repose sur une transaction non valable pour les raisons propres aux conventions.

680 Cependant, si l'ouverture du recours en révision contre les transactions aussi bien judiciaires qu'extrajudiciaires n'est pas nécessaire en droit français, le raisonnement qui sous-tend l'admission de la possibilité de révision des jugements mérite d'être transposé en matière de responsabilité civile. Il s'agit d'interdire à une partie de s'exonérer indéfiniment de sa responsabilité par la dissimulation des informations et des preuves dont elle disposerait et qui auraient permis à la victime d'obtenir réparation. Si les situations juridiques doivent être fixées à un moment donné et que la paix publique doit primer les intérêts privés lorsque seuls des intérêts patrimoniaux sont en jeu, il en va différemment en cas de préjudice corporel. Aujourd'hui, la pollution chimique est d'une telle complexité qu'il devient difficile d'établir le lien de causalité entre telle maladie et telle molécule. Bien souvent, les mieux à même de déceler le caractère mortifère d'un produit sont ceux-là mêmes qui le produisent et le commercialisent et qui sont tentés de dissimuler ces informations au public¹³³². Il ne s'agit pas ici du risque de développement, mais de la poursuite de l'exploitation commerciale d'un produit toxique en connaissance de cause. Pour contrer ce type de comportement, il serait utile de prévoir qu'à l'instar de ce qui existe en matière de révision de jugement, une disposition permettant l'annulation d'une transaction portant sur l'indemnisation d'un préjudice corporel lorsque la victime découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'avait pu invoquer lors de la négociation de l'accord. Par différence avec l'imprévision, il n'y a pas de modification des circonstances de fait, mais seulement de la connaissance et des éléments de preuve des faits. Par différence également

procédure pénale applicable aux mineurs et du code de procédure civile au 1er janvier 2011.

¹³³²Pour ceux qui pourraient penser qu'une telle dissimulation n'est pas envisageable en pratique, la lecture de l'enquête de Mme M.-M. ROBIN, qui montre que bien que le fait générateur et le dommage fussent connus, une firme a camouflé les faits à renfort de pseudo enquêtes scientifiques pendant des années, interdisant de ce fait aux victimes de parvenir à établir la réalité du lien de causalité : M.-M. ROBIN, *Le monde selon Monsanto*, éd. La Découverte, Paris, 2008, p. 26 à 40 au sujet du PCB, et p. 41 à 79 au sujet de la Dioxine. L'auteur montre que la firme Monsanto a fait la promotion de produits qu'elle savait toxiques, sans avertir les usagers des dangers, et qu'elle a même commandité des études scientifiques pour camoufler cette dangerosité au public, études qui seront par la suite totalement discréditées par des scientifiques indépendants, v. spécialement p. 61-62.

avec les dommages qui apparaissent après la transaction, les préjudices sont connus, mais la preuve du lien de causalité fait défaut, ou se trouve entre les mains du responsable.

Lorsque les parties ne parviennent pas à conclure une transaction sur l'indemnisation de la victime d'un dommage, elles exercent l'action en responsabilité civile. Le projet de réforme suisse a également prévu de modifier ou d'introduire certaines dispositions de droit processuel afin de mieux garantir les droits des victimes.

TITRE 1. L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE

681 L'action en responsabilité civile est exercée soit devant le juge administratif, en cas de responsabilité d'une personne publique, soit devant le juge judiciaire en cas de responsabilité d'une personne privée. Les règles ne sont alors pas les mêmes puisque la responsabilité publique a fait sécession du droit commun de la responsabilité résultant des dispositions du Code civil. Seul le droit commun sera ici présenté avec éventuellement des indications sur les dispositions dont le champ d'application devrait être étendu.

682 A l'occasion de l'action en responsabilité, le juge met en œuvre le corps de règles qui composent le droit de la responsabilité civile selon des modalités processuelles prédéterminées. Si ce qu'il est convenu d'appeler le « *droit matériel* » est important, il ne serait rien sans des modalités de mise en œuvre adéquates. Aussi les rédacteurs du projet de réforme suisse ont-ils envisagé une série de questions touchant plus la procédure que le fond du droit. Une réforme du droit matériel ne peut s'économiser une réflexion sur la mise en œuvre pratique des règles qu'elle introduit, quand bien même ce serait une habitude législative fort courue tant en France que dans le reste de l'Europe.

683 Par rapport au droit français, le droit suisse confère au juge un rôle particulier, spécialement en matière de responsabilité civile (Chapitre 1). Par ailleurs, le projet de réforme suisse a envisagé la coordination de la réforme du droit matériel avec les modalités de l'action en responsabilité civile (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 LE JUGE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE

684 En droit français, la matière du droit de la responsabilité civile est l'une de celle dans lesquelles s'est tout particulièrement illustré le rôle créateur du juge. Le droit de la responsabilité civile est en effet presque exclusivement jurisprudentiel, pour deux raisons. D'abord le peu de textes conjugué à l'évolution de notre société a conduit à l'explosion des occurrences de dommages et partant, d'hypothèses dans lesquelles le juge était appelé à admettre l'existence d'une obligation à réparation. Ensuite, comme le relève un auteur¹³³³, la responsabilité civile est une norme de second rang, dans le sens où elle intervient pour sanctionner un manquement à une première norme, qui bien souvent, n'est pas expressément formulée, de sorte qu'il revient au juge d'exprimer la norme et sa sanction en retenant la responsabilité civile de la personne poursuivie. Un auteur décrit le rôle du juge de la responsabilité civile en ces termes :

*« La responsabilité est un terrain d'élection pour la création des règles jurisprudentielles. Cette propriété découle de la fonction même de la responsabilité pour faute : sa fonction sanctionnatrice. La responsabilité est en effet une sanction que la loi met entre les mains des juges sans leur dire dans quels cas ils doivent l'appliquer. Or, la liberté qui leur est laissée dans la mise en œuvre de la sanction rejaillit inévitablement dans la mise en œuvre sur l'existence et le contenu des règles elles-mêmes. Les tribunaux arrivent ainsi, indirectement, soit à créer des obligations ou des droits qu'aucun texte ne formulait, soit au contraire à apporter des limites, des dérogations, à des obligations ou à des droits expressément reconnus. Tout un corps de règles s'élabore peu à peu sous le couvert de la théorie de la responsabilité. »*¹³³⁴

De ces constatations découlent deux conséquences. D'une part, en France le droit commun de la responsabilité civile est actuellement essentiellement jurisprudentiel, il est donc utile de dégager les règles qui pourraient être consacrées par le législateur sur la façon dont le juge complète les normes législatives par les normes jurisprudentielles. D'autre part, il est nécessaire d'examiner les conditions dans lesquelles le juge crée du droit afin de garantir la sécurité juridique.

La comparaison avec le droit positif suisse sur ce point est particulièrement riche. Le projet de réforme n'a en effet que toiletté les dispositions déjà existantes. Le droit suisse a déjà

¹³³³R. PALLARD, L'exception de nécessité en droit civil, thèse, préf. R. SAVATIER, LGDJ, Paris, 1949, p. 151 et s. L'auteur est conduit à s'intéresser au rôle du juge en matière de responsabilité civile par le biais de l'exception de nécessité (sur cette notion, cf. supra p. 237 et s., §. 461), cause d'exonération, dont il critique le caractère bien trop flou qui laisse ainsi une grande latitude au juge. Une autre lecture de l'exception de nécessité est proposée par M.-A. FRISON-ROCHE, Le modèle du bon juge Magnaud, Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR, De code en code, Dalloz, Paris, 2009, p. 335-342 : en inventant l'exception de nécessité, le juge se comporte en autorité, élaborant une construction théorique pour modifier la règle légale par un apport théorique fondée sur la volonté de concrétiser un droit qui a pour but de définir la part qui revient à chacun.

¹³³⁴ib.

effectué l'évolution que nous souhaiterions au droit français. Il est dès lors difficile de ne pas se départir de l'objectivité du chercheur pour apprécier en praticien tous les avantages de la construction du droit suisse et de la place ainsi conférée au juge, spécialement en matière de responsabilité civile. Le juge suisse se trouve doté des prérogatives nécessaires à l'exercice de son office tandis que le juge français en est dépourvu et se trouve contraint de dissimuler ses réels pouvoirs afin de respecter l'interdiction de l'article 5 du Code civil. Les auteurs du projet de réforme suisse n'ont envisagé que quelques rapiécages sans modification fondamentale du rôle conféré au juge en droit positif. Comparativement, les auteurs du projet de réforme français n'ont absolument pas envisagé cette question pourtant fondamentale. Le rôle conféré au juge de la responsabilité civile par le droit positif suisse se résout en deux axes : d'une part le législateur reconnaît et organise de façon générale le pouvoir créateur de droit du juge (Section 1). D'autre part, le législateur confère expressément au juge un pouvoir d'appréciation et de modulation dans la mise en œuvre du droit de la responsabilité civile (Section 2). La distinction entre ces deux aspects du rôle du juge repose sur la différence entre le droit et le fait : la création de droit par le juge consiste à poser une règle de droit tandis que l'appréciation et la modulation des effets de la règle par le juge portent sur les éléments de fait qui conditionnent l'application du droit.

SECTION 1 LE JUGE CRÉATEUR DE DROIT

Le juge n'a pas le même statut en droit suisse et en droit français. En droit suisse, il est officiellement une source de droit pouvant suppléer la carence du législateur, tandis qu'en droit français bien que la quasi totalité du droit de la responsabilité civile repose sur des règles jurisprudentielles, le pouvoir créateur de droit du juge n'est pas reconnu. Pourtant GENY observait déjà au 19^e siècle que la pratique reconnaissait la force de la jurisprudence en recourant à l'argument du précédent pour justifier une solution en l'absence de texte¹³³⁵. En droit suisse, le juge a un rôle légal de législateur supplétif (§.1), ce qui explique la différence entre le statut de la règle jurisprudentielle en droit français et en droit suisse (§.2).

¹³³⁵F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Essai critique. Préf. R. SALEILLE, 2^e éd. LGDJ, Paris, 1954, tome 2, p. 31 : « il n'est pas rare de trouver dans les décisions judiciaires, pour justifier une solution admise, et à défaut de motifs tirés de la loi ou de la raison, ou bien à l'appui de ceux-ci, tantôt une citation d'auteurs, tantôt l'allégation d'une jurisprudence constante, la référence à des arrêts de juridictions égales ou supérieures, qui figurent là comme autorités ».

§.1 LE JUGE, LÉGISLATEUR SUPPLÉTIF

685 En droit suisse, la règle jurisprudentielle peut suppléer à la lacune de la loi. L'alinéa 2 de l'article premier du Code civil suisse indique qu'« A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Le juge est donc source de droit, à titre supplétif certes. Ce rôle n'est pas spécifique au droit de la responsabilité civile. Il ne s'agit pas ici du pouvoir prétorien entendu comme la création de la règle de droit par l'accumulation de solutions particulières mais de la création d'une norme abstraite, à l'instar de la règle législative¹³³⁶. Le droit français se trouve dans une position totalement différente de celle du juge suisse. Si le juge suisse est invité à combler la lacune de la loi (A), le juge français a été conduit à combler le vide législatif en matière de responsabilité civile (B).

A La lacune de la loi suisse

686 Des principes juridiques existant, le juge infère les règles de droit nouvelles qui sont nécessaires pour trancher les litiges dans des circonstances que le législateur n'a pu envisager. Le projet de réforme suisse n'a absolument pas envisagé cette question dans la mesure où la possibilité reconnue au juge de combler la lacune de la loi est déjà du droit positif, les solutions retenues par le Tribunal fédéral donnant semble-t-il satisfaction.

Après avoir affirmé dans son article premier que « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions », le Code civil suisse poursuit en indiquant que « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Le juge n'est donc source de droit qu'à défaut de règle législative. Ce n'est qu'en présence d'une lacune de la loi que le juge peut élaborer une règle de droit. Le Tribunal fédéral a donc dû préciser les cas dans lesquels il y a ou non lacune. Il n'y a de lacune que si le juge se trouve confronté à une situation dans laquelle la loi laisse sans réponse une question juridique qui se pose inévitablement et à laquelle il est impossible de répondre en se fondant sur la lettre de la loi, ou sur son interprétation¹³³⁷. Il n'y a pas lieu à intervention du juge lorsque celui-ci peut se dispenser de trancher. Par exemple, s'agissant d'un débiteur qui, après la fin de la procédure de faillite,

¹³³⁶Sur l'ambivalence du terme de « pouvoir prétorien », lire GENY, op. cit. tome 2, p. 33-35, n°146.

¹³³⁷ATF 100 Ib 137, p. 157-160, cons. 5a : en l'espèce, il n'y a pas de lacune de la loi parce que pour déterminer l'applicabilité d'une réforme, le juge peut appliquer une solution par analogie, et à défaut, il peut encore recourir aux dispositions du Code civil qui posent les règles du droit transitoire. ATF 103 Ia 501, p. 502-503, cons. 7 : il n'y a pas de lacune de la loi lorsque le législateur pose un principe général abstrait qui nécessite une concrétisation au cas par cas par le juge, qui lui n'a pas compétence pour poser cette règle abstraite et générale. ATF 112 V 51, p. 53, cons. 3.

conteste le refus de l'office des faillites de recevoir un paiement pour différentes dettes impayées, le juge n'est pas tenu de combler la lacune de la loi car le Tribunal fédéral retient que le débiteur pouvait aussi se tourner directement vers les créanciers sans passer par l'office¹³³⁸. Il y a une lacune lorsque le législateur n'a pas légiféré sur quelque chose qu'il aurait dû réglementer et que ni la lettre de la loi ni son interprétation ne permettent de dégager une règle¹³³⁹. Ainsi, lorsque le législateur envisage une réforme sur le point de droit en question mais finit par ne pas l'adopter aux termes des débats législatifs, il n'y a pas de lacune de la loi et « le juge ne saurait, au mépris du principe de séparation des pouvoirs, se substituer au législateur en adoptant la solution qu'il jugerait adéquate en droit désirable »¹³⁴⁰. Par exemple, en raison d'une lacune de la réglementation, le juge décide d'appliquer par analogie une règle légale. En l'espèce cette disposition dispensait de cotisation les indemnités de prévoyance complémentaire versées par l'employeur aux salariés licenciés en raison d'une invalidité. La question était de savoir si une telle dispense de cotisation pouvait bénéficier à une personne qui a mis fin à son activité lucrative indépendante à la suite d'une invalidité et qui a vendu son fond¹³⁴¹. Lorsqu'il décide de combler une lacune de la loi, le juge se fonde sur les principes qui guident le législateur, notamment les principes constitutionnels¹³⁴².

En matière de responsabilité civile, c'est en recourant à la notion de lacune de la loi que le juge retient que le propriétaire qui cause un dérangement à son voisin du fait des constructions qu'il entreprend lui doit un dédommagement bien que les conditions de la responsabilité du propriétaire foncier prévue par l'article 679 CCS ne soient pas remplies¹³⁴³.

B Le juge du cas dans le vide législatif français

687 En droit français, la carence du législateur, spécialement en matière de responsabilité civile, a laissé le champ libre au pouvoir créateur du juge. Des auteurs ont ainsi

¹³³⁸ ATF 117 III 1, cons. 2, p. 3 : « le juge ne doit faire acte de législateur que s'il se trouve confronté à une vraie lacune, c'est-à-dire si la loi laisse sans réponse une question juridique qui se pose inévitablement (...). Mais si l'on peut se dispenser de trancher, il n'y a pas lacune ».

¹³³⁹ ATF 117 V 110, cons. 4, p. 116 : le législateur n'a envisagé que les mineurs de nationalité suisse de naissance et non ceux qui le sont par naturalisation, « on doit ainsi constater que la loi est entachée d'une pure lacune » et accorder à ces derniers le bénéfice des prestations de l'assurance-invalidité.

¹³⁴⁰ ATF 118 V 171, p. 173, cons. 2.

¹³⁴¹ ATF 113 V 6, cons. 3.

¹³⁴² ATF 112 V 51, p. 53, cons. 3.

¹³⁴³ ATF 91 II 100, p. 105, cons. 2.

pu parler de « coutume jurisprudentielle »¹³⁴⁴, de « common law »¹³⁴⁵, de « légisprudence »¹³⁴⁶. Mais le système de responsabilité du Code civil n'a pas du tout été conçu dans cette optique. Si la conception du juge « bouche de la loi »¹³⁴⁷ n'a pas été retenue par les rédacteurs du Code civil, ils ont entendu exclure la possibilité d'édicter des arrêts de règlement. En 1854, MOURLON indique que le juge est lié par la loi, même si celle-ci lui semble inéquitable¹³⁴⁸. Le jugement en équité est en effet proscrit en droit français, sauf exception légale intimant au juge de trancher sur ce fondement¹³⁴⁹. L'article 12 du Code de procédure civile dispose en effet que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Le pouvoir révolutionnaire comme avant lui le pouvoir royal a voulu éviter que le juge, sous couvert d'interprétation, ne se fonde sur l'équité pour écarter la règle de droit¹³⁵⁰, produisant ainsi une règle de droit concurrente. En droit français, l'équité n'est donc pas source de droit¹³⁵¹, ce que la chambre sociale de la Cour de cassation a expressément indiqué dans un arrêt du 4 décembre 1996¹³⁵². Ce n'est pas que l'équité soit absente des raisonnements juridiques. Si elle n'est pas source de droit, elle est source d'inspiration pour le législateur et pour le juge dans le cadre posé par le législateur¹³⁵³.

¹³⁴⁴R. SAVATIER, en incise de sa note sous Cass. civ. 2e, 9 mars 1962, D. 1962, p. 625-627. En l'espèce, l'arrêt commenté devait conjuguer les règles du recours en contribution du coresponsable codébiteur *in solidum*, et les règles de la mise en jeu de la responsabilité de plein droit du gardien de la chose sur le fondement de l'article 1384 al. 1er.

¹³⁴⁵R. SAVATIER, Destin du Code civil français, RIDC. 1954, p. 637-664, spéc. p. 643-644.

¹³⁴⁶T. REVET, La légisprudence, Mélanges Ph. MALAURIE, *Liber amicorum*, Defrenois, Paris, 2005, p. 377-391.

¹³⁴⁷MONTESQUIEU, L'Esprit des lois, Livre XI, chap. 6 : « Les juges de la Nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer la force ni la rigueur ». Cette phrase tirée de son contexte a vu son sens complètement inversé, cf. sur cette question G. CANIVET, Activisme judiciaire et prudence interprétative, in La création du droit par le juge, APD. 2007, tome 50, Dalloz.

¹³⁴⁸F. MOURLON, Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, A. MARESCQ & E. DUJARDIN, libraires-éditeurs, Paris, 1854, 2e édition, p. 54 et s.

¹³⁴⁹La Cour de cassation censure les décisions des juges du fond qui sont fondées sur l'équité. V. par ex. Cass. civ. 2e, 22 avril 1992, n°91-21298, Bull. n°129 ; RCEA. 1992, comm. n°408 : une commission d'indemnisation des victimes d'infractions indique qu'il paraît équitable d'accorder à la victime la réparation pour le montant demandé eu égard à sa situation exceptionnellement grave, la Cour de cassation censure au visa de l'article 12 du code de procédure civile : « Attendu que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et ne peut se borner à une simple référence à l'équité... ». Cass. soc. 11 mai 1994, n°91-40275, D. 1995. 626, note C. PUIGELIER ; Cass. civ. 3e, 22 mars 1995, n°93-14590, Bull. n° 78, p. 52 ; obs. R. PERROT, *Procédures* 1995/5, p. 1 ; G.P. 1996. somm. p. 244, obs. H. CROZE et Ch. MOREL.

¹³⁵⁰Sur la lutte entre le pouvoir royal et les Parlements, lire J. KRYNEN, Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution. (Essai de rétrospective médiévale et moderne), RHD. 2008, p. 161-197.

¹³⁵¹N. MOLFESSIS, L'équité n'est pas une source de droit, RTDciv. 1998 p. 221 et s. Pourtant si l'on retient comme notion de sources de droit « les modes de formation des règles juridiques au sein d'une société donnée, les différentes façons dont ces règles sont établies » (V. LASSERRE-KIESOW, L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit, D. 2006, p. 2279 et s.), la jurisprudence est une source de droit parce qu'elle est l'un des modes de formation des règles juridiques.

¹³⁵²Cass. soc., 4 décembre 1996, n°94-40693 et 94-40701, Bull. n°421 ; JCP. EG. 1997. I. 4064, n° 11, obs. L. CADIET.

¹³⁵³Ainsi, DEMOLOMBE (Cours de Code Napoléon, tome 31, Traité des engagements qui se forment sans convention, éd. A. LAHURE, Paris, 1882, n°30, p. 27) indique que « c'est au nom de l'équité que la loi impose à toute personne, sans distinction, l'obligation de réparer le dommage qu'elle a causé par sa faute (sous la seule condition de

Cette conception du rôle du juge est résumée par une formule de PORTALIS : « *Le juge civil est le ministre de la loi, quand la loi a parlé ; il est l'arbitre des différends, quand elle se tait* »¹³⁵⁴ et l'article 4 du Code civil lui fait obligation de trancher. La seule chose qui soit défendue au juge est la proclamation de solutions générales à l'instar du législateur, mais il doit donner la solution du litige, y compris en l'absence de règle législative.

688 Toutefois, contrairement au droit suisse, le droit français n'a pas expressément consacré cette faculté du juge de créer des règles de droit en ajoutant à l'édifice législatif lacunaire. Comme l'expose le Doyen GENY, pendant longtemps, la doctrine a considéré « *qu'il s'agissait essentiellement, pour le juriconsulte, de pénétrer la pensée du législateur d'après son texte compris suivant la grammaire et la logique, l'esprit du moment, les travaux préparatoires de la loi, sans faire intervenir d'autres éléments extérieurs* »¹³⁵⁵. Cette conception n'était plus celle de la doctrine du début du XXe siècle, ce qui explique la différence textuelle entre le droit suisse et le droit français, le code civil et le code des obligations ayant environ un siècle d'écart. Ce siècle d'évolution se traduit également par la codification d'un nombre supérieur de règles en matière de responsabilité civile : le Code civil comporte six articles tandis que le code des obligations de 1881 consacre déjà dix neuf articles au droit de la responsabilité civile.

En raison du peu de textes existant en matière de responsabilité civile, le juge a été amené à construire la quasi totalité des règles de droit. Progressivement, le statut de la règle jurisprudentielle a évolué.

§.2 LE STATUT DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE

689 Le juge, suisse comme français, a largement modifié les règles de la responsabilité civile par l'interprétation qu'il en a faite. La place aujourd'hui occupée par le juge en droit français de la responsabilité civile résulte directement de l'inertie législative aggravée par les malfaçons dont souffrent les lois récentes.

690 Ainsi, en droit suisse, l'appréciation de la preuve libératoire en matière de responsabilité civile de l'employeur du fait de ses employés est telle qu'il s'agit en réalité aujourd'hui d'un cas de responsabilité objective et non plus d'une hypothèse de faute présumée. Si cette évolution est légitime au regard de la nécessité d'assurer l'indemnisation des victimes, on peut néanmoins relever avec un auteur que « *si ce changement n'est pas choquant*

l'imputabilité ; condition en effet que le mot faute implique »).

¹³⁵⁴FENET, tome 6, p. 21.

¹³⁵⁵F. GENY, L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française, Mélanges G. RIPERT, Le droit privé au milieu du XXe siècle, LGDJ, Paris, 1950, p. 3-8.

*en soi, on souligne qu'il est intervenu sans que le législateur ait eu son mot à dire, sans droit transitoire, sans que les responsables potentiels aient pu se couvrir par des assurances adéquates, sans que les assureurs aient pu calculer les coûts des risques éventuellement assurés »*¹³⁵⁶.

691 Le statut de la règle jurisprudentielle n'est pas le même que celui de la règle législative. Cette différence se traduit par exemple lorsque le juge suisse procède à l'application par analogie des principes relatifs au changement de jurisprudence à l'hypothèse de modifications d'instructions administratives, lesquelles n'ont pas force de loi et ne relèvent par conséquent pas des principes applicables en matière de changement de droit : la distinction est clairement faite entre les règles qui relèvent des principes régissant le droit transitoire et les règles qui régissent la modification des pratiques que sont la jurisprudence et l'instruction administrative¹³⁵⁷. Le Tribunal fédéral indique que « *en cas de modification du droit, il faut s'en remettre au bon vouloir du législateur pour savoir à quel moment la nouvelle législation doit entrer en vigueur* »¹³⁵⁸. En droit français, un auteur induit le statut quasi-législatif de la jurisprudence de ce que le législateur ne peut la renverser qu'en adoptant lui-même une disposition expresse¹³⁵⁹. Il convient d'envisager en premier lieu la jurisprudence en tant que source de droit (A) pour ensuite déterminer les limites que la sécurité juridique peut y apporter (B).

A La jurisprudence source de droit

692 Si l'on retient comme notion de source de droit « *les modes de formation des règles juridiques au sein d'une société donnée, les différentes façons dont ces règles sont établies* »¹³⁶⁰, la jurisprudence est une source de droit parce qu'elle est l'un des modes de formation des règles juridiques. Comme l'indique un auteur, et bien qu'il estime que la jurisprudence est une source imparfaite de droit en raison de son incertitude et de son instabilité, « *c'est trop méconnaître la réalité que refuser d'y voir une source de droit* »¹³⁶¹. Et en effet, le poids de la jurisprudence est tel que la CJCE a rejeté le recours en manquement de la Commission contre le Royaume-Uni du fait de sa transposition de la directive du 25 juillet 1985 n°85-374, en relevant que « *la portée des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales doit s'apprécier compte tenu de*

¹³⁵⁶G. PETITPIERRE, L'apparition d'un besoin social face à l'inadaptation du droit en vigueur : la genèse d'une nouvelle réglementation, in Responsabilités objectives, p. 1127, spéc. p. 23.

¹³⁵⁷ATF 120 II 137, p. 139, cons. 2b.

¹³⁵⁸ATF 119 Ib 103, p. 110, cons. 5 : « *Bei Rechtsänderungen ist dem pflichtgemässen Ermessen des Rechtsetzers anheimgestellt, auf welchen Zeitpunkt eine gesetzliche Neuregelung in Kraft treten soll* ». En l'espèce une autorité douanière avait modifié un tarif, la question étant de savoir s'il fallait ou non appliquer le tarif ancien, et donc si la norme était une norme juridique ou une pratique administrative.

¹³⁵⁹T. REVET, La jurisprudence, op. cit. (p. 351), spéc. p. 378.

¹³⁶⁰V. LASSERRE-KIESOW, L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit, D. 2006, p. 2279 et s.

¹³⁶¹P. ESMEIN, La jurisprudence et la loi, RTDciv. 1936, p. 17-23.

l'interprétation qu'en donnent les juridictions nationales », la Commission ne prouve donc pas le manquement en l'absence de production d'une décision juridictionnelle violant la directive. Comme le relève un auteur, « dans une matière où les jurisprudences nationales occupent une place aussi prépondérante que celle de la responsabilité civile, ce sont les interprétations des juges qui réalisent l'objectif d'harmonisation finalement voulu par la directive »¹³⁶². Envisageant la jurisprudence comme source de droit, il faut apprécier la portée de la décision du juge (1.), le rôle que joue la motivation de la décision du juge (2.) et l'impact que peuvent avoir la compilation et la publication des jurisprudences (3.).

1. La portée de la décision du juge

693 Lorsque le juge applique la règle générale et abstraite au cas concret qui lui est soumis, il en précise les contours : plus la règle est abstraite, plus sa décision devra apporter de précisions. En matière de responsabilité civile, le droit commun résulte des articles 1382 à 1386 du Code civil. Par conséquent, le juge a complété par un considérable corpus de décisions les règles légales. Aucun juriste ne peut soutenir que les règles du droit de la responsabilité civile ne résultent pas quasi totalement de la jurisprudence. La portée de la décision du juge est donc celle-ci : solution particulière d'un litige particulier, mais s'inscrivant dans l'ensemble constitué par les innombrables décisions précédemment rendues.

694 Le juge crée des règles de droit, la fiction révolutionnaire d'un juge « *bouche de la loi* » qui n'est que l'instrument de la volonté du législateur ne pas être sérieusement soutenue aujourd'hui, PORTALIS ayant déjà relevé en son temps le caractère fantaisiste de cette compréhension du texte de MONTESQUIEU. Pour reprendre les termes d'un auteur : « *la jurisprudence est enseignée et pratiquée comme droit* »¹³⁶³, *a fortiori* en droit de la responsabilité civile où les cinq articles du Code civil sont complétés par un corpus considérable comme l'attestent les nombreux manuels de droit.

695 L'exemple du droit de la responsabilité civile permet d'envisager les limites de la règle jurisprudentielle ou au contraire son évolution définitive vers un système de précédent comparable au *Common Law*. Le professeur JESTAZ relève que le législateur seul peut créer des structures et des modèles et raisonner par système, tandis que le juge apporte une réponse circonstancielle¹³⁶⁴. Or l'essoufflement du système actuel, basé sur la responsabilité pour faute, appelle justement une réponse globale permettant de restaurer la cohérence de l'ensemble du

¹³⁶²J. RICATTE, note sous CJCE, 29 mai 1997, aff. C-300/95, commission c/ Royaume-Uni, LPA n°151 du 17 décembre 1997, p. 31 et s.

¹³⁶³Ph. JESTAZ, La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, D. 1987, p. 11-17.

¹³⁶⁴Ib.

système. Cette réponse globale pourrait également résulter de l'effort doctrinal de la Cour de cassation.

2. La motivation

Un autre facteur joue en faveur du rôle normatif du juge : l'obligation de motiver ses décisions permet d'accéder aux règles de droit qu'il applique, d'en prendre connaissance. L'obligation de motiver en droit conduit à ce qu'un auteur désigne sous le terme du phénomène du « *jugement exemplaire* », inverse du jugement en équité¹³⁶⁵ : la solution retenue par le juge est exposée aux yeux de tous. En droit suisse, le rôle du juge comme source de droit supplétive le place dans une situation plus favorable *a priori* que le juge français qui a dû longtemps se réfugier derrière la fiction de l'application pure de la loi tandis qu'il bâtissait le droit de la responsabilité civile.

Toutefois, la motivation représente un coût comme en témoignent les débats qui ont eu lieu à l'occasion de l'élaboration du Code fédéral suisse de procédure civile¹³⁶⁶. Aujourd'hui, le code fédéral suisse de procédure civile prévoit dans ses articles 232 à 236 les règles relatives à la décision de justice. Les cantons étaient opposés à l'introduction d'une motivation écrite obligatoire en raison du coût que cela pouvait représenter¹³⁶⁷. L'absence d'obligation de motivation écrite est compensée par la publicité donnée à la décision. Le projet de réforme suisse relatif à la procédure civile lie la question de la motivation de la décision à son acceptation par les justiciables. L'article 54 du Code fédéral de procédure civile est relatif au principe de publicité et dispose que « *Les débats et une éventuelle communication orale du jugement sont publics. Les décisions doivent être accessibles au public.* ». Ce texte est la concrétisation des principes posés par la Constitution suisse au titre des garanties de procédure¹³⁶⁸. Il s'agit également de permettre une meilleure compréhension de la décision de justice en permettant aux parties d'entendre les explications du juge¹³⁶⁹. En revanche, si les juridictions de première instance peuvent se

¹³⁶⁵Ph. JESTAZ, La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, op. cit. (p. 354), spéc. p. 17.

¹³⁶⁶Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse. Selon un communiqué de presse du Parlement en date du 9 avril 2008, le projet de Code de procédure civile devrait être soumis au Parlement au cours de la session d'été 2008. Par un communiqué de presse en date du 31 mars 2010, le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur du code de procédure pénale, de la procédure pénale applicable aux mineurs et du code de procédure civile au 1er janvier 2011.

¹³⁶⁷Dans le Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, p. 6857, il est indiqué sous la rubrique de l'opposition de principe des cantons à l'accroissement des charges financières susceptibles de découler de la réforme du droit de la procédure civile que « *L'introduction d'une motivation écrite obligatoire des décisions a été refusée en raison du coût également* ».

¹³⁶⁸Constitution suisse, article 30 alinéa 3 : « *L'audience et le prononcé du jugement sont publics. La loi peut prévoir des exceptions* ».

¹³⁶⁹Le Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse expose, p. 6889 que « *Le projet privilégie la transparence de la procédure. La publicité des délibérations favorise par ailleurs l'acceptation de la décision par les parties. Elles comprendront bien mieux les arguments du tribunal qu'en se basant sur la décision écrite. Elles*

contenter d'une motivation orale donnée à l'audience, les juridictions d'appel doivent toujours rendre une motivation écrite¹³⁷⁰. L'idée du législateur suisse n'est donc pas de supprimer l'obligation de motivation des décisions juridictionnelles mais simplement d'en modifier la forme, l'écrit étant remplacé dans certains cas par le prononcé oral en audience publique.

696 Il en va différemment en droit français. Si la vision du juge, bouche de la loi, tend à s'effacer devant les considérations pratiques tenant à l'importance des conséquences des décisions adoptées par les juridictions, il n'en reste pas moins que la jurisprudence n'a pas la même reconnaissance que les autres sources de droit. L'étude de la jurisprudence montre que le juge français, poussé par l'impératif de l'article 4 du Code civil, ne s'est pas limité à appliquer les règles de droit législatives. Aujourd'hui, comme le relève Monsieur l'Avocat général J. DUPLAT, « il est dans l'office du juge, non seulement d'appliquer les lois claires, d'interpréter les lois obscures mais aussi d'adapter l'interprétation de textes antérieurs à l'évolution des réalités économiques et sociales »¹³⁷¹. La doctrine relie d'ailleurs le rôle doctrinal que joue de fait la Cour de cassation par sa jurisprudence à l'obligation de juger qui pèse sur le magistrat, complétée par l'obligation de motiver¹³⁷², prévue par l'article 455 du Code de procédure civile français :

« Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé.

Il énonce la décision sous forme de dispositif ».

Contrairement au droit suisse où la motivation est un moyen de persuader les justiciables du bien-fondé de la décision du juge, l'obligation de motiver a été conçue en droit français comme « un instrument de contrôle du respect de la loi par les juges¹³⁷³. Rapporté au droit

seront également moins incitées à demander une motivation écrite, ce qui contribuera à décharger les tribunaux ».

¹³⁷⁰L'article 239 du Code de procédure civile suisse du 18 décembre 2008 relatif à la communication de la décision aux parties et à sa motivation dispose : « 1 Le tribunal peut communiquer la décision aux parties sans motivation écrite :

- a. à l'audience, par la remise du dispositif écrit accompagné d'une motivation orale sommaire ;
- b. en notifiant le dispositif écrit.

2 Une motivation écrite remise aux parties, si l'une d'elles le demande dans un délai de dix jours à compter de la communication de la décision. Si la motivation n'est pas demandée, les parties sont considérées avoir renoncé à l'appel ou au recours.

3 Les dispositions de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral concernant la notification des décisions pouvant faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral sont réservées ».

¹³⁷¹Avis sur le pourvoi n°06-18141, arrêt de l'Ass. pl. du 29 juin 2007, BICC n°559.

¹³⁷²Ph. JESTAZ, La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, op. cit. (p. 354), p. 11-17. Et plus récemment, F. ZENATI-CASTAING, La motivation des décisions de justice et les sources du droit, D. 2007. 1553 : « Avant la Révolution, la jurisprudence était un phénomène négligeable, voire évanescant en raison de l'absence d'obligation de motiver les sentences. Mais, en imposant aux juges cette obligation et en réduisant les sources du droit à la loi, le droit intermédiaire a astreint les juges à construire juridiquement leurs raisons de juger et donc, paradoxalement, à l'encontre de ses principes, à créer, grâce à l'interprétation, un droit normatif à l'image de celui qu'ils sont tenus d'appliquer. La rencontre de la motivation et de la loi a fait naître la jurisprudence en tant que norme ».

¹³⁷³F. ZENATI-CASTAING, article précité.

français de la responsabilité civile dont l'essentiel des règles est jurisprudentiel, il apparaît immédiatement que la motivation peut être plus ou moins détaillée, plus ou moins doctrinale et donc plus ou moins utile à l'appréhension de la règle de droit et du système dans lequel elle s'insère.

697 Comme le relève la CJCE dans un arrêt du 9 septembre 2008¹³⁷⁴, l'obligation de motiver n'implique pas de répondre dans le détail à chaque argument du requérant, en particulier lorsque celui-ci ne les formule pas de façon suffisamment claire et précise. La CJCE précise également que le juge n'est pas tenu d'exposer exhaustivement tous les raisonnements des parties au litige ; il suffit que la motivation donne à comprendre même implicitement les raisons pour lesquelles les demandes des parties ne sont pas accueillies, mettant ainsi également la Cour en mesure d'exercer son contrôle.

698 Comparativement, les décisions du Tribunal fédéral sont souvent si complètes qu'elles exposent doctrine et jurisprudence dans le détail avant de donner les motifs du choix de la solution retenue. En revanche, les décisions de la Cour de cassation nécessitent l'éclairage de la doctrine, ou mieux encore, celui des travaux préparatoires pour avoir la possibilité d'en saisir le sens, le laconisme étant souvent la cause d'une certaine obscurité des décisions. En tout cas, le justiciable n'est le plus souvent pas en mesure de comprendre les éléments sur lesquels la juridiction suprême a fondé sa décision. La disparité des moyens conférés aux juridictions française et suisse pourrait expliquer l'économie du style des motivations françaises. Il semble toutefois qu'il faille davantage comprendre ce style particulier comme l'apanage de l'Autorité, laquelle dit la règle de droit sans avoir davantage à s'expliquer. Une motivation détaillée permettant la discussion sur l'opportunité de la solution ne ferait alors qu'affaiblir l'expression de l'autorité que constitue la décision de justice.

3. Compilation et publication

¹³⁷⁴CJCE 9 septembre 2008, FIAMM, aff. C-120/06 P, points 91 et 96 : dans cette affaire, le requérant critique la décision du Tribunal de première instance en raison d'une motivation contradictoire ou insuffisante. La CJCE rejette l'argument en relevant que : « il convient toutefois de rappeler, en premier lieu, que, ainsi que la Cour l'a itérativement jugé, l'obligation pour le Tribunal de motiver ses décisions ne saurait être interprétée comme impliquant que celui-ci fût tenu de répondre dans le détail à chaque argument invoqué par le requérant, en particulier s'il ne revêtait pas un caractère suffisamment clair et précis (voir, notamment, arrêts du 6 mars 2001, Connolly/Commission, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, point 121; du 11 septembre 2003, Belgique/Commission, C-197/99 P, Rec. p. I-8461, point 81, et Technische Glaswerke Ilmenau/Commission, précité, point 90) ». La cour expose ensuite en quoi l'argumentation de la société était obscure et imprécise, pour indiquer ensuite que « En second lieu, il convient également de rappeler que l'obligation de motivation n'impose pas au Tribunal de fournir un exposé qui suivrait, de manière exhaustive et un par un, tous les raisonnements articulés par les parties au litige et que la motivation peut donc être implicite à condition qu'elle permette aux intéressés de connaître les raisons pour lesquelles le Tribunal n'a pas fait droit à leurs arguments et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle (voir, notamment, arrêts du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 372, et du 25 octobre 2007, Komninou e.a./Commission, C-167/06 P, point 22) ».

699 Dès lors que la jurisprudence est partie intégrante du droit positif, la publication des décisions s'impose. En droit français, la Cour de cassation a d'ailleurs choisi d'assumer son rôle doctrinal en publiant des communiqués de presse par lesquels elle indique la doctrine de ses décisions¹³⁷⁵. Elle s'est également dotée d'outils informatiques documentaires permettant aux juges du fond de prendre connaissance de sa doctrine. Dans la base de décisions constituée par le service de la documentation et des études de la Cour de cassation, Jurinet, les arrêts de principe sont reliés à leurs applications ponctuelles, à leurs précédents, aux décisions ultérieures, permettant ainsi à toute personne qui la consulte d'avoir accès à la construction juridique d'une solution au cours du temps. Un auteur français relevait déjà que le juriste a pour rôle d'indiquer comment un problème de droit né ou à naître sera résolu, et que pour ce faire, il n'y a pas d'autre moyen que la lecture et l'analyse des décisions de justice¹³⁷⁶.

700 En droit suisse, ce point n'a pas été envisagé par les auteurs du projet de réforme d'abord parce que la jurisprudence du Tribunal fédéral fait depuis longtemps l'objet d'une publication au recueil officiel et que ses décisions situent la solution retenue par rapport à la doctrine et à la jurisprudence antérieure, ensuite parce que la publication des décisions et des travaux préparatoires relèvent de dispositions d'organisation judiciaires ou administratives qu'il n'est pas utile d'évoquer ici. Il suffit de relever la différence de pratique entre le droit suisse, où les réflexions préparatoires figurent dans la décision de façon exhaustive, et le droit français où les quelques lignes d'un arrêt dissimulent avis et conclusions souvent inédits complétés par les commentaires doctrinaux¹³⁷⁷.

La publication des décisions et des travaux préparatoires participe de l'autorité qui s'attache à la jurisprudence, elle est également un facteur de sécurité juridique en ce qu'elle permet la prévisibilité du droit.

B La sécurité juridique limite nécessaire

701 Par la nature même des choses, le juge applique une règle de droit à des faits qui se sont produits par le passé. Par conséquent, la règle de droit jurisprudentielle est appliquée de façon rétroactive et la jurisprudence suisse a consacré le principe de l'obligation pour le juge d'organiser le déploiement dans le temps des effets de la règle nouvelle (1.). Alors que la

¹³⁷⁵V. par exemple le communiqué de presse relatif à l'arrêt du 13 mars 2009 rendu par la chambre mixte : la Cour expose le contexte juridique, les évolutions jurisprudentielles, la solution retenue et la position de l'avocat général.

¹³⁷⁶P. ESMEIN, La jurisprudence et la loi, RTDciv. 1936, p. 17-23, spéc. p. 19.

¹³⁷⁷A. TOUFFAIT & A. TUNC, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la cour de cassation, RTDciv. 1974, p. 487-508.

règle de droit d'origine législative peut organiser dans le temps le déploiement de ses effets, la règle jurisprudentielle, dont l'autorité a longtemps été niée en France, n'a que récemment donné lieu à réflexion sur l'organisation de ses effets dans le temps (2.). Les auteurs du projet de réforme suisse n'ont pas envisagé cette question alors qu'ils ont voulu confier au juge le soin de dégager les nouvelles hypothèses de responsabilité objective.

1. La bonne foi principe directeur du droit suisse

702 Le droit suisse ayant reconnu au juge le pouvoir de créer du droit (article 1er alinéa 2 CCS), il n'y avait pas d'obstacle logique ou théorique à admettre qu'il fallait prévoir l'aménagement dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence. En droit suisse, si le juge ne peut effectuer un contrôle constitutionnel de la loi, il doit en revanche appliquer directement le droit constitutionnel lorsqu'il en a la possibilité. C'est donc sur le fondement de l'article 9 de la Constitution fédérale que le Tribunal fédéral censure les décisions de revirement qui portent atteinte au principe de la bonne foi.

a La motivation du revirement de jurisprudence

703 En droit suisse, le juge peut s'écarter de la règle dégagée par les décisions précédentes, mais il doit alors s'en expliquer de façon convaincante. Lorsque le juge suisse adopte une solution divergente par rapport à la solution antérieurement retenue, il l'indique et précise dans quelle mesure la règle antérieure est remise en question. Ainsi, s'agissant de l'appréciation de la preuve libératoire que peut invoquer le détenteur d'un animal, le Tribunal fédéral indique que « *Dans la mesure où des conclusions différentes pourraient être tirées de l'arrêt non publié rendu le 3 décembre 1935 par la Cour de céans dans la cause La Préservatrice contre Juillerat, il faudrait considérer cet arrêt comme dépassé et ne répondant pas aux exigences de l'intensité actuelle de la circulation* »¹³⁷⁸. En l'espèce, le détenteur de l'animal ayant causé le dommage, un poulain qui avait heurté un véhicule, invoquait un usage local lui permettant de laisser les chevaux circuler librement sur le territoire de la commune. L'usage était invoqué pour établir que le détenteur de l'animal avait pris toutes les précautions exigées de lui, puisque la coutume lui permettait de laisser divaguer l'animal sans surveillance. Le Tribunal fédéral rejette cet argument en relevant que la solution ancienne ne répondait plus aux exigences de la société actuelle.

Lorsqu'il effectue un revirement de jurisprudence, le juge suisse rappelle qu'il en a la possibilité dans la mesure où des raisons impérieuses motivent sa décision, de sorte qu'il est

¹³⁷⁸ ATF 85 II 243, p. 246, cons. 1.

justifié de porter ainsi atteinte à la sécurité juridique¹³⁷⁹. Le Tribunal fédéral indique que « *Le revirement de jurisprudence se justifie seulement s'il repose sur des motifs suffisamment sérieux. Spécialement lorsqu'il s'agit d'une jurisprudence constante depuis plusieurs dizaines d'années. Les motifs qui parlent en faveur de la nouvelle solution et contre la pratique antérieure doivent être globalement d'un poids plus important que la conséquence négative qu'aura le changement de solution, notamment sur la sécurité juridique* »¹³⁸⁰.

704 Comparativement, en droit français, si la pesée des différents intérêts en présence et de l'opportunité du revirement est bien effectuée au sein de la formation de jugement, et au-delà des prétentions des parties, il est rare que cela apparaisse dans l'arrêt de la Cour de cassation qui effectue le revirement de jurisprudence en formulant la règle nouvelle¹³⁸¹. Il est vrai que les spécialistes de la matière ne s'y trompent pas, d'autant que les travaux préparatoires (rapport du conseiller et conclusions de l'avocat général) font souvent l'objet de publication dans la presse juridique. Mais de ce fait, le justiciable lambda se trouve exclu de la discussion judiciaire, et faute de comprendre la décision qui lui est défavorable, il ne peut l'accepter. Cette discrétion judiciaire se comprend d'autant moins que la lecture des travaux préparatoires montre que la réflexion a bien été menée par les juridictions, de sorte que le coût en temps et en moyen que nécessite cette motivation spéciale est d'ores et déjà assumé : pourquoi dès lors ne pas en faire état devant le justiciable en faisant apparaître l'ensemble de ces considérations dans la décision de justice ?

Outre l'obligation de justifier de l'opportunité du revirement de jurisprudence, le droit suisse connaît également des modalités d'aménagement dans le temps des effets du revirement de jurisprudence.

b L'aménagement dans le temps des effets du revirement

705 Quel doit être l'effet dans le temps de la décision judiciaire lorsque le juge opère un revirement de jurisprudence ? Le juge doit en effet conserver la liberté de faire évoluer le droit, mais il doit en aviser les justiciables de façon que ceux-ci ne soient pas surpris par la

¹³⁷⁹V. par ex. ATF 125 III 312, spéc. p. 321, cons. 7 : le revirement porte sur le fait qu'auparavant, le juge réparait le préjudice sous la forme d'un capital nonobstant la demande de la victime, alors que désormais le juge doit en principe s'en tenir à ce qui lui est demandé, sauf exception en considération des circonstances.

¹³⁸⁰ATF 125 III 312, spéc. p. 321, cons. 7 : « *Die Änderung einer Rechtsprechung rechtfertigt sich nur, wenn sich dafür hinreichend ernsthafte Gründe anführen lassen. Das gilt namentlich, wenn diese Rechtsprechung während mehrere Jahrzehnte konstant befolgt worden ist. Die Gründe, die gegen die bisherige Praxis und zugunsten einer neuen Betrachtungsweise sprechen, müssen insgesamt gewichtiger sein als die nachteiligen Auswirkungen, welche die Praxisänderung insbesondere auf die Rechtssicherheit hat* ».

¹³⁸¹V. par exemple le revirement de jurisprudence relatif à la prescription des frais des avoués, la solution antérieure remontant à 1890 a été renversée par un arrêt de la deuxième chambre civile du 17 mai 2001, n°98-12637, Bull. 97, confirmé par un arrêt d'assemblée plénière du 12 janvier 2007, n°05-11816 : si les raisons du revirement ont été exposées dans les travaux préparatoires, spécialement dans les conclusions de l'avocat général, M. R. DE GOUTTES (G. P. 25 janvier 2007, n°25 et s., p. 2 et s.), l'arrêt n'en laisse rien transparaître et se borne à affirmer que les frais des avoués ne sont pas soumis à la prescription trentenaire, mais à la prescription biennale de l'article 2273 du Code civil.

règle nouvelle. En droit français, on emploie le terme de principes directeurs du procès civil pour qualifier les grands principes qui organisent la matière de la procédure civile, désignés en droit suisse, par le terme de « *Prozessmaximen* »¹³⁸². Parmi les principes suisses figure l'injonction d'agir conformément à la bonne foi, traduction de la formule germanique, « *nach Treu und Glauben* ». Le principe de bonne foi qui figure à l'article 2 du Code civil suisse¹³⁸³ et à l'article 9 de la Constitution fédérale¹³⁸⁴ s'applique à l'ensemble du droit privé, mais aussi en droit public, et joue également en matière de procédure civile. Ce principe s'impose aux parties, mais également au juge. Le juge, en tant qu'instance étatique est directement lié par l'article 9 de la Constitution fédérale, comme il l'était auparavant par l'article 4 al. 1er de l'ancienne constitution de 1874, qui garantit constitutionnellement au justiciable que l'Etat et les autorités publiques se comporteront conformément au principe de bonne foi¹³⁸⁵. Le principe de bonne foi implique l'interdiction de l'arbitraire, et l'interdiction pour l'Etat de se comporter de façon à prendre les justiciables par surprise¹³⁸⁶.

Le Tribunal fédéral a ainsi censuré le juge cantonal qui a changé de pratique : alors qu'un Etat pouvait auparavant se prévaloir devant le tribunal de prud'hommes de l'immunité de juridiction en se faisant représenter par un avocat, le tribunal décide qu'il doit désormais se faire représenter à l'audience par un diplomate. Le Tribunal fédéral estime qu'un tel revirement de jurisprudence doit être précédé d'un avertissement, et qu'à défaut, il y a violation de l'article 9 de la Constitution¹³⁸⁷.

706 Il est à noter qu'il semble que l'aménagement de l'effet des revirements de jurisprudence dans le temps en droit suisse ne concerne que les droits de procédure et non le droit matériel. Les observateurs semblent en effet considérer que le revirement doit être précédé d'un avertissement en cas de « *modification ou de clarification de la jurisprudence sur des questions de droit de procédure* »¹³⁸⁸. Ainsi, l'arrêt précédemment cité concerne une question de procédure civile, tandis qu'un autre arrêt important a été rendu dans une espèce où le revirement de jurisprudence portait sur la computation des délais de recours¹³⁸⁹.

¹³⁸² A. STAEHELIN, D. STAEHELIN, P. GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, Schulthess, 2008, p. 109 et s.

¹³⁸³ Article 2 CCS : 1 « *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi* ».

¹³⁸⁴ Article 9 Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi « *Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi* ».

¹³⁸⁵ Ibidem, p. 134-135, n°58-59.

¹³⁸⁶ U. HÄFELIN, W. HALLER, H. KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7e éd., Schulthess, 2008, p. 237, n°826 : « *Grosse Bedeutung hat dieser Grundsatz in Bezug auf die Rechtsprechung ; in der gleichen Sache sollen keine entgegengesetzten Entscheide ergeben* ».

¹³⁸⁷ TF. 13 juillet 2007, n°4P.33/2007, SZP. 2008/1, p. 13 et s.

¹³⁸⁸ A. STAEHELIN, D. STAEHELIN, P. GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, ib.

¹³⁸⁹ ATF 123 II 153, cons. 5.1 p. 159 et s.

2. L'évolution du droit français

707 En principe, le juge est libre de modifier à tout moment son interprétation de la loi. Par conséquent, la Cour de cassation affirme qu'il n'existe aucun droit au maintien d'une jurisprudence. Par un arrêt du 11 juin 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation indique que :

« Mais attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit d'accès au juge »¹³⁹⁰.

708 Cette solution implique que le justiciable puisse se voir privé du droit dont il aurait été titulaire si la règle jurisprudentielle antérieure avait été maintenue, et ce, entre le moment où se produit le fait dommageable et le moment où la Cour de cassation affirme la règle de droit. Pourtant, la chambre sociale de la Cour de cassation laisse entendre que l'application immédiate de la règle matérielle imposant à l'employeur de verser une contrepartie au salarié licencié soumis à une clause de non-concurrence résulte d'une appréciation des intérêts en présence, la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle pesant d'avantage que le droit de l'employeur à la sécurité juridique¹³⁹¹.

709 Par différence avec la règle de droit législative, la règle de droit jurisprudentielle n'est pas assortie de dispositions transitoires. En principe, la solution nouvelle s'applique immédiatement, y compris aux situations nées sous la règle antérieure. En matière de responsabilité civile, la question déterminante n'est plus vraiment de savoir qui va être condamné à réparation, mais de quelle façon assumer cette obligation ? La question est donc de savoir s'il y a une assurance et si elle couvre l'entier dommage. Or l'assurance repose sur les prévisions de l'assureur prenant en compte notamment l'état du droit au moment de la souscription du contrat.

710 La modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence est également connue en droit européen. Pour concilier sécurité juridique et nécessaire souplesse du droit, la CEDH a admis la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses décisions¹³⁹². La CJCE a également admis la notion sous certaines conditions. Le gouvernement danois demandait à la Cour de limiter dans le temps les effets de son arrêt en invoquant les

¹³⁹⁰Cass. civ. 1re, 11 juin 2009, n°07-14932, Bull. n°124.

¹³⁹¹Cass. soc. 26 septembre 2007, n°06-42507, inédit.

¹³⁹²CEDH, 13 juin 2007, Marckx c/ Belgique.

conséquences graves pour la sécurité juridique et les implications financières pour les victimes. La Cour de justice rappelle le principe de l'application immédiate de la règle interprétée qui ne peut être écarté que si les parties sont de bonne foi et en présence d'un risque de troubles graves pour les parties, ou en cas de conséquences financières graves de la rétroactivité¹³⁹³.

711 Dès lors que le juge a le pouvoir de créer ou de modifier substantiellement la règle de droit, il ne peut se dispenser d'une réflexion sur l'aménagement dans le temps des effets de sa décision. La question ne se pose pas dans les mêmes termes en droit pénal et en droit civil, la Constitution garantissant la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Toutefois, il est à noter que la France a récemment été condamnée par la CEDH en raison de l'application d'une qualification pénale issue d'un revirement de jurisprudence postérieur à la commission des faits¹³⁹⁴. Seul l'aspect civil sera ici envisagé.

712 Il est à noter que la question se pose avec d'autant plus d'acuité que les délais de prescription sont longs : plus la possibilité d'agir en responsabilité se prolonge dans le temps, et plus l'évolution des mœurs est probable, conduisant alors le juge à faire évoluer la règle de droit. Comme nous le verrons plus loin, le juge suisse aussi a été confronté à la question de l'aménagement dans le temps des effets de ses décisions, toutefois, limitée aux questions procédurales. L'explication pourrait résider dans la rigueur des délais de prescription en droit suisse qui aurait pour effet pratique de ne pas laisser le temps nécessaire à l'apparition d'une nouvelle règle de droit matérielle. Dès lors, la réduction des délais de prescription opérée par la loi du 17 juin 2008 pourrait résorber les cas dans lesquels l'évolution de la règle jurisprudentielle serait susceptible de faire grief.

713 Le juge français comme suisse a fait preuve de sa capacité à prendre en compte tous les intérêts en présence afin d'assurer la réparation du dommage subi par la victime. Dès lors, une codification du droit de la responsabilité civile ne peut s'épargner une réflexion sur la mise en œuvre des règles par le juge et sur le pouvoir d'appréciation et de modulation qu'il convient de lui reconnaître expressément. La reconnaissance du pouvoir d'appréciation et de modulation du juge permet également au législateur de se concentrer sur l'essentiel, laissant ceux qui sont au cœur de la situation de fait le soin de prendre en compte les circonstances. Cette répartition des rôles vaut mieux qu'une législation brouillonne et contingente, que

¹³⁹³CJCE 9 mars 2000, EKW et Wein & Co, aff. C-437/97, Rec. p. I-1157, point 57 ; 23 mai 2000, Buchner e.a., aff. C-104/98, Rec. p. I-3625, point 39 ; 12 oct. 2000, Cooke, aff. C-372/98, Rec. p. I-8683, point 42.

¹³⁹⁴CEDH, 10 octobre 2006, X. c. France, aff. n°40403/02. V. le rapport de M. ANDRE, au BICC du 1er avril 2009, p. 25 et s.

subissent praticiens et justiciables. Comme le relevaient déjà en 1955 des auteurs préoccupés par le sort des victimes de dommages corporels : « On avait coutume de dire autrefois : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements ». Nous formulerons le même souhait en mettant un singulier là où il y avait un pluriel »¹³⁹⁵. S'il convient de codifier le droit de la responsabilité civile, il importe également de consacrer le pouvoir créateur du juge dans cette matière, sauf si une réforme législative venait codifier l'ensemble du droit de la responsabilité civile. La reconnaissance du pouvoir créateur du juge ne serait alors qu'une précaution pour l'avenir. En effet, le rôle important du juge suisse, spécialement en matière de responsabilité civile ne se traduit pas tant par l'édiction de normes en cas de lacune de la loi que par l'exercice de l'important pouvoir de modulation des effets de la règle de droit que lui confère la loi suisse.

C Propositions

A la lumière du droit positif suisse, certaines propositions pour le droit français pourraient être envisagées, bien qu'elles soient totalement étrangères à notre tradition juridique.

714 Lorsque la règle de droit ne permet pas de trancher le litige, le juge devrait être habilité à dégager des règles nouvelles. Il le fait déjà, mais de façon occulte, en tout cas pour le justiciable. Il s'agirait donc d'abord d'une clarification à destination des justiciables. Le législateur devrait donc expressément permettre au juge de créer une règle nouvelle en cas de lacune de la loi à l'instar de ce qui existe en droit suisse. Cette proposition va à l'encontre de la tradition juridique française. Elle présente également l'inconvénient d'établir en législateur supplétif des magistrats n'ayant déjà pas les moyens de bien juger les affaires actuelles. Il sera également difficile de coordonner l'action du juge avec celle du législateur français, qui a déjà bien du mal à se coordonner avec lui-même. Aussi, bien que cette proposition tirée du droit suisse semble devoir aboutir à terme, il convient de souligner qu'en l'état actuel, le juge français n'est pas en mesure d'assumer cette compétence nouvelle.

715 Pour permettre l'harmonisation du droit et éviter que l'amoncellement des règles jurisprudentielles n'aboutisse à la coexistence de droit codifié et non codifié, il faudrait qu'un relevé annuel des règles soit intégré dans les textes et soumis au Parlement pour validation. La Cour de cassation française procède déjà à certaines propositions de réforme au regard de sa jurisprudence¹³⁹⁶, mais il s'agirait ici de codifier la jurisprudence.

¹³⁹⁵ A. TOULEMON & J. MOORE, Le préjudice corporel et moral en droit commun, Sirey, 1955, introduction, p. 5.

¹³⁹⁶ Les rapports annuels de la Cour de cassation comportent une partie consacrée aux suggestions de réforme législative. Ainsi, dans le rapport 2009, la Cour de cassation propose au législateur de rétablir dans la loi l'exigence de

716 Lorsque le juge adopte une solution contraire à une solution précédemment invoquée, il devrait préciser s'il s'agit d'un cas d'espèce ou d'une solution à portée générale, ainsi que les considérations qui conduisent à retenir cette solution. Le travail des magistrats n'en serait pas augmenté parce qu'il est déjà effectué par le conseiller rapporteur et l'avocat général.

Si l'autorité de la jurisprudence conduit à réfléchir sur le régime de la règle jurisprudentielle à l'aune de ce qui existe déjà en droit positif suisse, le projet de réforme suisse a envisagé le toilettage des dispositions relatives au pouvoir d'appréciation et de modulation du juge dans la mise en œuvre de la loi.

SECTION 2 LE POUVOIR DU JUGE DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI

717 La mise en œuvre de la loi peut se faire de deux façons : soit le juge s'est vu conférer par le législateur un pouvoir de modulation dans l'application de la loi, soit il met en œuvre son pouvoir d'appréciation. La modulation de l'application de la règle de droit par le juge ne doit pas être confondue avec l'appréciation, opération par laquelle le juge confronte le fait au droit pour déterminer son application. La modulation dans l'application de la règle de droit suppose que le juge ait au préalable apprécié les faits et admis que la norme était applicable, mais qu'il va ensuite en moduler les effets en fonction des circonstances. Le législateur suisse a dès l'origine voulu expressément conférer au juge ce pouvoir de modulation pour des considérations d'équité. Le Rapport de la commission du conseil des états chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial du 31 mai 1880 indique que : l' « *Un des traits principaux (et la majorité de votre commission le considère comme un avantage) du projet consiste dans un certain nombre de dispositions impliquant l'adoption d'un certain principe d'équité, modérant ce qu'il y a de trop raide dans le droit absolu* »¹³⁹⁷. Outre ce rôle que l'on pourrait improprement qualifier de « *législateur supplétif* » prévu par l'article 1er alinéa 2 du Code civil suisse, le Code des obligations reconnaît donc au juge un pouvoir de modulation tout à fait conséquent, spécialement en matière de responsabilité civile. On peut en effet distinguer ses prérogatives de droit commun de son pouvoir particulier dans le domaine de la responsabilité civile. Le droit suisse a adopté une position très différente du droit français : il

légalisation des actes de l'état civil étranger. La Cour s'est en effet aperçu dans le cadre d'une affaire que l'exigence de légalisation, destinée à authentifier la signature et la qualité de son auteur, n'avait plus de fondement légal en raison de l'abrogation de l'ordonnance royale d'août 1681.

¹³⁹⁷ FF. du 18 juin 1880, p. 139 et s., spéc. p. 145.

fait confiance au juge tout en lui imposant de suivre les directives de la loi. Ces directives, pour souples qu'elles soient permettent cependant de donner au justiciable une indication sur l'orientation que pourra prendre le juge et sur l'existence de ce pouvoir d'appréciation. Les débats législatifs sur le projet de Code civil suisse montrent la réflexion menée à l'époque sur le rôle du juge. La reconnaissance de ce pouvoir de modulation a pour contrepartie son encadrement notamment par l'obligation qui en résulte pour le juge d'indiquer qu'il y recourt pour donner telle solution au litige. On indique notamment qu'« *Il n'était pas superflu d'exprimer l'idée (art. 5, aujourd'hui, article 4 du CCS) que la faculté laissée au juge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs, ne l'autorisait pas à tomber dans l'arbitraire* »¹³⁹⁸. La question de l'étendue nécessaire du pouvoir de modulation du juge a même conduit à demander « *s'il n'eût pas été utile d'accorder, par un texte formel, au Conseil fédéral ou au Tribunal fédéral, le droit de rédiger des instructions ou de rendre des ordonnances destinées à interpréter la loi ou à en combler les lacunes* »¹³⁹⁹.

Il semble cependant que le recours à cette technique présente d'une part l'avantage d'introduire des assouplissements circonstanciels dans l'application de la règle de droit, et d'autre part, d'imposer au juge de faire apparaître le recours à l'équité sans passer par des contorsions doctrinales incompréhensibles tant par le justiciable que par les auteurs les plus autorisés.

Le pouvoir du juge s'exprime d'abord par la modulation dans l'application de la règle de droit (§.1), ensuite par sa faculté d'appréciation (§.2).

§.1 LE POUVOIR DE MODULATION

718 Le législateur suisse a tiré la conséquence de la constatation de ce que la matière des procès en responsabilité civile est avant tout une question de fait, que celui qui est le mieux à même de l'apprécier au plus près est le juge, et qu'il est par conséquent opportun d'affirmer clairement sa compétence, son pouvoir d'appréciation et son pouvoir de modulation. Le principe du pouvoir de modulation conféré au juge suisse est posé à l'article 4 du Code civil suisse (A), dont l'étude pourrait conduire à certaines idées de réforme (B).

A Le principe de l'article 4 du Code civil suisse

719 Les dispositions du droit de la responsabilité civile qui confèrent au juge un

¹³⁹⁸Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse du 28 mai 1904, FF. du 16 juin 1904, p. 14.

¹³⁹⁹Ibidem.

pouvoir de modulation sont dans la ligne de l'article 4 du Code civil suisse : « *Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.* ». Ce texte est ainsi présenté lors des débats relatifs au projet de code civil suisse : « *Il n'était pas superflu d'exprimer l'idée que la faculté laissée au juge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs, ne l'autorisait pas à tomber dans l'arbitraire* »¹⁴⁰⁰. Ainsi, l'article 44 COS qui permet au juge de modérer la réparation en fonction des circonstances est une application de la règle posée par l'article 4 CCS¹⁴⁰¹. Le pouvoir du juge suisse de moduler l'obligation de réparation en fonction de certaines circonstances résulte des articles 43 et 44 du COS.

Le juge apprécie tout d'abord si les faits correspondent aux conditions de mise en jeu de la responsabilité civile. Le législateur suisse lui confère en outre un pouvoir de modulation quant à l'existence même d'une obligation de réparer.

1. L'existence d'une obligation de réparer

L'équité peut conduire le juge soit à admettre une responsabilité alors qu'en principe, l'application des règles de droit conduirait à l'écarter, soit à admettre le principe de la réparation d'un dommage qui en d'autres circonstances ne serait pas considéré comme réparable.

a Existence d'une responsabilité

720 L'incapable n'est en principe pas responsable de ses actes, conformément à l'article 18 du Code civil suisse qui indique que « *Les actes de celui qui est incapable de discernement n'ont pas d'effet juridique* », sous la réserve des « *exceptions prévues par la loi* ». L'article 54 COS prévoit expressément que : « *Si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé* ». Comme le relèvent les auteurs du projet de réforme suisse, cette règle est exceptionnelle et se rattache difficilement à l'un ou l'autre type de responsabilité¹⁴⁰².

721 Si le législateur renvoie à l'équité, il ne précise pas les critères sur lesquels le juge peut se fonder pour admettre l'existence d'une obligation à réparation à la charge de l'incapable. Le projet de réforme suisse consacre un critère habituellement admis en mentionnant expressément la situation économique des parties. L'article 48b AP dispose que « *Si l'équité l'exige, eu égard notamment à la situation économique des parties, le tribunal peut*

¹⁴⁰⁰Message du 28 mai 1904 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, FF. 16 juin 1904, p. 14.

¹⁴⁰¹ATF 132 III 249.

¹⁴⁰²REAP p. 121 et s.

exceptionnellement condamner une personne incapable de discernement à la réparation partielle ou totale du dommage qu'elle a causé ». Les auteurs du projet de réforme n'ont donc pas voulu se prononcer sur la question de savoir si l'existence d'une assurance de responsabilité civile pouvait être retenue parmi ces critères d'appréciation de la mise en jeu de la responsabilité de la personne privée de discernement.

b Existence d'un dommage réparable

722 Ainsi, l'article 43 COS alinéa 1 bis dispose que « *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...* ». Le droit suisse ne permet la réparation du préjudice moral qu'en présence d'une atteinte à la personnalité¹⁴⁰³. Le législateur a donc été contraint d'adopter une disposition habilitant expressément le juge à tenir compte du préjudice moral résultant de la perte d'un animal. Il s'agit toutefois d'une faculté : le juge peut admettre l'existence d'un préjudice moral engendrant une obligation de réparer, mais il n'y est pas obligé. Comparativement, en droit français, si la réparation du préjudice moral est admise de façon générale, le juge a cependant un pouvoir d'appréciation de la preuve de l'existence du dommage. Ainsi, il n'a parfois pas été admis que la perte d'une chose aimée, en l'espèce une voiture, puisse être source de préjudice moral¹⁴⁰⁴, contrairement à la perte de photos de famille¹⁴⁰⁵.

2. La modulation du quantum de la réparation

723 Le projet de réforme suisse préconise le maintien et même le renforcement du pouvoir du juge dans la détermination du quantum de la réparation. Actuellement, l'article 43 COS dispose que : « *1 Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute* »¹⁴⁰⁶. En cas de pluralité de responsabilités et spécialement lorsque la victime a commis une faute qui a concouru à la réalisation du dommage, mais sans en être la cause exclusive, le juge peut en tenir compte pour réduire le montant des dommages-intérêts. En droit suisse, une disposition prévoit cette possibilité. L'article 44 du COS dispose en effet que :

« *1 Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter,*

¹⁴⁰³ Sur cette question, cf. supra p. 175 et s., §. 338 et s.

¹⁴⁰⁴ CHARTIER, op. cit. spéc. p. 209, cite TGI Le Mans, 14 octobre 1966, GP. 1967. I. 29.

¹⁴⁰⁵ CA Lyon, 1re ch. civ. 27 janvier 2005, n°03/06422.

¹⁴⁰⁶ Appréciation de la gravité de la faute, ex. d'application à de jeunes enfants ayant causé un incendie, ATF 100 II 332 : « *une réduction sensible de l'obligation de réparer le dommage se justifie généralement selon l'article 43 al. 1er COS lorsque le débiteur est un enfant* ».

ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

2 Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts »¹⁴⁰⁷. Le Tribunal fédéral relève que ce pouvoir de modulation peut être apprécié par le juge de cassation mais avec circonspection et ce dernier ne censure que lorsque le juge du fond s'écarte sans raison des principes reconnus par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il n'a pas pris en compte des faits pertinents ou négligé ceux qui avaient un rôle décisif, ou encore lorsque sa décision apparaît comme manifestement inéquitable¹⁴⁰⁸. Le législateur suisse n'a cependant pas accordé un mandat en blanc au juge, il lui donne des directives notamment quant aux facteurs de réduction qu'il peut prendre en compte.

724 Le rapport explicatif du projet de réforme suisse indique la distinction tripartite traditionnelle entre les circonstances qui tiennent à la personne responsable, celles qui sont imputables à la personne lésée, et celles qui sont extérieures aux parties¹⁴⁰⁹. Comme le relève le Tribunal fédéral, le juge dispose d'un large pouvoir de modulation du quantum de la réparation dans le cadre de l'article 44 COS¹⁴¹⁰. Le projet de réforme suisse n'envisage pas de modifier cette situation, l'article 52 AP dispose que :

« Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage ».

725 En revanche, le projet de réforme suisse n'envisage pas de formuler expressément la règle selon laquelle la victime doit adopter les mesures propres à réduire ou à empêcher l'aggravation du dommage. Cette règle est pourtant de droit positif, principe général du droit de la responsabilité civile comme du droit des assurances¹⁴¹¹.

726 Comparativement, le projet de réforme français a prévu en son article 1373 que :

« Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ».

Les rédacteurs du projet de réforme français ont entendu donner une large pouvoir de modulation au juge. Ils n'ont cependant pas envisagé toutes les difficultés que posent cette règle d'équité : aucune précision sur la charge de la preuve. En principe, ce sera à celui qui

¹⁴⁰⁷ Le juge tranche en considération de la loi et de l'équité (article 4), ATF 132 III 249.

¹⁴⁰⁸ ATF 131 III 12, spéc. p. 15, cons. 4. 2 ; ATF 129 III 380, cons. 2.

¹⁴⁰⁹ REAP p. 154.

¹⁴¹⁰ ATF 131 III 12, spéc. p. 15, cons. 4. 2.

¹⁴¹¹ V. supra p. 202, §. 397.

invoque l'inaction fautive de la victime d'en apporter la preuve, à charge pour la victime de se défendre en établissant la réalité et l'opportunité des mesures qu'elle aura adoptée.

3. L'octroi d'une indemnisation en équité

727 Le Code des obligations, tirant parti des commentaires et des critiques dont faisaient l'objet les codifications française et allemande, a conféré au juge un rôle beaucoup plus large dans les cas où les circonstances exigeaient une intervention casuelle en équité sans qu'il soit possible cependant de formuler de règle générale et abstraite. Ainsi, l'article 52 alinéa 2 du COS permet au juge d'accorder en équité une indemnité à celui qui subi un dommage du fait d'une action dont l'auteur se trouvait en état de nécessité, c'est-à-dire dans « *la situation de celui à qui il apparaît clairement que le seul moyen d'éviter un mal plus grand ou égal, est de causer un mal moins grand ou égal* »¹⁴¹². L'état de nécessité est un fait justificatif qui, en droit suisse, fait disparaître l'illicéité, tandis qu'en droit français il fait disparaître la faute. Dans les deux droits, la responsabilité civile de l'auteur du dommage ne peut plus être engagée. En revanche, le droit suisse permet expressément au juge d'accorder une indemnité à la victime sur le fondement de l'équité. Comparativement, la doctrine française semble s'accorder sur l'idée qu'il est inéquitable de laisser la victime sans recours, mais diverge sur le fondement de cette indemnisation¹⁴¹³.

728 Il arrive aussi que le juge français se voit conférer expressément par le législateur la possibilité d'appliquer la règle de droit en l'adaptant aux circonstances de l'espèce. Ainsi, l'article 1153-1 du Code civil indique qu'en principe la créance de réparation produit intérêt au taux légal à compter du prononcé de la décision « *à moins que le juge n'en décide autrement* ». Avant que le législateur ne pose ce principe à l'occasion de la loi du 5 juillet 1985, la jurisprudence l'avait déjà admis, en précisant que le juge pouvait faire remonter les intérêts à une date antérieure au jugement, qui pouvait être celle de l'accident cause du dommage¹⁴¹⁴. Dans ce cas, la jurisprudence exigeait que le juge précise le dommage qui était ainsi indemnisé¹⁴¹⁵.

B Propositions de réforme

729 Ces propositions visent le droit français et s'organisent autour de deux axes que sont le pouvoir de modulation du juge quant à l'admission du principe de la responsabilité et à l'étendue de la réparation. La lisibilité du droit par le justiciable impose de lui indiquer dans la

¹⁴¹²R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, op. cit. (p. 73), p. 123, n°98.

¹⁴¹³Cf. supra, L'état de nécessité, p. 237, §.462

¹⁴¹⁴Cass. civ. 1re, 16 mars 1966, Bull. n°190.

¹⁴¹⁵Cass. civ. 1re, 3 nov. 1981, Bull. n°320.

mesure du possible les cas dans lesquels le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation et de modulation.

1. L'admission en équité d'une obligation à réparation

730 Le projet de réforme suisse reprend la norme de l'article 52 alinéa 2 COS qui permet au juge d'allouer à la victime une réparation pour le dommage résultant d'un acte licite. Bien que la notion d'illicéité ne soit pas employée dans les mêmes fonctions et selon les mêmes modalités en droit suisse et en droit français, les deux droits admettent une exonération de responsabilité lorsque l'auteur du dommage a agi sous l'empire de la nécessité, causant un mal nécessaire pour éviter un mal plus grand.

731 Les règles ordinaires de prescription telles qu'elles résultent en droit français de la réforme réalisée par la loi du 17 juin 2008 ne laissent pas place à la moindre modulation par le jeu des effets de l'écoulement des délais. Il en va de même en droit suisse, les délais fixés ne sont susceptibles d'aucune dérogation. Les deux droits comportent maintenant des délais butoirs, même si leur champ d'application n'est pas le même. Ces délais butoirs posent ainsi une limite au délai de prescription en cas de report, par exemple en cas de suspension de la prescription en raison de l'impossibilité d'agir dans laquelle se trouverait la victime d'un dommage.

Il est certain que la prescription est nécessaire et qu'elle contribue à la sécurité juridique. Comme a pu l'affirmer la Cour européenne des droits de l'Homme : « *de même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable (...), de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes* » (Fogarty c/ RU, au sujet de l'immunité juridictionnelle des Etats, mais la remarque vaut aussi pour la prescription).

Cependant, il est des cas où elle conduira à des solutions totalement inéquitables. D'ailleurs, nous verrons que le juge suisse a sanctionné la mauvaise foi de celui qui invoquait la prescription dans certaines circonstances, tandis que le juge français admettait *contra legem* que la prescription ne courrait pas contre celui qui était dans l'impossibilité d'agir. Si le droit doit poser des limites, il ne doit pas se laisser instrumentaliser à des fins qui contreviennent aux principes supérieurs qui le font vivre. Ces principes sont trop généraux pour pouvoir être directement applicables et nécessitent le plus souvent d'être concrétisés par des normes de rang inférieur. En présence d'un cas d'espèce dans lequel une fraude est évidente, le juge devrait pouvoir la sanctionner en refusant d'accueillir l'exception de prescription. La loi

anglaise relative à la prescription¹⁴¹⁶ prévoit également des délais assez courts¹⁴¹⁷, mais aussi la possibilité pour le juge d'écarter le délai de droit commun si cela lui apparaît comme équitable en cas de dommage corporel ou de mort¹⁴¹⁸. Le juge peut également user de son pouvoir d'appréciation lorsque le demandeur a laissé le délai s'écouler en raison d'une fraude ou d'une dissimulation du défendeur, ou bien d'une erreur.

2. L'étendue de la réparation

732 Le juge devrait avoir la possibilité de moduler l'étendue de la réparation d'abord en considération de la situation de la victime à laquelle on oppose sa propre faute, ensuite en fonction de l'intention lucrative qui a guidé l'auteur du dommage, enfin pour fixer la réparation du dommage causé sous l'empire de la nécessité.

a La faute de la victime

733 Il arrive que le dommage résulte de la conjonction de plusieurs fautes dont celle de la victime. Dans ce cas, la responsabilité du coauteur fautif est néanmoins engagée mais la réparation sera réduite à proportion du rôle joué par la faute de la victime dans la réalisation du dommage. Cette règle a été expressément consacrée en droit français et suisse s'agissant de la responsabilité du fait des accidents automobiles. Elle s'applique de façon générale en vertu d'une jurisprudence constante en droit français, tandis qu'en droit suisse, l'article 44 alinéa premier du Code des obligations autorise expressément le juge à réduire la réparation à proportion de la faute de la victime¹⁴¹⁹.

734 le projet de réforme reprend la règle, avec la modération de l'appréciation du juge qui peut tempérer les conséquences trop dures de l'application mécanique d'une règle. Il nous semble que la reconnaissance de la règle et surtout de sa conséquence directe sur le quantum de la réparation mériterait d'être fixée dans la loi. L'article 52 du projet de réforme suisse relatif à la fixation de l'étendue de la réparation dispose que :

« 1 Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage.

¹⁴¹⁶Limitation Act 1980, consultable en ligne.

¹⁴¹⁷Le délai de droit commun en cas de délit civil est posé par le n°11 : Special time limit for actions in respect of personal injuries, 11 (4), trois ans à compter de la date de la réalisation de la cause de l'action ou de sa connaissance par la victime. Le 11A régit la responsabilité du fait des produits.

¹⁴¹⁸Limitation Act 1980, 33, Discretionary exclusion of time limit for actions in respect of personal injuries or death.

¹⁴¹⁹Article 44 al. 1er COS : « Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur ».

2 Le tribunal peut, à titre exceptionnel, tenir compte également de la situation économique des parties, notamment du fait qu'elles sont couvertes ou non par une assurance »

735 La faute de la victime est également susceptible de jouer comme facteur de réduction de l'indemnisation versée par un fonds de garantie¹⁴²⁰, car comme le relève une décision, « la solidarité nationale ne doit pas conduire à indemniser des individus asociaux et violents dont la conduite habituelle à risque les met dans des situations dangereuses où ils semblent se complaire »¹⁴²¹. Sans exclure la notion de garantie, car la réparation est assurée par les assurances de dommage, sociales comme privées, la faute vient en complément pour justifier que le poids définitif du dommage pèse sur le fautif et non sur la collectivité. En outre, dans un système où le paiement de l'indemnisation est le plus souvent assuré par un organisme collectif, assureur privé ou public, il apparaît inéquitable de laisser à la charge de la collectivité le poids définitif de la réparation en présence d'agissements malicieux¹⁴²², lorsque la victime a volontairement recherché le dommage.

Un fait dommageable non fautif n'engage pas la responsabilité civile de son auteur alors même que son fait a causé un dommage¹⁴²³, sauf à ce que les conditions de mise en jeu de sa responsabilité objective soient réunies.

b La réparation de la faute lucrative

736 Si la conception objective de la faute doit être retenue, cela ne signifie pas qu'il soit inutile de prendre également en compte l'intention du responsable. Même si la conception objective de la faute doit être retenue, l'admission de régimes de responsabilité pour risque conduit à recentrer la faute sur l'intention coupable, sur la négligence inexcusable. En pratique, le régime de la responsabilité pour faute que nous connaissons aujourd'hui risque de devenir l'exception tandis que les régimes de responsabilité objective concentreront la plus

¹⁴²⁰ Ainsi, s'agissant de la faute de la victime, en cas d'indemnisation d'une victime d'infraction, article 706-3 CPP, et pour une application, v. Cass. 5 juin 2008, n°06-19283. Et en droit suisse, v. l'article 27 LAVI.

¹⁴²¹ Cass. civ. 2e, 5 juin 2008, n°06-19283.

¹⁴²² G. VINEY, Le déclin de la responsabilité individuelle, op. cit. (p. 20), spéc. p. 384 : l'auteur y propose « Une triple réforme à défaut de laquelle le système actuel pêche par incohérence et par insuffisance. Tandis que la phase de réparation collective doit être définitivement débarrassée de toute les entraves que lui apporte sa confusion avec la responsabilité, il convient d'axer directement la phase de responsabilité individuelle vers la sanction et la prévention des fautes, et il faut enfin aménager les rapports entre réparation collective et responsabilité individuelle, de façon qu'à leur confusion actuelle succède une réelle complémentarité à la fois dans les règles de fond et dans leur aménagement procédural. Un tel programme, que seule une intervention législative peut mener à bien, paraîtra, sans doute démesurée. On lui reprochera son manque de réalisme et l'on y verra l'une de ces inventions de faiseur de systèmes... ».

¹⁴²³ Ass. pl., 13 avril 2007, n°06-19613 : un avocat aux conseils ayant informé son client de l'échéance prévue pour lui verser ses honoraires, il n'y a pas faute à ne pas avoir relancé celui-ci en lui signalant les conséquences sur le recours du non dépôt du mémoire dans le délai imparti. V. AVENA-ROBARDET, Avocat aux Conseils : défaut de paiement et responsabilité professionnelle, D. 2007, p. 1433-1434 ; H. SLIM, Responsabilité professionnelle des avocats aux Conseils, JCP. 2007. EG. act. 211 ; Responsabilité professionnelle des avocats aux Conseils, Procédures 2007/6, alerte 22.

grande part du contentieux. Toutefois, comme en matière de divorce, et sous peine de voir les parties se faire justice elles-mêmes, il convient de maintenir le régime de la responsabilité pour faute prouvée. C'est d'ailleurs le sens des décisions du Conseil constitutionnel qui affirment que le législateur ne peut exclure la réparation sans considération de la gravité de la faute qui a été la cause du dommage, ni prévoir un régime de prise en charge du dommage excluant toute mise à contribution du responsable même en cas de faute grave¹⁴²⁴. On peut d'ailleurs envisager de réintroduire une gradation des fautes dans certains cas. La prise en compte de la subjectivité de l'auteur de la faute a représenté un progrès à une époque. En effet, en droit romain comme dans le droit dérivé du Code civil de 1804, cela traduit une prise en compte des circonstances par le juge pour ajuster au mieux les différents intérêts en présence. Pour ne pas verser dans l'arbitraire, la liberté donnée au juge devrait être bornée par les textes. S'il ne doit pas être lié par la faute pénale, il doit pouvoir réprimer la faute lucrative et tenir compte des circonstances, et spécialement de l'absence de discernement du mineur victime, pour refuser de réduire le quantum de la réparation.

737 Dans nos sociétés, la mise sur le marché de divers produits et services multiplie d'autant le risque de dommage résultant de leurs défauts, risque qu'il est impossible d'exclure totalement. Le risque est inhérent à la vie elle-même. En outre, obliger les industriels et les commerçants à garantir une sécurité absolue conduirait nécessairement à la paralysie de la vie économique. Il faut donc assumer un certain risque, pris en charge par les assurances sociales ou l'État à défaut de responsable.

738 Mais ce risque de développement normal ne doit pas être aggravé par l'insouciance ou l'indifférence des différents agents. Il arrive en effet que la dangerosité d'un produit soit connue mais que les acteurs du marché en question répugnent à en tirer les conséquences pour éviter les charges financières que représenteraient l'amélioration du produit ou du service concerné. Un calcul est alors effectué entre le nombre de clients victimes susceptibles d'engager la responsabilité de l'agent et le coût que cela représente par rapport au coût que représenterait une amélioration du produit ou du service concerné.

739 La faute lucrative peut être plus bénigne, dans ses conséquences tout au moins. Ainsi, la faute de l'opérateur économique qui est en position d'effectuer un ou plusieurs prélèvements indus sur les comptes de ses clients mais pour des montants infimes, ce qui le met actuellement à l'abri de toute procédure judiciaire, sauf à avoir à faire à un consommateur non seulement vindicatif mais aussi désœuvré. De même, retenir la faute lucrative permettrait

¹⁴²⁴V. supra, la Constitution, les droits garantis.

de sanctionner les fournisseurs d'accès internet qui se dispensent sans explication d'exécuter un contrat, à charge pour le client d'attendre pendant six mois les services promis.

740 La faute lucrative est celle qui consiste à agir ou à s'abstenir d'agir en ayant connaissance des conséquences pour autrui dans le but de réaliser un bénéfice le plus souvent économique. Cette faute appelle une réparation particulière car elle engendre un dommage particulier qui ne se résume pas à la simple perte économique qu'elle engendre. La faute lucrative est surtout dommageable par le préjudice moral qu'elle engendre : c'est un préjudice moral¹⁴²⁵ que de savoir qu'un agent a pu choisir sciemment d'agir de façon dommageable, faisant ainsi peu de cas de la gêne occasionnée. En la matière, c'est l'intention qui compte et non pas tant le préjudice minime qui en résulte.

c La réparation du dommage nécessaire

741 Lorsque le juge admet en équité le principe de la réparation du préjudice nécessaire, il détermine également l'étendue de la réparation due. Cette règle existait déjà dans le droit positif suisse et est reprise par le projet de réforme. Rien de tel en droit français, dont la doctrine a eu l'occasion de s'interroger longuement sur le fondement juridique de l'octroi d'une indemnisation à la victime du dommage nécessaire.

742 En dehors des hypothèses dans lesquelles le législateur autorise expressément le juge à moduler les effets de la règle de droit en fonction des circonstances, celui-ci doit l'appliquer en l'état. Dans certains cas, il semblerait opportun de conférer un pouvoir d'appréciation à l'instar de ce qui existe parfois déjà en droit suisse.

743 En droit français, il n'existe pas de règle semblable à l'article 44 COS ; le juge est tenu par le principe de la réparation intégrale du dommage. À partir du moment où il a été admis qu'un dommage était réparable, la réparation doit être intégrale. Le projet de réforme suisse, s'il vise bien à assurer à la victime une réparation la plus étendue possible, précise cependant que celle-ci doit être « *socialement adéquate* », à charge pour le juge de réaliser l'adéquation entre les intérêts de la victime et ceux de tous les autres intéressés.

744 Dans cette optique, le projet de réforme reprend le principe posé par l'article 43 al. 1 du COS et confère donc au juge un large pouvoir d'appréciation. L'article 52 al. 1er de l'AP indique que « *Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage* ».

¹⁴²⁵Sur ce type particulier de préjudice, voir les développements consacrés au dommage.

745 Faut-il pour autant admettre ces règles en droit français ? Nous pensons que oui s'agissant de la matière de la responsabilité civile. En effet, plutôt que de voir le juge raccrocher une solution conforme à l'équité à des principes juridiques qui n'ont pas été prévus pour cela, pourquoi ne pas admettre qu'il est le mieux à même d'apprécier la situation de fait qui lui est soumise et d'assurer un équilibre des intérêts en présence ?

746 Cette solution serait conforme à l'esprit du juge constitutionnel qui sanctionne la rupture d'égalité entre citoyens : si les dommages-intérêts mis à la charge du responsable pèsent sur lui de façon inéquitable, la responsabilité civile engendre une inégalité nouvelle. La réparation socialement adéquate doit être appréciée au regard de l'ensemble du système, en tenant compte de tous les facteurs, et le seul à même d'avoir un regard exact sur la situation est le juge. A condition cependant, qu'il dispose des moyens matériels nécessaires à son office, ce qui n'est pas acquis actuellement en France.

Après avoir envisagé la modulation par le juge dans l'application de la règle de droit, il convient d'envisager l'impact de son pouvoir d'appréciation sur le procès en responsabilité civile.

§.2 LE POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE

Le pouvoir d'appréciation est inhérent à la fonction de juger : il s'agit d'examiner les faits pour déterminer dans quelle mesure ceux-ci remplissent les conditions de la règle de droit et en déclenchent la mise en œuvre. Le projet de réforme suisse a envisagé certains aspects du pouvoir d'appréciation du juge, d'autres sont intrinsèquement liés à sa fonction, de telle sorte que l'on n'envisage pas de les codifier.

A Le choix du mode de réparation

Dans quelle mesure le juge est-il tenu par les demandes des parties s'agissant du choix du mode de réparation ? Celles-ci peuvent en effet demander une réparation en nature, en équivalent, ou bien combiner les deux. Les solutions ne sont pas les mêmes selon que l'on se trouve en matière contractuelle ou délictuelle. Il convient de préciser qu'il s'agit ici de réparation en nature et non d'exécution en nature : en matière contractuelle, il est logique que le mode privilégié de sanction du trouble causé par l'inexécution soit l'exécution de

l'obligation¹⁴²⁶. Dans ce cas, on emploiera le terme d'exécution en nature, tandis que le terme de réparation en nature désignera « tous les cas dans lesquels le juge impose au responsable, non pas le paiement d'une indemnité, mais un acte ou un comportement qui contribue à supprimer ou, au moins, à atténuer le dommage subi par la victime »¹⁴²⁷.

747 En droit suisse, l'article 43 du COS dispose que « Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute ». Le juge doit déterminer d'office le mode de réparation le plus approprié, en usant de son pouvoir d'appréciation au sens de l'article 4 CCS. La jurisprudence suisse a pendant un temps eu tendance à privilégier la réparation en capital par rapport à la rente, y compris contre la volonté même de la victime¹⁴²⁸. La Commission de réforme estimait donc devoir assouplir cette option irrévocable d'un mode de réparation au profit d'un autre qu'elle qualifiait de « carcan » pour le juge¹⁴²⁹. La Commission a donc proposé que, d'une manière générale, le juge soit tenu de se conformer aux conclusions du demandeur, sauf motifs nettement prépondérants le conduisant à adopter une solution différente et qu'inversement, lorsqu'une réparation en nature est possible, le débiteur puisse choisir ce mode de réparation¹⁴³⁰.

748 Le projet de réforme suisse prévoit à l'article 52a AP que :

« 1 Le tribunal détermine le mode de réparation d'après les circonstances ; il ne s'écartera toutefois des conclusions de la personne lésée que pour des motifs pertinents.

2 En cas d'allocation d'une rente, le débiteur peut être condamné à fournir des sûretés ».

Les rédacteurs du projet de réforme ont entendu exclure la possibilité pour le juge de choisir le mode de réparation du dommage sans considération pour les demandes de la victime. Le but est d'éviter l'arbitraire¹⁴³¹. En revanche, le projet de réforme accroît le pouvoir d'appréciation du juge quant à l'opportunité de subordonner la rente à la fourniture de sûreté, la règle de l'article 43 alinéa 2 COS étant jugée trop rigide, spécialement lorsque le responsable est assuré¹⁴³².

¹⁴²⁶G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, p. 26, n°14-1.

¹⁴²⁷Ib.

¹⁴²⁸REAP p. 30, F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 282, n°1109. ATF 112 II 118, spéc. p. 129, cons. 5f : en l'espèce, la lecture de l'arrêt laisse penser que la victime avait bien demandé l'octroi d'une rente, ce que refuse le Tribunal fédéral en indiquant simplement que « conformément à la pratique, cette réparation se fera sous forme de capital et non de rente ». ATF 117 II 609, spéc. p. 627 et s. cons. 10 : après avoir relevé que la loi laisse au juge le soin d'apprécier le mode de réparation du dommage, sans être lié par les demandes des parties, le Tribunal fédéral confirme la solution selon laquelle la réparation doit en priorité se faire sous forme d'un capital.

¹⁴²⁹REAP p. 30 : « La Commission a été d'avis que, d'une manière générale, le juge devrait être tenu de se conformer aux conclusions du demandeur, à moins que des motifs nettement prépondérants exigent une solution différente ».

¹⁴³⁰REAP p. 30.

¹⁴³¹REAP p. 178.

¹⁴³²Article 43 al. 2 COS : « Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés ».

749 Depuis, le Tribunal fédéral a opéré un revirement de jurisprudence : il admet désormais que si la victime choisit la réparation de son préjudice sous une forme donnée, le principe est de faire droit à sa demande parce qu'il lui revient d'apprécier sous sa responsabilité quel est le choix le plus opportun pour elle¹⁴³³.

750 En droit français, la jurisprudence a également varié, mais non pas tant sur la question de l'octroi en priorité d'une rente ou d'un capital que sur le point de savoir dans quelle mesure l'offre de réparation en nature présentée par le responsable s'imposait ou non au juge et à la victime. Récemment, la Cour de cassation a censuré un arrêt qui admettait que le débiteur puisse imposer une réparation en nature alors que la victime demandait une réparation pécuniaire¹⁴³⁴. La solution jurisprudentielle semble être que le juge choisit librement le mode de réparation du dommage qui lui apparaît comme le plus approprié sans être tenu par les demandes des parties¹⁴³⁵. La liberté du juge est cependant limitée par l'idée que le mode de réparation choisi doit permettre la réparation du préjudice subi par la victime. Ainsi, dans l'arrêt de la troisième chambre civile du 28 septembre 2005, la cassation ne porte pas tant sur le fait que les juges du fond aient admis que le responsable du dommage puisse imposer la réparation en nature à la victime que sur le fait qu'il paraissait assez peu convaincant à titre de réparation de permettre au constructeur poursuivi pour malfaçon de réaliser les travaux¹⁴³⁶. Les juges du fond procèdent d'ailleurs d'eux-mêmes à l'appréciation du bien-fondé de la mesure de réparation en nature qui leur est demandée. Ainsi, dans une espèce dans laquelle la patiente d'un psychanalyste célèbre s'était trouvée décrite dans un ouvrage de vulgarisation de façon suffisamment précise pour que des proches la reconnaissent, il était demandé, entre autres mesures de réparation, la publication du jugement dans diverses revues et sur le site internet de la société psychanalytique de Paris. Le tribunal rejette la demande en relevant que :

*« Attendu que l'obligation faite au juge de motiver sa décision conduit à évoquer les éléments mêmes dont la demanderesse soutient qu'ils sont de nature à permettre à des tiers de l'identifier ;
Que la publication du jugement constituerait une sorte de réminiscence de l'ouvrage et ne ferait qu'aggraver le préjudice qu'elle estime avoir subi et dont elle demande réparation »¹⁴³⁷.*

¹⁴³³ATF 125 III 312, spéc. p. 320 et s. cons. 6c : après avoir décrit la pratique antérieure selon laquelle la réparation devait en principe se faire en capital, le Tribunal fédéral indique que « *Wenn die geschädigte Person eine indexierte Rente beansprucht, ist diese Form des Schadenersatzes zumindest im Regelfall nicht zu verweigern. Steht ihr aber grundsätzlich die Wahl zu, so kann sie – oder ihr gesetzlicher Vertreter – eigenverantwortlich bestimmen, ob sie einer langfristig wertsicheren Rente oder einer sofort verfügbaren Kapitalabfindung den Vorzug gibt* ».

¹⁴³⁴Cass. civ. 3e, 28 septembre 2005, n°04-14586, Bull. n°180.

¹⁴³⁵G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, p. 87 et s., n°39 et s., et les références citées note n°186. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 2468, n°2469.

¹⁴³⁶Cass. civ. 3e, 28 septembre 2005, n°04-14586, Bull. n°180.

¹⁴³⁷TGI Paris, 24 mai 2006, n° RG 06/04466, inédit.

751 Le projet de réforme français consacre cette conception, de façon plus détaillée que le projet de réforme suisse. Les articles 1368 et 1369 du projet de réforme français disposent que :

« Article 1368 : La réparation peut, au choix du juge, prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages-intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice ».

« Article 1369 : Lorsque le juge ordonne une mesure de réparation en nature, celle-ci doit être spécifiquement apte à supprimer, réduire ou compenser le dommage ».

Il n'est pas dit dans quelle mesure le juge est tenu par les demandes des parties, toutefois la liberté de choix qui lui est reconnue indique qu'il ne saurait être lié. La formulation du projet suisse présente l'avantage d'obliger formellement à motiver le choix d'un mode de réparation autre que celui demandé par les parties et spécialement la victime.

B La qualification juridique

752 La question de la discussion de la qualification juridique retenue par le juge n'est pas envisagée par le projet de réforme suisse. La lecture des décisions du Tribunal fédéral montre que les parties ont la possibilité de débattre de la qualification retenue.

753 En droit français, le pouvoir du juge de qualifier ou de requalifier juridiquement une demande est confronté au principe selon lequel, en matière civile, les parties sont maîtresses du procès. Le juge peut sans doute soulever certains points d'office, mais dans des cas assez restreints. Ainsi, la chambre commerciale censure les juges du fond¹⁴³⁸ qui retiennent l'existence d'une perte de chance alors que les parties n'ont pas évoqué cette notion : *« la Cour d'appel qui a relevé d'office le moyen tiré de l'indemnisation d'une perte de chance, a violé le texte susvisé [l'article 16 CPC] »*¹⁴³⁹. Cette solution est toutefois contredite par la première chambre civile qui estime que la Cour d'appel *« statuant sur les demandes et éléments de fait qui étaient dans le débat... sans méconnaître l'objet du litige ni le principe de la contradiction, ... a considéré que le préjudice imputable s'analysait en une perte de chance qu'elle a souverainement évalué »*¹⁴⁴⁰.

En réalité, le juge a compétence, de par l'article 12 du CPC, pour dire le droit, tandis que les parties lui soumettent les faits. Ce pouvoir doit cependant s'exercer dans le respect du principe du contradictoire. Si la solution de la première chambre civile est de nature à assurer

¹⁴³⁸CA Versailles, 16 novembre 2006, RG 05/06444.

¹⁴³⁹Cass. com. 18 mars 2008, n°07-10774.

¹⁴⁴⁰Cass. civ. 1re, 18 septembre 2008, n°06-17859, M. CRETON, conseiller rapporteur et D. SARCELET, avocat général : dans des circonstances devenues classiques, un emprunteur ayant demandé à l'assureur la prise en charge des échéances d'un emprunt s'était vu opposer la non garantie du risque. Il poursuit la société de crédit pour défaut de conseil, mais ni les écritures du demandeur, ni celles du défendeur ne font état de la notion de perte de chance, sur laquelle se fonde la Cour d'appel pour accorder une indemnisation partielle.

une solution satisfaisante, il n'en demeure pas moins que les parties auraient dû pouvoir débattre de la question de la perte de chance. Si ce pouvoir du juge a une incidence pratique, il n'est ici mentionné qu'à titre indicatif, les solutions résultant du droit au procès équitable et du principe du contradictoire affirmé par l'article 16 du Code de procédure civile existent déjà, il suffit de les appliquer.

C L'appréciation des preuves

754 L'article 1315 du Code civil français et l'article 8¹⁴⁴¹ du Code civil suisse imposent à celui qui recherche la responsabilité d'autrui de prouver les faits à l'appui de sa prétention.

755 En droit suisse, la charge de la preuve pèse également sur celui qui expose ses prétentions, toutefois, le juge peut par faveur pour la victime, tenir pour vrais des faits qui ne sont établis qu'indirectement par présomption. En droit de la responsabilité civile, la victime ou ses ayants droits devront apporter la preuve du dommage, du fait de rattachement et de la relation causale entre eux. La notion de causalité, définie comme la haute vraisemblance d'après l'expérience habituelle de la vie et du cours des choses, met clairement en jeu l'appréciation personnelle du juge dans l'admission de la réalité, ou plutôt de la vraisemblance, d'un fait. Nous avons exposé précédemment la notion de causalité, et nous avons décrit le mécanisme de la preuve de la causalité, des présomptions de causalité dont celles qu'il nous semblait utile d'inclure dans le texte même d'une réforme, et enfin les causes d'interruption de la causalité dont la preuve libère le responsable recherché.

Si le projet de réforme suisse n'a pas envisagé la plupart des questions évoquées ici, c'est parce que le droit positif suisse en traite déjà. À la lumière de ces solutions, il est envisageable d'améliorer le dispositif du droit français de la responsabilité civile, notamment en faisant mieux voir le rôle important joué par le juge et en lui conférant un plus grand pouvoir de modulation dans l'application de la règle de droit lorsque les circonstances le commandent. Toutefois, cet accroissement des prérogatives du juge, si elle est souhaitable sur le terrain de la responsabilité civile, se heurte à des considérations pratiques dirimantes. En effet, les magistrats ont aujourd'hui le plus grand mal à venir à bout de leur charge de travail et leurs conditions de travail se dégradent de jour en jour. Il leur est donc impossible, en l'état d'assumer de nouvelles tâches. Par conséquent, bien que la solution du droit suisse soit séduisante, elle ne peut en aucun cas être adoptée en droit français dans ces conditions.

¹⁴⁴¹ « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ».

CHAPITRE 2 LES MODALITÉS DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE

756 Il ne s'agit pas d'envisager toutes les modalités de l'action en responsabilité civile, mais celles envisagées par le projet de réforme suisse. Toujours dans l'optique d'assurer l'effectivité des droits de la victime en harmonisant l'ensemble des règles touchant de près ou de loin l'action en responsabilité civile, le projet de réforme suisse envisage expressément la question de la détermination du tribunal compétent en matière de responsabilité civile. Le rapport explicatif indique qu'il n'existait alors pas de règle générale en droit fédéral suisse, mais seulement des dispositions spéciales relatives à des responsabilités spéciales tel l'article 84 de la LCR qui donnait compétence au juge du lieu du délit¹⁴⁴². La raison en est que la procédure civile relevait de la compétence des cantons. La proposition du projet de réforme suisse a été rendue caduque par l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les fors civils (LFors) du 24 mars 2000¹⁴⁴³. L'article 25 de la loi dispose désormais que « *Le tribunal du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour connaître des actions fondées sur un acte illicite* ». Envisager la question de la compétence territoriale en matière d'action en responsabilité civile est indispensable compte tenu des modifications du droit de la responsabilité civile proposées dans la première partie de ce travail. Ainsi, proposer la réparation des dommages causés à l'environnement¹⁴⁴⁴ implique de déterminer la compétence du tribunal qui en jugera : la pollution peut s'étendre sur des kilomètres, la source de la pollution peut n'être pas déterminable, les victimes peuvent être très nombreuses, les responsables peuvent être inconnus, la condamnation à réparation peut conduire le responsable à engager des actions récursoires¹⁴⁴⁵. Les questions particulières seront traitées dans les développements qui leur sont consacrés, qu'il faudra donc mettre en relation avec les règles générales qui sont exposées ici. En droit français, l'article 42 du Code de procédure civile donne une compétence de principe au tribunal du domicile du défendeur. L'article 56 du projet de réforme suisse comportait également une règle de compétence territoriale s'agissant des actions récursoires¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴²REAP p. 229 et s.

¹⁴⁴³RS 272. La loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2001.

¹⁴⁴⁴V. supra L'atteinte à l'environnement, p. 172 et s., §. 330 et s.

¹⁴⁴⁵V. infra La compétence territoriale en cas de pluralité de responsables, p. 435 et s., §. 901.

¹⁴⁴⁶Article 56: « 1 L'action en réparation du dommage et l'action récursoire seront intentées devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit.

2 Avec le consentement de toutes les personnes qui ont encore une prétention à faire valoir, l'action peut également être intentée devant le tribunal du domicile de l'une des personnes recherchées ou devant celui du siège social de l'un des assureurs ».

757 Outre la question de la compétence territoriale, deux aspects de l'action en responsabilité civile ont été envisagés par les auteurs du projet de réforme suisse. En premier lieu, les règles de prescription de l'action en responsabilité civile parce qu'elles ont une influence directe sur l'effectivité des droits résultant des conditions de la responsabilité (Section 1). Ensuite, l'existence d'une pluralité de responsables, circonstances qui a un impact sur les modalités de l'action en responsabilité (Section 2). Enfin, différentes actions peuvent être nécessaires pour la mise en œuvre de la responsabilité civile (Section 3).

SECTION 1 LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE

758 Dans le but d'assurer au mieux l'indemnisation de la victime, le projet de réforme suisse envisage les améliorations à apporter aux règles de la prescription civile en considération de l'action en responsabilité. Les conditions générales de la responsabilité civile accordant une indemnisation ne sont efficaces et ne remplissent leur but que si les voies procédurales ouvertes à la victime sont efficaces.

759 La prescription civile joue un rôle important comme outil de régulation du contentieux. Par cette technique juridique, les actions qui n'ont pas été exercées dans un certain délai ne peuvent plus l'être. C'est un mode de filtrage temporel du contentieux qui s'applique également à l'action en responsabilité civile. La légitimité de la prescription a été consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui a relevé que le droit à un tribunal n'est pas absolu, « *qu'il se prête à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat* », limitations au nombre desquelles figure la prescription¹⁴⁴⁷. La limitation des actions par la prescription est admissible tant que le délai n'est pas si court qu'il apparaisse comme un obstacle au droit substantiel dont l'action permet la sanction. Les dispositions de la loi française n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile sont à mettre en parallèle avec les solutions du droit positif suisse et les propositions de réforme du projet de réforme.

760 La prescription extinctive est un mécanisme qui existe aussi bien en droit suisse qu'en droit français¹⁴⁴⁸. L'Histoire nous montre que si à l'origine, les actions du droit romain

¹⁴⁴⁷CEDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et a. c/ Royaume-Uni : des victimes d'atteintes sexuelles au cours de leur enfance s'étaient vu opposer la prescription de leur action en dommages-intérêts ; elles invoquaient le fait que ce type d'atteintes n'est souvent dénoncé que très tard par les victimes traumatisées parce qu'elles ne se rendaient pas compte de l'impact que pouvaient avoir ces actes sur leur personnalité. La Cour estime que le délai de prescription prévu par le droit anglais n'était pas déraisonnable au regard de l'article 6 §1.*

¹⁴⁴⁸En réalité, la prescription existe dans tous les droits, avec des variations quant aux modalités de mise en

étaient perpétuelles, il fût peu à peu admis que les parties opposassent l'exception résultant de l'écoulement du temps. C'est d'ailleurs là l'origine du mot prescription, qui n'était qu'une exception soulevée par l'adversaire à la suite de laquelle « *le juge prescrit [au plaideur] de renoncer à son action parce qu'elle n'était plus recevable* »¹⁴⁴⁹. En 424, Théodose établit la prescription trentenaire¹⁴⁵⁰, qui sera ensuite introduite dans les droits européens par le biais du droit romain et du droit canon¹⁴⁵¹.

761 Les règles de prescription des droits suisse et français présentent des différences. Il s'agit cependant du même concept juridique, ce qui permet d'apprécier d'autant mieux les motifs qui ont conduit le législateur national à l'adoption de telle solution plutôt que telle autre. Les règles de prescription suisses sont posées par la loi depuis la naissance du Code des obligations. Il en va désormais de même en droit français, la réforme ayant codifié la plupart des règles déjà reconnues par la jurisprudence.

762 Pour bien appréhender les choix opérés par le législateur suisse de la fin du 19^e siècle, il faut noter que le droit suisse n'a pas de Code de commerce distinct du Code comportant les règles relatives aux obligations, contrairement au droit français. En droit suisse, les obligations entre commerçants ou avec des commerçants ou entre particuliers sont régies par les mêmes règles¹⁴⁵². Lors de l'élaboration du Code de commerce, les membres des différentes commissions ont conclu que les règles applicables entre commerçants n'étaient qu'une partie de la réglementation générale des obligations et ont donc prévu une législation unitaire dans la mesure du possible¹⁴⁵³.

763 En droit français, l'article 2219 du Code civil énonçait que « *La prescription est un*

œuvre.

¹⁴⁴⁹R. NAZ, Prescription, in Dictionnaire de droit canonique, R. NAZ (dir.), Librairie Letouzey et Ané, 1965, p. 178, citant le Digeste L. XLIV, T. 1, et indiquant que les termes *exceptio* et *præscriptio* sont donnés pour synonymes.

¹⁴⁵⁰Ib., citant Cod. Just. L. VII T. XXXIX, lex. 3.

¹⁴⁵¹Ib.

¹⁴⁵²Ce choix a été discuté de façon démocratique au sein de la société suisse, contrairement à la réforme du droit de la prescription en France, où semble-t-il seuls les intérêts des entreprises ont été pris en considération entraînant la réduction drastique des délais. Un parlementaire, M. le député A. VIDALIES (Assemblée nationale, séance du 8 mai 2008, 21h30) a d'ailleurs relevé ce point : « *il est pour le moins frappant que les travaux préparatoires, qu'ils soient universitaires ou parlementaires, ne fassent pas référence au droit des gens, au quotidien, résumant le droit civil au droit des affaires* ».

¹⁴⁵³Rapport de la commission du Conseil national sur le projet de code suisse des obligations et de commerce, FF du 12 février 1881, p. 195 à 233. W. MUNZINGER, Motifs du projet de code de commerce suisse, trad. M. DUFRAISSE, Zurich, Imprimerie Zurcher & Furrer, 1865, p. 12 : il est indiqué que le projet de code de commerce est conforme à la pensée de GOLDSCHMIDT ; il s'agit de ne pas transposer purement et simplement le code de commerce allemand, mais d'élaborer un droit commun des obligations en y comprenant les règles exclusivement applicables au commerce. Cependant, la matière du droit des obligations ne sera pas réglementée de façon générale pour ne pas porter atteinte aux compétences des cantons. Ce point de vue sera plus tard partagé par F. COSENTINI : son code international des obligations vise tant le droit civil que le droit commercial, et il cite d'ailleurs en exemple le COS sur ce point.

moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi ». Ce texte confondait les notions de prescription acquisitive et extinctive, cette dernière étant la seule à intéresser l'action en responsabilité civile¹⁴⁵⁴. Les deux notions sont aujourd'hui bien distinctes. Hier, la distinction résultait de l'importance donnée à la prescription réelle, à une époque où le registre foncier n'était pas une pratique répandue. Aujourd'hui, l'importance prise par les créances dans la vie économique explique l'accroissement de ce contentieux tandis que celui de la prescription réelle a diminué puisque l'accélération de la vie économique et l'existence du registre foncier laissent peu de place à la prescription acquisitive. À l'origine, prescription acquisitive et extinctive étaient bien distinctes comme le montre la lecture de POTHIER¹⁴⁵⁵. Les rédacteurs du Code civil ne les ont unifiées que pour une raison de commodité tenant à la difficulté de distinguer les actions réelles et personnelles pour déterminer le délai applicable, comme s'en explique le Tribun GOUPIL-PREFELN dans son Discours du 24 ventôse an XII (15 mars 1804) devant le corps législatif : « Si le laps de temps pour opérer la prescription n'avait pas été le même pour les actions réelles et personnelles, cette distinction aurait conduit à définir quelles actions sont réelles et quelles actions sont personnelles ; il eût été nécessaire de statuer sur la durée de la prescription dans les cas où les actions seraient mixtes »¹⁴⁵⁶. Le problème n'a pas paru insurmontable au législateur français puisque désormais la prescription acquisitive connaît deux délais de trente et de dix ans (article 2272 nouveau), tandis que la prescription extinctive est acquise à l'issue d'un délai relatif de cinq ans et d'un délai absolu de vingt ans (article 2224 et 2232).

764 Il est certain que la prescription extinctive permet au débiteur d'interdire au créancier d'agir en justice pour obtenir l'exécution forcée de sa créance¹⁴⁵⁷, elle « constitue une fin de non-recevoir opposée par le débiteur au créancier d'un droit personnel qui l'actionne au-delà du délai légal »¹⁴⁵⁸. Le législateur français a voulu trop bien faire aussi l'article 2219 nouveau du code civil dispose-t-il que « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ». La réforme opère donc une distinction nette entre

¹⁴⁵⁴V. l'exposé de la doctrine à l'appui de la théorie unitaire de la prescription, v. F. ZENATI & S. FOURNIER, Essai d'une théorie unitaire de la prescription, RTDciv. 1996, p. 339 et s. Pour la critique de la théorie unitaire, voir J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, Le régime des créances et des dettes, op. cit. (p. 326), p. 1129.

¹⁴⁵⁵POTHIER, Traité de la prescription qui résulte de la possession, Tome 2, 1777, œuvres posthumes, chap. préliminaire, p. 139.

¹⁴⁵⁶P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil. t. 15, éd. Videcoq, 1836, p. 606. Le tribun intervient après BIGOT DE PRÉAMENEU qui avait indiqué tous les délais de prescriptions pratiqués en France à l'époque et qui précisait que « Dans la majeure partie de la France, on avait admis à la fois et la prescription générale de trente ans en matière personnelle et réelle, et la prescription de dix et vingt ans avec titre et bonne foi en matière réelle » (p. 593).

¹⁴⁵⁷MALAUZIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 2005, p. 661, n°1200. J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, Le régime des créances et des dettes, op. cit. (p. 326), p. 1133-1137, n°1115.

¹⁴⁵⁸R. CARIO, les modifications conventionnelles de la prescription, LPA. 6 nov.1998, n°133, p. 9.

prescription acquisitive et prescription extinctive¹⁴⁵⁹, rejoignant le droit suisse sur ce point¹⁴⁶⁰. En revanche, la définition retenue par le droit suisse diffère : la prescription est l'« institution qui permet au débiteur de paralyser le droit d'action lié à une créance par suite de l'écoulement du temps »¹⁴⁶¹.

765 La prescription a pour rôle d'assurer la sécurité juridique en entérinant juridiquement les faits constants dans le temps et dont la preuve sera d'autant plus difficile à rapporter que le temps aura passé. Elle a aussi pour office de sanctionner le créancier trop longtemps inactif et d'assurer ainsi la protection du débiteur. De fait, en droit suisse et maintenant en droit français, les règles de prescription des actions en responsabilité civile limitent dans le temps la survenance de sinistres, ce qui permet aux assureurs de dresser un tableau prévisionnel exact de leurs engagements. Elle a enfin pour rôle de limiter l'engorgement des tribunaux en fixant une limite temporelle aux actions en justice¹⁴⁶². Son caractère d'utilité publique¹⁴⁶³ a conduit les législateurs français et suisse à interdire au débiteur d'y renoncer par anticipation¹⁴⁶⁴.

766 En droit français, les règles de prescription trouvaient leur fondement dans le Code civil, mais étaient très largement complétée par la jurisprudence, au point même que la doctrine parlait de « *prescription judiciaire* »¹⁴⁶⁵. Les règles de prescription établissent le délai et son point de départ, la computation du délai et les événements susceptibles d'en affecter le cours ainsi que les effets qui résultent de son écoulement. En matière de responsabilité civile, différentes règles de prescription sont susceptibles d'intervenir. Les règles de prescription sont extrêmement nombreuses tant en matière délictuelle que contractuelle, une classification méthodique des différents délais s'avère une tâche ardue, d'autant que le titulaire d'une

¹⁴⁵⁹La prescription acquisitive est désormais régie par les articles 2258 et s. L'article 2258 nouveau dispose que « *La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession...* ».

¹⁴⁶⁰Les règles de prescription extinctive sont posées par les articles 127 et s. et 60 et s. du COS, tandis que les règles de la prescription acquisitive sont prévues aux articles 728 et 661 et s. du COS. Les termes juridiques suisses allemands distinguent sans équivoque la prescription acquisitive (« *Ersitzung* ») de la prescription extinctive (« *Forderungsverjährung* »), voir à ce propos l'article de E. BUCHER, *Der Einfluss des französischen Code civil auf das Obligationenrecht*, in *Das Obligationenrecht* (1883-1983), Dir. P. CARONI, éd. Paul Haupt, Bern & Stuttgart, 1984, p. 139 et s. spéc. 150.

¹⁴⁶¹F. WERRO, *La responsabilité civile*, op. cit. (p. 74), p. 354, n°1405 et s. P. TERCIER, *Précis de droit des obligations*, op. cit. (p. 88), p. 281 et s., REAP p. 206 et s. F. WERRO, *Introduction aux articles 41-61*, in *Commentaire romand*, op. cit. (17), p. 746, n°50.

¹⁴⁶²Il convient néanmoins de noter que ce but est rarement évoqué par le législateur, qui préfère invoquer les autres intérêts de la prescription : « *exigence d'ordre public et de paix sociale* », « *impératif de sécurité juridique* ». Ainsi, l'intervention du Garde des Sceaux et les débats parlementaires de la séance du 6 mai 2008, 21h20, omettent soigneusement de mentionner cette considération.

¹⁴⁶³Un auteur évoque ainsi l'« *impérieuse nécessité de la prescription dont le fondement est le bien public, c'est-à-dire la paix entre les Hommes* », J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit. (p. 326), p. 1131.

¹⁴⁶⁴Article 141 COS et article 2220 ancien du CCF, remplacé aujourd'hui par l'article 2250 : « *Seule une prescription acquise est susceptible de renonciation* ».

¹⁴⁶⁵J. CARBONNIER, *Notes sur la prescription extinctive*, RTDciv. 1952, p. 170.

créance découlant d'une obligation à réparation peut agir contre différents débiteurs : assureur, responsable, organismes de sécurité sociale ou fonds de garantie, à quoi s'ajoutent les recours récursoires entre ces différents protagonistes.

767 A l'origine, les rédacteurs du Code civil français avaient préféré l'arbitraire de la loi dans la fixation des délais plutôt que l'arbitraire du juge de l'Ancien Régime¹⁴⁶⁶. L'établissement des règles de prescription est de la compétence du législateur¹⁴⁶⁷ et en Suisse, c'est une matière qui relève de la compétence législative fédérale. Le législateur français a précisé que la prescription relève de la loi qui régit l'obligation ce qui confirme si besoin était que la règle de prescription participe du régime de l'obligation et non des règles de procédure. Cette solution était déjà celle de la jurisprudence française¹⁴⁶⁸.

768 Le délai de prescription d'une obligation est le résultat d'un arbitrage entre l'intérêt du créancier et l'intérêt du débiteur, ce qui a amené le législateur à établir une multitude de délais correspondant au degré d'importance donné au créancier. Ainsi, on conçoit que l'action en responsabilité à raison d'un dommage corporel se prescrive par un délai conséquent, tandis que l'action à l'encontre du fonds de garantie automobile est d'un an lorsque le responsable de l'accident est connu.

769 Toutefois, l'existence latente de dommages dont seuls les auteurs ont actuellement connaissance et dont les victimes ne réaliseront les suites que bien après l'expiration du délai butoir de vingt ans comme de dix ans, devrait conduire à l'élaboration d'une norme spéciale de prescription conférant au juge un pouvoir modérateur en présence de certaines circonstances¹⁴⁶⁹. En dehors de ce cas particulier, les délais prévus n'appellent pas de critique particulière si ce n'est pas leur trop grande diversité. Il existe différents délais de prescription (A), calculés selon des règles précises (B), dont l'écoulement produit certains effets (C). Compte tenu de la réforme récente du droit français de la prescription et de l'importance que ce type de questions revêt en pratique, il convient également d'envisager les règles de droit transitoire en matière de prescription (D).

¹⁴⁶⁶M. BÉHAR-TOUCHAIS, Foisonnement des délais, in Les désordres de la prescription, PU Rouen, 2000, Dir. P. COURBE, p. 7 et s., spéc. p. 9, n°4 et s.

¹⁴⁶⁷La Constitution française de 1958 dispose dans son article 34 alinéa 3 que « *La loi détermine les principes fondamentaux (...) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales...* ». CE, section, 4 juillet 1969, Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris et autres, JCP. 1969. II. 16126, note B. BOCCARA : « *en fixant ainsi un délai dont le terme entraîne l'extinction d'une obligation, les auteurs du décret attaqué ont touché aux principes fondamentaux des obligations civiles, lesquels relèvent... du domaine de la loi* ».

¹⁴⁶⁸Par ex. CA Paris, 2 mars 1973, GP. 1973. II., p. 510-511 : application de la loi espagnole qui prévoit un délai de prescription d'un an à compter du fait générateur, mais également que l'interruption de ce délai résulte de toute réclamation extrajudiciaire, établie en l'espèce par la correspondance entre la victime et l'assureur.

¹⁴⁶⁹V. supra, Le pouvoir du juge dans la mise en œuvre de la loi, p. 365 et s.

A Les différents délais de prescription

770 L'action en réparation pouvant être exercé dans le cadre de différents régimes de responsabilité, il faut donc envisager les délais de prescription civile (1.) et de la prescription pénale (2.). L'action en responsabilité contre une personne publique peut être soumise à des dispositions particulières (3.). Enfin, il faut évoquer la distinction existant entre les délais préfix et les délais de prescription (4.).

1. Les délais de prescription civile

771 L'une des critiques communes au droit suisse¹⁴⁷⁰ et au droit français¹⁴⁷¹ concerne l'extrême hétérogénéité des délais de prescription. La réforme du droit français de la prescription raccourcit le délai de prescription de droit commun, mais n'abolit pas la foule de délais spéciaux qui existent actuellement, sauf le délai butoir de vingt ans prévu par l'article 2232 nouveau. Il existe différentes classifications des délais de prescriptions, certaines uniquement fondées sur leur durée, d'autres sur leur fondement (les prescriptions présomptives de paiement). En matière de responsabilité civile toutefois, nous distinguerons essentiellement les délais de droit commun (a) des délais spéciaux (b) pour ensuite envisager les modifications conventionnelles qui sont susceptible d'en modifier la durée (c).

a Les délais de droit commun

772 En droit français, la loi prévoit désormais un délai de droit commun de cinq ans : cette règle supplétive ne s'applique que si aucun texte spécial ne l'écarte¹⁴⁷². À l'issue de la loi du 17 juin 2008, le délai de droit commun de trente ans est réduit à cinq ans : l'article 2224

¹⁴⁷⁰REAP p. 210.

¹⁴⁷¹Projet CATALA, op. cit. (p. 16), Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 171 ; V. LASSERRE-KIESOW, La prescription, les lois et la faux du temps, JCP. EN. 2004, n°19, 1225, spéc. n°12 et s. A. BÉNABENT, Le chaos du droit de la prescription extinctive, Mélanges L. BOYER, PU. Toulouse, 1996, p. 123 et s., spéc. p. 124 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, Foisonnement des délais, op. cit. (p. 386), p. 7 et s.

¹⁴⁷²Par exemple, Cass. civ. 1re, 24 janvier 2006, n°03-11889 ; Bull. n°28, p. 25 : « *la prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol régie par le seul article 1304 du même code, sauf à priver d'effectivité l'exercice de l'action prévue par ce texte* ». D. BAKOUCHE, La prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 09/02/2006, n°201 ; J.-R. BINET, Renonciation à succession : l'action en nullité pour dol est soumise au seul délai de prescription de l'article 1304, Revue Droit de la famille 2006/4, p. 26-27 ; P.-A. BON, Prescriptions en conflit, LPA. 3 octobre 2006, n°197, p. 16-22 ; J. CASEY, Option successorale et dol : la prescription quinquennale chasse la trentenaire, RJPF. 2006/5, p. 27-29 ; Y. DAGORNE-LABBE, La prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'exclut pas la prescription quinquennale de l'article 1304 du même Code, LPA. 11 août 2006, n°160, p. 9-11 ; F. LEANDRI, Option successorale viciée : enfin des réponses jurisprudentielles ! RLDC. 2006, n°26, p. 54-54 ; M. MEKKI, La prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol, JCP. EG. 2006. II. 10036 ; J. MESTRE & B. FAGES, La prescription trentenaire en conflit avec des prescriptions plus courtes : note sous trois arrêts de la Cour de cassation (10 juin 2005, 9 juin 2005, 24 janvier 2006), RTDciv. 2006, p. 320-321 ; E. SAVAUX, Chronique de jurisprudence civile générale, Defrenois 2006, n°38365-22, p. 583-585 ; D. SEYSEN-GUERIN, Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 24 janvier 2006, consorts de X. contre consorts Y., pourvoi numéro 03-11.889, GP. 4 août 2006, n°216, p. 30-34 ; R. WINTGEN, La prescription de l'action en nullité pour dol, D. 2006, p. 626-628.

nouveau dispose que « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Ce délai joue de façon générale à l'égard des obligations contractuelles et quasi-contractuelles entre non-commerçants¹⁴⁷³. Jusqu'à présent, le délai de droit commun était écarté en présence soit du délai de dix ans en matière délictuelle entre non-commerçants (extra contractuelles)¹⁴⁷⁴, soit du délai de dix ans prévu par l'art. L. 110-4 du code de commerce concernant les obligations tant délictuelles que contractuelles¹⁴⁷⁵ nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants¹⁴⁷⁶. Désormais, le délai quinquennal de l'article 2224 régit le délai de prescription de l'action en responsabilité civile, y compris en matière commerciale¹⁴⁷⁷, sauf textes spéciaux tel l'article 2226, s'agissant de l'action en réparation de dommages corporels intentée par une victime directe ou indirecte.

773 En droit suisse, l'article 127 COS est la règle générale en matière de prescription des obligations et prévoit que « *Toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement* ». Le Code des obligations régit tant la matière civile que la matière commerciale. Outre ce délai de portée générale, l'article 60 COS prévoit en matière de responsabilité civile délictuelle un système de double délai. L'article 60 COS établit un premier délai d'un an à compter de la connaissance par la victime du dommage et de la personne qui l'a causé (al. 1). Ce premier délai est dit subjectif car basé sur la connaissance qu'a la victime du dommage. Un deuxième délai de dix ans à compter de la réalisation du fait générateur du dommage joue même si la victime n'a pas eu connaissance de son dommage ; ce délai est dit objectif¹⁴⁷⁸. L'article 60 COS ne s'applique pas aux actions en responsabilité civile contractuelle¹⁴⁷⁹. La jurisprudence applique l'article 60 COS à la faute pré-contractuelle (*culpa*

¹⁴⁷³ Pour un exemple de responsabilité contractuelle : Cass. soc. 15 mars 2005, n°02-43616.

¹⁴⁷⁴ Article 2270-1 ancien Code civil : *Les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.*

¹⁴⁷⁵ Cass. com. 12 mai 2004, n°02-17735 : « *Il résulte de l'article L. 110-4 du Code de commerce que les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non commerçants se prescrivent par dix ans, peu important leur fondement contractuel ou délictuel* ».

¹⁴⁷⁶ Code de commerce, art. L. 110-4 ancien : « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* » Pour un exemple d'application de la prescription commerciale en présence d'un acte mixte : Cass. Civ. 1re, 27 juin 2006, n°04-12912.

¹⁴⁷⁷ Article 110-4 nouveau, modifié par l'article 15 de la loi du 17 juin 2008.

¹⁴⁷⁸ Article 60 COS : al. 1 *L'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit.*

Al. 2 *Toutefois, si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile.*

Al. 3 *Si l'acte illicite a donné naissance à une créance contre la partie lésée, celle-ci peut en refuser le paiement lors même que son droit d'exiger la réparation du dommage serait atteint par la prescription.*

¹⁴⁷⁹ ATF 80 II 258.

in contrahendo) sans toutefois la qualifier de responsabilité civile délictuelle¹⁴⁸⁰. Le système suisse du double délai, conjugué avec le point de départ fixé au jour du fait générateur, permet de limiter effectivement dans le temps les actions en responsabilité civile délictuelle.

774 Le législateur français a adopté le système du double délai : désormais l'article 2232 nouveau dispose que « *Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ».

775 Ces délais de droit commun ont fait l'objet de critiques tant en droit suisse que français, critiques qui ont d'ailleurs débouché sur une réforme par la loi française du 17 juin 2008. En droit français, le délai trentenaire de droit commun était jugé trop long¹⁴⁸¹. Bien qu'ayant un domaine résiduel compte tenu des différents délais spéciaux, la prescription trentenaire était inadaptée au rythme de la vie moderne. En outre, elle créait une différence de régime entre responsabilité civile contractuelle et responsabilité civile délictuelle.

776 En droit suisse, les délais sont jugés trop courts¹⁴⁸², d'autant plus que les autres règles du droit de la prescription sont rigoureuses¹⁴⁸³ et que les délais courent même si la personne lésée n'a pas connaissance de son droit¹⁴⁸⁴. Le projet de réforme ne devant concerner que le droit de la responsabilité civile, la modification des articles 127 et s. du COS n'est pas envisagée. Il est proposé de conserver le système du double délai, en allongeant le délai subjectif de un à trois ans, et le délai objectif de dix à vingt ans¹⁴⁸⁵.

777 Le projet de réforme CATALA proposait, outre une réduction du délai de droit commun de trente ans à trois ans à compter de l'exigibilité de l'obligation pour toutes les actions, d'établir des délais butoirs à compter du fait générateur de l'obligation, délais objectifs qui n'auraient pu être modifiés ni par les dispositions des parties, ni par le jeu de l'interruption ou de la suspension. Ainsi en matière de responsabilité civile délictuelle, à l'instar du délai

¹⁴⁸⁰Pour un ex. voir ATF 104 II 94. Le Tribunal fédéral se refuse de la même façon à qualifier cette responsabilité de contractuelle, ATF 108 II 419, spéc. Cons. 5 *in fine* p. 422. Cf. sur ce point les développements sur la question de la *Culpa in contrahendo* et de la responsabilité précontractuelle.

¹⁴⁸¹J. CARBONNIER, Notes sur la prescription extinctive, op. cit. (p. 385), p. 172. P. SOUTY, La prescription trentenaire doit disparaître, GP. 1948. I., p. 43 : l'auteur relève que la prescription trentenaire est d'autant plus incommode qu'elle doit être conjuguée avec l'accroissement des hypothèses dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. « *Devant l'extension de la notion de responsabilité civile, elle devient oppressive et tyrannique ; incompatible avec l'évolution économique et sociale, incompatible avec le progrès matériel et notamment avec la rapidité de communication (...) et l'on est en droit de s'étonner qu'elle ne soit pas déjà abolie* ».

¹⁴⁸²REAP p. 35.

¹⁴⁸³V. infra Le point de départ du délai, p. 399 et s.

¹⁴⁸⁴REAP p. 34 et s., p. 215. ATF 106 II 134, spéc. p. 136 : « *la prescription décennale de l'article 127 COS, comme celle de l'article 60 al. 1 COS court indépendamment de la connaissance qu'a le créancier de l'existence de son droit* ». V. infra Le point de départ du délai et La suspension, p. 399 et s.

¹⁴⁸⁵AP. article 55.

objectif prévu par l'article 60 COS, ce délai butoir courrait à compter du fait dommageable sans qu'il soit nécessaire que la victime ait connaissance de son préjudice. Le délai aurait été de dix ans en principe, et de trente ans en cas de préjudice corporel ou d'acte de barbarie ou de dommage causé à l'environnement¹⁴⁸⁶.

778 Ce système de double délai rappelle celui prévu par l'article 60 du CO en droit suisse¹⁴⁸⁷ : le délai butoir de dix ans¹⁴⁸⁸ court à compter du fait générateur, que la victime soit ou non en mesure d'agir. C'est ce dernier point qui, en droit suisse, a conduit à proposer un allongement du délai butoir de dix à vingt ans. Aujourd'hui, les textes du Code civil français issus de la loi du 17 juin 2008 prévoient un délai de droit commun de cinq ans à compter « du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » (article 2224 nouveau). Ce délai quinquennal est assorti d'un délai butoir de vingt ans à compter « du jour de la naissance du droit » (article 2232 nouveau), délai butoir qui en droit suisse joue seulement en matière de responsabilité délictuelle.

779 Le législateur français a quelque peu réduit le nombre des délais de prescription existants car le délai de droit commun régit désormais la matière délictuelle comme contractuelle, civile comme commerciale. Toutefois la réforme n'a pas supprimé la multitude de délais spéciaux qui existent actuellement.

Or en droit français comme en droit suisse, les délais généraux sont le plus souvent écartés au profit d'une profusion de délais spéciaux.

b Les délais spéciaux

780 En droit suisse, des lois spéciales s'écarterent des règles posées par l'article 60 COS soit en conservant le régime du double délai mais avec des laps de temps différents, soit en prévoyant des points de départ différents, soit en instituant un délai unique de prescription¹⁴⁸⁹.

781 En droit français, il est extrêmement fastidieux de relever tous les délais spéciaux, dont la profusion est d'ailleurs l'objet de vives critiques¹⁴⁹⁰. Le détail des différents délais spéciaux ne présente pas d'intérêt pour l'étude générale de la prescription de l'action en

¹⁴⁸⁶Projet CATALA, p. 177-178.

¹⁴⁸⁷Projet CATALA Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 174, n°7 : « On a été amené à proposer une pluralité de délais, (...) pluralisme réduit à trois : le droit commun (trois ans), un autre délai (dix ans) pour les prescriptions particulières, et un délai butoir de dix ou trente ans, à compter du fait générateur de l'obligation pour la totalité des prescriptions... ».

¹⁴⁸⁸Le délai butoir est porté à trente ans à compter du fait générateur en cas de « préjudice corporel ou résultant d'un acte de barbarie ou d'un dommage causé à l'environnement » Projet CATALA, p. 178.

¹⁴⁸⁹REAP p. 207-208

¹⁴⁹⁰Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 171 : Le droit français « est un vrai chaos (...) un capharnaüm, source d'ignorance du droit, de désordre et d'interminables discussions ».

responsabilité civile. Il faut toutefois mentionner le délai de prescription biennal des actions dérivant du contrat d'assurance, en raison de sa grande importance pratique et de son caractère particulier qui conduit parfois la jurisprudence à lui donner une place intermédiaire entre le délai préfix et le délai de prescription¹⁴⁹¹. Ce caractère particulier justifie l'interdiction de toute altération conventionnelle de ce délai : l'article L. 114-3 nouveau du Code des assurances dispose que « *par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat d'assurance ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci* ».

782 Le projet CATALA proposait une solution au problème posé par cette multiplicité de délais spéciaux. Si les délais qui résultent de traités internationaux ne peuvent être modifiés, en revanche les délais de droit national peuvent être uniformisés. L'uniformisation des délais de prescription aurait été réalisée par une disposition générale prévoyant trois types de délais (1, 3 et 5 ans) auxquels les lois spéciales auraient renvoyé, au lieu de fixer à chaque fois un délai différent.

783 Cette proposition n'a pas été retenue : bien que la mention des « 250 délais légaux » revienne comme un leit-motiv lors des débats parlementaires¹⁴⁹², la loi ne supprime pas les délais spéciaux : elle aligne la prescription délictuelle et commerciale sur celle de la prescription de droit commun. La réforme a également supprimé les prescriptions présomptives de paiement qui étaient prévues aux articles 2271 et s. du Code civil.

784 Désormais, le droit français connaît un délai de droit commun sauf l'un des 250 délais spéciaux, complété par un délai butoir qui ne joue cependant pas toujours. L'article 2232 alinéa 2 indique notamment que le délai butoir ne joue pas pour les actions en réparation d'un dommage corporel (article 2226 nouveau) et les actions réelles immobilières (article 2227 nouveau). La réforme construit donc un système dont la simplicité rejoint l'équité : un délai général et des délais spéciaux, un délai butoir qui s'applique parfois mais pas toujours et sans que soit indiqué le critère d'application. En effet, la question sera de savoir dans quelle mesure le délai butoir s'applique ou non. Par exemple, le délai prévu désormais par l'article L. 152-1 du Code de l'environnement est de trente ans à compter du fait générateur, mais doit-il être

¹⁴⁹¹ Ainsi le refus de la possibilité de modifications conventionnelles, cf. infra. Un autre exemple résulte des errements de la jurisprudence quant aux possibilités d'interruption ou de suspension du délai biennal, les juges du fond ayant la tentation de le considérer comme un « *délai de rigueur... d'ordre public* », ce qui conduit la Cour de cassation à les censurer : Cass. civ. 2e, 21 février 2008, n°07-12801.

¹⁴⁹² Ainsi, lors de la séance de 21h30 du 6 mai 2008 à l'Assemblée nationale, la Garde des sceaux mentionne l'existence de 250 délais de prescription, ainsi que M. le député E. BLESSIG, rapporteur de la commission des lois, Mme la députée, M. BILLARD et M. le député A. VIDALIES.

complété par un délai butoir de vingt ans à compter de la naissance du droit ? On peut le supposer puisque dans d'autres cas, le législateur a pris la peine de préciser que le délai butoir ne s'appliquait pas¹⁴⁹³. Toutefois, il semble que le délai butoir ait été prévu pour compléter le délai glissant de l'article 2224 ; il n'aurait pas d'utilité s'agissant d'un délai objectif courant à compter du fait générateur. En outre, ce serait un non sens de prévoir un délai de trente ans à compter du fait générateur limité par un délai de vingt ans à compter du dommage, jour de la naissance du droit.

La réforme française consacre le principe de l'admission des aménagements contractuels en matière de prescription.

c Les modifications conventionnelles des délais de prescription

785 En principe, droit français comme droit suisse reconnaissent déjà aux parties la possibilité d'aménager les règles de prescription dans certaines limites. Il existe des exceptions législatives à ce principe de liberté conventionnelle. Ainsi en droit suisse, l'article 129 COS dispose que « *Les délais de prescription fixés dans le présent titre ne peuvent être modifiés conventionnellement* »¹⁴⁹⁴. Le même type de limitation est prévu par le Code civil français à l'article 2254 alinéa 3¹⁴⁹⁵.

786 Dans les cas où les parties ont la liberté d'aménager le délai de prescription, la jurisprudence a également posé certaines conditions. Les clauses par lesquelles les parties abrègent le délai en prévoyant un délai plus court que celui édicté par le législateur sont licites¹⁴⁹⁶ et admises par la jurisprudence^{1497 1498}. Elles concernent tant les délais généraux que

¹⁴⁹³V. par ex. l'article L. 1142-28 du Code de la santé publique, qui prévoit la prescription en matière de responsabilité médicale et dont l'alinéa 2 exclut expressément l'application du délai butoir de l'article 2232 du code civil.

¹⁴⁹⁴Les délais de prescription ainsi soustraits à toute modification conventionnelle sont ceux visés à l'article 128 COS « *Se prescrivent par cinq ans :*

1. les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques ;
2. les actions pour fournitures de vivres, pension alimentaire et dépenses d'auberge ;
3. les actions des artisans, pour leur travail ; des marchands en détail, pour leurs fournitures ; des médecins et autres gens de l'art, pour leurs soins ; des avocats, procureurs, agents de droit et notaires, pour leurs services professionnels ; ainsi que celles des travailleurs, pour leurs services ».

¹⁴⁹⁵Selon l'article 2254 alinéa 3, les dispositions relatives à l'aménagement de la durée de la prescription « *ne sont pas applicables aux actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts* ».

¹⁴⁹⁶TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, 2005, p. 1366 n°1489 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, Régime de la réparation, action en réparation, prescription, Jurisclasseur responsabilité civile et assurance, fasc. 222, avril 2000, n°9 et s. ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, Prescription extinctive, Encyclopédie Dalloz, mars 2002, n°198 et s. P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 284 n°1447.

¹⁴⁹⁷Droit français : Cass .civ. 31 janvier 1950, D. 1950 p. 261, note LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; S. 1950. I. 121, note NIBOYET ; JCP. 1950. II. 5541 note WEILL. Droit suisse : ATF 108 II 194, cons. 4.

¹⁴⁹⁸Cass. com. 12 juillet 2004, n°03-10891 et 03-10547, D. 2004, p. 2296, note Ph. DELEBECQUE ; RDC. 2005, p. 272, note D. MAZEAUD : la disposition contractuelle abrégant le délai de prescription reçoit application même en cas de

les délais spéciaux de prescription¹⁴⁹⁹. En droit français comme en droit suisse, ces clauses ne doivent pas mettre le créancier dans l'impossibilité de faire effectivement valoir ses droits^{1500 1501}. Cette règle n'est pas consacrée par le législateur français, qui pose toutefois à l'article 2254 alinéa premier une limite aux possibilités d'aménagement du délai qui ne peut être réduit en deçà d'un an et ne peut être augmenté au-delà de dix ans.

787 En ce qui concerne les clauses ayant pour objet de prolonger le délai légal, les solutions du droit français et du droit suisse diffèrent quelque peu. Cependant le principe qui anime les deux droits est qu'un débiteur a le droit, après l'écoulement d'un certain temps sans manifestation de la part de son créancier, de penser que ce dernier le tient quitte. Aussi, en droit français, la jurisprudence a posé comme règle la nullité des clauses qui prolongent le délai légal pour éviter que par ce biais, le débiteur ne se trouve obligé à renoncer par anticipation au bénéfice de la prescription, renonciation anticipée que prohibe l'article 2220 du code civil. Cette règle s'applique à toutes les prescriptions et la clause en question est frappée d'une nullité d'ordre public¹⁵⁰². En droit suisse, les clauses allongeant le délai légal sont licites à la condition de ne pas excéder le délai de dix ans fixé par l'article 127 COS. Aujourd'hui, la même règle figure à l'article 2254 nouveau, avec également un plancher de un an. Le législateur français a donc retenu la proposition du projet CATALA¹⁵⁰³.

Le droit français rejoint donc la position du droit suisse consistant à permettre aux parties d'aménager leurs relations dans certaines limites.

Le droit positif suisse comprend déjà une norme relative aux relations entre les délais de prescription civile et de prescription pénale.

2. Les délais de la prescription pénale

788 Dans certains cas, le fait dommageable constitue également une infraction pénale ; il faut alors en droit français comme en droit suisse, conjuguer les règles de prescription de l'action civile et de l'action publique¹⁵⁰⁴.

faute lourde.

¹⁴⁹⁹R. CARIO, les modifications conventionnelles de la prescription, op. cit. (p. 384), p. 11.

¹⁵⁰⁰P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 285, n°1449 ; ATF 108 II 194, cons. 4b.

¹⁵⁰¹TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, 2005, p. 1366 n°1489 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, Régime de la réparation, op. cit. (p. 392), n°10 et s. ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, Prescription extinctive, op. cit. (p. 392), n°199 ; Cass. civ., 31 janvier 1950 précité.

¹⁵⁰²P. MAISTRE DU CHAMBON, Régime de la réparation, ib., n°6 et s. R. CARIO, les modifications conventionnelles de la prescription, ib., p. 12.

¹⁵⁰³Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 174, n°8 et 9. Projet CATALA, art. 2235 al. 2 : « La durée de la prescription extinctive peut être abrégée ou allongée par accord des parties ou de leurs représentants légaux ; mais elle ne peut être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans »

¹⁵⁰⁴En droit français, les articles 7, 8 et 9 du code de procédure pénale posent des délais d'un an pour les

789 Ces délais s'appliquent à la prescription de l'action publique, celle qui « *affecte le droit qu'ont le Ministère Public et la partie civile de saisir une juridiction pénale en lui demandant de constater une infraction* »¹⁵⁰⁵. Elle ne doit pas être confondue avec la prescription de la peine prononcée à l'exécution de laquelle le condamné s'est soustrait¹⁵⁰⁶.

790 En droit français, lorsque la victime d'une infraction choisit d'engager son action civile devant les tribunaux répressifs, l'article 10 CPP prévoyait depuis la loi du 23 décembre 1980 que l'action civile exercée devant les juridictions pénales se prescrivait selon les règles du Code civil, la loi du 23 décembre 1980 ayant procédé à la désolidarisation des prescriptions civile et pénale. Historiquement, l'article 10 du CPP interdisait d'exercer l'action civile à raison du dommage causé par l'infraction pénale lorsque la prescription de l'action publique était acquise, et ce même si la victime saisissait les juridictions civiles¹⁵⁰⁷. Cette règle avait été critiquée parce qu'elle plaçait dans une « *meilleure* » position la victime d'une simple faute que celle d'une infraction pénale. Le législateur est intervenu et a précisé que désormais « *l'action civile se prescrit selon les règles du Code civil* »¹⁵⁰⁸.

Aujourd'hui, l'article 10 CPP tel qu'il résulte de l'article 13 de la loi du 17 juin 2008 dispose que « *lorsque l'action civile est exercée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique. Lorsqu'elle est exercée devant une juridiction civile, elle se prescrit selon les règles du code civil* ».

791 L'action civile ne peut être introduite devant les juridictions pénales après l'expiration du délai de prescription de l'action publique. L'intérêt de cette disposition est de dissocier la vie de l'action civile de celle de l'action pénale¹⁵⁰⁹ en permettant à la victime d'une infraction d'introduire sa demande en dommages-intérêts devant la juridiction civile après l'extinction de l'action publique. Par conjugaison des règles pénales et civiles, l'action civile engagée devant la juridiction pénale bénéficie des mêmes délais de prescription que l'action pénale¹⁵¹⁰. Par conséquent, les crimes contre l'Humanité étant imprescriptibles¹⁵¹¹, la Chambre

contraventions, trois ans pour les délits et dix ans pour les crimes. Les délais de prescription de l'action publique sont prévus, en droit suisse, par l'article 70 du code pénal suisse, et sont de cinq, dix et vingt ans selon qu'il s'agit de contravention, de délit ou de crime.

¹⁵⁰⁵J.-H. ROBERT, Droit pénal général, 6e édition, coll. Thémis, PUF. 2005, p. 538.

¹⁵⁰⁶La peine criminelle se prescrit par 20 ans (article 133-2 C. pén.), la peine délictuelle par 5 ans (article 133-3 C. pén.), et la peine contraventionnelle par 3 ans (article 133-4 C. pén.).

¹⁵⁰⁷P. MAISTRE DU CHAMBON, Régime de la réparation, op. cit. (p.392), n°134 et s.

¹⁵⁰⁸Loi n°80-1042 du 23 décembre 1980, article 13.

¹⁵⁰⁹V. par ex. Cass. crim. 25 octobre 2006, n°05-85998 : demeurent compétentes pour statuer sur l'action civile, les juridictions pénales régulièrement saisies des poursuites avant l'extinction de l'action publique à la suite du décès du prévenu.

¹⁵¹⁰Code de procédure pénale, article 10.

¹⁵¹¹Imprescriptibilité de la peine comme de l'action publique : Cass. crim. 3 juin 1988, n°87-84240 ; Bull. crim.

criminelle de la Cour de cassation en déduit, dans un arrêt du 1^{er} juin 1995, que lorsque l'action publique était imprescriptible, comme c'est le cas en matière de crime contre l'Humanité, l'action civile était soumise au même régime d'imprescriptibilité¹⁵¹². En dehors de cette hypothèse, les obligations nées de la responsabilité civile sont toutes susceptibles d'être prescrites¹⁵¹³.

792 En droit suisse, l'article 60 al. 2 COS dispose que le délai de l'action civile se calcule sur celui de l'action pénale lorsque le délai de prescription pénale est plus long que celui de l'action civile. Le délai commence à courir dès l'infraction¹⁵¹⁴. Cette règle s'explique par la rigueur des délais civils en droit suisse. La jurisprudence a d'ailleurs admis l'extension des délais pénaux à l'action directe de l'assureur de la victime¹⁵¹⁵. Le Tribunal fédéral a également précisé qu'il n'était pas nécessaire que le juge pénal soit entré en voie de condamnation mais qu'il suffisait que le juge civil puisse constater l'existence d'une infraction pénale¹⁵¹⁶. En outre, si le juge civil doit appliquer le délai pénal, il applique en revanche les règles civiles relatives à l'interruption et à la suspension¹⁵¹⁷. Le projet de réforme suisse entend supprimer cette disposition car l'allongement des délais civils devrait permettre aux personnes lésées d'obtenir satisfaction¹⁵¹⁸.

Les délais de prescription aussi divers soient-ils doivent être distingués des délais de péremption.

3. Les délais de la prescription administrative

793 Dans la mesure où le droit suisse considère le droit commun de la responsabilité civile comme le droit commun de la responsabilité des personnes publiques sauf dérogation expresse, les délais de prescription prévus par le Code des obligations ont vocation à s'appliquer aux actions en responsabilité intentées contre l'Administration.

n°246 p. 637 ; JCP. 1988. 21049, rapport de M. le conseiller ANGEVIN ; GP. 3 novembre 1988, n°307-308, concl. de M. l'Avocat général E. ROBERT. Sur le débat relatif au fondement juridique de cette imprescriptibilité, lire l'excellent article de J. GRAVEN, Les crimes contre l'Humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? RDPS. 1965, p. 113-178.

¹⁵¹²Cass. crim. 1er juin 1995, Bull. crim., n°202 : « ...lorsqu'elle est exercée devant la juridiction répressive, l'action civile se trouve, en vertu de l'article 10 du Code de procédure pénale, soumise au même régime de prescription que l'action publique ; Que, dès lors, l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité s'applique tant à l'action publique qu'à l'action civile pouvant résulter de tels crimes... ».

¹⁵¹³J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit. (p. 321), p. 2513. J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, Le régime des créances et des dettes, op. cit. (p. 326), p. 1127, n°1112. TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, 2005, p. 1354, n°1474.

¹⁵¹⁴ATF 100 II 339 : la prescription pénale a pour point de départ la fin des agissements coupables (article 71 C. pén.) et non la connaissance qu'en aurait la victime.

¹⁵¹⁵ATF 112 II 79, JdT. 1986. I. 420 et s. obs. P. GRAFF, avec la coll. de J. P. GUIGNARD & F. GRAFF.

¹⁵¹⁶Ibidem.

¹⁵¹⁷ATF 100 II 339, p. 342, cons. 1.

¹⁵¹⁸REAP p. 217.

794 En droit français, la réforme issue de la loi du 17 juin 2008 ne modifie pas les règles de prescription des créances contre les collectivités publiques telles qu'elles résultent de la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968. S'agissant des autres règles de prescriptions, elles résultaient auparavant du renvoi fait par l'article 2227 au droit commun : « *L'État, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer* ». Le texte semble avoir été abrogé par la loi du 17 juin 2008¹⁵¹⁹ parce que l'actuel article 2227 est désormais consacré à l'imprescriptibilité du droit de propriété. La jurisprudence du Conseil d'État montre que les cas non régis par la loi de 1968 ou une autre disposition spéciale étaient effectivement soumis aux règles du droit commun¹⁵²⁰. Ainsi, les règles jurisprudentielles (et aujourd'hui légales) relatives au droit transitoire de la prescription sont appliquées. Par exemple, la loi allongeant le délai de prescription ne s'applique pas aux créances prescrites sous l'empire de l'ancienne loi sauf disposition contraire¹⁵²¹. L'action de la victime d'un dommage causé par l'administration voit son action soumise au délai de quatre ans à compter de l'acquisition du droit (article 1 de la loi) alors que l'Administration peut bénéficier du délai plus long qui résulte des règles du droit commun. Un auteur a soulevé le problème de la conventionnalité de cette inégalité procédurale car si la CEDH admet que la prescription ne soit pas, dans son principe, contraire au droit au procès équitable, la différence de régime entre administration et administré est contraire au principe de l'égalité des armes¹⁵²². Toutefois, l'intérêt général pourrait justifier cette disposition bien que l'auteur qualifie ce régime différencié de « *véritablement choquant* », car il doit être mis en relation avec les dispositions de la loi de 1968 qui sont plus souples que le droit commun quant au point de départ du délai, et aux causes d'interruption et de suspension. En outre, le délai de droit commun étant désormais de cinq ans au lieu de trente auparavant, la différence de régime n'est plus aussi flagrante. La Cour de Strasbourg n'a pour le moment pas été saisie de cette question.

Les délais de prescription doivent être distingués d'autres délais en raison du régime plus strict de ces derniers.

4. Délais préfix ou de péremption

795 Droit français comme droit suisse connaissent une institution voisine de la

¹⁵¹⁹J. LATOURNERIE, La prescription administrative à l'épreuve de la réforme de la prescription en matière civile, D. 2008 p. 2528.

¹⁵²⁰R. ROUQUETTE, Les prescriptions en droit administratif, Droit administratif 2002/8-9, p. 6-10. B. PLESSIX, la prescription extinctive en droit administratif, op. cit. (p. 267).

¹⁵²¹V. par ex. CE, 5 mars 2008, 5e et 4e sous-sections réunies, n°287136.

¹⁵²²R. ROUQUETTE, ib.

prescription : la péremption¹⁵²³. La péremption résulte de l'écoulement d'un délai préfix, dit aussi délai de déchéance ou de forclusion. Cependant, la distinction pose question dans la mesure où la jurisprudence décèle au cas par cas si le délai en cause est délai de péremption ou de prescription, or leur régime est différent. Pour décrire le flou qui entoure la notion de délai préfix, un auteur a pu dire que « *la brume est partout : fondement, critère, régime* »¹⁵²⁴. Nous mettrons donc les indications suivantes au conditionnel, car en droit français, ces règles prêtent à discussion, et la réforme ne semble pas changer la situation¹⁵²⁵.

796 La péremption se rapproche de l'institution de la prescription en ce qu'elle interdit l'action en justice du fait de l'écoulement d'un délai donné¹⁵²⁶. En droit français comme en droit suisse, la caractéristique de la péremption serait d'être rapide et stricte : un délai bref, d'ordre public¹⁵²⁷, dont le cours ne saurait être entravé¹⁵²⁸. Par différence avec la prescription, la péremption emporterait l'extinction du droit. Le délai préfix ne serait susceptible ni d'interruption¹⁵²⁹, ni de suspension (cf. infra)¹⁵³⁰ et courrait même contre les mineurs non émancipés et les incapables. Dans la mesure où le délai préfix serait d'ordre public, la péremption doit en principe être soulevée d'office par le juge^{1531 1532}. Une fois établi, que ce soit par la loi ou par convention, le délai préfix ne pourrait faire l'objet d'aucune modification selon la doctrine dominante, ce qui signifie que le débiteur ne peut y renoncer^{1533 1534}. Autre différence, le droit ou l'action forclos ne peut plus être invoqué par

¹⁵²³REAP p. 208 : « *quelques dispositions prévoient des délais de péremption, et non de prescription (...). Il s'agit de l'art. 10 al. 1 LRCN (30 ans pour le délai subsidiaire), et de l'art. 10 al. 1 LRFP (10 ans pour le délai subsidiaire dont le point de départ est la mise en circulation du produit défectueux)* ».

¹⁵²⁴A. BÉNABENT, *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, op. cit. (p. 387), spéc. p. 130 et s.

¹⁵²⁵Loi du 17 juin 2008, n°2008-561, article 2220 nouveau du Code civil : « *Les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre* ».

¹⁵²⁶J. CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit. (p. 321), n°1274, p. 2518 et n°1276 p. 2520.

¹⁵²⁷Pour un exemple d'examen par le juge suisse du caractère préfix ou non d'un délai, s'agissant du délai de réclamation à la suite d'une émission télévisée prévu par l'article 60 al. 1Er LRTV, ATF 124 II 265, p. 268-269, cons. 3.

¹⁵²⁸A.-M. SOHM-BOURGEOIS, *Prescription extinctive*, op. cit. (p. 392), n°7 et s.

¹⁵²⁹Voir cependant Ch. mixte, 24 novembre 2006, n°04-18610 ; note I. PETEL-TEYSSIE, JCP. EG. 2007. II. 10058.

¹⁵³⁰J. CARBONNIER, *Les obligations*, ib., p. 2518, n°1274 ; F.J. KESSLER, *Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht*, Schulthess, Zürich, 2000, p. 6. ATF 74 II 97.

¹⁵³¹REAP p. 226 ; P. TERCIER, *Précis de droit des obligations*, op. cit. (p. 88), p. 282, n°1433 ; F. J. KESSLER, ib., p. 5 et s.

¹⁵³²Cependant, la jurisprudence n'est pas toujours cohérente. Cass. civ. 3e, 6 mars 1979, n°77-15094 : censure de l'arrêt qui a soulevé d'office l'écoulement du délai de l'action en rescision pour lésion prévu par l'article 1676. Ce délai est pourtant qualifié de préfix par une jurisprudence constante : Req. 3 mai 1927, DH. 1927. 302. Cass. civ. 29 mars 1950, D. 1950. 396.

¹⁵³³F. J. KESSLER, ib., spéc. p. 6.

¹⁵³⁴Cass. civ. 1re, 4 octobre 2005, n°03-19459 : s'agissant d'une prescription quinquennale, à laquelle les parties sont libres de renoncer conventionnellement dans la mesure où il ne s'agit pas d'un délai préfix. Cass. civ. 1re, 1er avril 2003, n°00-20367 : s'agissant d'un délai préfix de deux ans, le prêteur ne peut reculer le point de départ du délai en s'abstenant de prononcer la déchéance du terme alors que l'existence d'un incident de paiement non régularisé dans le délai imparti suffit à rendre la créance exigible. A.-M. SOHM-BOURGEOIS, ib., n°18. TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Les obligations*, 2005, p. 1353, n°1473.

voie d'exception¹⁵³⁵ tandis que la prescription de l'action en nullité n'interdit pas d'opposer l'exception de nullité¹⁵³⁶.

797 Le projet de réforme suisse n'aborde pas de façon générale la question des délais préfix. Il est seulement prévu de supprimer le délai de péremption prévu par l'article 46 al. 2 CO. Ce texte prévoit que « *S'il n'est pas possible lors du jugement, de déterminer avec une certitude suffisante les suites des lésions corporelles, le juge a le droit de réserver une révision du jugement pendant un délai de deux ans au plus à compter du jour où il a prononcé* ». Cette règle trop rigide n'est pas appliquée en pratique¹⁵³⁷. Aussi le projet de réforme suisse envisage-t-il de l'abroger pour la remplacer par une généralisation de l'action en constatation de droit. La question ne se pose pas en droit français puisque l'article 2226 nouveau dispose que la prescription de l'action en réparation d'un dommage corporel se prescrit « *par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé* ».

798 En revanche, en droit français, les délais préfix sont source d'insécurité juridique : le projet CATALA proposait leur suppression¹⁵³⁸ tout en réservant au législateur la possibilité de prévoir des délais de déchéance¹⁵³⁹. Cette suggestion n'a pas été suivie par le législateur à l'occasion de la loi portant réforme de la prescription.

Il a cependant consacré les solutions dégagées par la jurisprudence en matière de décompte du délai de prescription.

B Les règles de computation des délais

Une fois la durée du délai connue, il convient de déterminer le moment à partir duquel il commence à courir (1) et de savoir dans quelles conditions il est susceptible d'être arrêté ou suspendu (2). Désormais, ces règles sont posées par la loi tant en droit français que suisse.

¹⁵³⁵Cass. com. 31 mars 2004, n°01-13089, Procédures, 6 juin 2004, comm. 129, note H. C. : une application de la règle en matière de vente de fonds de commerce vicié, le délai pour agir étant préfix, l'exception de nullité est irrecevable.

¹⁵³⁶A.-M. SOHM-BOURGEOIS, Prescription extinctive, op. cit. (p. 392). TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, 2005, p. 1354, n°1473. Cette solution fait l'objet de discussions doctrinales sur le point de savoir si cette solution vaut pour toute exception ou seulement en matière de nullité. La jurisprudence a également précisé que l'exception de nullité ne pouvait plus être opposée lorsque le contrat avait reçu un commencement d'exécution : lire notamment le rapport du Conseiller M. J.L. GALLET, sur Cass. civ. 1re, 13 février 2007, n°05-18097 et commentaire de P.-Y. GAUTIER, RTDciv. 2007. 585.

¹⁵³⁷REAP p. 246 et s. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1046 et s.

¹⁵³⁸Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 176, n°13.

¹⁵³⁹Projet CATALA article 2277 nouveau, al. 2 « *Elles (les règles énoncées par ce titre) ne s'appliquent pas non plus aux délais légaux ou inférieurs à six mois pendant lesquels une action doit être introduite ou un droit exercé, à peine de déchéance* ».

1. Le point de départ du délai

799 Jusqu'à présent, en droit français, la règle fixant le point de départ du délai de prescription résultait exclusivement de la jurisprudence¹⁵⁴⁰. Certaines dispositions du Code civil indiquaient expressément le point de départ du délai de prescription d'une action donnée mais il n'existait aucune règle légale générale. La règle posée par la jurisprudence et la doctrine prévoyait que la prescription ne commençait à courir que du jour où le titulaire de l'action était en mesure d'agir¹⁵⁴¹. S'agissant de l'action en responsabilité civile délictuelle, le point de départ était fixé auparavant par l'article 2270-1 au moment de la réalisation ou de la connaissance du dommage par la victime¹⁵⁴². Désormais, l'article 2224 nouveau du Code civil dispose que « *les actions personnelles et mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Ce texte doit être mis en relation avec l'article 2219 nouveau qui fonde l'extinction du droit par la prescription sur la sanction de l'inaction du créancier. *A contrario*, s'il n'est pas en mesure d'agir, on ne saurait lui reprocher son inaction.

800 Les règles du droit suisse relatives au point de départ du délai de prescription résultent de la loi. L'article 130, al. 1 COS pose la règle générale : « *La prescription court dès que la créance est devenue exigible* »¹⁵⁴³. L'exigibilité de la créance ne dépend pas de la connaissance par le créancier de son droit d'agir. Ce texte pose le principe, auquel dérogent nombre de dispositions. Ainsi, l'article 60 COS traite spécifiquement du délai de prescription des actions en responsabilité civile délictuelle et prévoit un premier point de départ à compter de la connaissance par la victime du dommage (délai subjectif)¹⁵⁴⁴ et un second point de départ à

¹⁵⁴⁰V. LASSERRE-KIESOW, La prescription, les lois et la faux du temps, op. cit. (p. 387), spéc. n°13. P. SARGOS, Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in Les désordres de la prescription, PU Rouen, 2000, Dir. P. Courbe, p. 23 et s.

¹⁵⁴¹J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit. (p. 321), n°1271, p. 2515 ; BENABENT, Les obligations, p. 620, n°899. Ainsi, la jurisprudence décide que la prescription biennale de l'article L. 114-1, al. 2 2° du Code des assurances court à compter du sinistre, c'est-à-dire à compter du jour de la consolidation de l'état d'incapacité ou d'invalidité de l'assuré. Cass. civ. 2e, 26 octobre 2006, n°05-15504 ; Cass. civ. 2e, 16 nov. 2006, n°05-12723, RCEA. 2007/1 comm. 32). Dans un autre domaine, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui a décidé que « *le point de départ de la prescription trentenaire pour la réduction des arbres à la hauteur déterminée à l'article 671 du code civil se situait à la date à laquelle les arbustes avaient dépassé la hauteur maximum autorisée* », Cass. civ. 3e, 12 juin 2007, n°06-14376.

¹⁵⁴²Un exemple parmi d'autres : Cass. Civ. 2e, 5 avril 2007, n°06-12935, RCEA. 2007/78, comm. n°209 : une personne avait effectué un versement destiné à une autre sur le compte d'un tiers, censure de la cour d'appel qui retient comme point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité du destinataire des fonds contre son payeur le moment du transfert de fonds car « *...la prescription d'une action en responsabilité ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance* ».

¹⁵⁴³Pour une application, v. par ex. ATF 100 II 339 : le droit de réclamer des dommages-intérêts en raison de l'inexécution imparfaite de l'obligation naît en même temps que le droit de demander l'exécution, la prescription courant indépendamment de la connaissance du dommage.

¹⁵⁴⁴V. par ex. ATF 100 II 339 : la prescription court à compter de la connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur. Par connaissance du dommage, il faut entendre la connaissance des circonstances

compter du fait générateur (délai objectif).

801 Le droit français connaît également un délai objectif car la loi du 17 juin 2008 a introduit un délai butoir de droit commun de vingt ans qui court « à compter du jour de la naissance du droit » (article 2232). Le texte est moins strict que celui du droit suisse qui fait courir le délai à compter du fait générateur, mais il est plus rigoureux car il n'est susceptible ni d'interruption, ni de suspension. En droit suisse au contraire, le délai objectif peut être interrompu ou suspendu mais l'ignorance du dommage n'est pas une cause de suspension¹⁵⁴⁵. Il est vrai qu'il a une portée beaucoup plus grande que le texte suisse, limité à l'action en responsabilité délictuelle. Toutefois, il y a lieu de s'interroger sur la portée du texte français puisqu'en matière de responsabilité, le droit à réparation est réputé naître au jour du dommage. Ainsi, les héritiers de la victime d'un dommage corporel recueillent dans sa succession le droit d'action même si celle-ci n'a pas encore été engagée. Or le dommage peut résulter d'un fait lointain dans le temps comme en témoignent par exemple les maladies résultant d'une exposition à l'amiante. Si l'on considère que le point de départ du délai butoir est le moment du dommage, alors le point de départ du délai butoir n'est pas fixe et peut même intervenir plus de vingt ans après le fait générateur du dommage. La lecture du rapport de M. le député E. BLESSIG laisse entendre que le législateur a voulu fixer une limite temporelle aux actions en justice, « nécessaire pendant de la mise en œuvre d'un point de départ « glissant » de la prescription, qui ne sera plus nécessairement le moment de la naissance du droit »¹⁵⁴⁶.

802 La rédaction du texte posant le point de départ du délai objectif au moment de la naissance du droit à réparation a pour conséquence que le délai butoir ne part pas d'un point de départ intangible, contrairement à celui qui existe par exemple en droit suisse ou allemand, le délai courant alors à compter du fait générateur (article 127 et 60 du COS et §.199 et s. du BGB). Il est curieux que le législateur n'ait pas rédigé son texte de façon plus précise car les droits étrangers, notamment le droit allemand, ont été invoqués à l'appui de l'instauration d'un délai butoir. Une explication possible résulte de la mise en relation du texte de l'article indiquant que la prescription éteint le droit substantiel et du texte établissant le délai butoir : très logiquement, le législateur a tiré les conséquences du fait que le droit ne pouvait être éteint avant d'être né et que par conséquent le délai devait courir à compter de la naissance du droit. Les droits suisse et allemand n'ont pas ce problème logique puisqu'ils considèrent que la

relatives à son existence, à sa nature et à ses éléments, propres à fonder et à motiver une demande en justice. Cette notion est interprétée largement, par faveur pour la victime, dans la mesure où le délai objectif pose une limite.

¹⁵⁴⁵F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 364, n°1146 et les références citées à la note de bas de page n°1681.

¹⁵⁴⁶Rapport parlementaire sur la réforme de la prescription, p. 42.

prescription concerne l'action et non le droit substantiel, le législateur ayant la possibilité de dissocier le moment de la naissance du droit et le moment auquel il fixe le point de départ du délai de prescription de l'action.

803 Le droit suisse a déjà eu l'occasion d'être confronté aux difficultés qui peuvent résulter de l'application du délai butoir à compter du fait générateur. Il est arrivé, en matière délictuelle comme contractuelle, que l'action se trouve prescrite alors que le créancier n'avait jamais eu connaissance en temps utile de son droit d'action et n'avait donc jamais été en mesure d'agir¹⁵⁴⁷. Le Tribunal fédéral a appliqué la loi en relevant que « *cette réglementation peut certes paraître rigoureuse pour le lésé lorsque la prescription absolue intervient avant qu'il n'ait connaissance de son droit, voire avant la naissance de celui-ci, alors que son inaction ne procède d'aucune négligence. Ces conséquences n'ont pas échappé au législateur et il n'appartient pas au juge de déroger à la loi pour les éviter dans un cas d'espèce* »¹⁵⁴⁸. En l'espèce, la victime avait été irradiée et la maladie ne s'était déclarée que bien longtemps après le fait générateur. C'est peut-être pour tenir compte de cet inconvénient que le législateur français a préféré fixer le point de départ du délai de prescription au moment de la naissance du droit à réparation, c'est-à-dire lorsque toutes les conditions de la responsabilité civile sont réunies : fait de rattachement, lien causal, et dommage.

804 Comparativement, auparavant en droit français, la prescription ne commençait à courir qu'à compter de la connaissance du dommage, et jusqu'à la réforme du 17 juin 2008, le droit français ne prévoyait pas de délai butoir comme en droit suisse. Ainsi, un salarié qui avait découvert que son employeur avait omis de cotiser au régime obligatoire d'assurance vieillesse de 1964 à 1968 avait pu valablement agir en responsabilité contractuelle contre son employeur en 2001, son action étant soumise à un délai trentenaire à compter de la connaissance du dommage, soit le moment où l'organisme de retraite a avisé le salarié qu'il lui manquait des annuités pour avoir droit à une retraite à taux plein¹⁵⁴⁹.

805 La règle suisse selon laquelle le délai butoir court à compter du fait générateur même si la victime n'a pas connaissance du dommage paraît particulièrement sévère parce que le délai butoir est appliqué à une action en réparation d'un préjudice corporel. D'ailleurs le

¹⁵⁴⁷ ATF 106 II 134 cons. 2c, spéc. p. 136 : « *la prescription décennale de l'article 127 CO, comme celle de l'article 60 al. 1 CO, court indépendamment de la connaissance qu'a le créancier de l'existence de son droit* ».

¹⁵⁴⁸ ATF 106 II 134, cons. 2c.

¹⁵⁴⁹ Cass. soc. 26 avril 2006, n°03-47525, Bull. n°146, p. 142, préjudice résultant du non paiement des cotisations sociales par l'employeur pendant les années 60 et dont le salarié victime n'a eu effectivement connaissance que lors de la liquidation de ses droits à la retraite dans les années 2000. P. SARGOS, Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de cassation, op. cit. (p. 399), p. 28. Le cas n'est pas isolé, v. également Cass. soc. 1er avril 1997, n°94-43381, Bull. n°130, cotisations pour les années 1954-1959, action dans les années 1990 ; Cass. soc. 18 décembre 1991, n°88-45083, Bull. n°598 : cotisations pour les années 1947-1949, demande de retraite en 1984.

législateur français a expressément prévu une exception au délai butoir s'agissant des dommages corporels (article 2232 al. 2). Le point de départ du délai est alors fixé à « *la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé* » (article 2226). En revanche, la salariée qui découvre que son employeur n'a pas réglé les cotisations sociales conditionnant ses droits à la retraite ne sera plus recevable à agir au delà du délai de vingt ans à compter de la naissance du droit, sauf à considérer que le droit à réparation naît au jour où la caisse de retraite refuse le bénéfice de la retraite à taux plein. Cette solution serait fondée sur la théorie selon laquelle le jour de la naissance du droit à réparation n'est pas le jour du fait générateur, mais celui du fait dommageable¹⁵⁵⁰. Le fait générateur serait le jour du non paiement, et le fait dommageable serait le refus de prise en charge par la caisse en raison de ce non paiement. Cette solution aurait alors pour conséquence de priver d'effet le délai butoir dans tous les cas dans lesquels existe une telle distorsion entre le jour du fait générateur et le jour du fait dommageable.

806 Le législateur français a bien envisagé le problème, mais seulement au sujet du dommage résultant de la discrimination syndicale. En réalité, deux questions ont été confondues : celle tenant à l'évaluation du dommage et celle tenant au point de départ de l'action en responsabilité. Toujours est-il que l'article L. 1134-5 du Code du travail dispose que « *l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. (...) [al. 3] Les dommages-intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ». La discrimination syndicale se traduit notamment par le maintien d'un salarié à un poste moins bien rémunéré que celui auquel il pourrait prétendre, son salaire est donc diminué et l'application du délai de droit commun de cinq ans à compter de l'échéance mensuelle aurait pu conduire à un résultat inéquitable pour peu que la discrimination ne soit connue qu'après 10 ans par exemple.

807 Le législateur a envisagé la question de façon partielle. La particularité du préjudice résultant de la discrimination syndicale est que les éléments de preuve nécessaires au succès de l'action en responsabilité sont entre les mains de la partie qui a intérêt à les dissimuler. Les éléments de preuve dissimulés sont relatifs à la faute. Il est d'autres cas dans lesquels les éléments de preuve vont porter sur le lien de causalité. Ainsi, une société qui dissimulerait à la fois la pollution par un produit donné et la toxicité de ces produits, cause de maladies pour les habitants du secteur concerné : l'ignorance de la victime de ces éléments d'information lui interdit à la fois d'établir le dommage et d'établir un lien de causalité entre le fait de l'entreprise et sa maladie. Un autre exemple pourrait être tiré du cas d'une société qui

¹⁵⁵⁰V. supra, La naissance du droit à réparation, p. 321 et s.

commercialiserait un produit dont elle seule aurait la preuve de la nocivité pour l'être humain, en le dissimulant aux entreprises se chargeant de le commercialiser, lesquelles seraient d'abord visées par les actions en responsabilité civile des victimes.

808 La fixation d'un tel délai objectif s'explique par des impératifs tels que la sécurité juridique et économique. Toutefois, le cours du délai étant toujours susceptible d'être affecté par divers événements¹⁵⁵¹, il semble difficile de prédire à un responsable le délai à l'issue duquel l'action de sa victime sera prescrite. Le risque est d'ailleurs de voir se déplacer le contentieux de la question du point de départ du délai objectif à la question de la suspension du délai pour impossibilité d'agir en raison de l'ignorance par la victime de l'existence de son préjudice.

809 La réduction du délai de prescription va poser un problème s'agissant des dommages dont la victime n'a connaissance que bien après le fait générateur, spécialement lorsque la preuve du lien de causalité dépend d'éléments dont seul le responsable a connaissance et qu'il a soigneusement dissimulés.

810 Les parlementaires français ont expressément envisagé le cas de la victime d'une discrimination syndicale. Mais ils n'ont pas envisagé celui du salarié qui découvre au moment de prendre sa retraite que son employeur n'a pas payé les cotisations qui lui auraient permis de prendre une retraite à taux plein. Hier admise par la jurisprudence, cette action en réparation sera aujourd'hui prescrite sur le fondement du délai butoir de vingt ans de l'article 2232.

811 De même, s'agissant du dommage corporel, le délai glissant de dix ans à compter de la date de consolidation du dommage ou de son aggravation suffit dans la plupart des cas. Il interdit la réparation des dommages résultant par exemple d'activités d'une firme telle que Monsanto. En effet, les victimes ont bien développé diverses maladies suite à l'exposition aux produits toxiques, mais sans avoir accès aux éléments scientifiques leur permettant de relier les unes aux autres. Le seul protagoniste en possession des données qui auraient permis d'établir ce lien de causalité était justement la firme qui les a dissimulées tout au long du 20^e siècle.

812 Pour remédier à ce problème, on pourrait poser le principe de l'imprescriptibilité des dommages résultant de ce que la doctrine française appelle une « *faute lucrative* », consistant en l'espèce en la dissimulation des données. Il est normal de poser une limite dans le temps

¹⁵⁵¹V. infra Interruption et suspension, p. 405 et s.

aux actions en réparation civile car il ne serait pas économiquement supportable pour les entreprises de devoir conserver des preuves pendant des années, ni d'être menacées de procès au titre du risque de développement, pour des risques dont elles n'avaient pas connaissance au moment où elles ont agi. En revanche, le droit de la prescription ne doit pas pouvoir être utilisé pour mettre à l'abri des conséquences de leurs actes intentionnels les entreprises qui adoptent délibérément une politique consistant à dissimuler les informations qu'elles détiennent pour pouvoir continuer leurs activités comme si de rien n'était. Il est vrai qu'une société pourrait décider d'assumer ce type de dommages par la prise en charge publique, mais si ce raisonnement était autrefois possible à l'échelle d'un pays, il n'est plus tenable dans la mesure où il engendre une distorsion de concurrence. Les entreprises ayant une conduite responsable seront pénalisées par rapport à celles qui causeront des dommages afin d'accroître leur compétitivité en laissant la collectivité assumer le coût final.

813 Certains dommages présentent aussi cette particularité de ne pouvoir être prouvés que bien longtemps après l'expiration des délais de prescription de droit commun.

814 Il s'agira d'une part de ceux qui sont dissimulés, les victimes n'en ayant connaissance que bien longtemps après, et d'autre part de ceux dont le dommage ne se réalise que très longtemps après le fait générateur. Il y a dans le premier cas un dommage dissimulé, dans le second un dommage tardif.

815 Le point de départ peut être reporté, le législateur indique aux articles 2233 et s. que la prescription ne court pas dans un certain nombre de circonstances propres à celui contre lequel on prescrit : minorité, incapacité, mariage, PACS. Une fois que le délai a commencé à courir, son cours est susceptible d'être interrompu ou suspendu.

816 La question du point de départ du délai de prescription ne se pose pas seulement à propos de l'action en responsabilité proprement dite mais également pour toutes les actions récursoires que l'indemnisation de la victime est susceptible de faire naître. Actuellement, le recours des tiers payeurs est régi par l'article 72 al. 3 LPGA qui prévoit que si les délais sont les mêmes que ceux applicables à l'action de la personne lésée, ils ne commencent pas à courir tant que le tiers payeur n'a pas eu connaissance de son obligation et de la personne du responsable. Le point de départ n'est donc pas le moment du paiement mais celui de l'exigibilité des prestations sociales, sous réserve de l'application du délai butoir de l'article 60. En matière d'assurance privée, les choses sont différentes, l'article 72 LCA qui fonde l'action

récursaire de l'assureur ne prévoit rien de particulier s'agissant de la prescription¹⁵⁵². Par conséquent, le délai subjectif et le délai objectif sont susceptibles de s'appliquer, sans tenir compte du moment auquel l'assureur aura effectivement indemnisé la victime. Enfin, s'agissant du coauteur *solvens* dont le recours est fondé sur la subrogation (article 149 COS), le délai de prescription applicable est celui de l'action qu'avait la victime contre le débiteur qui l'a indemnisée¹⁵⁵³, le point de départ étant le même : le subrogé ne dispose que du reste du délai dont bénéficiait l'action de la victime.

817 Le projet de réforme unifie la règle de prescription des différentes actions récursoires : l'article 55c prévoit en effet que « l'action récursoire (art. 53c, al. 2 ; 54a, al. 1er, 54f, 54h, al. 2) se prescrit par trois ans à compter du jour où la réparation a été complètement exécutée et où la personne coresponsable est connue ; elle se prescrit dans tous les cas par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire ». Celui qui exerce l'action récursoire peut être l'assureur de dommage de la victime, l'assureur à l'encontre d'un tiers coauteur ou d'un coauteur. Le délai court à compter du paiement total de l'indemnité due à la victime.

2. Interruption et suspension

Le cours du délai de prescription peut être affecté par différents événements.

818 Dans la mesure où il est admis que les parties abrègent le délai légal de prescription, elles peuvent également prévoir des causes d'interruption ou de suspension autres que celles prévues par la loi¹⁵⁵⁴. Cette solution était d'ailleurs curieuse, puisque par ce biais, les parties pouvaient indirectement prolonger le délai légal, tandis que les clauses d'allongement du délai étaient nulles¹⁵⁵⁵. Aujourd'hui, l'article 2254 nouveau du Code civil prévoit en son deuxième alinéa que « les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi ». La question n'a en revanche pas été envisagée par le projet de réforme suisse, le projet traite en revanche de la question de la renonciation à la prescription acquise. Il faut cependant remarquer que si le projet français visait à assurer une simplification des délais permettant ainsi une meilleure prévisibilité du droit, c'est en contradiction avec la licence donnée aux parties de convenir entre elles de différents aménagements des règles. On aurait pu envisager de ne permettre cette dérogation

¹⁵⁵² « Les prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée ».

¹⁵⁵³ F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 398 et s., n°1577 et s.

¹⁵⁵⁴ Ainsi, est valable la clause du contrat d'abonnement téléphonique prévoyant que la prescription est interrompue par l'envoi d'une lettre, même simple. Cass. civ. 1re 25 juin 2002, n°00-14590, Bull, n°174 ; D. 2003. 155, note critique Ph. STOFFEL-MUNCK ; RTDciv. 2002. 815, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁵⁵⁵ Cass. req. 22 juin 1853, DP. 1853. I. 302 ; S. 1853. I. 511.

qu'en droit commercial, à l'exclusion du droit civil. C'est d'ailleurs partiellement le résultat atteint par l'article 2254 alinéa 2 qui exclut du champ de ces conventions relatives à la suspension ou à l'interruption de la prescription, les « actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, [les] actions en payement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts ».

D'autres règles portent atteinte à la prévisibilité du délai de prescription : ce délai peut être interrompu (a) ou suspendu (b).

a Interruption

819 L'article 2231 nouveau du Code civil dispose que « L'interruption efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien ». Par l'interruption, le délai de prescription déjà écoulé recommence à courir de nouveau à partir de zéro à compter du moment où la cause d'interruption cesse de produire effet¹⁵⁵⁶.

(1) Les causes d'interruption

820 En droit français comme en droit suisse, les causes d'interruption de la prescription étaient énoncées par la loi, dès avant la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008, aux articles 2244 à 2250 du CCF et aux articles 135 à 138 du COS. Il arrive également que dans un domaine particulier, le législateur prévoit des causes spéciales d'interruption¹⁵⁵⁷. En droit français, les causes d'interruption étaient source d'un abondant contentieux en raison de l'imprécision des textes qui les prévoyaient, ce qui imposait à la jurisprudence de déterminer au cas par cas s'il existait en l'espèce une cause d'interruption.

821 En droit suisse l'article 135 COS énonce que la prescription est interrompue « lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou des arbitres, par une intervention dans une faillite ou par une citation en conciliation »¹⁵⁵⁸. Ces règles sont jugées satisfaisantes et le projet de réforme suisse n'envisage pas de les modifier.

822 Les causes d'interruption que la loi du 17 juin 2008 a prévues sont les suivantes : la

¹⁵⁵⁶J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit. (p. 326), p. 1193, n°1172.

¹⁵⁵⁷Code de la consommation, art. L.331-7 der. al. : la demande du débiteur tendant à voir recommander des mesures de redressement par la commission de surendettement interrompt la prescription et les délais pour agir. Code des assurances, article L. 114-2 : l'envoi d'une LRAR interrompt la prescription.

¹⁵⁵⁸Le Tribunal fédéral précise que l'action en justice doit préciser la nature et l'importance des créances invoquées contre le débiteur car celui-ci « a un intérêt juridique digne de protection à connaître la nature et l'importance des créances invoquées contre lui » : ATF 100 II 339, spéc. p. 344 cons. 3b ; JdT. 1975. I. 278, note J. R. : la réserve des droits civils aux débats pénaux n'interrompt pas la prescription lorsque le demandeur ne conclut pas devant l'autorité répressive au paiement de l'indemnité qu'il prétend ou à la constatation du fondement juridique de cette indemnité.

reconnaissance par le débiteur du droit de son créancier (article 2240), la demande en justice, y compris en référé ou devant une juridiction incompétente (article 2241), l'acte d'exécution forcée (article 2244).

(2) Les effets de l'interruption

823 L'article 2231 nouveau du Code civil dispose que « *L'interruption efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien* »¹⁵⁵⁹. Le législateur français a également apporté des précisions quant à l'étendue des effets de l'interruption.

824 Ainsi, il consacre expressément la règle jurisprudentielle selon laquelle la prescription ne court pas pendant la durée du procès (article 2242 nouveau)¹⁵⁶⁰. Cependant, la définition exacte du moment où prend fin l'instance n'est pas indiquée. Or la fin de l'instance peut être comprise comme la date du jugement, la date à laquelle le jugement acquiert force de chose jugée, ou encore la date de la signification du jugement¹⁵⁶¹. Actuellement, cette règle n'existe pas en droit suisse où l'interruption est instantanée, ce qui a pour conséquence que, sauf à multiplier les actes de procédure afin d'interrompre la prescription, une action peut être prescrite en cours de procès¹⁵⁶². Le projet de réforme suisse propose de remédier à cette situation par la modification de l'article 134 al. 1 COS en y ajoutant que : « *La prescription ne court point et, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue (...) tant que dure un procès dont la créance fait l'objet* ». Le projet suisse ne précise pas davantage à compter de quel moment le procès a effectivement pris fin. Le cours de la prescription est arrêté seulement pour ce qui concerne l'action concernée : une autre action sera prescrite même si elle est en relation avec la première. Or comme l'action en responsabilité civile est souvent en relation avec d'autres actions, il peut être utile de préciser que l'interruption du délai de prescription à

¹⁵⁵⁹J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit. (p. 326), p. 1193, n°1172, p. 1222, n°1195, p. 1229, n°1203 : les auteurs distinguent l'interruption qui fait courir un délai de même nature, de l'intervention et de la substitution de prescription qui font courir un délai différent.

¹⁵⁶⁰Cass. civ. 1re, 8 décembre 1976 ; Bull. n°392 : l'effet interruptif d'une citation en justice se poursuit « *tant que le litige n'a pas trouvé sa solution définitive* ». Cass. civ. 3e, 8 juin 1994, Bull. n°118. L'interruption de prescription résultant de l'assignation subsiste après le jugement tant que celui-ci n'est pas devenu définitif : Civ. 2e, 29 janvier 1992, Bull. n°40. Cass. civ. 3e 15 février 2006, n°04-19864, Bull. n°41, p. 33 ; RTDciv. 2006, p. 374-378, obs. R. PERROT : l'effet interruptif de la prescription résultant d'une action en justice se poursuit jusqu'à la signification de l'arrêt de la cour d'appel. J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit. (p. 326), p. 1213, n°1188.

¹⁵⁶¹Cass. civ. 3e, 15 février 2006, n°04-19864 : la Cour de cassation censure la Cour d'appel qui retient comme point de départ du nouveau délai de prescription la date de la décision mettant fin au litige, alors que l'effet interruptif n'avait pris fin qu'à la date à laquelle elle avait été signifiée. Cette décision rejoint un courant jurisprudentiel illustré notamment par l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 16 décembre 2005 qui tend à ne faire produire effet aux jugements qu'à compter de leur signification. Toutefois, la solution de cet arrêt concerne le délai biennal du droit des assurances. Il n'est pas certain qu'elle s'applique de façon générale à tous les délais de prescription.

¹⁵⁶²REAP p. 222-223. L'article 137 COS al. 1 dispose en effet qu'« *Un nouveau délai commence à courir dès l'interruption* ». ATF 106 II 34, ATF 123 III 216.

l'encontre des parties à l'action en responsabilité civile interrompt les délais des actions qui peuvent être en relation.

825 C'est dans cet objectif que le projet de réforme suisse propose d'introduire une règle générale disposant que l'empêchement, la suspension et l'interruption de la prescription à l'encontre de la personne responsable vaut à l'encontre de son assureur, et inversement (art. 55b). La règle obéit à la logique du projet visant à harmoniser responsabilité et prise en charge effective de la réparation par l'assureur.

826 Or, si l'assureur est subrogé dans les droits de la victime, le délai relatif court à compter de la connaissance du dommage, ou, s'agissant d'un dommage corporel, du jour de la consolidation du dommage, sauf à considérer que le délai est suspendu sur le fondement de l'article 2234. Il vaudrait mieux prévoir que le délai de prescription de l'action récursoire du *solvens* ne court qu'à compter du paiement et est identique à celui de l'action en responsabilité.

827 Avant la réforme, l'interruption de la prescription avait dans certains cas pour effet de faire courir un délai différent de celui qui avait été interrompu et correspondant au délai de droit commun¹⁵⁶³. En droit suisse, la volonté du législateur d'inciter les créanciers à agir avec célérité a pour conséquence l'édiction de délais brefs. Une fois leur créance constatée par un titre, le législateur leur donne un délai de prescription conséquent¹⁵⁶⁴. Cette règle générale n'a pas d'équivalent en droit positif français, ce qui a engendré des incertitudes jurisprudentielles¹⁵⁶⁵.

828 Ainsi, en droit français, il était admis que la créance constatée par un jugement se

¹⁵⁶³J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit. (p. 321), p. 2517-2518 ; MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 2005, n°1211, p. 671 ; SÉRIAUX, Les obligations, p. 237, n°230 ; TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, n°1501, p. 1412 ; Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 175. A. VIANDIER, Les modes d'interversion des prescriptions libératoires, JCP. 1978. 2885. Dans leur ouvrage, J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, Le régime des créances et des dettes, op. cit. (p. 326), p. 1222 n°1195 et s., analysent l'interversion de prescription comme un mécanisme autonome et non un simple effet particulier de l'interruption : seules certaines prescriptions sont susceptibles d'interversion et les causes d'interversion sont différentes des causes d'interruption. En outre, le jugement n'aurait pas un effet interversif, mais un effet substitutif dans la mesure où contrairement à l'interversion, la règle vaut pour toutes les créances et toutes les prescriptions sans distinguer s'il s'agit de courtes prescriptions ou de prescriptions de droit commun. V. également R. LIBCHABER, Le point sur l'interversion des prescriptions en cas de condamnation en justice, D. 2006, p. 254.

¹⁵⁶⁴L'article 137 al. 2 COS : « Si la dette a été reconnue dans un titre ou constatée par un jugement, le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans ». ATF 123 III 213 : lorsque le débiteur n'a pas invoqué la prescription acquise en cours de procès, il ne peut ensuite l'opposer par voie d'exception lorsque le créancier fait procéder à l'exécution forcée du jugement car l'article 137 COS fait courir un délai décennal à compter du jugement.

¹⁵⁶⁵Pour un exemple de solution divergente : Cass. civ. 2e, 9 juin 2005, n°04-13182, Bull. n°150, p. 134 : la créance commerciale constatée dans un titre exécutoire, en l'espèce un acte authentique, est soumise à la prescription trentenaire et non à la prescription commerciale. Ph. THÉRY, La poursuite de l'exécution d'un titre exécutoire est régie par la prescription de droit commun de trente ans, Defr. 2006, p. 191 et s. Contra, Cass. civ. 1re, 11 février 2003, n°00-18692, Bull. n°43, p. 34, censure de l'arrêt ayant jugé que le titre exécutoire, acte authentique, était soumis à la prescription trentenaire au lieu d'appliquer la prescription commerciale.

prescrivait par trente ans¹⁵⁶⁶. Toutefois, l'action en exécution de la condamnation aux dépends qui est partie intégrante du jugement s'est vue appliquer la prescription biennale de l'article 2273. Ce texte disposait, avant la réforme, que « *l'action des avoués [avocats] pour le paiement de leur frais et salaires, se prescrit par deux ans, à compter du jugement...* ». La jurisprudence, revenant sur un principe posé en 1890¹⁵⁶⁷, a décidé récemment que le texte s'appliquait aux rapports entre client et avocat, mais également à l'action de l'avoué exercée sur le fondement du jugement contre son adversaire en paiement des dépends et des frais dont il avait fait l'avance sans demander de provision à son client¹⁵⁶⁸.

829 La loi du 17 juin 2008 n'intègre pas le principe de l'interversion de la prescription à la suite des règles générales relatives à la prescription mais dans le cadre des règles générales relatives à l'exécution forcée des titres exécutoires. Un article 3-1 est ajouté à la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution afin de préciser que les titres exécutoires que sont les jugements et les transactions homologuées ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée que pendant dix ans, sauf à ce que les créances constatées se prescrivent par un délai plus long. Le délai butoir de l'article 2232 ne s'applique pas.

830 A l'issue de la réforme, la reconnaissance de sa dette par le débiteur n'est plus une cause d'interversion mais d'interruption de la prescription faisant courir un nouveau délai de même durée que celui qui a été interrompu (article 2240). On peut se demander si l'interversion qui résultait antérieurement d'une reconnaissance écrite et chiffrée sera

¹⁵⁶⁶Cass. Ass. pl. 10 juin 2005, n°03-18922, Bull. 6, BICC n°624, rapp. MAZARS, concl. GARIAZZO.

J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit. (p. 326), p. 1229, n°1203, les auteurs analysent cette solution non comme une interversion de prescription mais comme une « *succession de prescriptions* », la prescription trentenaire des jugements succédant à la prescription applicable auparavant à la créance, en l'espèce la prescription quinquennale des créances périodiques. A. BENABENT, *Defr.* 2005, n°20, p. 1642-1644 ; M. DOUCHY-LOUDOT, *La prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil (ou le recul du droit des créanciers)*, *Droit et procédures - la revue des huissiers de justice* 2005, n°6, p. 327-333 ; R. LIBCHABER, op. cit. supra ; J. MASSIP, note sous Ass. pl., 10 juin 2005, *Jurisprudence*, *Defr.* 2005, n°20, p. 1607-1611 ; J. MASSIP, Note sous arrêt Note sous Cour de cassation, 10 juin 2005, *Offre publique d'aménagement et de construction de Paris*, pourvoi numéro 03-18.922, GP. 29 janvier 2006, n°29, p. 11-13 ; J. MESTRE & B. FAGES, *La prescription trentenaire en conflit avec des prescriptions plus courtes : note sous trois arrêts de la Cour de cassation* (10 juin 2005, 9 juin 2005, 24 janvier 2006), *RTDciv.* 2006, p. 320-321 ; S. PIEDELIEVRE, Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 10 juin 2005, *OPAC Paris contre Boulkaria*, pourvoi numéro 03-18.922, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2005, n°6, p. 22 ; J. REMY, *L'application de la prescription quinquennale aux créances dont le principe a été fixé par une décision judiciaire*, *Revue des loyers et des fermages* 2005 n°860, p. 432-434 ; Y. ROUQUET, *Recouvrement de l'indemnité d'occupation et prescription quinquennale*, *D.* 2005, I. R., p. 1733 ; *Prescription applicable à l'exécution d'une condamnation à payer une créance périodique*, *AJDI.* 2005, p. 730 ; B. VIAL-PEDROLETTI, *Indemnité d'occupation : prescription applicable*, *Loyers et Copropriété* 2005/10, comm. 167.

¹⁵⁶⁷Cass. civ., 16 juill. 1890, DP. 1891. I. 32.

¹⁵⁶⁸Cass. civ. 1re, 17 mai 2001, Bull. n°97, et la note indignée et très documentée de D. CHATTELEYN & Ph. LOYER, *Distraktion à nos dépens*, *D.* 2002, p. 218. Cette jurisprudence a été depuis solennellement confirmée par l'Assemblée plénière le 12 janvier 2007. Lire entre autres P. GUIOMARD, *Courte prescription : la fin de l'interversion des prescriptions*, *D.* 2007. 367.

toujours admise par la jurisprudence bien que le législateur ne l'ait pas prévue¹⁵⁶⁹. Cette règle existe en droit suisse : l'article 137 alinéa 2 COS précise en effet que « *si la dette a été reconnue dans un titre ou constatée par un jugement, le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans* ». On peut regretter qu'il soit ainsi imposé systématiquement au créancier de saisir le juge pour obtenir un titre exécutoire puisque la réforme n'a pas repris la règle jurisprudentielle selon laquelle la reconnaissance du débiteur doit comporter, outre l'accord sur le principe de la dette, la mention du montant, chiffré comme il peut l'être par un jugement, avec pour effet dans ces conditions d'entraîner l'application du délai de droit commun¹⁵⁷⁰.

831 Les parties qui le souhaiteraient n'ont même pas la possibilité de constater par un acte notarié la reconnaissance de dette du débiteur car celui-ci n'entre pas dans la catégorie des actes auxquels la loi attache cette substitution de prescription. Il est regrettable que le législateur n'ait pas suivi en cela la proposition du projet CATALA selon laquelle l'article 2275 aurait indiqué que « *Toutefois, se prescrivent par dix ans (...) 3. les actions relatives à un droit constaté par un jugement ou un autre titre exécutoire* ». Ce texte exclut la substitution de prescription résultant de la reconnaissance du débiteur contenue dans un acte sous seing privé, mais admet celle résultant d'un acte authentique, ce qui permet aux parties qui le souhaitent de se dispenser de saisir le juge. Cette solution n'a pas été retenue par le législateur, aussi la reconnaissance de sa dette par le débiteur ne fait désormais courir qu'un délai de la même durée (art. 2259 et 2261). On peut encore se demander quel est le délai de prescription applicable à la créance constatée dans un acte authentique : ce n'est certainement pas le délai décennal dont bénéficient les jugements, mais est-ce le délai de droit commun ou bien le délai applicable à la créance qui y est constatée ? Il est vrai que les parties ont désormais la possibilité de déroger aux règles de prescription dans la limite du délai décennale, et ce, qu'il s'agisse d'acte authentique ou sous seing privé.

Les règles relatives à la suspension ont également été modifiées.

b La suspension

832 Par différence avec l'interruption, la prescription n'est ici que suspendue. Le délai

¹⁵⁶⁹Cass. civ. 1re, 5 février 1991, n°89-14738, Bull. n°52 : la Cour de cassation indique que « *les mots "compte arrêté, cédule ou obligation" impliquent une reconnaissance écrite avec fixation du chiffre de la dette* », ce qui n'est pas le cas d'une simple lettre par laquelle la cliente demande à son dentiste un décompte d'honoraire, elle approuve donc la Cour d'appel d'avoir refusé d'admettre l'interversion de prescription parce que la lettre du débiteur « *ne contenait aucun élément chiffré du solde de sa dette et se bornait à solliciter l'envoi d'un décompte des honoraires* ». J. MESTRE, Des manières de combattre les courtes prescriptions, RTDciv. 1991. 744.

¹⁵⁷⁰Droit suisse : ATF 113 II 264, cons. 2d : une reconnaissance de dette au sens de cette disposition ne peut pas être constituée par une simple reconnaissance de principe mais doit également être déterminée dans son montant ; elle doit être chiffrée comme elle le serait dans un jugement.

déjà écoulé est pris en compte et continue de courir une fois que la cause de suspension cesse. En droit français, depuis la loi du 17 juin 2008, la loi dispose à l'article 2230 nouveau que « la suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru ». En revanche, la réforme perpétue la confusion entre la cause de suspension et le report du point de départ du délai de prescription, à l'instar du texte du Code civil qui introduisait les dispositions relatives à la suspension, l'article 2251 du Code civil : « La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi ». Les causes de suspension étaient ensuite prévues par les articles 2252, 2253, et 2258 du Code civil.

833 Par l'énonciation des causes de suspension, les rédacteurs du Code civil avaient voulu interdire aux juges d'admettre la suspension de la prescription au cas par cas, ce qui avait donné lieu à des abus sous l'ancien Droit¹⁵⁷¹. Cela n'a pas empêché la jurisprudence d'affirmer le principe *Contra valentem agere, non currit præscriptio*, aujourd'hui expressément consacré par le législateur. Le législateur consacre la cause générale de suspension qui résulte de l'empêchement d'agir, suivant en cela la proposition du projet CATALA. Le principe *Contra valentem agere, non currit præscriptio* posé par la jurisprudence¹⁵⁷² et selon lequel la prescription est suspendue lorsque le créancier se trouve dans l'impossibilité d'agir même si ce n'est pas l'une des causes de suspension prévues par la loi¹⁵⁷³. Toutefois, le législateur n'a pas retenu la limite proposée par le projet CATALA selon lequel l'événement qui aurait empêché le créancier d'agir aurait dû intervenir dans les six mois précédant l'expiration du délai de prescription¹⁵⁷⁴. Cette appréciation est laissée au juge, qui a déjà eu l'occasion par le passé de se prononcer sur cette question : par différence avec les causes légales de prescription qui produisent effet quel que soit le moment où elles interviennent, l'impossibilité d'agir ne joue pas lorsque l'empêchement

¹⁵⁷¹Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 176-177 ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, Prescription extinctive, op. cit. (p. 392), n°335 et s. J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, Le régime des créances et des dettes, op. cit. (p. 326), p. 1187, n°1166.

¹⁵⁷²Ainsi, la Cour de cassation affirme par un arrêt de la chambre civile du 28 juin 1870 que « la prescription ne court point contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir, par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, de la convention ou de la force majeure », DP. 1870. I. 309. Comme l'indique l'auteur anonyme de la note qui accompagne l'arrêt, l'empêchement résultant de la loi ou de la convention n'était pas discuté, en revanche, la doctrine était divisée sur le point de savoir si l'empêchement résultant de la force majeure pouvait être cause de suspension de la prescription. Dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation indique que le juge du fond apprécie souverainement l'empêchement, en l'espèce le débiteur avait frauduleusement dissimulé le titre de créance : Req. 3 janvier 1870, DP. 1872. I. 22.

¹⁵⁷³Civ. 28 juin 1870, DP. 1870. I. 309. A. BÉNABENT, Le chaos du droit de la prescription extinctive, op. cit. (p. 387), p. 126 et s. ; LASSERRE-KIESOW, L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit, op. cit. (p. 34), n°21 et s.

¹⁵⁷⁴Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 175-176, article 2266 nouveau :

« La prescription court contre toute personne qui n'est pas dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure.

La force majeure, lorsqu'elle est temporaire, n'est une cause de suspension que si elle est intervenue dans les six mois précédant l'expiration du délai de prescription ».

prend fin avant l'expiration du délai de prescription¹⁵⁷⁵. L'article 2234 nouveau dispose que « *La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure* ». La jurisprudence avait décidé que le juge ne pouvait soulever d'office cet argument, et que c'était à celui qui s'en prévalait d'établir qu'il se trouvait dans l'impossibilité d'agir¹⁵⁷⁶.

834 Désormais, les causes de suspension prévues à l'article 2235 sont la minorité¹⁵⁷⁷ et l'état de tutelle, à l'exception de certaines créances. L'article 2235 ne s'applique pas aux actions en paiement de salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées, et plus généralement à toute créance payable par échéance annuelle ou à des échéances plus courtes. La prescription est également suspendue en cas de médiation, de conciliation ou de demande de mesures d'instruction, avec la particularité que le délai qui recommence à courir ne peut être inférieur à six mois¹⁵⁷⁸.

835 La suspension joue dans la limite cependant du délai butoir car l'article 2232 nouveau alinéa 2 précise que la suspension du délai ne peut avoir pour effet d'allonger le délai au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. La jurisprudence avait déjà admis par le passé que les parties pouvaient, en cours de délai, en suspendre le cours dans l'attente par exemple de la clôture de l'information ouverte pour usure contre le notaire dont la responsabilité était recherchée¹⁵⁷⁹. Les règles régissant la suspension de la prescription peuvent également être modifiées par l'accord des parties¹⁵⁸⁰, toujours sous réserve du délai butoir.

836 Le projet de réforme suisse n'envisage pas de modifier les règles relatives à la suspension de la prescription, si ce n'est pour en étendre le bénéfice à l'action récursoire¹⁵⁸¹,

¹⁵⁷⁵Cass. com. 11 janvier 1994, n°92-10241, Bull. n°22, p. 18 ; JCP. EG. 1994. IV. 671 ; obs. L. LEVENEUR, Ccc. 1994, comm. 68 ; obs. J. MESTRE, RTDciv. 1995, p. 114.

¹⁵⁷⁶J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, Le régime des créances et des dettes, op. cit. (p. 326), p. 1189, n°1168.

¹⁵⁷⁷Par ex. une application à la prescription biennale des actions en matière d'assurance : Cass. civ. 2e, 21 février 2008, n°07-12801, qui emploie cependant le terme d'interruption alors qu'il s'agit d'un cas de suspension, comme le relève d'ailleurs un auteur, H. GROUDEL, RCEA. 2008/4, comm. 155

¹⁵⁷⁸Articles 2238 et 2239 nouveaux.

¹⁵⁷⁹Cass. civ. 1re, 13 mars 1968, Dame Zérath et a. c/ Caisse régionale de garantie des Notaires d'Aix-en-Provence, JCP. 1969. II. 15903, obs. R. PRIEUR : la Cour de cassation censure la cour d'appel qui a accueilli l'exception de prescription sans rechercher si les parties n'avaient pas entendu suspendre le cours de la prescription en attendant l'issue de l'information judiciaire pour usure.

¹⁵⁸⁰Il a ainsi été jugé que la clause qui prévoit d'autres causes de suspension que celles prévues par la loi est valable : Cass. req. 22 juin 1853, DP. 1853. I. ; S. 1853. I. 511, TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, n°1488, p. 1365-1366.

¹⁵⁸¹REAP p. 223 et s. Article 55c AP : « *L'action récursoire (art. 53c, al. 2 ; 54a, al. 1er ; 54f ; 54h, al. 2) se prescrit par trois ans à compter du jour où la réparation a été complètement exécutée et où la personne co-responsable est connue ; elle se prescrit dans tous les cas par 20 ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire.*

Lorsqu'une personne est recherchée en réparation, elle en avisera les personnes qu'elle tient pour co-responsables ; à

aspect que n'a pas envisagé le législateur français pour le moment mais qui pourrait faire l'objet de règles nouvelles dans le cadre de la réforme du droit des obligations. Les aménagements à l'étendue de l'effet de la suspension qui intéressent l'action récursoire et l'action subrogatoire seront exposés dans le cadre des développements qui leur sont consacrés. Comme le délai butoir de dix ans court à compter du fait générateur, nonobstant l'ignorance du titulaire du droit, le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'affirmer que « *cette réglementation peut certes paraître rigoureuse pour le lésé lorsque la prescription absolue intervient avant qu'il n'ait connaissance de son droit, voire avant la naissance de celui-ci alors que son inaction ne procède d'aucune négligence. Ces conséquences n'ont pas échappé au législateur et il n'appartient pas au juge de déroger à la loi pour les éviter dans un cas d'espèce* »¹⁵⁸².

837 Il est à noter que la consécration de la cause de suspension résultant de l'empêchement d'agir, empêchement que la jurisprudence admettait lorsque le débiteur avait frauduleusement dissimulé au créancier les faits le mettant en mesure d'agir¹⁵⁸³, ne pourra plus jouer que dans la limite du délai butoir. Par conséquent, le pouvoir modérateur du juge devra, en cas de fraude, se fonder non pas sur la suspension de la prescription mais sur le rejet de l'exception de prescription en raison de la mauvaise foi de celui qui l'invoque puisque le législateur a supprimé l'indication selon laquelle la mauvaise foi ne pouvait être opposée à celui qui prescrivait. La mauvaise foi deviendrait alors un moyen général pour paralyser le jeu de la prescription, délai butoir compris. Tout dépend de l'interprétation que fera la jurisprudence de la disparition de la référence à la mauvaise foi que comportait l'article 2262.

C Les effets de la prescription extinctive

838 Il est certain que la prescription acquise a pour effet d'interdire au créancier de demander en justice l'exécution forcée de sa créance à l'encontre de son débiteur dès lors que celui-ci soulève l'exception de prescription. Par contre, le point de savoir si la prescription éteint le droit substantiel lui-même ou seulement l'action en justice qui lui est attachée reste débattu en doctrine.

839 Le législateur français a cependant décidé de trancher la question¹⁵⁸⁴ en précisant à l'article 2219 nouveau que « *La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ». Très logiquement, cette disposition doit

défaut, la prescription court à compter du jour où elle aurait dû donner cet avis conformément aux règles de la bonne foi ».

¹⁵⁸² ATF 106 II 134, cons. 2c.

¹⁵⁸³ Req. 3 janvier 1870, DP. 1872. I. 22.

¹⁵⁸⁴ Le rapport CATALA a évité de se pencher sur la question, d'autant qu'elle ne présente pas d'intérêt pratique, Rapport, Exposé des motifs, Ph. MALAURIE, p. 172, n°2.

être conjuguée avec le nouvel article 2249 selon lequel « le paiement effectué pour éteindre une dette prescrite ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré ».

840 En droit suisse, le Tribunal fédéral retient la conception suivante : la prescription extinctive est « l'institution qui permet au débiteur de paralyser par voie d'exception l'action attachée à une créance par suite de l'écoulement du temps »¹⁵⁸⁵. Par conséquent, lorsque le débiteur n'a pas invoqué la prescription acquise en cours de procès, il ne peut ensuite l'opposer par voie d'exception lorsque le créancier fait procéder à l'exécution forcée du jugement car l'article 137 COS fait courir un délai décennal à compter du jugement¹⁵⁸⁶.

841 Deux effets sont donc à retenir, d'une part l'effet extinctif de la prescription (1.), d'autre part, l'absence d'automatisme de la prescription (2.). Nous évoquerons brièvement ces règles mais elles n'appellent pas de longs développements dans l'optique de l'action en responsabilité civile. En revanche, les questions que posent l'application des règles de prescription aux actions directes et récursoires sont d'une grande importance pratique ; elles seront donc évoquées ici (3.).

1. La portée de l'effet extinctif de la prescription

842 Nous l'avons dit, autant le droit suisse a très clairement tranché la question, autant le législateur français a adopté une solution qui est en contradiction avec d'autres règles. Cependant, nous n'exposerons que les règles qui sont susceptibles d'intéresser l'action en responsabilité civile ou les recours qui en découlent.

843 Il est certain que le paiement de la dette prescrite ne peut donner lieu à répétition. Le droit suisse le prévoit expressément à l'article 63 alinéa 2 COS¹⁵⁸⁷. En droit français, c'est une règle jurisprudentielle maintes fois réaffirmée¹⁵⁸⁸ que le législateur a

¹⁵⁸⁵P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 281 et s. et p. 288. REAP p. 206. F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 354, n°1405. P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973, p. 551, §. 259.

¹⁵⁸⁶ATF 123 III 213.

¹⁵⁸⁷Cette disposition régit de façon générale l'enrichissement illégitime (articles 62 à 67 COS), l'article 63 posant les conditions de l'action en répétition.

¹⁵⁸⁸Ch. mixte, 26 mai 2006, n°03-16800, BICC n°644, avis de M. l'avocat général, M. MAIN, qui rappelle que « dans tous les cas, la prescription atteint l'action, même si elle laisse intacte l'obligation, ainsi que le décide implicitement la Cour de cassation, qui considère que la dette prescrite conserve sa cause, de sorte que son paiement ne peut donner lieu à répétition ».

Sur la solution de l'arrêt lui-même, lire H. CROZE, La circonstance qu'une créance de nature commerciale soit constatée par acte notarié ne modifie pas la durée de la prescription, JCP. 2006. EG. II. 10129 ; M.-H. GALMARD, À propos de l'arrêt de la Cour de cassation chambre mixte du 26 mai 2006, n°03-16.800, La prescription des créances commerciales constatées par actes authentique, Droit et patrimoine 2007, n°158, p. 32-45 ; J. MESTRE & B. FAGES, La durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance, RTDciv. 2006, p. 558 ; R. PERROT, Durée de la prescription, Procédures 2006/8, comm. 181 ; Titre exécutoire : à l'exception des jugements, le titre exécutoire n'ajoute rien à la durée de la prescription, RTDciv. 2006, p. 829 ; S. PIEDELIEVRE, Note sous Cour de cassation, Chambre mixte, 26 mai 2006, Banque de Savoie contre D., pourvoi numéro 03-16.800, Revue de droit bancaire et

d'ailleurs consacré à l'article 2249 nouveau du Code civil : « *Le paiement effectué pour éteindre une dette prescrite ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré* ». Les termes employés laissent cependant penser qu'en présence d'un autre motif que la prescription, l'action en répétition serait susceptible d'être accueillie. La formulation retenue par le projet CATALA était à la fois plus précise et plus concise¹⁵⁸⁹.

844 Cette solution obéit à la logique d'arbitrage entre les différents intérêts du débiteur, du créancier et de la société, logique qui sous-tend les règles de prescription et vient limiter dans le temps la possibilité d'engager un procès : s'il est légitime que le créancier ne puisse plus, passé un certain laps de temps et pour des raisons de preuve et de sécurité juridique, pourchasser son débiteur devant les tribunaux, il est aussi légitime que le débiteur ayant acquitté une dette prescrite ne puisse pas revenir sur le paiement effectué en agissant en répétition contre son créancier.

845 La créance prescrite ne peut donner lieu à compensation. Il s'agirait, en matière de responsabilité civile d'une hypothèse dans laquelle le créancier des dommages-intérêts dont l'action serait prescrite serait également le débiteur du responsable, à un autre titre : le débiteur peut-il opposer la prescription ou bien la compensation joue-t-elle automatiquement ? La réponse à cette question donnée par les commentateurs du Code civil montrent depuis longtemps la variété d'analyses que peut susciter cette matière. Ainsi DEMOLOMBE indique que la compensation est possible tant que la prescription n'a pas été opposée¹⁵⁹⁰. La justification du refus de la compensation des dettes prescrites en droit français est que la compensation est un moyen d'obtenir un paiement, et non une exception tendant simplement à paralyser l'action de l'adversaire¹⁵⁹¹. La compensation légale nécessite l'existence de deux créances liquides et exigibles au même moment¹⁵⁹². Cette règle avait été

financier 2006, n°4, p. 22-23 ; R. WINTGEN, La prescription des obligations constatées par un acte authentique, D. 2006, p. 1793.

Cass. soc. 11 avril 1991, n°9-13068, Bull. n°192 ; J. MESTRE, Le paiement volontaire d'une dette prescrite ne peut donner lieu à répétition, RTDciv. 1992, p. 97-98.

¹⁵⁸⁹Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, p. 178 : il était proposé d'ajouter un alinéa 3 à l'article 1235, texte relatif à l'obligation naturelle. Le texte aurait indiqué que « *le paiement d'une dette prescrite ne peut être répété* ».

¹⁵⁹⁰DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, tome 28, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, tome V, Imprimerie générale, Paris, p. 404-405, n°544. L'auteur analyse la créance susceptible d'être prescrite comme une créance affectée d'une condition résolutoire, en l'espèce l'opposition par le débiteur de l'exception de prescription. Si la condition n'est pas réalisée, la créance peut valablement entrer en compensation.

¹⁵⁹¹J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, Le régime des créances et des dettes, op. cit. (p. 326), p. 1189, n°1168.

¹⁵⁹²Cass. com. 30 mars 2006, n°04-10407 : la compensation produit effet dès lors que ses conditions sont réunies, même si elle n'est constatée en justice qu'après le moment où le délai de prescription est écoulé : « *Mais attendu que par application de l'article 1290 du Code civil, la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu du débiteur, son bénéfice pouvant être invoqué à tout moment ; que la cour d'appel, qui a retenu que les factures de la société Leray correspondaient à des créances elles aussi certaines, liquides et exigibles, en a exactement déduit que les dettes réciproques des deux sociétés s'étaient trouvées éteintes à concurrence de leur quotité respective à l'instant où elles se*

expressément consacrée par le projet CATALA¹⁵⁹³.

846 En droit suisse, « *la compensation d'une créance prescrite peut être invoquée* » à la condition cependant que la créance n'ait pas été éteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée¹⁵⁹⁴.

La survivance du droit substantiel explique que la prescription ne puisse jouer que si elle est invoquée par le débiteur. Si elle avait effectivement pour effet de faire disparaître le droit substantiel, il n'y aurait plus de droit, et la demande pourrait être rejetée au fond.

2. L'absence d'automatisme de la prescription

La prescription accomplie ne produit pas automatiquement effet : il faut que le débiteur l'invoque (a), qu'il n'y renonce pas et que le juge ne l'écarte pas (b).

a La prescription doit être invoquée

847 En droit français comme en droit suisse, la prescription ne peut être soulevée d'office par le juge¹⁵⁹⁵, même lorsqu'elle a un caractère d'ordre public¹⁵⁹⁶. La loi du 17 juin 2008 maintient la règle de l'article 2223 qui devient l'article 2247 nouveau sans autre modification.

848 Parce qu'elle est un moyen d'ordre privé, la prescription doit être expressément invoquée et le débiteur peut y renoncer lorsqu'elle est acquise¹⁵⁹⁷. La rigueur des délais de prescription en droit suisse a conduit à un développement important de la pratique de la renonciation à la prescription acquise, spécialement en matière de droit des assurances¹⁵⁹⁸.

849 La première limite à cette faculté est le droit des créanciers du débiteur renonçant. Ceux-ci disposent d'un pouvoir d'opposition sur le fondement de l'article 2225 ancien¹⁵⁹⁹. Aujourd'hui, l'article 2252 nouveau du Code civil dispose que « *celui qui ne peut exercer*

sont trouvées exister à la fois et a ainsi légalement justifié sa décision ». Bull. n°72 ; rapp. G. DE MONTEYNARD, RJDA. 2005. 791 ; BICC du 1er juillet 2005, n°1267. Revirement de jurisprudence par rapport à Cass. com. 6 février 1996, n°93-21627, Bull. n°42.

¹⁵⁹³J. FRANCOIS & R. LIBCHABER, Exposé des motifs, l'extinction des obligations, p. 55 et s. Article 1243 nouveau : « *Le moyen de la compensation légale doit être invoqué par le débiteur poursuivi. En ce cas, les dettes se trouvent éteintes à concurrence de leurs quotités respectives, à l'instant où elles ont coexisté avec les qualités requises* ».

¹⁵⁹⁴Article 120 al. 3 COS. P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 273 et s.

¹⁵⁹⁵Article 142 COS et article 2223 CCF.

¹⁵⁹⁶Civ. 1re, 9 décembre 1986, n°85-11263, Bull. n°293, p. 278 : cassation de la décision d'un TI qui, pour débouter un créancier de sa demande, relève d'office le moyen tiré de la prescription, « *Attendu qu'en statuant ainsi, aux motifs que l'article 125 du nouveau Code de procédure civile fait obligation au juge de soulever d'office les fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public, le jugement attaqué a méconnu les dispositions particulières relatives à la prescription et violé le texte susvisé* ».

¹⁵⁹⁷Article 141 COS, article 2220 ancien et article 2250 nouveau du Code civil.

¹⁵⁹⁸A. THÉVENAZ, La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription, Mélanges P. TERCIER, Figures juridiques. Mélanges dissociés pour Pierre Tercier, dir. P. Gauch & P. Pichonnaz, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2008, p. 443-456. ATF 99 II 185 JdT. 1974. I. 46 : admission de la validité de la renonciation à la prescription dans la limite décennal de l'article 127 COS. Solution confirmée par ATF 112 II 231, ATF 132 III 226, TF 4C.421/2005.

¹⁵⁹⁹Cass. soc. 9 novembre 1950, Bull. n°830 : les dispositions de l'article 2225 ne sont applicables que si la

lui-même ses droits ne peut renoncer seul à la prescription acquise », complété par les dispositions de l'article 2253 nouveau : « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise peuvent l'opposer ou l'invoquer lors même que le débiteur y renonce ». En droit suisse, la renonciation à la prescription est un acte de disposition à titre gratuit, auquel le débiteur ne peut procéder que dans la mesure où il est libre de disposer de son patrimoine.

850 La seconde limite à la faculté de renoncer à la prescription pourrait résulter du délai butoir de vingt ans qui existe maintenant en droit français (article 2232), ou éventuellement de l'interdiction posée par l'article 2254 d'étendre la durée de la prescription au-delà de dix ans par convention, le texte ne précise pas que ladite convention doive être passée avant le début du délai. Par conséquent, le texte pourrait également s'appliquer à la convention par laquelle les parties renoncent à invoquer la prescription. En droit français, la renonciation pourrait étendre le délai dans une limite soit de dix ans soit de vingt ans.

851 Le projet de réforme suisse a expressément réglé la question, l'article 55 pose le principe du délai butoir de vingt ans à compter du fait générateur, tandis que l'article 55a alinéa 2 dispose que « La personne responsable peut, par une déclaration expresse, renoncer à invoquer la prescription pour une durée de 20 ans au maximum, à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire ; dès l'échéance de ce délai, la renonciation ne vaut que pour une durée de trois ans au maximum ». Le motif pour lequel la liberté des parties est ainsi limitée est que le Tribunal fédéral a observé que la renonciation à la prescription qu'elle soit exprimée avant ou après l'écoulement du délai a le même effet qu'une convention contractuelle visant à prolonger le délai, et tombe donc sous le coup de la prohibition de la prolongation de la prescription au-delà du délai de dix ans prévu à l'article 127 du COS¹⁶⁰⁰. Toutefois, la jurisprudence suisse a interprété restrictivement les dispositions des articles 129 et 141 al. 1 COS, par conséquent, il est possible de renoncer valablement au délai de prescription posé par l'article 60, même si cela fait courir un nouveau délai de dix ans¹⁶⁰¹.

852 En droit français, la renonciation à la prescription peut être expresse ou tacite. Cette règle jurisprudentielle est consacrée par la loi du 17 juin 2008 à l'article 2251 : « la renonciation à la prescription est expresse ou tacite. (al. 2) La prescription tacite résulte de circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas se prévaloir de la prescription ». Au contraire, le projet de réforme suisse précise à l'article 55a que la renonciation à la prescription est possible « par une déclaration expresse ». Les auteurs du projet de réforme ont conçu cette exigence afin de protéger

renonciation du débiteur est de nature à créer ou à augmenter son insolvabilité.

¹⁶⁰⁰ ATF 99 II 185, spéc. p. 192 et s. cons. 3.

¹⁶⁰¹ ATF 112 II 231, spéc. p. 233.

la victime, que celle-ci sache clairement si le responsable recherché entend ou non opposer la prescription, compte tenu de la rigueur des délais suisses¹⁶⁰². Les auteurs indiquent que compte tenu de la gravité de l'enjeu, on ne saurait « *s'accommoder d'une renonciation tacite, voire présumée* ». Si le droit français admettait expressément la possibilité d'une renonciation tacite, la jurisprudence a cependant affirmé que « *la renonciation tacite à un droit suppose un acte manifestant sans équivoque la volonté d'y renoncer* »¹⁶⁰³.

853 En pratique, il est fréquent que les parties conviennent de renoncer à invoquer la prescription afin de pouvoir effectuer une procédure de médiation par exemple¹⁶⁰⁴. Le droit suisse de la prescription ne suspend pas la prescription en cas de saisine du juge, ce qui signifie que si le délai est bien interrompu, il recommence à courir pendant le cours de l'instance. Pour éviter d'avoir à multiplier les actes de procédure à des fins exclusivement interruptives, les parties conviennent de renoncer à invoquer la prescription pendant une certaine durée, ou pendant le cours de la procédure. Consacrant la règle posée par la jurisprudence, le législateur français a expressément prévu à l'article 2242 nouveau que « *l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance* ». La renonciation à la prescription n'aura donc pas en droit français l'utilité qu'elle a en droit suisse, mais la réduction des délais contribue cependant à accroître l'intérêt que présente la renonciation à la prescription lorsque les parties veulent négocier sereinement.

b L'absence de pouvoir d'appréciation du juge

854 En droit français, l'article 2262 ancien interdisait d'opposer sa mauvaise foi au débiteur qui soulevait l'exception la prescription. Cependant, en cas de fraude, la jurisprudence avait jugé qu'« *est privée du droit de se prévaloir de la prescription biennale la compagnie d'assurance qui, par une manœuvre dilatoire, a abusé le bénéficiaire d'une assurance afin de le dissuader d'agir en justice, et ainsi commis une fraude* »¹⁶⁰⁵. La même solution a été retenue en droit suisse, sur le fondement de la confiance légitime. Selon la jurisprudence suisse, le débiteur commet un abus de droit au sens de l'article 2 alinéa 2 du CCS en se prévalant de la prescription alors qu'il a

¹⁶⁰²REAP p. 221.

¹⁶⁰³V. par ex. Cass. civ. 1re, 8 juillet 1986, n°84-11596 et Cass. soc. 22 novembre 2001, n°99-21403 : « *s'agissant d'une lettre par laquelle le directeur régional des Affaires sanitaires et sociales avisait l'URSAFF de la transmission du dossier à l'administration centrale, laquelle avait seule le pouvoir d'y donner suite, la cour d'appel a pu décider que cette lettre ne constituait pas un aveu précis et non équivoque des droits de l'URSAFF de nature à interrompre la prescription* ».

¹⁶⁰⁴F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1422, p. 357. REAP p. 219. ATF 112 II 231, spéc. p. 233.

¹⁶⁰⁵ Cass. civ. 1re 28 octobre 1991, n°88-14410, Bull. 282 ; J. MESTRE, La fraude interdit de se prévaloir de la prescription, RTDCiv. 1992, p. 563-564. Dans ces circonstances, la différence entre la fraude et la mauvaise foi n'est pas évidente, sauf à considérer que la fraude résulte de manœuvres, tandis que la mauvaise foi pourrait résulter de ce que le débiteur n'a pas avisé le créancier de l'écoulement du temps ?

amené le créancier à ne pas agir en temps utile¹⁶⁰⁶. Cette règle est susceptible de s'appliquer également au délai de péremption¹⁶⁰⁷. La rigueur des délais de prescription tels qu'ils résultent de la loi du 17 juin 2008 conduit à s'interroger sur la portée de la suppression de la mention de l'inefficacité de la bonne foi qui figurait auparavant à l'article 2262 du Code civil. À défaut d'une modification législative permettant expressément au juge de sanctionner la dissimulation des faits pertinents ou d'écarter en équité la prescription en cas de préjudice corporel, la mauvaise foi manifeste de celui qui oppose la prescription pourrait éventuellement être sanctionnée par le juge. Il est vrai que la bonne foi n'a pas, en droit français, le fondement textuel général qu'il a en droit suisse, l'article 2 du Code civil, placé en tête de la construction du code, ayant vocation à rayonner dans toutes les matières du droit privé. Cependant la disparition de la référence à l'inefficacité de la mauvaise foi de celui qui invoque la prescription laisse penser que le législateur n'estime plus devoir édicter une immunité en faveur du débiteur de mauvaise foi et que le juge aurait donc vocation, dans cette matière également, à sanctionner le débiteur de mauvaise foi.

855 Il eût toutefois été préférable qu'à l'instar des règles posées par le droit anglais de la prescription, le législateur français ait reconnu au juge le pouvoir d'écarter l'exception de prescription dans certains cas. Le droit anglais est le seul qui a expressément prévu de laisser au juge le pouvoir d'écarter la prescription¹⁶⁰⁸, c'est la raison pour laquelle le *Limitation Act 1980* est ici évoqué.

Le droit suisse n'a peut-être pas besoin de cette précision dans la mesure où l'article 2 du CCS pose le principe de l'exercice de bonne foi des droits, y compris le droit d'opposer la prescription. Une telle référence à la bonne foi n'existe pas en droit français.

Le législateur français a également consacré les principes jurisprudentiels relatifs au droit transitoire de la prescription extinctive.

3. La prescription des actions directes ou récursoires

856 En droit français, l'action directe est prévue de façon générale par l'article L. 124-3

¹⁶⁰⁶ ATF 113 II 264, cons. 2.

¹⁶⁰⁷ ATF 124 II 265, spéc. 269-271, cons. 4. Cass. civ. 1re, 3 novembre 1993, n°92-10563, Bull. n°312.

¹⁶⁰⁸ Le droit anglais considère que la prescription, désignée sous le terme de « *time limitation of action* » concerne le droit d'agir mais non le droit substantiel. En conséquence, le juge peut rétablir le droit processuel lorsque des raisons impérieuses le commandent. CLERK & LINDSELL on Torts, Sweet & Maxwell, London, 1989, 16e édition, p. 389, n°9-32 : « *Otherwise, however, the Limitation Act 1980 does not extinguish the plaintiff's cause of action ; it only imposes a time-limit within which the plaintiff's action should be brought. (...)* »

In addition to what may be permitted under the Rules of the Supreme Court, the court has a further discretion to permit an action out of time in a personal injury case ».

du Code des assurances¹⁶⁰⁹ tandis qu'en droit suisse, elle résulte de textes spéciaux tel l'article 65 de la LCR, qui prévoient également le délai de prescription de l'action. Le projet de réforme suisse propose de généraliser le principe de l'action directe (article 54c AP) mais ne dit rien du délai de prescription, qui devrait donc être le délai applicable à l'action en responsabilité de la victime¹⁶¹⁰.

857 S'agissant de l'action récursoire, il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un recours fondé sur la subrogation ou non. Lorsque l'action récursoire est exercée par celui qui a indemnisé la victime, certains textes spéciaux suisses prévoient que le délai de prescription court à compter du paiement ainsi que le délai applicable à l'action récursoire¹⁶¹¹ mais il n'existe pas de règle légale générale. Comme l'indique le Tribunal fédéral lui-même, « *C'est peu dire que la question de la prescription de l'action récursoire est controversée dans la doctrine, qu'il s'agisse du point de départ ou de la durée du délai* »¹⁶¹². Le Tribunal fédéral a jugé que l'action récursoire était ouverte à compter du paiement¹⁶¹³. Le délai subjectif d'un an de l'article 60 COS applicable à l'action récursoire¹⁶¹⁴ court à compter du moment où la victime a été dédommée par le coresponsable¹⁶¹⁵.

858 Le projet de réforme suisse propose donc d'introduire une disposition suivant laquelle l'assureur du responsable ou le coresponsable ayant indemnisé la victime bénéficie d'un nouveau délai de prescription à compter de la date du paiement. Comme le relève le rapport explicatif, la prescription de l'action récursoire n'est régie par aucune norme générale et le Tribunal fédéral a refusé de déduire une règle générale des règles posées par des lois spéciales prévoyant que le débiteur *solvens* disposait d'un nouveau délai à compter du paiement¹⁶¹⁶.

859 Si le *solvens* est subrogé dans les droits de la victime, il ne peut disposer de plus de droit que celle-ci et doit donc se voir appliquer les mêmes délais de prescription¹⁶¹⁷. En

¹⁶⁰⁹ « Le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable ».

¹⁶¹⁰ ATF 112 II 19.

¹⁶¹¹ Par ex. l'article 83 LCR, l'article 39 al. 3 LITC.

¹⁶¹² ATF 133 III 6, p. 17.

¹⁶¹³ ATF 127 III 257, cons. 6c, p. 267, ATF 130 III 362.

¹⁶¹⁴ ATF 115 II 42, spéc. p. 49 et s.

¹⁶¹⁵ ATF 130 III 362 consid. 5.2.

¹⁶¹⁶ ATF 115 II 42, spéc. p. 49 et s. En l'espèce, le coresponsable a vu rejeter son action récursoire à la fois sur le fondement de la prescription subjective et parce que le délai objectif courant à compter du fait générateur était écoulé. Le TF donne l'exemple du délai de prescription de l'action récursoire de la caution *solvens* (article 507 al. 5 COS), de l'associé qui a désintéressé les créanciers de la société (article 878 COS), du responsable automobile (article 83 al. 3 LCR).

¹⁶¹⁷ Cass. civ. 2e, 22 octobre 1973, n°74-11488, Bull. n°268.

revanche, il bénéficie de l'interruption du délai résultant de l'action de la victime (article 136 al. 2 COS). La règle vaut également pour les tiers payeurs subrogés dans les droits de la victime, parmi lesquels on peut citer par exemple¹⁶¹⁸ le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (article L. 421-3 du Code des assurances), les tiers payeurs pour certaines prestations versées à l'occasion d'un accident impliquant un véhicule terrestre à moteur (article 30 de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985), pour l'action de l'assureur subrogé dans les droits de l'assuré sur le fondement de l'article L. 121-12 du Code des assurances, ou dans les droits de la victime sur le fondement des articles 1250 ou 1251 3° du Code civil¹⁶¹⁹. L'action subrogatoire est soumise au délai de prescription applicable à l'action de la victime qui se poursuit par l'action du subrogé ; celui-ci bénéficie éventuellement de l'interruption ou de la suspension affectant le délai de prescription de l'action de la victime. Toutefois, le délai butoir met un obstacle définitif à l'action subrogatoire en droit suisse car il court indépendamment de la connaissance du droit d'action par le subrogé.

860 Lorsque le *solvens* n'est pas subrogé dans les droits de la victime et exerce son action personnelle fondée sur la solidarité imparfaite, la question du délai de prescription applicable a été réglée par l'application du délai de l'action de la victime. Le problème est alors l'effet du délai absolu de l'article 60 COS ; celui-ci court à compter du fait générateur du dommage et joue également en matière d'action récursoire. Par conséquent, le codébiteur *solvens* peut supporter la charge de l'entier dommage du fait du jeu de la prescription. La solution est rude, mais le projet de réforme maintient l'application du délai butoir.

861 L'article 55c de l'avant-projet dispose que :

« L'action récursoire (art. 53C al. 2 [coresponsable] ; 54a al. 1er [assureur de dommages] ; 54f et 54h al. 2 [assureur de responsabilité civile]) se prescrit par trois ans à compter du jour où la réparation a été complètement exécutée et où la personne coresponsable est connue ; elle se prescrit dans tous les cas par 20 ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire.

Lorsqu'une personne est recherchée en réparation, elle en avisera les personnes qu'elle tient pour coresponsables ; à défaut, la prescription court à compter du jour où elle aurait dû donner cet avis conformément aux règles de la bonne foi ».

Le délai de prescription proposé correspond au double délai de droit commun en matière de responsabilité civile tel qu'il résulte des propositions du projet de réforme. La loi du 17 juin 2008 ne comporte pas de disposition particulière sur cette question, mais le délai

¹⁶¹⁸Pour une liste exhaustive des cas de subrogation légale résultant de textes spéciaux, v. E. SAVAUX, Subrogation personnelle, Enc. Dalloz de droit civil, (avril 2008), n°118 à 128.

¹⁶¹⁹La subrogation peut être conventionnelle, l'assuré cède ses droits à l'assureur, ou légale. V. par ex. Cass. civ. 1re, 28 mai 2008, n°07-13437 : la subrogation conventionnelle n'était plus possible parce que le paiement était antérieur à l'acte de subrogation, et la Cour de cassation censure la Cour d'appel qui avait d'office relevé la subrogation légale alors que l'assureur ne l'avait pas invoqué à l'appui de ses prétentions.

subjectif court à compter de la connaissance du droit tandis que le délai objectif court à compter de la naissance du droit (articles 2224 et 2232). La jurisprudence devra donc déterminer si le moment de la naissance du droit est celui de l'indemnisation de la victime ou celui du fait générateur du dommage. Cette dernière solution serait en contradiction avec la lettre de l'article 2224 puisqu'au moment où se produit le fait générateur du dommage, le droit à réparation de la victime elle-même n'est pas encore né. *A fortiori*, le droit à recours de celui qui va l'indemniser n'a pas encore pris naissance.

862 Une réforme du droit de la responsabilité civile devrait donc prévoir un délai particulier pour l'action récursoire du coresponsable *solvens*. Ce délai devrait être plus court que le délai de droit commun parce que celui qui aura payé n'aura pas besoin de cinq ans pour se décider à agir, un délai de trois ans semble raisonnable. Une cause de suspension propre à l'action en contribution pourrait être prévue ; la prescription serait suspendue tant que le codébiteur *solvens* ignore l'existence d'un codébiteur contre lequel il puisse exercer l'action en contribution.

Le législateur français ayant récemment réformé le droit de la prescription, il a codifié les règles jurisprudentielles qui constituaient le droit transitoire en matière de prescription.

D Les règles de droit transitoire en matière de prescription

863 Les règles de droit transitoire sont ici évoquées bien qu'il s'agisse d'une question tenant plus à la théorie générale des obligations qu'aux conditions de l'action en responsabilité civile. Cependant, la question ne concerne pas exclusivement l'action en responsabilité civile, mais présente un intérêt dans la mesure où la loi française a réduit la durée du délai et modifié les règles fixant le point de départ. En revanche, le projet suisse n'a pas envisagé la question. Il est vrai que la réforme française porte sur le droit général de la prescription tandis que le projet suisse ne vise qu'à améliorer les règles de prescription de l'action en responsabilité civile et des actions qui peuvent en découler. En outre, le projet suisse allonge les délais, ce qui joue en faveur de la victime, tandis que le droit français les réduit, ce qui avantage le responsable et son assureur.

864 À défaut de texte spécifique¹⁶²⁰, la jurisprudence française avait élaboré les règles suivantes. En l'absence d'une volonté contraire expressément affirmée, lorsque le législateur modifiait le délai d'une prescription, la loi nouvelle n'avait pas d'effet sur la prescription

¹⁶²⁰ L'art. 2 du code civil français pose de façon générale les principes de non rétroactivité et d'application immédiate de la loi nouvelle, sur le fondement desquels la jurisprudence a dégagé les règles d'application de la loi nouvelle en matière de prescription.

définitivement acquise¹⁶²¹. Lorsque l'action n'était pas prescrite au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle allongeant le délai de prescription, cet allongement lui était applicable¹⁶²² sauf si la prescription était déjà acquise¹⁶²³. Lorsque la loi nouvelle réduisait la durée d'une prescription en cours, la prescription réduite commençait à courir du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sans que la durée totale puisse excéder le délai prévu par la loi antérieure¹⁶²⁴.

865 La loi du 17 juin 2008 introduit dans le Code civil un article 2222 nouveau qui dispose que

« La loi qui allonge la durée d'une prescription ou d'un délai de forclusion est sans effet sur une prescription ou une forclusion acquise. Elle s'applique lorsque le délai de prescription ou le délai de forclusion n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé.

En cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ».

Dans la mesure où la loi modifie le délai de prescription de droit commun, elle a également prévu des règles transitoires à l'article 26. Elles ne sont exposées ici qu'en relation avec l'action en responsabilité civile.

866 Les dispositions transitoires n'envisagent que la question de la modification résultant du délai de droit commun, sans préciser si le délai butoir s'applique directement, ou seulement aux droits nés postérieurement à la loi. Il est donc possible que l'exception résultant de l'écoulement du délai butoir soit soulevée dès maintenant devant les tribunaux.

867 Le législateur prévoit que l'allongement du délai s'applique aux prescriptions en cours, déduction faite du délai déjà écoulé. La réduction du délai s'applique aux prescriptions en cours à compter de la date de la loi, « sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ». Si vingt six ans ont déjà couru s'agissant d'un délai trentenaire, à compter de la date, le délai est réduit à cinq ans, sans pouvoir dépasser les trente ans antérieurement prévus. Dans notre exemple, la prescription sera acquise au bout de quatre ans à compter du 19 juin

¹⁶²¹ Cass. civ. 1re, 27 septembre 1983, n°83-13035, Bull. I. n°215 : sous l'empire de l'ancienne loi, l'action en réparation d'un préjudice résultant d'une infraction se prescrivait par le même délai que l'action publique, délai expiré en l'espèce. La Cour de cassation rejette le moyen fondé sur l'application de la loi du 23 décembre 1980 au motif que « en l'absence d'une volonté contraire expressément affirmée, la loi ne peut produire effet que pour l'avenir et qu'il résulte de ce principe que lorsque le législateur modifie le délai d'une prescription, cette loi n'a point d'effet sur la prescription définitivement acquise ». Même solution : Cass. soc. 5 janvier 1962, n°61-10024, Bull. n°9.

¹⁶²² Cass. com. 30 novembre 1999, n°96-16607, RCEA. 2000/2, p. 9, comm. 42, obs. H. GROUDEL.

¹⁶²³ Civ. 2e, 8 avril 2004, n°03-11868, Bull. n°166 : l'allongement du délai n'a point d'effet sur la prescription définitivement acquise. V. également les arrêts précités.

¹⁶²⁴ Cass. civ. 1re 28 novembre 1973, n°71-13915, Bull. n°329. Cass. soc. 9 février 1995, n°93-15207, Bull. n°55. Cass. soc. 21 novembre 2001, n°99-21403, Bull. n°356.

2008.

868 La réforme opérée par la loi du 17 juin 2008 ne simplifie pas les règles de la prescription de l'action en responsabilité civile, sauf la suppression du délai décennal applicable en matière commerciale. Le mérite de la réforme est de codifier les règles posées par la jurisprudence en matière de prescription. Si la réforme ne contribue pas vraiment à renforcer la sécurité juridique compte tenu des questions qu'elle engendre, elle rend néanmoins le droit plus accessible.

869 L'instauration du délai butoir objectif de vingt ans ne semble pas en soi excessif, le rôle de la prescription étant de réaliser un équilibre entre les différents intérêts en présence. La règle existe déjà en droit suisse de la responsabilité délictuelle, et même si sa rigueur a été jugée excessive et que le projet suisse propose d'en doubler voire d'en tripler la durée, il ressort de l'examen de la jurisprudence que les cas dans lesquels le délai objectif portait très gravement atteinte aux droits de la victime étaient rares. Il est vrai que la jurisprudence de la Cour suprême est un filtre et que peut-être, de nombreux cas ne lui ont pas été soumis parce que le recours était voué à l'échec compte tenu de sa position de principe. En tout cas, le juge suisse n'a pas voulu déroger à la règle qui avait d'ailleurs été voulue rigoureuse par le législateur. En outre, le droit français fait désormais courir le délai de prescription de dix ans en matière de dommage corporel à compter de sa réalisation ou de sa consolidation sans que le délai butoir lui soit applicable ; la règle ne semble pas poser de limite abusive, sous réserve de la fraude.

870 La fraude pourrait expressément être prise en compte par le législateur, à l'instar du droit anglais de la prescription¹⁶²⁵ pour donner au juge compétence pour écarter la prescription acquise lorsqu'il apparaît que la victime a été empêchée d'agir du fait de la partie adverse faute de disposer des éléments de preuve utiles au succès de l'action par exemple¹⁶²⁶.

¹⁶²⁵*Limitation Act 1980*, 32 (exclusion de la prescription en cas de fraude, de dissimulation ou d'erreur) et 33 (exclusion de la prescription en cas de dommage corporel ou de décès). Il faut préciser que l'exception ne vaut pas de façon générale. Dans l'affaire CEDH, 22 octobre 1996, *Stubbing et al. c/ Royaume-Uni*, le juge anglais avait décidé de ne pas appliquer ce texte aux dommages résultant d'une atteinte volontaire à la personne, en l'espèce des agressions sexuelles. La Cour européenne n'avait pas jugé discriminatoire la différence de traitement entre les victimes selon que l'atteinte était volontaire ou non.

¹⁶²⁶Pour ceux qui pourraient penser qu'une telle dissimulation n'est pas envisageable en pratique, la lecture de l'enquête de Mme M.-M. ROBIN, qui montre que bien que le fait générateur et le dommage fussent connus, une firme a camouflé les faits à renfort de pseudo enquêtes scientifiques pendant des années, interdisant de ce fait aux victimes de parvenir à établir la réalité du lien de causalité : *Le monde selon Monsanto*, éd. La Découverte, Paris, 2008, p. 26 à 40 au sujet du PCB, et p. 41 à 79 au sujet de la Dioxine. L'auteur montre que la firme Monsanto a fait la promotion de produits qu'elle savait toxiques, sans avertir les usagers des dangers, et qu'elle a même commandité des études scientifiques qui seront par la suite totalement discréditées par des scientifiques indépendants, v. spécialement p. 61-62.

Le droit suisse reconnaît au juge un pouvoir d'appréciation dans certaines circonstances. Le législateur français, qui a prévu des délais plus rigoureux afin d'inciter à la diligence les créanciers, pourrait réserver au juge la possibilité d'écarter la prescription, y compris celle résultant du délai butoir de l'article 2232, lorsque l'inaction du créancier résulte de la fraude du débiteur. D'ailleurs, la disparition de la référence à l'inefficacité de la mauvaise foi du débiteur sur la recevabilité de l'exception de prescription laisse au juge la possibilité d'opposer désormais la fraude. Reste à savoir si la jurisprudence va effectivement s'engager dans cette voie. Un argument doit également être pris en compte à l'appui de l'admission de la fraude du débiteur : si la prescription met les entreprises à l'abri d'actions engagées tardivement, elle ne doit pas servir à fausser les règles de la concurrence en avantageant les entreprises malhonnêtes qui commercialisent des produits dont elles connaissent la nocivité par rapport à celles qui jouent le jeu et font de lourds investissements de recherche pour produire des produits à la fois compétitifs et sans danger pour les usagers. Au-delà du préjudice subi par la victime, c'est l'ensemble de la société qui est concerné.

871 A la lecture du projet de réforme suisse, les enjeux des règles de prescription prennent un relief particulier : la question de la légitimité de la prescription doit être posée au regard des projets de réforme étudiés. Nous avons vu que le projet suisse propose un allongement des délais pour tenir compte du constat de la pratique selon lequel les délais actuels limitaient de façon trop sévère les actions des victimes. Le droit suisse est globalement animé par le souci de ne pas faire porter de charges trop lourdes sur les entreprises et de leur permettre d'assurer leur activité. La prescription est l'un des moyens qui permettent de limiter dans le temps les actions en dommages-intérêts. La technique juridique est ici clairement exposée, permettant un choix politique éclairé.

872 En droit français, un tel débat n'a pas eu lieu de façon générale et les questions soulevées par l'édiction d'un délai butoir montrent le manque de vue d'ensemble du législateur dans l'élaboration de son projet. La question de savoir s'il est légitime de réduire le champ d'action des victimes en réduisant le délai de prescription a été abordée mais seulement au regard des victimes de discrimination au travail et de préjudice corporel. Seuls ont été soulevés les aspects de réduction du nombre de litige et de sécurité juridique et financière des entreprises. Aujourd'hui, alors que le progrès technique occasionne des dommages sur un très long terme, décelable parfois plus de trente ans après le fait générateur, il serait souhaitable qu'un débat démocratique ait lieu pour répondre aux questions suivantes : dans quelle mesure faut-il permettre de nuire aux entreprises puisque la réduction du délai de prescription leur

permet d'échapper aux conséquences de leurs actes, dans quelle mesure est-ce à la collectivité de prendre en charge les dommages ainsi occasionnés, comment organiser concrètement cette prise en charge ?

Outre le droit de la responsabilité civile, le projet de réforme suisse a envisagé parmi les modalités de mise en œuvre de l'action en responsabilité civile, la question de la pluralité de responsables.

SECTION 2 LA PLURALITÉ DE RESPONSABILITÉS

873 Lorsque plusieurs personnes sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée en réparation du même dommage à l'égard de la même victime, il faut distinguer deux hypothèses. D'abord, l'hypothèse dans laquelle le dommage est rattaché à un fait donné, qui est susceptible de remplir les conditions de différents régimes de responsabilité (par ex. le fait d'un mineur peut donner lieu à une responsabilité du fait personnel, une responsabilité des parents et une responsabilité du fait des choses) et donc de désigner comme civilement responsables différentes personnes. Le terme employé par le projet de réforme suisse pour désigner cette hypothèse est celui de « *cumul de responsabilités* », nous préférons employer dans nos développements le terme de « *cumul de régimes de responsabilité* » parce que le cumul de responsabilité existe aussi dans notre deuxième hypothèse. Lorsqu'il s'agit d'un dommage dont la réalisation résulte de la conjonction des agissements de différentes personnes, on emploie le terme de « *concours de responsabilités* » en droit suisse, et en droit français de « *coresponsabilité* ». Cependant, ces deux hypothèses ont toutes deux pour effet de proposer à la victime une pluralité de responsables avec dans les deux cas les effets de la pluralité de responsabilité. La différence sera perceptible le cas échéant à l'occasion de la répartition finale de la charge du dommage entre les responsables. La question de savoir dans quelle mesure et selon quelles modalités les différents responsables répondent du dommage envers la victime, ainsi que la question de l'étendue de l'action récursoire entre codébiteurs se pose de façon similaire dans l'un et l'autre cas. Les solutions du droit français résultent de la jurisprudence exclusivement. Le COS a en revanche prévu une réglementation partielle de ce type d'hypothèses aux articles 50 et 51.

§.1 LES CONDITIONS DE LA CORESPONSABILITÉ

874 La coresponsabilité résulte de l'action de plusieurs personnes (A) ayant entraîné un préjudice unique (B).

A Les faits cause du dommage

875 Les actions sources de coresponsabilité peuvent composer une action commune, coordonnée¹⁶²⁷, ou bien résulter d'une conjonction de faits, simultanés ou successifs, mais tous cause exclusive de l'entier dommage. La lecture des textes suisses fait apparaître deux types de fautes pouvant donner lieu à la mise en jeu de la responsabilité des coresponsables. Ces distinctions n'existent pas en droit français, où la jurisprudence range indifféremment l'une et l'autre dans la catégorie des conditions de la coresponsabilité. Que la faute soit commune (1) ou conjointe (2), les coauteurs répondent solidairement du dommage. Il peut arriver que la faute de la victime doive être prise en compte (3), en revanche, la force majeure ne peut intervenir de façon partielle (4).

1. La faute commune

876 La faute commune est celle qui suppose un fait unique réunissant des agents multiples (une conspiration, un peloton d'exécution) pour causer un même dommage¹⁶²⁸. Cette faute est expressément visée en droit suisse à l'article 50 alinéa 1er du COS: « *Lorsque plusieurs ont causé un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice* ». La jurisprudence a précisé qu'il n'y a de solidarité au sens de l'article 50 al. 1 COS que lorsque chaque auteur du dommage a eu connaissance de la participation de l'autre à l'acte dommageable ou aurait pu l'avoir en usant de l'attention nécessaire¹⁶²⁹. Toutefois, il n'est pas exigé que les coauteurs se soient concertés¹⁶³⁰.

877 Cette notion recoupe celle de faute collective. Bien que le terme de faute collective ne soit pas adéquat et devrait se voir préféré celui de « *faute de groupe* », nous en userons dans nos développements pour distinguer faute commune et faute collective. Dans le cas d'une faute commune, tous ont participé. Dans le cas d'une faute collective, un membre du groupe a seul causé le dommage mais sans qu'il soit possible de l'identifier : groupe de chasseurs, de sportifs,

¹⁶²⁷ Par exemple le débauchage d'un salarié.

¹⁶²⁸ F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°199.

¹⁶²⁹ ATF 104 II 225, spéc. p. 230, cons. 4a : « *Ein schuldhaftes Zusammenwirken [au sens de l'article 50 COS] bei der Schadenverursachung setzt jedoch (...) voraus, dass jeder Schädiger vom Tatbeitrag des andern Kenntnis hat oder bei der erforderlichen Aufmerksamkeit Kenntnis haben könnte. Wer ohne Wissen eines andern Verursachers am schädigenden Ereignis beteiligt ist, wirkt nicht mit diesem schuldhaft bei der Schadenverursachung zusammen* ».

¹⁶³⁰ ATF 104 II 184 : un enfant jouant avec deux camarades est blessé à l'œil par une flèche tiré par l'un des enfants.

de grévistes... La faute collective désigne « l'hypothèse d'un dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe aux limites connues »¹⁶³¹.

878 En droit français, la victime ne peut alors engager la responsabilité pour faute de tous à défaut d'établir la faute de l'un d'eux. La jurisprudence a donc parfois considéré que le seul fait d'avoir participé à l'action collective à l'origine du fait cause du dommage était en soi une faute.

879 En droit suisse, cette notion se confond avec celle de faute commune¹⁶³². Dans d'autres cas, c'est la responsabilité civile du fait de l'organisation qui permet à la victime d'obtenir réparation.

2. La faute conjointe

880 La faute conjointe est celle qui résulte de la conjonction de différentes fautes par différents agents pour causer le même dommage. Sans l'une de ces fautes, le dommage n'aurait pas eu lieu. L'article 51 du COS dispose que « *Lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie* ». Un exemple de faute conjointe particulièrement parlant est celui des cas dans lesquels la victime a été contaminée par le SIDA ou par l'hépatite C à la suite de la violation d'une obligation contractuelle de sécurité de résultat pesant sur les centres de transfusion sanguine et de la faute de conduite du responsable de l'accident automobile ayant rendu une transfusion nécessaire. Plus loin dans le temps mais déjà s'agissant de circulation, un auteur donne l'exemple d'une collision entre deux voitures, l'une ayant une vitesse excessive, l'autre roulant au milieu de la route¹⁶³³.

L'une des fautes cause du dommage peut d'ailleurs être le fait, ou plutôt la faute, de la victime elle-même.

3. La victime coresponsable

881 Lorsque le fait de la victime a concouru à la réalisation du dommage, elle doit en supporter la charge proportionnellement à sa part de responsabilité. Il s'agit d'une question de causalité et non de coresponsabilité sauf en ce qui concerne la répartition de la responsabilité entre la victime et le coresponsable en fonction des faits qui leur sont imputés et des régimes de responsabilité dont ils relèvent.

¹⁶³¹J. DEMAREZ, L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé, Thèse, Paris, LGDJ, Paris, 1967, p. 2.

¹⁶³²ATF 71 II 107.

¹⁶³³C. LEVILLAIN, note sous Cass. civ. 11 juillet 1892, Cie gén. transatlantique c/ D. Haddah, D. 1894. I. 513, spéc. p. 514, citant les faits d'un arrêt de la chambre des requêtes du 1er décembre 1868.

a La faute de la victime

882 En droit français, les auteurs et la jurisprudence ne reconnaissent pas d'obligation *in solidum* pour la part du dommage qui correspond à la part de responsabilité de la victime¹⁶³⁴. Il convient de préciser que la responsabilité de la victime est alors engagée selon les règles du droit commun¹⁶³⁵. La Cour de cassation a donc précisé que « ... le fait, non imprévisible, ni inévitable de la victime, ne constitue une cause d'exonération partielle pour celui qui a contracté une obligation déterminée de sécurité [NB. à raison d'un contrat ou d'un régime de responsabilité objective], que s'il présente un caractère fautif »¹⁶³⁶. Le fait de la victime doit constituer une faute pour ouvrir droit à une réduction des dommages-intérêts¹⁶³⁷.

883 En réalité, il convient de distinguer l'exonération à raison d'une interruption totale du lien de causalité parce que le fait de la victime est la seule cause du dommage, du cas dans lequel la victime est coresponsable, son fait étant l'une des causes du dommage et l'étendue de la responsabilité de ses coresponsables devant être réduite d'autant. Dans le premier cas, il n'y a pas responsabilité parce que les conditions générales de mise en jeu de celle-ci ne sont pas remplies, dans le second cas, le coresponsable peut demander la réduction des dommages-intérêts à raison de la faute de la victime¹⁶³⁸.

884 En outre, l'appréciation de la faute de la victime ne sera pas la même selon que les responsabilités recherchées comprennent un régime de responsabilité objective, contractuelle comme délictuelle (obligation de sécurité de résultat) ou bien se situent toutes dans le cadre de la responsabilité pour faute classique. En effet, en présence d'une responsabilité objective, seule la force majeure peut exonérer le responsable recherché de toute responsabilité¹⁶³⁹. Ainsi, le responsable du fait de la chose ne peut s'exonérer de sa responsabilité que si la faute

¹⁶³⁴VINEY & JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, p. 326 et s., n°426 et s.

¹⁶³⁵V. supra, p. 71 et s., §.106 et s.

¹⁶³⁶Cass. civ. 1re, 31 janvier 1973. Aujourd'hui, la faute de la victime qui ne présente pas les caractères de la force majeure ne permet plus au débiteur d'une obligation de sécurité de résultat de s'exonérer même partiellement de sa responsabilité. V. par ex. Cass. civ. 1re, 13 mars 2008.

¹⁶³⁷En réalité, la jurisprudence parle d'une exonération partielle de responsabilité, mais nous l'avons dit dans le cadre de nos développements sur la notion de causalité, soit il n'y a pas de responsabilité en raison de l'interruption du lien de causalité et le terme d'exonération n'est pas approprié, soit il y a responsabilité et il s'agit alors d'un cas de coresponsabilité ouvrant droit à une réduction des dommages-intérêts en fonction de l'importance de la faute de la victime dans la production du dommage. Cass. civ. 2e, 6 avril 1987, n°85-16387, n°85-12833, n°84-17748, revenant à la position antérieure que la Cour avait abandonnée par un arrêt de la 2e chambre civile du 21 juillet 1982 n°81-12850, concl. av. gén. CHARBONNIER, GP. 1982, n°206, p. 10, D. 1982. 449.

¹⁶³⁸Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), p. 503, n°1870, qui relève également l'impropriété du terme « exonération » dans cette hypothèse.

¹⁶³⁹Cass. civ. 1re, 13 mars 2008, n°05-12551, pas d'exonération partielle en cas d'obligation de sécurité de résultat: « le transporteur tenu d'une obligation de sécurité de résultat envers un voyageur ne peut s'en exonérer partiellement et que la faute de la victime à condition de présenter les caractères de la force majeure, ne peut jamais emporter qu'exonération totale ».

de la victime « présente, lors de l'accident, un caractère imprévisible et irrésistible »¹⁶⁴⁰.

885 C'est d'ailleurs le raisonnement du droit suisse : le fait du lésé constitue un facteur de réduction des dommages-intérêts qu'il s'agisse d'une faute ou d'une prédisposition constitutionnelle, conformément à l'article 44 alinéa 1er¹⁶⁴¹. En revanche, la faute de la victime qui a causé de façon prépondérante le dommage est une cause d'interruption de la causalité qui exonère totalement le responsable allégué. Ces règles sont maintenues par le projet de réforme dans le cadre de la rupture du lien de causalité (article 47a AP)^{1642 1643}.

886 Ces règles ont d'ailleurs pour elles le mérite de la logique. En effet un auteur a pu faire remarquer le manque de logique de la notion d'exonération partielle ou de causalité partielle¹⁶⁴⁴ : soit la relation causale existe, soit elle n'existe pas. Si elle existe, et que les autres conditions de la responsabilité sont réunies, alors le juge tient compte des circonstances pour modérer la réparation. Cependant, en présence de responsabilité objective, établie justement pour protéger la victime, celle-ci ne « mérite » de perdre ce bénéfice que si une faute peut lui être reprochée.

b Opposabilité de la faute de la victime à ses ayants-droits

887 L'hypothèse envisagée est la suivante : la victime est décédée des suites d'un accident qu'elle a contribué à causer. Comme nous l'avons vu, sa faute est un facteur de

¹⁶⁴⁰ Ass. pl. 14 avril 2006, n°04-18902, Bull. n°5 : la RATP n'est pas responsable de la mort d'une personne qui s'est jetée sous une rame, alors qu'il était impossible de prévoir son acte, en l'absence de tout manquement aux règles de sécurité, et alors que la victime avait la volonté de produire le dommage. BICC n°643, rapp. B. PETIT, avis. R. DE GOUTTES ; L. AYNES & Ph. STOFFEL-MUNCK, Le retour à la condition d'imprévisibilité pour caractériser la force majeure contractuelle, Droit et Patrimoine 2006, n°152, p. 99-101 ; L. BLOCH, Force majeure : le calme après l'ouragan ?, RCEA. 2006/6, étude 8, p. 5-8 ; Ph. BRUN et P. JOURDAIN, chron. de responsabilité civile, D. 2006, p. 1933 ; R. DE GOUTTES, concl. sur Ass. pl. 14 avril 2006, GP du 9 juillet 2006, n°190, p. 7-16 ; B. FAUVARQUE-COSSON, Droit des contrats (octobre 2005/septembre 2006), D. 2006, p. 2645 ; I. GALLMEISTER, Les critères de la force majeure dans la responsabilité délictuelle, D. 2006, p. 1131 ; P. GROSSER, Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matière délictuelle et contractuelle, JCP. 2006. EG. II. 10087 ; P. JOURDAIN, Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire, D. 2006, p. 1577-1582 ; P. JOURDAIN, Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 14 avril 2006, RTDciv. 2006, p. 775-778 ; Y.-M. LAITHIER, Les caractères de la force majeure : l'Assemblée plénière défend la conception classique, RDC. 2006, p. 1083 ; C. LEGROS, Les transports, contrats et responsabilités, JCP. 2006. E. 2224, n° 11 ; Y. LE MAGUERESSE, De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle, LPA. 6 juillet 2006, n°134, p. 14-22 ; L. LEVENEUR, La Cour de cassation rappelle deux des trois critères classiques, Ccc. 2006/8, comm. 152 ; M. MEKKI, La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, RLDC. 2006, n°29, p. 17-23 ; D. NOGUERO, La maladie du débiteur cas de force majeure, D. 2006, p. 1566 ; E. SAVAUX, Chron. de jurisprudence générale, Defr. 2006, n° 15, p. 1212 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, chron. JCP. 2006. EG. I. 166, n°17 ; G. VINEY, La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ? RDC. 2006, p. 1207.

¹⁶⁴¹ Article 44 « Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur ».

¹⁶⁴² Article 47a 2. Exonération « Une personne est exonérée de toute responsabilité si un fait qui ne lui est pas imputable a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation, notamment une force majeure, un comportement ou un risque caractérisé imputables à un tiers ou à la personne lésée ».

¹⁶⁴³ ATF 93 II 322, ATF 112 II 138 (143), ATF 133 III 6.

¹⁶⁴⁴ F. CHABAS, Le fait ou la faute de la victime, D. 1973, p. 207-210.

réduction de la réparation. En revanche, ses ayants-droits agissant pour leur préjudice distinct résultant par exemple de la perte de soutien peuvent-ils également se voir opposer par le coresponsable la faute de leur auteur ?

888 En droit français, les ayants-causes de personne décédée se sont vus opposer la faute de la victime pour réduire le montant de la réparation due par le coauteur au titre du dommage subi par la victime directe comme de la victime indirecte. Cette solution découle d'une part de la règle selon laquelle la victime peut se voir opposer sa propre faute comme facteur de réduction des dommages-intérêts, les héritiers ne peuvent avoir plus de droit que leur auteur.

889 D'autre part, s'agissant de la réparation du préjudice réfléchi, préjudice personnel donc aux victimes par ricochet à raison du décès de leur auteur ou simplement à raison du préjudice moral que leur cause l'accident de la victime infirme, la question a donné lieu à des hésitations jurisprudentielles. Elle a été tranchée par une série de quatre arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation du 25 novembre 1964¹⁶⁴⁵. La solution a été réaffirmée¹⁶⁴⁶ par deux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 19 juin 1981¹⁶⁴⁷. La jurisprudence française décide que le partage de responsabilité entre la victime et le coauteur du dommage est opposable aux ayants cause¹⁶⁴⁸.

890 Dans ce cas, l'obligation *in solidum* entre coauteurs ne joue pas. Les arguments avancés en faveur de cette solution sont les suivants. En premier lieu, il serait illogique que la victime par ricochet ait plus de droit que la victime directe¹⁶⁴⁹. En outre, cela signifierait qu'en l'absence de coauteur, la victime par ricochet pourrait agir contre la succession de celui qui est seul responsable de sa mort. De plus, la demande de la victime procède du même fait générateur et il doit être tenu compte des mêmes causes d'exonération. Enfin, un dernier argument qui n'a plus de valeur aujourd'hui était fondé sur les hésitations de la jurisprudence

¹⁶⁴⁵Ch. réunies, 25 novembre 1964, n°63-92105, 64-90424, 63-92105, 64-90424. Avis AYDALOT, D. 1964, jurispr., p. 733 et s.

¹⁶⁴⁶Réaffirmation rendue nécessaire par un revirement de jurisprudence résultant de deux arrêts de la 2e chambre civile des 7 juin et 25 octobre 1978 : JCP. 1979. II. 19193, note F. CHABAS, Ch. LARROUMET, D. 1979. 114, GP. 1979. I. 198, note A. PLANCQUEEL.

¹⁶⁴⁷Ass. pl. 19 juin 1981, n°78-91827, Bull. n°3 et 4 ; J. BORE, note sous Ass. pl. 19 juin 1981, GP. 1981, II. 259 ; conclusions J. CABANNES, note F. CHABAS, D. 1982, jurispr. p. 85-89 ; G. DURRY, obs., RTDciv. 1981, p. 857 ; D. 1981, p. 641, obs. C. LARROUMET ; JCP. EG. II. 19712, rapport PONSARD.

¹⁶⁴⁸Récemment, v. par ex. Cass. civ. 2e, 18 décembre 1996, n°94-21006 : la victime était décédée d'une overdose, sa mère s'adresse à la CIVI pour obtenir réparation de l'entier dommage. La cour de cassation censure la cour d'appel car « pour apprécier le droit à indemnisation de la victime par ricochet, sans tenir compte de la faute de la victime directe qu'elle relevait, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

¹⁶⁴⁹R. MEURISSE, Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime ? D. 1962, p. 93-98.

à admettre l'obligation au tout des coresponsables, codébiteurs *in solidum*.

891 Un auteur conclut que « le système de l'inopposabilité a le tort de confondre le préjudice personnel avec le préjudice par ricochet et de faire de la personne dont les blessures ou la mort ont causé un dommage à une autre, avec laquelle elle avait des liens, un codébiteur solidaire ou *in solidum* », or la victime directe et le tiers coauteur ne sont pas des coresponsables *in solidum* envers la victime par ricochet¹⁶⁵⁰. Un autre auteur explique la solution par le fait que le préjudice a la même source, qu'il soit souffert par la victime directe ou par la victime par ricochet et que par conséquent les causes de réduction de la réparation doivent jouer dans l'un et l'autre cas¹⁶⁵¹. Une autre opinion fonde la réduction de la réparation sur le fait que la responsabilité *in solidum* ne joue qu'en faveur de la victime directe et non en faveur de la victime par ricochet.

892 En droit suisse, la solution est la même dans son principe. La faute de la victime est un facteur de réduction de la réparation due tant à la victime directe qu'à ses ayants cause. Cette règle est maintenue dans le projet de réforme : l'article 52 alinéa 1er dispose que « *Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage* ».

893 Il nous semble que cette solution est en réalité fondée sur la notion de réparabilité du préjudice réfléchi¹⁶⁵². En principe, seule la victime directe d'un dommage peut en demander réparation. Lorsque l'atteinte subie par une personne a des conséquences économiques pour d'autres, elles sont recevables à agir pour obtenir réparation de ce chef. Cependant, l'admission de la réparation du préjudice réfléchi doit être à un moment ou à un autre limitée : tout n'est pas réparable. Dans un système sans aucune sécurité sociale, on pourrait estimer socialement utile d'instituer le coresponsable débiteur *in solidum* de l'ensemble du dommage, y compris le dommage réfléchi, malgré la faute de la victime. Le coresponsable deviendrait ainsi le garant de la victime fautive.

894 Dans nos systèmes juridiques, alors que les assurances sociales permettent de faire face aux conséquences les plus sévères, il n'apparaît pas justifié de faire peser une charge aussi lourde sur le coresponsable, débiteur *in solidum* de la réparation du préjudice réfléchi des ayants droit de la victime fautive.

¹⁶⁵⁰R. MEURISSE, article précité, p. 96.

¹⁶⁵¹Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), n°995 p. 312.

¹⁶⁵²V. supra, Le préjudice réfléchi, p. 190 et s., §. 368 et s.

4. Pas de force majeure partielle

895 Un temps, la jurisprudence a semblé admettre que la force majeure pouvait partiellement exonérer le responsable. Il ne s'agit plus à proprement parler de coresponsabilité, mais d'un cas dans lequel une personne est responsable en même temps qu'est intervenue une autre cause, de sorte que sa responsabilité n'est que partielle, comme elle pourrait l'être en présence d'un coresponsable. S'agissant de la force majeure, la Cour de cassation a admis un temps l'exonération partielle du responsable à raison d'un événement de force majeure¹⁶⁵³. Ainsi, s'agissant du gardien d'un animal coauteur avec un tiers dont le fait n'était pas imprévisible, la Cour de cassation censure la Cour d'appel qui n'a pas admis que le fait du tiers était « *de nature à décharger le gardien de l'animal, au moins d'une part de sa responsabilité* »¹⁶⁵⁴. Un arrêt du 14 février 1973¹⁶⁵⁵ a été interprété par certains comme un retour à la notion de force majeure partielle. Cependant, un auteur a exactement remarqué que l'arrêt se borne à retenir que la faute a été l'une des deux causes du dommage, l'autre étant un ouragan. On comprend que l'ouragan n'a pas eu de caractère irrésistible puisqu'une bonne attache n'eût suffi à prévenir le dommage. L'ouragan est cependant l'une des causes du dommage. La réduction de la réparation est-elle justifiée ? Cette hypothèse rejoint celle dans laquelle la victime a commis une faute : est-il juste de faire supporter au responsable recherché la part de responsabilité qui revient à l'ouragan ou à la victime fautive, alors qu'il est évident qu'il supportera alors la charge de la totalité du dommage ? S'agissant de la faute de la victime, nous avons déjà exposé les arguments qui selon nous justifient la réduction de la réparation. S'agissant du cas fortuit, cet arrêt ne permet pas de répondre parce que la Cour de cassation rejette le pourvoi du responsable en relevant qu'il est malvenu à critiquer l'exonération partielle dont il a bénéficié¹⁶⁵⁶. La solution eût peut-être été différente si l'argument avait été soulevé par la victime. Et il semble que la jurisprudence emploie le terme d'exonération partielle à la place de celui de réduction des dommages-intérêts à proportion de la part dans le dommage qui résulte d'une autre cause que le fait de celui dont la responsabilité

¹⁶⁵³Cass. civ. 2e, 13 mars 1957, Houillères du Bassin du Nord et du Pas-de-Calais c/ SARL Brasserie E. Calonne: la construction d'une digue empêchant l'écoulement normal des eaux fluviales, il en avait résulté une inondation pour les dégâts desquels les propriétaires immobiliers demandent réparation. La Cour d'appel accueille la demande en rejetant l'argument tiré de la force majeure car une faute avait précédé l'inondation (et l'avait causé en réalité). La Cour de cassation approuve cette argumentation mais reproche à la Cour d'appel de n'avoir pas « atténué la responsabilité encourue ». La Cour de cassation n'emploie absolument pas le terme de force majeure partielle ou partiellement exonératoire. D. 1958, p. 73-76, note J. RADOUANT

¹⁶⁵⁴Cass. civ. 15 janvier 1960, D. 1961. 680, note J. RADOUANT.

¹⁶⁵⁵Cass. com. 14 février 1973, n°71-11861, Bull. n°77, D. 1973, p. 562-564, note G. VINEY ; B. STARCK, JCP. 1973. II. 17451. Le propriétaire d'un bateau ne l'ayant pas suffisamment bien amarré, il s'est détaché lors d'un ouragan et a endommagé un canot.

¹⁶⁵⁶« *quel que soit le mérite de l'exonération partielle de responsabilité prononcée en faveur de Chatel qui, en étant bénéficiaire, ne peut la critiquer* ».

est recherchée¹⁶⁵⁷. La confusion terminologique n'implique pas une confusion des notions, comme en témoigne l'incise de la note de l'avocat général près la Cour de cassation, M. SCHMELCK : « Dans quelle mesure et à quelles conditions le comportement de la victime d'un dommage peut-il avoir pour effet de réduire son droit à réparation ? »¹⁶⁵⁸.

896 En tout cas, il est aujourd'hui certain que la notion de force majeure partielle n'est plus admise comme cause de réduction de la réparation. Soit la force majeure interrompt totalement la relation causale entre le dommage et le fait de rattachement, soit ne l'interrompt pas totalement et il ne s'agit alors pas d'un cas de force majeure, le responsable supportant la totalité de la charge du dommage en cas d'événement naturel ne présentant pas les caractères de la force majeure.

897 La faute de la victime qui présente les caractères de la force majeure exonère de toute responsabilité celui qui était poursuivi ; lorsqu'elle ne présente pas ces caractères, il n'y a pas force majeure partielle, mais réduction de la réparation à proportion de la part de responsabilité que la victime doit supporter.

B Le préjudice unique

898 Lorsque le préjudice n'a pas été causé en totalité par l'un ou l'autre de ceux dont la responsabilité est recherchée, il ne peut y avoir coresponsabilité. Plus précisément, lorsqu'il y a deux préjudices distincts rattachables à deux responsables distincts, il ne peut y avoir coresponsabilité¹⁶⁵⁹.

899 Nous avons déjà souligné que la pluralité de responsabilités peut également résulter de la réalisation des conditions de mise en œuvre de différents régimes de responsabilité : les coresponsables peuvent l'être à différents titres¹⁶⁶⁰. Ainsi, en reprenant notre exemple précédent, l'un des conducteurs est mineur, engageant ainsi la responsabilité de ses parents, l'autre est salarié et dans le cadre de ses fonctions, son commettant répondant civilement du dommage.

Les effets de la coresponsabilité et de la pluralité de régimes de responsabilité sont les mêmes dans un premier temps.

¹⁶⁵⁷ Même terminologie : Cass. civ. 1re, 31 janvier 1973, D. 1973, jurispr. p. 149-151, note R. SCHMELCK.

¹⁶⁵⁸ R. SCHMELCK, note précitée.

¹⁶⁵⁹ Ph. LE TOURNEAU & J. JULIEN, Solidarité, Enc. Dalloz, n°175-176. J. MESTRE, JCL de droit civil, articles 1197-1216, fasc. 30, l'obligation *in solidum*, n°26 et s.

¹⁶⁶⁰ Ph. LE TOURNEAU & J. JULIEN, ib., n°181.

§.2 LES EFFETS DE LA CORESPONSABILITÉ

900 Le principal effet de la coresponsabilité en droit français est de permettre à la victime d'agir solidairement contre les coresponsables (B). Une fois la victime indemnisée, celui qui a assumé la charge du dommage peut se retourner contre les coresponsables pour la part qu'ils ont eue dans la réalisation du dommage (C). À titre liminaire, nous exposerons cependant d'abord la question de la compétence territoriale en cas de pluralité de responsabilités (A). Le projet de réforme suisse formule différentes propositions sur ces points (D).

A La compétence territoriale en cas de pluralité de responsables

901 En droit français, est en principe territorialement compétente la juridiction dans le ressort de laquelle le défendeur à l'action a son domicile. En cas de pluralité de responsabilités, il y a pluralité de défendeurs à l'action en responsabilité civile. Dans ce cas, le demandeur saisit « à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux »¹⁶⁶¹. Par faveur pour la victime, elle peut également choisir de saisir « la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi »¹⁶⁶².

B La responsabilité solidaire des coauteurs

902 En droit suisse, nous avons vu la distinction entre la faute commune qui entraîne une solidarité parfaite (article 50 COS) et la faute conjointe (article 51) qui permet l'action récursoire des coresponsables mais sans les autres effets de la solidarité parfaite.

903 En droit français également, la coresponsabilité a pour effet d'entraîner la solidarité de l'obligation à réparation des coresponsables envers la victime. Les coresponsables ou les juges ne peuvent imposer à la victime de diviser ses poursuites : chacun des coresponsables doit la réparation intégrale du dommage. De façon générale, la solidarité « est une modalité qui fait obstacle à la division d'une obligation, en soi et par sa nature divisible : c'est le tout (solidum) qui est dû à chacun ou par chacun ; de là le nom de solidarité qui vise une obligation au tout. C'est la solidité de nos anciens auteurs, la corréalité des Romains »^{1663 1664}. La solidarité est dite passive lorsqu'elle permet de demander le tout à l'un des débiteurs, active lorsqu'elle permet à l'un

¹⁶⁶¹Article 42, CPC.

¹⁶⁶²Article 46, CPC.

¹⁶⁶³JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, op. cit. (p. 163), tome 2, p. 366, n°754.

¹⁶⁶⁴Il semble qu'il faille distinguer l'obligation corréale, obligation indivisible, de l'obligation solidaire, obligation au tout mais en vertu de liens obligatoires différents, cf. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 2005, p. 708, n°1256. En droit suisse, la distinction n'a guère de portée pratique : P. TERCIER, Précis de droit des obligations, op. cit. (p. 88), p. 293, n°1489.

des créanciers de demander le tout. Le mécanisme de la solidarité engage lourdement le codébiteur solidaire, aussi il n'existe que s'il a été expressément établi (1.). Dans ce cas, il produit certains effets entre les coresponsables (2.).

1. Source(s ?) de la solidarité

904 La solidarité est une règle exceptionnelle, tandis que le principe est celui de la division des obligations conjointes¹⁶⁶⁵. Ce caractère exceptionnel existait déjà en droit romain et est affirmé par les auteurs de l'Ancien droit¹⁶⁶⁶. Il a été également consacré par les rédacteurs du Code civil à l'article 1202 :

« La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ».

a La solidarité légale des coresponsables

905 De nombreux textes édictent des cas de solidarité passive. Nous présenterons brièvement ceux qui jouent en pratique le plus grand rôle en matière de responsabilité civile¹⁶⁶⁷. Ainsi, la loi prévoit expressément la responsabilité solidaire des père et mère exerçant l'autorité parentale pour le dommage causé par leur enfant¹⁶⁶⁸. Le Code de procédure pénale prévoit la solidarité des condamnés pour le même crime, le même délit ou la même contravention de 5e classe au regard des obligations de restitution et d'indemnisation dont ils sont tenus envers la victime¹⁶⁶⁹. Elle est attachée à toute condamnation commune des coauteurs et des complices sans qu'il soit nécessaire que le juge la prononce¹⁶⁷⁰. Elle s'étend aux civilement responsables tel le commettant¹⁶⁷¹.

b L'absence de principe légal général

906 En droit français, il n'existe cependant pas de texte qui pose un principe général de solidarité des coresponsables. Pendant longtemps, il n'y a pas eu de jurisprudence bien

¹⁶⁶⁵Pour une critique de cet état du droit et la proposition d'adopter le principe d'une obligation au tout en cas d'obligation conjointe, lire L. AYNÈS & A. HONTEBEYRIE, Pour une réforme du code civil en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire, D. 2006. 328.

¹⁶⁶⁶J. POTHIER, Traité des obligations, op. cit. (p. 73), n°265. Ph. DRAKIDES, Du principe en vertu duquel la solidarité ne se présume pas, Librairie du recueil Sirey, Paris, p. 7 à 13, n°8 à 14.

¹⁶⁶⁷Pour une présentation complète des cas de solidarité légale, lire Ph. LE TOURNEAU & J. JULIEN, Solidarité, op. cit. (p. 434), n°42 et s.

¹⁶⁶⁸Article 1384 alinéa 4 du Code civil ; Ph. LE TOURNEAU & J. JULIEN, Solidarité, ib., n°74-75.

¹⁶⁶⁹Code de procédure pénale, article 375-2 : « Les personnes condamnées pour un même crime sont tenues solidairement des restitutions et des dommages-intérêts », article 480-1 : « Les personnes condamnées pour un même délit sont tenues solidairement des restitutions et des dommages-intérêts », article 543 alinéa 2 : « ...les dispositions de l'article 480-1 ne sont applicables qu'aux condamnés pour contraventions de la 5e classe ».

¹⁶⁷⁰Cass. crim. 28 mai 1970, n°68-92054, Bull. n°174 : le prévenu est irrecevable à critiquer le fait que la Cour d'appel a omis de prononcer expressément la solidarité pour les réparations civiles.

¹⁶⁷¹M. REDON, Solidarité pénale, Enc. Dalloz de droit pénal et de procédure pénale, (février 2005), n°14.

fixée, tant sur les principes que sur la terminologie¹⁶⁷². L'étude de la jurisprudence montre que tant la doctrine de l'Ancien droit que la jurisprudence avaient admis une dette solidaire de responsabilité entre coresponsables¹⁶⁷³. La règle n'aurait pas été ajoutée sous l'article 1382 parce qu'elle aurait été considérée comme allant de soi¹⁶⁷⁴. En effet, POTHIER indique que en principe, la solidarité doit être stipulée, mais qu'il est des cas dans lesquels il n'est pas nécessaire que la solidarité ait été expressément prévue. Ainsi « *le troisième cas d'obligation solidaire [non expressément stipulée] est à l'égard de ceux qui ont concouru à un délit, ils sont tous obligés solidairement à la réparation* »¹⁶⁷⁵. La doctrine était divisée, voulant tantôt s'en tenir à la lettre du texte, tantôt disséquant cette même lettre pour en tirer toutes sortes de conclusions. DEMOLOMBE déjà expose l'argumentation consistant à distinguer la matière conventionnelle dans laquelle effectivement la solidarité doit avoir été expressément stipulée, de la matière légale où la solidarité n'a pas besoin d'être fondée sur une disposition expresse¹⁶⁷⁶. En sens contraire, et s'attachant à la lettre du texte, DEMOLOMBE estime que le texte de l'article 1202 indique que « *la solidarité légale ne se présume pas plus que la solidarité conventionnelle* »¹⁶⁷⁷. DRAKIDES indique également que même si cette partie du Code civil est consacrée à la matière contractuelle, nombre de dispositions ont cependant une portée générale, il n'y a par conséquent pas de raison de procéder différemment pour apprécier la portée de l'article 1202¹⁶⁷⁸.

La Cour de cassation a donc jugé qu'une cour d'appel ne pouvait se contenter de relever la faute commune, cause d'un préjudice unique pour retenir la solidarité entre les

¹⁶⁷²J. MESTRE, JCL de droit civil, articles 1197-1216, fasc. 30, l'obligation *in solidum*, n°4 et s.

¹⁶⁷³Lire sur ce point l'étude de F. CHABAS, Remarques sur l'obligation *in solidum*, RTDciv. 1967. 311, spéc. p. 314.

¹⁶⁷⁴Ph. DRAKIDES, Du principe en vertu duquel la solidarité ne se présume pas, op. cit. (p. 436), p. 16. Dans le même sens, références à l'appui, V. R. VALSANESCO, La solidarité au cas de faute commune, thèse, Paris, LGDJ, Paris, 1931, p. 29-31. C. E. DELVINCOURT, Cours de Code Napoléon, op. cit. (p. 81) indique effectivement que « *Immédiatement après l'article 1383, on avait ajouté, dans le projet du Code, deux articles, dont l'un portait que si, d'une maison habitée par plusieurs personnes, il avait été jeté quelque chose qui eût causé du dommage à autrui, tous ceux qui habitaient l'appartement d'où la chose avait été jetée, étaient solidairement responsables, à moins qu'ils ne fissent connaître celui qui avait causé le dommage ; auquel cas, ce dernier était seul tenu.* »

Et le second décidait que ceux qui n'habitaient la maison qu'en passant, n'étaient point tenus du dommage, à moins qu'il ne fût prouvé que c'était eux qui l'avaient causé ; mais que celui qui les logeait en était tenu.

Ces deux articles ont été supprimés, par la raison, a-t-on dit, qu'ils n'étaient que des exemples du principe posé dans l'article 1382. Cependant, dans ce dernier article, il n'est point question de la solidarité. Que devrait-on décider à cet égard ? Je pense que les dispositions de ces articles devraient être suivies, même quant à la solidarité ».

¹⁶⁷⁵J. POTHIER, Traité des obligations, op. cit. (p. 73), n°268.

¹⁶⁷⁶DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, op. cit. (p. 415), tome 26, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, tome III, Imprimerie générale, Paris, p. 192, n°251 : cette argumentation est attribuée par l'auteur à AUBRY & RAU (ZACHARIÆ, tome III, p. 17, note 29) : « *Le premier alinéa de l'article 1202, qui s'occupe de la solidarité conventionnelle, exige bien qu'elle soit expressément stipulée ; mais il en est autrement du second alinéa du même article, qui, en parlant de la solidarité légale, l'admet dans tous les cas où elle résulte d'une disposition de la loi, sans exiger que la disposition soit expresse* ».

¹⁶⁷⁷Ibidem, p. 193.

¹⁶⁷⁸Ph. DRAKIDES, thèse précitée, p. 23.

coauteurs¹⁶⁷⁹. Pour pallier la lacune de la loi, la jurisprudence a parfois admis la solidarité en l'absence de texte¹⁶⁸⁰. Cette solution est parfois fondée sur l'idée que le principe selon lequel la solidarité ne se présume pas ne vaut qu'en matière contractuelle¹⁶⁸¹, parfois sur l'idée que l'impossibilité de déterminer la part de responsabilité de chacun conduit nécessairement à une condamnation solidaire, les responsables étant ensuite les mieux placés pour se répartir la charge du dommage¹⁶⁸². Mais finalement, la jurisprudence a préféré affirmer que les coresponsables du dommage sont tenus d'une obligation *in solidum*¹⁶⁸³.

L'admission de cette solution n'ira pas sans heurt, une partie de la jurisprudence persistant à refuser d'admettre la solidarité même imparfaite, en l'absence de texte¹⁶⁸⁴. Pour justifier la condamnation solidaire des coresponsables, la jurisprudence et la doctrine recourront parfois aussi à la distinction entre solidarité parfaite, à laquelle s'applique l'article 1202, et la solidarité imparfaite, qui n'a pas besoin d'être prévue par une disposition légale expresse. La doctrine a critiqué cette distinction car il n'y a pas lieu de distinguer deux notions là où le législateur n'en a prévu qu'une seule¹⁶⁸⁵. Le terme de solidarité imparfaite a été parfois employé par la jurisprudence¹⁶⁸⁶, mais actuellement il est remplacé par celui d'obligation *in solidum* : cette obligation ne produit pas tous les effets de l'obligation solidaire mais permet à la victime d'agir pour l'entier dommage contre l'un ou l'autre des coresponsables du dommage. Cette obligation *in solidum* n'est pas réellement une pure création prétorienne¹⁶⁸⁷ car elle

¹⁶⁷⁹Cass. civ. 1re, 14 décembre 1964, n°63-11142,

¹⁶⁸⁰A *contrario*, l'arrêt semble admettre la solidarité en cas de faute commune : Cass. civ. 3e, 30 novembre 1971, n°70-12353.

¹⁶⁸¹Cour d'Aix, 14 mai 1825, S. 1827. I. 236. Parmi d'autres, Cass. civ. 29 février 1836, Trésor public c/ Schumann et Langlumé, D. 1835. I. 131 : « Attendu 3° que l'art. 1202 c. civ., qui statue que la solidarité ne se présume pas, qu'il faut qu'elle soit expressément STIPULÉE, indique manifestement, par cette dernière expression, que la règle posée par l'art. 1202 ne gouverne que la solidarité conventionnelle ; — Qu'elle ne saurait donc s'appliquer aux cas des délits et quasi-délits, lesquels constituent des engagements qui, suivant la définition du code lui-même, se forment sans convention ».

¹⁶⁸²Cass., 11 juillet 1826, S. 1827. II. 1827, sur appel de l'arrêt de la Cour d'Aix précité. Cass. civ., 11 juillet 1892, S. 1892. I.

¹⁶⁸³Cass. civ. 4 décembre 1939, Boghos Nouroglou, DP. 1941. I. 124, note G. HOLLEAUX : sous le visa de l'article 1382, figure l'attendu de principe selon lequel « Attendu que chacun des coauteurs d'un même dommage, conséquences de leurs fautes respectives, doit être condamné *in solidum* à la réparation de l'entier dommage, chacune de ces fautes ayant concouru à le causer tout entier sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilité auquel les juges du fond ont procédé entre les coauteurs, et qu'il n'affecte que les rapports réciproques de ces derniers mais non le caractère et l'étendue de leur obligation au regard de la partie lésée », en conséquence, cassation de l'arrêt qui ne les condamne qu'à payer leur part chacun.

¹⁶⁸⁴Cass. civ. 2e, 23 juin 1971 n°70-10877.

¹⁶⁸⁵JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, op. cit. (p. 163), t. 2 n°771.

¹⁶⁸⁶Cass. civ. 3e, 22 mars 1968, n°66-12162, Cass. civ. 3e, 10 mai 1968, n°66-13603, Cass. civ. 3e, 17 juillet 1968, n°64-14264, Civ. 3e, 7 mars 1969, n°67-11907, Cass. civ. 2e, 19 mai 1969, n°66-12674, Cass. civ. 3e, 30 mai 1969, n°67-10393, Cass. civ. 1re, 6 janvier 1982, n°80-13823.

¹⁶⁸⁷La jurisprudence du 19e siècle admet la solidarité des coauteurs du dommage, mais sans user du terme d'obligation *in solidum* (Cass. civ. 11 juillet 1892 précité), en revanche la doctrine l'employait déjà (par ex. LEVILLAIN, note précitée). La doctrine emploie également le terme de « solidarité judiciaire », v. par ex. C. BEUDANT, cours de droit civil français, p. 636.

s'appuie sur une tradition qui remonte à l'Ancien Droit et qui était tellement bien établie qu'elle n'appelait pas de commentaire particulier¹⁶⁸⁸, raison pour laquelle on aurait omis de la consacrer dans le Code civil. Il apparaît en effet dans les travaux préparatoires du Code civil, un article qui aurait dû se placer après l'article 1382 et qui aurait prévu que : « *Si d'une maison habitée par plusieurs personnes, il est jeté sur un passant, de l'eau ou quelque chose qui cause un dommage, ceux qui habitent l'appartement d'où on l'a jetée, sont tous solidairement responsables, à moins que celui qui a jeté ne soit connu, auquel cas il doit seul la réparation* ». Ce texte était complété par un autre article qui précisait que « *Les hôtes qui n'habitent qu'en passant dans la maison d'où la chose a été jetée, ne sont point tenus du dommage, à moins qu'il ne soit prouvé que ce sont eux qui ont jeté ; mais celui qui les loge en est tenu* »¹⁶⁸⁹. Ces textes prévoyaient donc à la fois la responsabilité solidaire des habitants de la maison, et la garantie du logeur pour les dommages causés par ses hôtes. La lecture de MERLIN permet de comprendre que l'origine de ce texte est à rechercher dans le droit romain et qu'elle était encore admise comme règle de droit positif même après l'entrée en vigueur du Code civil bien qu'elle n'y soit pas exprimée¹⁶⁹⁰.

Le terme d'obligation *in solidum* employé sous l'Ancien régime, s'est effacé devant la vigoureuse solidarité du Code civil, pour connaître de nouveau les faveurs de la jurisprudence à partir des années trente¹⁶⁹¹.

Aujourd'hui, en droit français, les termes d'obligation *in solidum* et de solidarité sont assez fréquemment employés indifféremment par les juges du fond. Si par le passé, la Cour de cassation sanctionnait toute confusion terminologique entre, aujourd'hui l'emploi d'un terme pour l'autre n'est plus de nature à ouvrir la voie de la cassation¹⁶⁹².

907 Le droit suisse distingue également solidarité parfaite et solidarité imparfaite, mais cela ne résulte pas de la lettre des textes. Comme en droit français, la solidarité passive ne se présume pas et résulte soit du contrat soit de la loi¹⁶⁹³.

908 En droit suisse comme en droit français, cette distinction existe encore de nos

¹⁶⁸⁸F. CHABAS, Remarques sur l'obligation *in solidum*, op. cit. (p. 437), spéc. p. 314.

¹⁶⁸⁹LOCRE, La législation civile, op. cit. (p. 24), vol. 13, p. 15-16.

¹⁶⁹⁰P.-A. MERLIN (dir.), Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, op. cit. (p. 81), tome 3, Dommages-intérêts : « *Si l'on jette d'une maison, dont les appartements sont habités par différentes personnes, quelque ordures, ou même de l'eau sur un passant, c'est à ceux qui habitent l'appartement d'où l'on a jeté, à réparer solidairement le Dommage, à moins que l'on ne connaisse celui qui l'a causé, auquel cas il en est seul tenu. [[V. le Digeste titre de His qui effuderint vel ejecerint.]]* ».

¹⁶⁹¹J. VINCENT, l'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, RTDciv. 1939, p. 601 et s.

¹⁶⁹²Voir par ex. Cass. N°06-21475.

¹⁶⁹³Article 143 du COS : « *1 Il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout.*

2 *À défaut d'une semblable déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi* ».

jours, même si elle n'a pas été consacrée par le législateur. La doctrine classique et la jurisprudence suisses estiment que la coresponsabilité entraîne une solidarité parfaite lorsqu'une disposition légale le prévoit expressément. À défaut, la coresponsabilité n'entraîne qu'une solidarité imparfaite.

2. Les effets de la solidarité entre coresponsables

909 La solidarité, parfaite ou imparfaite, produit ses effets en deux temps. En premier lieu, elle produit une obligation à la totalité de la dette de chaque coresponsable envers la victime. Ensuite, le codébiteur ayant désintéressé la victime doit diviser ses recours contre ses coresponsables et donc demander au juge de procéder à une répartition de la charge du dommage.

Le fait que le codébiteur actionné ne puisse ultérieurement exercer une action récursoire n'est pas de nature à interdire au juge de prononcer une condamnation *in solidum* à son encontre¹⁶⁹⁴. Le codébiteur *solvens* supporte donc le risque de l'insolvabilité de son codébiteur. L'obligation au tout résulte tant de la solidarité parfaite que de l'obligation *in solidum* entre coresponsables.

a Obligation au tout

910 Le coresponsable actionné par la victime ne peut lui imposer de diviser ses poursuites¹⁶⁹⁵, c'est-à-dire ne payer que sa part dans le dommage : il doit payer le tout conformément à l'article 1203 du Code civil¹⁶⁹⁶. Le paiement de l'entière dette libère tous les codébiteurs.

L'article 109 du CPC lui permet seulement de demander au juge d'attirer les autres codébiteurs en la cause, demande qui ne lie pas le juge¹⁶⁹⁷. Cette possibilité permet au codébiteur de ne pas ensuite devoir exercer une multitude d'actions récursoires contre les autres codébiteurs, le quantum de leur part de responsabilité pouvant être fixé directement lors de cette instance.

¹⁶⁹⁴Cass. civ. 1re, 28 juin 2007, n°05-20527.

¹⁶⁹⁵Le Code civil autrichien du début du 20e siècle (article 1302) connaissait déjà la notion de faute commune conçue comme une conspiration malintentionnée, engendrant la responsabilité solidaire des coresponsables, avec l'interdiction pour ceux-ci d'opposer à la victime la preuve de la part effective de chacun dans la réalisation du dommage même s'il était possible de distinguer les fautes causes de préjudices distincts. L'obligation au tout était alors conçue comme une sanction.

¹⁶⁹⁶Cass. civ. 1re, 22 avril 1992, n°90-14598 : censure de la cour d'appel qui procède à un partage de responsabilité et répartit la charge du dommage par moitié entre eux : « *chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilité auquel il est procédé entre eux et qui n'affecte par l'étendue de leurs obligations envers la partie lésée* ».

¹⁶⁹⁷Cass. civ. 1re, 22 avril 1976, Bull. n°136.

Tant que la victime n'a pas été totalement désintéressée, elle a un intérêt à agir contre les coresponsables de celui qui lui a offert un paiement partiel¹⁶⁹⁸.

911 L'obligation solidaire et l'obligation *in solidum* sont constituées par une pluralité d'obligations indépendantes nées de sources éventuellement différentes et donnant lieu à des liens obligatoires différents mais tendant au même objet, le paiement du créancier et, en matière de responsabilité civile, à l'indemnisation de la victime¹⁶⁹⁹. L'obligation *in solidum* suppose « des dettes distinctes mais identiques et la possibilité pour le créancier d'exiger son entière satisfaction par l'un quelconque des obligés »¹⁷⁰⁰. La meilleure preuve en est que l'assureur du responsable est condamné *in solidum* avec son assuré alors que leurs obligations envers la victime n'ont pas la même source, le contrat pour l'un et le délit pour l'autre^{1701 1702}.

912 Cette conception a pour conséquence que l'événement qui affecte l'obligation de l'un des codébiteurs n'affecte pas obligatoirement l'obligation au tout de l'ensemble des coresponsables. Ainsi, lorsque la victime transige à l'égard de l'un des codébiteurs, la transaction ne peut être invoquée par les autres que si elle a porté sur l'obligation au tout, et non seulement sur l'obligation du codébiteur.

913 En droit suisse, c'est la solidarité parfaite elle-même qui engendre entre le créancier et les codébiteurs solidaires une pluralité de liens d'obligation portant sur la même dette.

Dans la mesure où les codébiteurs *in solidum* sont tenus d'obligations différentes mais ayant pour objet de désintéresser le même créancier, peuvent-ils exercer une action récursoire comme les codébiteurs solidaires ? La solidarité parfaite produit certains effets, parfois également attachés à l'obligation *in solidum*.

b Les autres conséquences de la coresponsabilité

(1) Solidarité parfaite

914 La solidarité parfaite est celle qui résulte d'un texte et produit tous les effets

¹⁶⁹⁸Cass. civ. 1re, 20 juin 2000, n°97-22660.

¹⁶⁹⁹MALAUURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, Les obligations, p. 719, n°1275. TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, Les obligations, 1995, n°1167, p. 936-937, J. MESTRE, JCL de droit civil, articles 1197-1216, fasc. 30, l'obligation *in solidum*, n°11 et s. F. CHABAS, Remarques sur l'obligation *in solidum*, op. cit. (p. 437), spéc. p. 317. J. VINCENT, l'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, op. cit. (p. 439), spéc. p. 667-668.

¹⁷⁰⁰J. MESTRE, Le rappel des conditions de l'obligation *in solidum*, RTDciv. 1991. 528, commentaire de Cass. com. 8 janvier 1991, n°89-15439 : cassation de l'arrêt qui retient une obligation *in solidum* à la charge de deux débiteurs de deux dettes différentes.

¹⁷⁰¹Un exemple parmi d'autres : Cass. civ. 1re, 9 juillet 1996, n°93-20412 et 93-19160 : condamnation *in solidum* du Centre de transfusion sanguine et de son assureur.

¹⁷⁰²De même, la chose jugée à l'égard de l'un des codébiteurs est opposable aux autres, Cass. civ. 12 juillet 2004, n°03-10547 : la cassation d'un arrêt prononçant une condamnation solidaire profite à tous les codébiteurs solidaires.

prévus par les articles 143 et s. du COS ou les articles 1200 et s. du CCF. Ainsi, la solidarité parfaite entre coresponsable a pour effet de leur rendre commune l'interruption de la prescription résultant d'un acte d'un seul des codébiteurs solidaires¹⁷⁰³.

En droit suisse, la solidarité imparfaite permet au codébiteur responsable d'opposer à la victime un motif personnel de réduction des dommages-intérêts.

En droit français, la Cour de cassation indique que « dans le cas de concours de responsabilités, chacun des responsables d'un dommage, ayant concouru à le causer en entier, doit être condamné, envers la victime, à en assurer l'entière réparation, sans qu'il y ait lieu d'envisager l'éventualité d'un recours à l'égard d'un autre coauteur »¹⁷⁰⁴.

(2) L'obligation *in solidum* des coresponsables

915 Aujourd'hui, en droit français, les termes d'obligation *in solidum* et de solidarité sont assez fréquemment employés indifféremment par les juges du fond. Cette imprécision terminologique n'est pas de nature à ouvrir la voie de la cassation¹⁷⁰⁵. La différence entre l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum* est que cette dernière n'engendre pas les effets secondaires de la solidarité. Ainsi, la chose jugée à l'égard de l'un des coresponsables débiteur de l'obligation *in solidum* n'a pas d'effet à l'égard des autres. La poursuite contre l'un n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres. L'appel interjeté par l'un ne bénéficie pas aux autres codébiteurs solidaires¹⁷⁰⁶.

916 Le corollaire de l'obligation au tout est la division après paiement entre tous les codébiteurs : le coresponsable qui a payé plus que la part de responsabilité qui lui revient à titre définitif peut recourir contre les autres, qu'il s'agisse d'une obligation solidaire ou *in solidum*. Ce corollaire est apparu si nécessaire qu'un temps la jurisprudence a refusé la condamnation *in solidum* du seul responsable recherché par la victime lorsque les circonstances faisaient apparaître l'impossibilité d'exercer l'action récursoire¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰³Article 136 al. 1 COS, article 1206 CCF : Cass. civ. 1re, 21 mai 1990 Bull n°120 : en l'espèce, la reconnaissance du débiteur solidaire n'ayant pas été faite dans la forme requise pour interrompre la prescription, celle-ci n'est pas interrompue, ni contre le débiteur, ni contre ses codébiteurs.

¹⁷⁰⁴Cass. civ. 2e, 17 mars 1971.

¹⁷⁰⁵Voir par ex. Cass. civ. 1re, 30 octobre 2007, n°06-21475.

¹⁷⁰⁶Cass. civ. 1re, 6 janvier 1982, n°80-13823. Toutefois, la jurisprudence n'a pas été en ce sens, J. VINCENT, l'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, op. cit. (p. 439), spéc. p. 658, n°44, note de bas de page n°1 : l'auteur relève les contradictions de la jurisprudence.

¹⁷⁰⁷Cass. civ. 2e, 9 mars 1962, D. 1962, p. 625-627, note SAVATIER. En réalité, deux problèmes devaient être conjugués. D'une part, la victime était transportée à titre gratuit en automobile, et la jurisprudence n'admettait pas alors qu'elle agisse sur le fondement de l'article 1384 alinéa premier contre son conducteur. Elle n'avait donc d'action que contre l'autre conducteur sur le fondement de l'article 1384 al. 1er. Mais celui-ci n'était pas fautif. La Cour suprême censure donc les juges du fond qui ont condamné ce conducteur *in solidum* avec celui de la demoiselle, « privant ainsi le codébiteur ... de tout recours subrogatoire ». On pourrait aujourd'hui analyser la solution de l'arrêt comme une réduction du droit à réparation en raison du fait que la victime avait tiré bénéfice de l'activité cause du

Cette solution a depuis été abandonnée.

C La répartition de la dette entre co-obligés

917 Celui qui a indemnisé la victime pour le tout va se retourner contre ses codébiteurs. La question de savoir sur quel fondement le codébiteur solidaire qui a payé l'intégralité de la dette d'indemnisation peut agir contre ses codébiteurs n'a pas fini d'être discutée tant en doctrine qu'en jurisprudence. En effet, aucun texte ne prévoit ce recours. Par conséquent, la doctrine et la jurisprudence ont cherché à le rattacher à un mécanisme général du droit des obligations, solidarité ou subrogation.

918 Pendant longtemps, la question a été de savoir quelle était l'action dont il disposait. Il faut également déterminer le mode de calcul de la répartition de la dette. Les coobligés exerçant l'action récursoire peuvent être des coauteurs ou des coresponsables. Les coauteurs seront responsables de leur fait, les coresponsables le seront à des titres divers.

1. Les actions

919 Le coresponsable *solvens* peut se retourner contre les autres pour se faire payer l'équivalent de leur part de responsabilité dans le dommage subi par la victime. Les deux actions ne produisent pas les mêmes effets, et n'ont pas occupé la même place dans le système juridique au cours du temps.

a L'action subrogatoire

920 La subrogation permet au codébiteur *solvens* d'exercer les droits de la victime indemnisée. Toutefois, l'admission de l'action en contribution du coresponsable *solvens* subrogé dans les droits de la victime est curieuse d'un point de vue théorique : la jurisprudence fonde en effet l'obligation *in solidum* sur le fait que chaque coauteur est censé avoir causé l'entier dommage.

921 POTHIER indique¹⁷⁰⁸ que « le débiteur solidaire qui paye le total (...) a le droit de se faire céder les actions du créancier (...) contre les codébiteurs... Le créancier ne peut refuser cette subrogation ou cession de ses actions au débiteur solidaire qui paye le total, lorsqu'il la lui demande »¹⁷⁰⁹. Le créancier ne peut refuser, et même s'il refuse la subrogation car « le débiteur [*solvens*] selon nos usages ne laisse pas de jouir de cette subrogation, sans être obligé de poursuivre le créancier pour le contraindre à la lui accorder ; la loi supplée en ce cas à ce que le créancier aurait dû faire, & subroge elle-même le débiteur qui a requis la

dommage et qu'il n'était donc pas équitable de faire peser la totalité de la réparation sur l'un seulement des conducteurs ; le préjudice aurait dû être partagé en trois.

¹⁷⁰⁸J. POTHIER, Traité des obligations, op. cit. (p. 73), n°280, p. 268 et s.

¹⁷⁰⁹Ib.

subrogation »¹⁷¹⁰. Comme l'analyse est fondée sur une cession de créance, le débiteur qui a payé sans demander la subrogation ne peut ensuite l'invoquer car son paiement a éteint la créance et que celle-ci ne peut donc plus faire l'objet d'une transmission. DOMAT renvoie à l'analyse de DUMOULIN qui explique que la subrogation doit être présumée avoir été implicitement demandée. Cependant cette analyse a été écartée parce que la subrogation légale ne peut résulter que d'un texte exprès.

922 En droit suisse, la subrogation du codébiteur *solvens* ne joue qu'en cas de solidarité parfaite (article 149 al. 1 COS), et même dans ce cas, le subrogé ne bénéficie plus de la solidarité des codébiteurs. Il doit donc diviser ses recours¹⁷¹¹.

Lorsque l'action subrogatoire n'est pas possible, la jurisprudence a pu admettre que le codébiteur *solvens* avait une action personnelle contre ses codébiteurs.

b L'action personnelle

923 POTHIER indique qu'à côté de l'action subrogatoire, le codébiteur *solvens* « a de son chef, contre chacun de ses codébiteurs, une action pour répéter la part dont chacun desdits codébiteurs est tenu de la dette »¹⁷¹². Le droit romain distinguait selon que la solidarité résultait d'un contrat, le débiteur ayant une action, ou selon que le paiement résultait d'une dette solidaire de « réparation civile d'un délit », pour laquelle il n'y avait pas d'action¹⁷¹³. Mais « Notre pratique Française plus indulgente accorde en ce cas une action à celui qui a payé le total, contre chacun de ses codébiteurs, pour répéter de lui sa part ; ...cette action ne naît pas du délit qu'ils ont commis ensemble, elle naît du paiement qu'il a fait d'une dette qui lui était commune avec ses codébiteurs, & de l'équité qui ne permet pas que ses codébiteurs profitent à ses dépens, de la libération d'une dette dont ils étaient tenus comme lui ».

924 L'article 1213 du code civil français dispose que « L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion ». La jurisprudence ayant de plus en plus largement admis l'action subrogatoire, les occasions dans lesquelles une action personnelle aurait pu être nécessaire se sont réduites. Il semble que l'action personnelle ne soit ouverte que lorsque l'action subrogatoire est fermée de façon inopinée, c'est-à-dire que le *solvens* aurait normalement dû pouvoir agir sur le fondement de la subrogation mais que ce n'est plus possible, par exemple parce que la victime a renoncé à son action contre le responsable. Or le subrogé ne peut être titulaire de plus de droit que n'en avait le subrogeant.

¹⁷¹⁰Ib.

¹⁷¹¹Article 148 COS alinéa 1er : « Si le contraire ne résulte de leurs obligations, chacun des débiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier ».

¹⁷¹²J. POTHIER, Traité des obligations, op. cit. (p. 73), p. 272, n°281.

¹⁷¹³Ib., p. 318.

Il semble en revanche que lorsque l'action subrogatoire n'est plus recevable parce que la créance de la victime est prescrite, la jurisprudence n'admette pas l'action personnelle.

Comme le relève un auteur, « l'obligation *in solidum*, modalité de faveur pour la victime, ne saurait se retourner définitivement contre le solvens en le privant éventuellement de tout recours contre son coobligé »¹⁷¹⁴.

2. Les règles de répartition

925 En matière de subrogation, la question a été posée de savoir si le codébiteur solvens bénéficiait lui aussi de la solidarité, déduction faite de sa part de dette, ou bien s'il devait diviser ses poursuites. La réponse apportée par la jurisprudence est qu'il faut diviser les poursuites, solution fondée sur la volonté d'éviter la succession d'actions qui en découlerait.

926 L'insolvabilité de l'un des codébiteurs solidaire est répartie également entre tous les codébiteurs. POTHIER le justifie par l'équité¹⁷¹⁵. Toutefois, l'équité peut commander une autre méthode. Ainsi, dans l'affaire du Distilbène, les juridictions américaines ont-elles procédé à une répartition par part de marché¹⁷¹⁶.

927 En revanche, la jurisprudence française semble retenir le partage par part virile. Ainsi, dans une affaire de concours de responsabilité pour faute (du conducteur, cause de l'accident automobile) et de la responsabilité contractuelle pour violation d'une obligation de sécurité de résultat, la Cour de cassation adopte une répartition par moitié¹⁷¹⁷.

928 En principe, la jurisprudence ne se base pas sur le rôle plus ou moins causal des actes des coresponsables mais sur la gravité de leur faute respective. La Cour de cassation a ainsi affirmé que « l'action récursoire d'un coobligé fautif contre le conducteur impliqué dans un accident de la circulation ne peut s'exercer que dans les conditions prévues par les articles 1382 et 1251 du Code civil ; que la contribution à la dette a lieu en proportion des fautes respectives »¹⁷¹⁸.

929 En droit suisse, lorsque la coresponsabilité résulte d'une faute commune, l'action récursoire est prévue par l'article 50 alinéa 2 du COS : le juge procède à la répartition en tenant compte de toutes les circonstances, notamment la gravité des fautes¹⁷¹⁹. Lorsque la coresponsabilité résulte de causes différentes, l'article 51 alinéa 2 prévoit que « le dommage est,

¹⁷¹⁴Chr. LARROUMET, note sous Cass. civ. 1re, 7 juin 1977, D. 1978, p. 289-290.

¹⁷¹⁵Ibidem, p. 313: « l'équité ne permet pas qu'ayant acquitté seul la dette commune, je porte seul cette insolvabilité ».

¹⁷¹⁶Y. LAMBERT-FAIVRE, L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, op. cit. (p. 13), exemple donné par l'auteur p. 12.

¹⁷¹⁷Cass. civ. 1re, 5 juillet 2006, n°05-15235.

¹⁷¹⁸Cass. civ. 2e, 6 mars 2003, n°01-12652.

¹⁷¹⁹« Le juge appréciera s'ils [les coauteurs] ont un droit de recours les uns contre les autres et déterminera, le cas échéant, l'étendue de ce recours ».

dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi ». Ce texte présente d'abord l'intérêt d'avoir prévu un ordre des recours, mais il met également en lumière la nécessité de prévoir une règle de répartition en cas de pluralité de régimes de responsabilité.

930 La question de la répartition de la charge du dommage entre coresponsable peut en effet présenter deux aspects. Dans le premier cas, il s'agit d'une question factuelle, les coresponsables parviennent à établir la réalité de la part de responsabilité de chacun en fonction des fautes et de leur gravité respective. Dans le second cas, il s'agit d'établir une priorité entre régimes de responsabilité. Il peut arriver que des coresponsables soient engagés sur le fondement de régimes de responsabilité différents. Ainsi, a un recours contre le responsable délictuel de l'accident de circulation, le centre de transfusion sanguine qui voit sa responsabilité contractuelle pour violation d'une obligation de sécurité de résultat, engagée à raison de la contamination de l'accidenté transfusé¹⁷²⁰.

931 La répartition de la part de responsabilité en cas de cumul de régimes de responsabilité pose alors à la fois une question de fait, et une question de droit dans la mesure où on pourrait soutenir qu'il existe une hiérarchie entre les régimes de responsabilité. D'ailleurs, l'article 51 al. 2 COS établit expressément une telle hiérarchie en faisant primer la responsabilité pour faute prouvée sur la responsabilité contractuelle, et en troisième position seulement la responsabilité de celui qui répond du dommage en vertu de la loi¹⁷²¹. La jurisprudence française n'établit pas toujours une telle hiérarchie : la Cour de cassation a en effet jugé qu'en cas de concours de responsabilité pour faute et pour violation d'une obligation contractuelle de sécurité de résultat, la répartition devait s'effectuer par parts égales entre les coresponsables¹⁷²².

932 Par la suite, en cas de concurrence de la faute simple de la victime et de la violation d'une obligation de sécurité de résultat, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 20 octobre 2005 que « *l'EFS, soumis à une obligation de résultat, ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité, à l'égard de la victime, que par la preuve d'un cas de force majeure* », la

¹⁷²⁰Cass. civ. 1re, 5 juillet 2006, n°05-15235, Cass. civ. 2e, 6 mars 2003, n°01-12652, Cass. civ. 1re, 2 juillet 2002, n°00-15848 et 00-16126.

¹⁷²¹F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1590 et s., p. 401 et s. Cette dernière catégorie vise, selon la doctrine, les responsabilités objectives.

¹⁷²²Cass. civ. 1re, 5 juillet 2006, n°05-15235. Dans son rapport, D. DUVAL-ARNOULD relève bien qu'il s'agit d'un concours entre deux régimes de responsabilité différents et qu'il était envisageable de laisser peser la totalité de la charge du dommage sur le seul responsable fautif, mais que compte tenu de la violation de l'obligation de sécurité de résultat, le partage s'imposait.

faute de la victime cause de l'accident ne devant pas permettre au débiteur d'une obligation de sécurité de résultat d'obtenir un partage de responsabilité¹⁷²³. La Cour de cassation fait alors primer l'intensité du risque assumé par le débiteur pour écarter la faute de la victime.

933 Ces exemples montrent qu'il est délicat d'établir une règle générale fixant l'ordre des recours car le juge, en présence de différents régimes de responsabilité, devra apprécier la portée de chacun en fonction des circonstances. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a admis que le juge pouvait déroger à la règle fixant l'ordre des recours « pour des motifs d'équité... lorsque les circonstances le justifient »¹⁷²⁴.

934 La proposition du projet de réforme figure à l'article 53c :

« Entre personnes coresponsables, la réparation sera répartie en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui sont imputables à chacune d'elles.

La personne qui aura réparé le dommage au-delà de sa part, a un droit de recours contre les autres coresponsables ; à cet effet, elle est subrogée aux droits de la personne lésée ».

935 Le principe de l'action récursoire doit être posé par la loi (cf. supra), et il convient de préciser que l'étendue du recours sera fixé par le juge en considération des circonstances de l'espèce, telles la gravité de la faute, l'intensité du risque et l'équité.

936 La référence à l'intensité du risque est explicitée par l'observation des auteurs du projet de réforme qu'« il est aberrant de privilégier les personnes qui répondent objectivement du risque que fait courir à autrui telle activité spécifiquement dangereuse et de transférer systématiquement sur le responsable aquilien la charge finale de la réparation »¹⁷²⁵. En outre, il faut considérer que celui qui exerce une activité spécifiquement dangereuse est normalement obligé à s'assurer pour le risque qui en découle, tandis que le responsable fautif ne le sera pas forcément. Enfin, cette règle de répartition marque la volonté de placer les deux chefs d'imputation que sont la faute et le risque sur le même pied.

937 A défaut de parvenir à une répartition à proportion du rôle joué par chaque

¹⁷²³Cass. civ. 2e, 20 octobre 2005, n°03-19420.

¹⁷²⁴ATF 115 II 24, p. 28 cons. 3 : le TF se réfère à un arrêt non publié du 5 mai 1987, Michaud c/ confédération suisse, cons. 6, mais en l'espèce, il estime qu'il n'y a aucune raison de s'écarter de l'ordre des recours prévu par l'article 51 COS. Dans le même sens, s'agissant de recours ne relevant pas de l'article 51 COS car soumis à l'article 60 al. 2 1re, phrase de la LCR, le Tribunal fédéral cherche cependant à dégager une règle définissant l'ordre des recours et rappelle que « il faut se garder de tout schématisme et résister à la tentation de définir in abstracto des critères de répartition qui imposeraient une rigidité que le législateur n'a pas prévue... Les causes de responsabilité à prendre en considération dans un cas concret peuvent justifier de faire abstraction, lorsqu'elle est applicable de la directive de l'article 51 al. 2 CO et de répartir les responsabilités en fonction de l'importance que revêtent, par rapport à l'accident qui s'est produit, les facteurs dont répondent les responsables en présence... Le juge doit donc pondérer toutes les circonstances, en particulier les risques et les fautes additionnelles » : ATF 116 II 645, spéc. p. 648, cons. 3b.

¹⁷²⁵REAP p. 172.

coresponsable, le partage entre les coresponsables s'effectue selon le droit commun des règles de la solidarité¹⁷²⁶, à savoir par parts égales¹⁷²⁷.

938 La répartition entre codébiteurs se fait par parts égales en principe. Ainsi POTHIER indique « *chacun est débiteur pour la part qu'il a eue au délit* » mais procède ensuite à une division égale entre tous les coresponsables¹⁷²⁸. Toutefois, lorsqu'il est possible de déterminer la part de responsabilité de chacun des coresponsables, chacun n'est tenu que de sa part réelle¹⁷²⁹.

D Le projet de réforme suisse

939 Par souci de clarté et de lisibilité du droit, il faut codifier les règles. Le projet de réforme suisse a sur ce point moins valeur de changement car les rédacteurs du Code suisse des obligations avaient déjà eu l'occasion de tirer les leçons des enseignements de la doctrine et de la jurisprudence françaises. Toutefois, le projet de réforme suisse propose de poser le principe de la compétence territoriale du tribunal dans le ressort duquel a eu lieu le fait dommageable, y compris pour l'exercice de l'action récursoire¹⁷³⁰. La loi sur les fors civils et le projet de code de procédure civile suisse règlent cependant les actions découlant d'un acte illicite, au nombre desquelles se range l'action récursoire (1.). Le projet de réforme suisse propose la généralisation de la solidarité parfaite (2.), ce qui entraînerait la disparition de l'obligation *in solidum* (3.). Cette solution est-elle transposable en droit français (4.) ?

1. La compétence territoriale en cas de pluralité de responsables

940 Le droit suisse ne connaissait pas de norme fédérale déterminant la compétence territoriale en cas de responsabilité, *a fortiori* en cas de pluralité de responsables, ces questions étant à l'époque réglées par les lois cantonales de procédure civile. Le projet de réforme suisse a proposé de fixer un critère unique de compétence en retenant le lieu du fait dommageable (article 56 AP), un texte visant expressément le cas de l'action dirigée contre une pluralité de responsables. L'article 56a AP dispose que « *Lorsque plusieurs personnes peuvent être recherchées et que les prétentions sont essentiellement basées sur les mêmes faits, l'action peut être intentée contre toutes devant le même tribunal compétent ; le tribunal saisi le premier aura la compétence exclusive* ». Le tribunal compétent

¹⁷²⁶ Article 1213 du Code civil et article 148 COS.

¹⁷²⁷ Ainsi, en cas de concours de responsabilités objectives (animal et automobile), la répartition se fait par parts égales : Cass. civ. 2e, 13 juillet 2000, n°98-21530.

¹⁷²⁸ J. POTHIER, Traité des obligations, op. cit. (p. 73), p. 274-275, n°264.

¹⁷²⁹ Cass. civ. 11 juillet 1892, Geest et Cie d'assurances générales maritimes c/ Powley, Thomas, et Cie S.1892.I.213.

¹⁷³⁰ Article 56 AP.

est alors celui du lieu du fait dommageable, conformément à l'article 56 AP, ou celui désigné par une loi spéciale. Les auteurs du rapport explicatif rattachent cette proposition à la notion de « *for de connexité* » existant en droit international privé et qui vise à éviter la multiplication des procédures devant différentes juridictions.

941 L'entrée en vigueur de la loi sur les fors civils le 1er janvier 2001 rend caducs les développements du projet de réforme suisse. La compétence en matière d'acte illicite est déterminée par l'article 25 LFors. Le cas de la pluralité de responsabilités n'est pas envisagé en tant que tel. La question de la compétence territoriale de l'action dirigée contre une pluralité de responsables est réglée par l'article 7 de la LFors : « *Lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres* ».

2. La généralisation de la solidarité parfaite

942 Le projet suisse propose d'étendre la solidarité parfaite à l'obligation des coresponsables et de faire disparaître la solidarité imparfaite, que nous appelons en droit français obligation *in solidum*.

3. La suppression de l'obligation *in solidum*

943 L'article 1378 du projet CATALA dispose que :

« *Tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement à réparation.*

Si tous les co-auteurs ont vu leur responsabilité retenue pour faute prouvée, leur contribution se fait en proportion de la gravité de leurs fautes respectives ».

Le projet entérine les solutions déjà posées en matière de solidarité : le créancier peut choisir de demander paiement au débiteur qu'il lui plaît (article 1203), la poursuite ou la mise en demeure de l'un de codébiteurs interrompt ou suspend la prescription et fait courir les intérêts à l'égard de tous (articles 1205 et 1206).

944 Le projet de réforme suisse propose également de supprimer la distinction : l'article 53b alinéa premier dispose que « *Lorsque plusieurs personnes répondent du dommage subi par un tiers, elles sont solidairement tenues de le réparer* ». Une limite est cependant posée par le deuxième alinéa : « *Pour chacune d'elles, la solidarité s'étend au montant de la réparation dont elle serait tenue si elle était seule responsable* ». La question de savoir si le débiteur peut opposer à la victime des causes de réduction de sa responsabilité n'est pas réglée clairement en droit positif suisse¹⁷³¹. Ce texte prend donc position et affirme que le montant de la réparation dont peut être tenu solidairement le coresponsable ne doit pas excéder ce qu'il devrait payer s'il était seul : il est

¹⁷³¹REAP p. 169-170.

obligé au tout, mais sur ce tout, il peut obtenir la diminution dont il bénéficierait s'il était seul responsable, la victime devant alors se retourner contre ses codébiteurs. Cette règle semble équitable : si la loi reconnaît au débiteur la possibilité d'invoquer des causes de réduction de son obligation à réparation, il n'est pas équitable de l'en priver sous prétexte qu'il est codébiteur. Le raisonnement qui sous-tend cette solution doit inspirer une autre solution.

945 Le projet CATALA a proposé d'introduire la notion de dommages-intérêts punitifs en droit français ; dans ce cas, le coresponsable solidaire ne devrait pas en être tenu, mais seulement pour la réparation à laquelle il aurait été obligé seul.

4. Une solution adaptée au droit de la responsabilité civile ?

946 La doctrine a relevé de façon générale que les effets secondaires de la solidarité étaient justifiés entre cocontractants, car ceux-ci en avaient connaissance. S'agissant de codébiteurs engagés involontairement et qui peuvent ignorer l'existence même de leurs codébiteurs voire de l'obligation elle-même, les effets secondaires de la solidarité ne doivent pas être admis¹⁷³². Par exemple, admettre à l'égard de tous les coresponsables l'interruption de la prescription résultant d'un acte de l'un d'eux est une rude solution.

Il serait préférable de consacrer la jurisprudence en reconnaissant en matière de responsabilité civile¹⁷³³ l'existence d'une obligation à réparation de l'entier dommage pesant sur tous les coresponsables sans y attacher les effets secondaires de la solidarité. À quoi bon vouloir absolument étendre un mécanisme général à un domaine dans lequel son application pose des difficultés pratiques ? Si la jurisprudence n'est pas parvenue en deux cents ans à rattacher de façon satisfaisante l'obligation *in solidum* aux mécanismes généraux du droit des obligations que sont la solidarité et la subrogation, n'est-ce pas là une preuve de la spécificité de cette obligation¹⁷³⁴ ?

Cette disposition serait complétée par une action récursoire propre à la responsabilité civile, avec l'introduction de la nuance proposée par le projet suisse.

Si nous admettons que le juge français a eu le jugement heureux en matière de responsabilité civile, et qu'il est opportun de consacrer son pouvoir d'appréciation et de modération au regard des circonstances propres à chaque espèce (voir supra le rôle du juge), la diminution de la responsabilité de l'un des responsables devrait limiter la solidarité à la seule

¹⁷³²L. AYNÈS & A. HONTEBEYRIE, article précité.

¹⁷³³L'article précité propose de façon générale le refus des effets secondaires de la solidarité hors le cas d'une stipulation expresse entre tous les codébiteurs. Nous préférons limiter notre propos à la responsabilité civile.

¹⁷³⁴Pour le détail de la jurisprudence, nous renvoyons aux analyses de J. VINCENT, l'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, op. cit. (p. 439).

part du dommage qu'il aurait assumée s'il avait été seul responsable de son fait personnel.

Par exemple, en présence de deux coresponsables, Pierre et Paul, le juge modère la part de réparation de Pierre car il est incapable d'y faire face et que la victime est aisée ; l'entier dommage est de 100 avec une répartition par moitié entre les coresponsables. Si Pierre avait été seul responsable, il n'aurait été effectivement tenu qu'à hauteur de 80, il n'est donc tenu solidairement que de 80 tandis que Paul est tenu solidairement de 100. Si la répartition se fait par moitié, Pierre est tenu de la moitié de 80, soit 40 tandis que Paul est tenu en définitive de 60 par application des règles de la subrogation : la victime disposait contre Pierre d'un recours à hauteur de 80, Paul dispose d'un recours contre Pierre pour la moitié de 80, soit 40.

Cette disposition peut sembler désavantageuse pour la victime : celle-ci voit diminuer l'étendue de son recours envers l'un des codébiteurs ! Il faut se rappeler que lorsque le juge décide en équité de modérer l'obligation à réparation du responsable, c'est en fonction des circonstances de l'espèce, en considérant spécialement l'impécuniosité du responsable et la situation de sa fortune. À quoi pourrait bien servir à la victime une condamnation inexécutable en raison de l'état de dénuement du débiteur ? Une bonne administration de la justice conduit à adopter la même solution. Cependant, il est préférable de préciser expressément cette règle de coordination entre les principes de fixation de l'étendue de l'obligation du responsable, la solidarité et les principes de l'action récursoire.

SECTION 3 ACTIONS PARTICULIÈRES

L'action en responsabilité civile peut présenter différentes modalités. Elle peut être exercée devant les juridictions civiles, ou bien lorsque le fait dommageable constitue une infraction pénale, la victime peut se joindre à l'action publique.

§.1 L'ACTION CIVILE DEVANT LES JURIDICTIONS PÉNALES

947 La mise en œuvre de la responsabilité à l'occasion de l'action civile exercée devant les tribunaux répressifs est une modalité exceptionnelle mais dont l'importance pratique impose la présentation. Le projet de réforme suisse envisage donc la question en proposant l'introduction dans le Code des obligations d'un article 56b aux termes duquel « *Dans le procès en responsabilité civile, le tribunal n'est pas lié par un jugement pénal portant sur les mêmes faits* ». Cette règle n'est pas nouvelle, comme l'indiquent les auteurs du rapport explicatif du projet de réforme

suisse : elle existait déjà dans le Code des obligations de 1881¹⁷³⁵. Comparativement, le Code civil français de 1804 ne comportant pas de règle, la jurisprudence a longtemps admis la dualité des fautes civile et pénale¹⁷³⁶ pour ensuite affirmer en 1912 le principe de l'unité des fautes civile et pénale¹⁷³⁷. En réalité, la question se pose en cas d'infraction non intentionnelle, et en lien avec le principe de l'autorité du pénal sur le civil : le jugement porté sur l'infraction involontaire au pénal s'imposait au civil quant à la caractérisation de la faute d'imprudence ou de négligence¹⁷³⁸. En droit français, malgré les vives critiques de la doctrine¹⁷³⁹, une lente évolution législative et jurisprudentielle va éroder le principe de l'unité des fautes, qui sera indirectement abandonné. Ce principe avait eu pour effet d'interdire toute possibilité de réparation civile en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale par exemple. Le législateur français est donc intervenu par la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 qui a inséré un article 4-1 dans le Code de procédure pénale pour indiquer expressément que « *l'absence de faute pénale non intentionnelle... ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383...* ». L'évolution consistant à dissocier la responsabilité pénale de la responsabilité civile s'est également traduite par la désolidarisation des prescriptions civile et pénale par la loi du 23 décembre 1980¹⁷⁴⁰. Récemment, le législateur a mis fin au principe selon lequel le pénal tient le civil en état. La loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale a modifié l'article 4 du code de procédure pénale¹⁷⁴¹. Désormais, l'article 4 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que « *la mise en mouvement de*

¹⁷³⁵Le Code des obligations de 1881 disposait à l'article 59 : « *Dans l'appréciation des cas prévus par les articles 56, 57 et 58, le juge n'est pas lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquiescement prononcé au pénal* », FF du 18 juin 1881, p. 83.

¹⁷³⁶V. par exemple, Req. 27 janvier 1869, Société des houillères de Saint-Etienne c/ veuve Mazoyer, note G. GRIOLET, DP. 1869. I. 169 : L'annotateur de l'arrêt précise que « *le juge criminel n'est compétent que pour constater les éléments des délits ; dès qu'il dépasse cette limite, il se trouve sans pouvoirs et il rend une décision sans autorité. (...) il y a en quelque sorte une imprudence criminelle et une imprudence civile. La négation de la première n'exclut pas la seconde...* ».

¹⁷³⁷P. JOURDAIN, Faute civile et faute pénale, op. cit. (p. 73) ; Cass. civ. 18 décembre 1912, note L. S., D. 1915. I. 17, 1re, espèce, Brochet & Deschamps : la Cour de cassation censure les juges du fond d'avoir écarté le délit d'imprudence tout en retenant une faute civile d'imprudence, et affirme également la solidarité des prescriptions civile et pénale. V. également, même référence, 2e espèce, Civ. 12 juin 1914, Compagnie générale des services automobiles Météor c/ demoiselle Merlier.

¹⁷³⁸Ib.

¹⁷³⁹V. notamment A. PIROVANO, Faute civile et faute pénale. Essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal A. PIROVANO, op. cit. (p. 80).

¹⁷⁴⁰Le principe d'unicité des prescriptions civile et pénale existait déjà dans l'Ancien Droit (J. POTHIER, Traité de la procédure criminelle, Œuvres de Pothier en 18 volumes, M. Siffrein (éd. sc.), éd. Chanson & Videcoq, Paris, 1821-1824, vol. 14, p. 566), et a été repris par le Code d'instruction criminelle aux articles 2, 637 et s. La prescription pénale s'appliquait y compris à l'action civile introduite devant les juridictions civiles. Dans la mesure où ce principe était conçu comme une exception à la prescription trentenaire, il était d'application stricte, et la chambre civile de la Cour de cassation admet ainsi par un arrêt du 7 février 1910 que si l'action en réparation du préjudice causé par un vol est soumise à la prescription pénale, l'action en revendication du bien volé se prescrit par trente ans. DP. 1910. I. 201 et s. obs. M. NAST.

¹⁷⁴¹Chr. GUERY, Loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires, AJP. 2007/4, p. 105 et s.

l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil ». Cette disposition est applicable immédiatement. La réforme a eu pour but d'éviter qu'une partie atraite devant la juridiction civile ne saisisse la juridiction pénale dans un but purement dilatoire, ce que dénonçait le rapport MAGENDIE¹⁷⁴². La volonté du législateur a été de décharger les juridictions pénales en stoppant le flot de recours dilatoires qui venait les encombrer, ayant pour effet de retarder également l'action des juridictions civiles qui se trouvaient contraintes de sursoir à statuer. Une illustration de l'efficacité de cette réforme est donnée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 24 juin 2008 : une caution actionnée par le créancier d'un débiteur en liquidation judiciaire avait saisi les juridictions pénales d'une plainte pour faux et usage de faux, infraction qui résulterait de l'inexistence prétendue de la créance en cause ; la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir rejeté la demande de sursis à statuer¹⁷⁴³. Toutefois, l'action en réparation civile exercée devant la juridiction civile pour le dommage causé par l'infraction est suspendue tant qu'il n'a pas été statué sur l'action publique lorsqu'elle a été mise en mouvement.

948 Les différences entre responsabilité civile et responsabilité pénale existent, cependant, la possibilité de demander réparation des préjudices civils résultant de l'infraction devant la juridiction pénale conduit à combiner les règles de l'action civile et les particularités de l'action pénale. Par exemple, après que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ai admis la responsabilité de l'association ayant la garde de la personne handicapée qui a causé le dommage, la chambre criminelle a admis la responsabilité du fait d'autrui de l'association à laquelle le juge a confié le mineur auteur du dommage. L'évolution de la jurisprudence sur cette question montre le dialogue entre la deuxième chambre civile et la chambre criminelle¹⁷⁴⁴. Par ailleurs, des règles pénales sont susceptibles d'influencer directement les règles civiles. Par exemple, le projet de réforme suisse envisage expressément la question du maintien de la prolongation du délai de prescription civile en cas de prescription pénale plus longue dans la mesure où l'allongement de la durée de la prescription proposé prive cette disposition (article 60 al. 3 COS) de tout intérêt.

949 Parce qu'elle est une exception à la répartition des compétences entre juge pénal

¹⁷⁴²Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès, J.-P. MAGENDIE (dir.), 15 juin 2004, p. 117.

¹⁷⁴³Cass. com. 24 juin 2008, n°07-14082, note R. PERROT, Procédures 2008/8-9, p. 58-59, n°230.

¹⁷⁴⁴Pour une présentation détaillée de cette évolution, lire le rapport de Mme le conseiller rapporteur PASCAL, sur l'arrêt d'assemblée plénière du 29 juin 2007, n°06-18141, BICC n°559, p. 8 à 22, spéc. p. 11 et s.

et juge civil, l'action civile « doit être strictement renfermée dans les limites fixées par les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale »¹⁷⁴⁵. Ce qui nous intéresse n'est donc pas tant l'action civile devant la juridiction pénale que la façon dont les restrictions à l'ouverture de cette action recourent aux notions du droit de la responsabilité civile¹⁷⁴⁶.

950 La possibilité pour la victime d'un dommage résultant d'une infraction pénale de demander réparation devant le juge pénal existe en droit français comme en droit suisse. Historiquement, il a d'ailleurs pu être avantageux pour la victime de bénéficier de l'enquête judiciaire pour établir son préjudice, et également pour bénéficier de certaines règles de procédure pénale avantageuses. Ainsi, l'article 55 du Code pénal français disposait autrefois « Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais », disposition qui permettait donc de fonder l'obligation solidaire des coresponsables, coauteurs de délit ou du crime cause du dommage, à une époque où la jurisprudence n'admettait pas la condamnation solidaire sauf autorisation légale ou stipulation conventionnelle conformément à l'article 1202 du Code civil.

951 L'action civile devant les juridictions pénales est régie par les règles de la procédure civile et de la procédure pénale. En droit suisse, la procédure pénale est de la compétence de la confédération (article 123 al. 1er de la Constitution) depuis la réforme constitutionnelle de 1999. En réalité, la procédure pénale fédérale est constituée par la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934. Un projet de code de procédure pénale a été publié en 2001, des réformes sont en cours de discussion pour mettre en place l'organisation judiciaire nécessaire. Cette nécessaire phase d'adaptation fait dire que « l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale fédérale ne peut guère être envisagée avant 2010, voire 2012 »¹⁷⁴⁷.

S'agissant de l'action civile devant les juridictions pénales, il faut d'abord envisager les titulaires de l'action (A) pour ensuite en examiner les modalités (B).

A Les titulaires de l'action

952 En droit français, les personnes pouvant exercer l'action civile devant les juridictions pénales sont prévues par l'article 2 du CPP : « l'action civile appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Un auteur désigne les titulaires

¹⁷⁴⁵Cass. crim. 9 novembre 1992, n°92-81432, Bull. n°361 ; B. BOULOC, Le créancier et l'abus de biens sociaux, Revue des sociétés 1993 p. 433.

¹⁷⁴⁶Pour une présentation exhaustive, quoique un peu ancienne, de l'action civile, lire F. AGOSTINI, Les droits de la partie civile dans le procès pénal, rapport annuel de la Cour de cassation, 2000 ; C. AMBROISE-CASTÉROT, Action civile, Enc. Dalloz pénale, juin 2002.

¹⁷⁴⁷A. BAUER & P. CORNU, Avant-propos au Code de procédure pénale Neuchâtelois annoté, 2003.

du droit d'action civile devant les juridictions pénales par le terme de « *victime pénale* » pour manifester la différence de notion avec le droit de la responsabilité civile¹⁷⁴⁸ : il ne s'agit pas de toute personne ayant subi un dommage, mais seulement celle « *qui a souffert un préjudice correspondant exactement au résultat pénal de l'infraction* »¹⁷⁴⁹.

953 En droit suisse, la loi fédérale de procédure pénale du 15 juin 1934 indique que la victime peut être partie civile (article 125), ainsi que ses héritiers (article 126 I) et la personne subrogée dans ses droits (article 126 II). Selon l'article 129 de la loi fédérale de procédure pénale, à l'occasion de la procédure pénale ou dans une procédure civile séparée, la partie plaignante peut faire valoir contre le prévenu des prétentions de droit privé déduites de l'infraction.

954 En droit français, les héritiers de la victime peuvent exercer l'action dont leur auteur était titulaire, même si elle ne l'a pas exercée de son vivant, à condition que la victime ait survécu un instant¹⁷⁵⁰. Cette règle ne vaut que pour l'action exercée devant les juridictions civiles ; l'action civile exercée devant la juridiction pénale doit avoir été préalablement engagée par la victime directe, à défaut, les héritiers ne peuvent l'exercer ultérieurement¹⁷⁵¹. Les subrogés dans les droits de la victime ne peuvent pas non plus exercer l'action civile devant les juridictions pénales¹⁷⁵². Le caractère personnel de l'action civile est atténué par la possibilité donnée aux associations de se constituer partie civile sous certaines conditions. Leur domaine d'intervention est aujourd'hui fixé par les articles 2-1 à 2-21 du CPP, ainsi que par d'autres textes tels les articles 48-1 à 48-6 de la loi du 29 juillet 1881. Outre la victime, les tiers payeurs, les assureurs, les fonds de garantie¹⁷⁵³, peuvent intervenir devant la juridiction pénale en tant que tiers subrogés dans les droits de la victime qu'ils ont désintéressée. En

¹⁷⁴⁸C. AMBROISE-CASTÉROT, Action civile, Enc. Dalloz pénal, juin 2002, n°55.

¹⁷⁴⁹Ib.

¹⁷⁵⁰Cass. crim. 28 octobre 1992, n°91-85925, Bull. n°349, J. PRADEL, Les conditions de la transmission de l'action civile aux héritiers de la victime, D. 1993. 203.

¹⁷⁵¹Ass. pl. 9 mai 2008, n°05-87379 et n°06-85751, Bull. n°2. BICC du 15 juillet 2008, n°686, p. 1-4 (http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_informati_on_2008_2590/no686_15_2773/jurisprudence_2775/) ; D. BAKOUCHE, La transmission aux héritiers du préjudice subi par leur auteur, Lexbase Hebdo - Edition Privée, 29/05/2008, n°06 ; D. BOURGAULT-COUDEVILLE, Conditions de recevabilité de l'action civile ouverte aux héritiers de la victime d'infraction, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 18 septembre 2008, n°318 ; S. HOCQUET-BERG, La transmission de l'action civile de la victime d'une infraction, RLDC. 2008, n°53, p. 19-23 ; J.-Y. MARECHAL, L'assemblée plénière prend position sur l'action civile des héritiers de la victime d'une infraction, JCP. EG. II. 10124 ; V. PICHON, Transmission aux héritiers du droit à réparation du préjudice antérieur au décès, RLDC. 2008, n°51, p. 24 -25 ; C. SAAS, Les héritiers face au préjudice subi par leur auteur, AJP. 2008/9, p. 366-369 ; M. SANCHEZ, Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'assemblée plénière le 9 mai 2008, Droit pénal 2008/7, p. 13-16.

¹⁷⁵²Cass. crim., 8 avril 1986, n°85-91987, D. 1987, somm., p. 77, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 9 février 1994, n°93-83047, Bull. n°59.

¹⁷⁵³Cass. crim. 31 mai 2000, n°99-84507, Bull. n°209.

revanche, ils ne peuvent pas exercer l'action civile, mais seulement y être représentés.

B Les modalités de l'action

955 La victime de l'infraction peut se greffer sur les poursuites pénales engagées par le Ministère public ou être à l'origine de la mise en mouvement de l'action publique dans certaines conditions. La victime peut porter plainte, à la suite de quoi, le Procureur de la République décide de mettre en mouvement l'action publique, ou décide de s'en abstenir en vertu du principe de l'opportunité des poursuites (Article 40 CPP). Dans ce cas, la victime peut alors se constituer partie civile, c'est-à-dire que la victime d'un crime ou d'un délit dépose sa plainte entre les mains d'un juge d'instruction. Depuis la loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale, la victime est obligée de déposer plainte, et ce n'est qu'après la décision de classement ou l'écoulement d'un délai de trois mois depuis le dépôt de la plainte qu'elle peut se constituer partie civile en saisissant le juge d'instruction (article 85 CPP). Cette récente réforme résulte de la volonté d'instaurer un filtre sur la saisine du juge d'instruction¹⁷⁵⁴. Toutefois un auteur relève que dans la mesure où cette condition de recevabilité n'est pas requise en cas de crime, la victime peut tourner la règle en se prétendant victime d'un crime¹⁷⁵⁵.

956 L'action civile devant la juridiction pénale n'est possible que si une infraction pénale est constatée¹⁷⁵⁶. Lorsque l'infraction pénale est couverte par un fait justificatif, elle ne peut donner lieu à dommages-intérêts. L'aliéné et l'enfant en bas âge sont irresponsables pénalement, cependant ils sont civilement responsables en droit français mais seul le juge civil pourra accorder réparation. La Cour de cassation a précisé que les règles de fond de la responsabilité civile s'imposaient au juge pénal qui en est saisi par la victime¹⁷⁵⁷.

957 Le délai de prescription est celui de l'action publique depuis la loi du 17 juin 2008 lorsque l'action civile est exercée devant les juridictions répressives¹⁷⁵⁸. La réduction du délai

¹⁷⁵⁴Chr. GUERY, Loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires, AJP. 2007/4, p. 105 et s. spéc. p. 111 et s. n°26.

¹⁷⁵⁵Chr. GUERY, article précité.

¹⁷⁵⁶Par exception à cette règle, l'article 372 du Code de procédure pénale permet à la Cour d'assises qui a acquitté ou exempté de peine l'accusé, d'accorder à la partie civile des dommages-intérêts à raison des faits qui ont été l'objet des poursuites.

¹⁷⁵⁷Cass. crim. 4 janvier 1995, n°93-82698, Bull. n°3 : cassation de l'arrêt qui rejette l'action civile dirigée contre l'association responsable civilement sur le fondement de l'article 1384 al. 5 du fait de l'incapable, auteur de l'infraction, et dont elle avait la garde.

¹⁷⁵⁸Code de procédure pénale, article 10 nouveau : « Lorsque l'action civile est exercée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique. Lorsqu'elle est exercée devant une juridiction civile, elle se prescrit selon les règles du code civil ».

de la prescription civile de droit commun de trente ans à un délai subjectif de cinq ans¹⁷⁵⁹ risque de rendre la voie pénale bien plus attrayante que par le passé¹⁷⁶⁰.

958 En droit français, la loi du 8 juillet 1983 sur la protection des victimes d'infraction a permis l'intervention volontaire ou forcée de l'assureur du prévenu au cours de l'action civile présentée devant la juridiction répressive. Cette mise en cause, prévue par l'article 388-1 du CPP, facilite ensuite l'exercice de l'action directe contre l'assureur. Cependant, cette intervention n'est possible qu'en cas d'homicide et de blessures involontaires¹⁷⁶¹, ainsi qu'à toutes les infractions non intentionnelles¹⁷⁶², « au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 du Code pénal »¹⁷⁶³. Les assureurs pouvant être mis en cause sont ceux du prévenu et du civilement responsable, voire celui de la victime, s'agissant d'une assurance de personne.

L'action civile exercée devant les juridictions pénales conduit à l'application des règles du droit de la responsabilité civile devant le juge pénal. D'autres actions ne sont pas une occasion de mise en œuvre du droit de la responsabilité civile, mais une nécessité procédurale visant à mettre en application ces règles. Ainsi, l'action constatatoire de droit doit permettre à une partie de se préconstituer des preuves, faisant ainsi obstacles au cours de la prescription.

§.2 L'ACTION CONSTATATOIRE DE DROIT

959 Dans le prolongement des propositions de réforme de la prescription dans le but d'améliorer la position de la victime, le projet suisse propose d'introduire formellement une action en constatation de droit, permettant ainsi d'établir le principe de la responsabilité par un jugement, et bénéficiant ainsi du délai décennal de prescription des jugements. La même possibilité existe en droit communautaire, où le délai de prescription quinquennal court à compter du fait dommageable, entendu comme la réalisation du dommage : la CJCE a déclaré recevable les actions tendant à faire constater le principe de la responsabilité de l'Union européenne, alors que le préjudice n'est pas encore déterminé bien que certain et que sa

¹⁷⁵⁹V. les développements relatifs à la prescription, supra p. 387.

¹⁷⁶⁰Cass. crim. 25 octobre 2006, n°05-85998, Bull. n°254 : extinction de l'action publique suite au décès du prévenu, mais survie de l'action civile, la juridiction pénale régulièrement saisie avant l'extinction de l'action publique reste compétente pour en connaître. B. BOULOC, Action civile pour abus de biens sociaux après décès du prévenu. Note sous Cour de cassation (crim.) 25 octobre 2006, Arnaud Lagardère et autres, Revue des sociétés 2007, p. 146 ; Abus de biens sociaux. Décès du délinquant. Survie de l'action civile, RTDcom. 2007, p. 463 ; A. LIENHARD, Abus de biens sociaux : épilogue d'une longue affaire, D. 2006, AJ. 2736 ; C. MASCALA, Droit pénal des affaires (avril 2006 - avril 2007), D. 2007, p. 1624.

¹⁷⁶¹Loi n°83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infraction.

¹⁷⁶²Loi n°96-393 du 13 mai 1996.

¹⁷⁶³Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000.

réparation ne peut pas encore être demandée¹⁷⁶⁴.

Cette idée pourrait être reprise en droit français, si l'on envisage de réduire drastiquement les délais de prescription. Mais la réforme du droit de la prescription opérée par la loi du 17 juin 2008 prévoit des dispositions particulières concernant le préjudice corporel et le traitement de l'aggravation de ce dommage. Il faut examiner le droit positif français (A), le droit positif suisse (B), et les projets de réforme existant (C).

A Le droit positif français

960 En l'état actuel du droit français, l'interprétation de la notion d'intérêt à agir, condition de l'action en justice, exclut en principe la possibilité d'engager une action préventive car l'intérêt à agir n'est pas encore né. L'intérêt à agir peut se définir comme l'« importance qui, s'attachant pour le demandeur à ce qu'il demande, le rend recevable à la demander en justice »¹⁷⁶⁵. Il faut que cet intérêt soit né et actuel. Un intérêt simplement éventuel ne suffit pas¹⁷⁶⁶. Par conséquent les actions préventives sont irrecevables. L'action préventive au sens strict est celle qui ne correspond pas à un intérêt né et actuel. L'action conservatoire est celle à laquelle le demandeur justifie d'un intérêt certain mais futur ; il est donc permis d'agir en référé pour obtenir les mesures conservatoires destinées à prévenir un dommage imminent.

Les actions déclaratoires sont celles dont l'objet est de faire constater par le juge l'existence ou l'étendue d'une situation juridique¹⁷⁶⁷. Parce qu'elles dérogent à une condition essentielle de l'action en justice, ces actions ne sont recevables que par exception prévue par une disposition expresse (par ex. en matière de nationalité ou en matière d'action en non contrefaçon de brevet)¹⁷⁶⁸. L'action déclaratoire vise à faire dire au juge que les conditions qui seront nécessaires plus tard pour obtenir un avantage sont réunies. Elle est formée par celui qui pourra plus tard se prévaloir de l'effet juridique de la règle, ou par son adversaire afin de faire constater qu'il ne pourra pas plus tard être titulaire du droit. L'inconvénient de l'action déclaratoire est d'engendrer un contentieux à vide. En principe, elle est irrecevable sauf texte de loi contraire. Cependant, la jurisprudence a admis l'action en opposabilité ou en inopposabilité d'un jugement étranger. Un auteur propose d'utiliser le critère de l'utilité pour

¹⁷⁶⁴J.-G. HUGLO, Recours en indemnité, nature et fondement, conditions de recevabilité, JCL Europe, fasc. 370 (décembre 2006), n°82-83.

¹⁷⁶⁵CORNU, Vocabulaire juridique.

¹⁷⁶⁶Cass. civ. 3e, 8 février 2006, n°04-17512, Bull. n°23 ; F. DE LA VAISSIERE, Nullité d'un congé pour vendre prématuré, AJDI. 2006, p. 641. Cass. civ. 3e, 29 septembre 2004, n°00-16524, RTDciv. 2004, p. 774, obs. R. PERROT.

¹⁷⁶⁷L. SEGUR, l'action déclaratoire, JCP. 1965. I. 1902.

¹⁷⁶⁸T. LE BARS, procédure civile, n°66, p. 64 : « chaque fois que le demandeur sollicite l'application d'une règle de droit, il a un intérêt à agir car le succès de l'action lui procurera l'avantage qui résulte de l'application de la règle de droit ».

déterminer s'il existe ou non un intérêt à agir : la recevabilité de la demande doit être liée à l'utilité de la demande pour l'activité des parties¹⁷⁶⁹.

B Le droit positif suisse

961 Actuellement en droit suisse, l'article 46 alinéa 2 du COS dispose que « *s'il n'est pas possible, lors du jugement, de déterminer avec une certitude suffisante les suites de lésions corporelles, le juge a le droit de réserver une révision du jugement pendant un délai de deux ans au plus à compter du jour où il a été prononcé* ». Ce texte est une exception au « *principe de la liquidation non différée et définitive du procès en responsabilité civile* »¹⁷⁷⁰. La jurisprudence en a donc fait une application restrictive¹⁷⁷¹. Il a notamment été jugé que le délai de deux ans ne pouvait pas être prolongé et qu'à l'issue de ce délai, le juge doit statuer définitivement¹⁷⁷².

La doctrine suisse a relevé que la brièveté du délai de deux ans prive cette règle de son intérêt pratique dans les cas dans lesquels la consolidation du dommage ne peut s'effectuer dans ce laps de temps. Or en cas d'atteinte corporelle grave, il est fréquent que le préjudice mette longtemps avant d'être consolidé, notamment lorsqu'il s'agit d'enfant. La jurisprudence a donc préféré interpréter de façon large la notion de connaissance du dommage, afin de permettre à la victime de reculer le moment auquel elle doit engager l'action en responsabilité civile (dans la limite cependant du délai objectif de dix ans).

Le droit suisse admet que la victime limite son action aux seuls préjudices certains, tels les frais de traitement, en se réservant d'agir ultérieurement en réparation de la perte de salaire par exemple. Il faut cependant que le caractère partiel de la demande soit clairement indiqué par le jugement, sans quoi la victime risque de se voir opposer l'autorité de chose jugée. En présence d'un jugement entré en force (de chose jugée dirions-nous en droit français), la survenance d'un fait nouveau ouvre droit à une révision.

Le droit suisse connaît déjà la notion d'action constatatoire de droit : « *Cette action tend à faire constater par le juge l'existence (ou l'inexistence) d'un droit subjectif ou d'un rapport juridique* ». Elle est actuellement prévue expressément par des dispositions spéciales tel l'article 28a al. 1 ch. 3 et l'article 29 al. 1 CCS¹⁷⁷³. Toutefois, ce texte ne vise que les atteintes à un droit de la personnalité

¹⁷⁶⁹T. LE BARS, op. cit., n°70, p. 67.

¹⁷⁷⁰REAP p. 81.

¹⁷⁷¹REAP p. 81 ; F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1042, p. 264.

¹⁷⁷²ATF 86 II 41, cons. 4b., p. 46 et s. : « *Der Vorbehalt darf aber nicht für mehr als zwei Jahre angebracht werden. sind die Folgen der Verletzung nach Ablauf dieser Frist immer noch nicht « hinreichend » sicher, so nimmt das Gesetz die ungenügende Sicherheit endgültig in Kauf, gleichgültig zu Ungunsten welcher Partei sie sich allenfalls auswirke* ». Le Tribunal fédéral indique que le législateur a entendu mettre un terme au procès après un certain temps.

¹⁷⁷³Article 28a al. 1er, CCS relatif à la protection de la personnalité contre des atteintes : « *En général, le*

et non l'ensemble des dommages patrimoniaux comme extrapatrimoniaux. L'action constatatoire est également admise de façon générale à condition qu'elle soit nécessaire à l'application du droit privé fédéral et qu'elle représente un intérêt majeur en fait ou en droit. Or selon la jurisprudence, cet intérêt fait défaut « *lorsque la partie demanderesse est en mesure de soulever des prétentions pécuniaires* »¹⁷⁷⁴. Ainsi, à la suite de l'établissement par l'université de Fribourg d'un recrutement discriminatoire visant à favoriser l'accession des femmes aux postes à pourvoir afin d'augmenter leur nombre, un candidat masculin écarté avait saisi le juge d'une demande de dommages-intérêts d'un franc suisse symbolique. Sa demande avait été rejetée par les premiers juges car elle ne visait pas en réalité à obtenir une réparation de son préjudice, mais à faire constater la discrimination. Le Tribunal fédéral censure la décision en se fondant sur la *ratio legis* de la Loi sur l'égalité, ainsi que sur la considération pratique que parfois la simple constatation de la discrimination suffit à remplir la fonction réparatrice de l'action, qu'en outre, l'indemnisation prévue par la loi est plafonnée et qu'en présence d'une multitude de victimes, certaines ne pourront prétendre à une réparation intégrale¹⁷⁷⁵.

C Les projets de réforme

962 Deux projets de réforme suisse traitent de l'action en constatation de droit, d'une part le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, d'autre part le projet de code de procédure civile fédérale. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile tire la conclusion des inconvénients pratiques de la règle de l'article 46 alinéa 2 du COS et propose sa suppression. Outre l'allongement des délais de prescription qui devrait permettre à la victime de mieux être en mesure de faire valoir ses droits, les auteurs proposent d'introduire une action « *qui permette à la personne lésée de faire constater le principe de son droit à la réparation, lorsqu'il n'est pas possible d'estimer l'évolution future du dommage* ». L'article 56e du projet de réforme dispose donc que « *Si la personne recherchée conteste en tout ou partie sa responsabilité et qu'il n'est pas possible d'estimer l'évolution future du dommage, la personne lésée peut demander au tribunal de constater son droit à réparation* ». Cette action en constatation de droit n'est pas limitée aux hypothèses d'atteinte corporelle contrairement à la règle actuelle de l'article 46 alinéa 2 COS¹⁷⁷⁶. Certains dommages

demandeur peut demander au juge :

1. d'interdire une atteinte illicite, si elle est imminente ;
2. de la faire cesser, si elle dure encore ;
3. d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste ».

Article 29 al. 1er, CCS : « *Celui dont le nom est contesté peut demander au juge la reconnaissance de son droit* ».

¹⁷⁷⁴REAP p. 248.

¹⁷⁷⁵ATF 131 II 361, cons. 4.

¹⁷⁷⁶F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1044 p. 264 : la réserve de révision s'applique non seulement au tort moral mais aussi à tout le droit de la responsabilité civile, cf. Commentaire romand, article 46 n°31.

résultant notamment d'atteintes corporelles, mais aussi à l'environnement ou à la concurrence économique, se déploient dans le temps. Cette action en constatation de droit ne nécessite pas la preuve de l'existence d'un intérêt majeur par la victime, le projet de réforme prévoyant que « cet intérêt sera présumé de façon irréfragable »¹⁷⁷⁷.

963 Comme en droit de la procédure civile français, le projet de réforme du droit de la procédure civile suisse prévoit des conditions de recevabilité de l'action (article 57 al. 1er, et 58), dont le tribunal doit vérifier d'office et en tout état de cause l'existence¹⁷⁷⁸. Les conditions de recevabilité de l'action en justice sont énumérées par l'article 57 al. 2¹⁷⁷⁹, et parmi elles figure l'exigence d'un intérêt digne de protection¹⁷⁸⁰. S'agissant de l'intérêt à l'action en constatation de droit¹⁷⁸¹, le demandeur doit prouver qu'il a un intérêt à une constatation immédiate¹⁷⁸².

964 En droit français, l'aggravation de l'état de la victime survenant postérieurement au jugement donne lieu à une demande de complément d'indemnité. Si le principe de l'autorité de la chose jugée interdit la remise en cause de l'évaluation du dommage constaté par le premier jugement, il n'interdit pas la constatation du nouveau préjudice qui résulte de l'aggravation de l'état de la victime et qui vient s'ajouter au préjudice antérieurement constaté¹⁷⁸³. Il s'agit en réalité d'une nouvelle action pour un préjudice distinct de celui constaté par la première action. Les délais relativement longs de la prescription de l'action laissent en effet à la victime une large marge de manœuvre qui n'existe pas en droit suisse. La notion d'action constatatoire ne présente d'intérêt que si l'on envisageait de réduire les délais de prescription en droit français. La loi du 17 juin 2008, n°2008-561 portant réforme de la prescription civile prévoit un double délai de prescription de cinq ans à compter de la connaissance du droit et de vingt ans à compter du fait générateur du dommage. Toutefois, s'agissant du préjudice corporel, l'article 2226 nouveau du Code civil dispose que « *L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices*

¹⁷⁷⁷REAP p. 249.

¹⁷⁷⁸J.-M. REYMOND, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in Le projet de Code de procédure civile fédérale, S. LUKIC (dir.), CEDIDAC, Lausanne 2008, p. 27-71.

¹⁷⁷⁹Projet de code fédéral de procédure civile, article 57 al. 2. L'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile, qui, selon un communiqué de presse en date du 31 mars 2010, a fixé par le Conseil fédéral au 1er janvier 2011.

¹⁷⁸⁰Selon M. J.-M. REYMOND, l'emploi du terme « *notamment* » indique que la liste des conditions de recevabilité n'est pas exhaustive.

¹⁷⁸¹ATF 133 III 282, cons. 3.5 ; ATF 123 III 49, JdT. 1998. I. 659 cons. 1a : l'intérêt justifiant l'ouverture de l'action en constatation de droit peut être un intérêt de fait ou de droit.

¹⁷⁸²Risque de prescription et risque de déperdition de preuve permette de considérer qu'il y a un intérêt à une constatation immédiate : ATF 114 II 253, JdT 1989. I. 333, cons. 2a ; ATF 110 II 352, JdT 1985. I. 354, cons. 2 : « *un intérêt de fait suffit, s'il est essentiel (erheblich) et digne de protection* ».

¹⁷⁸³Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), n°2676, p. 673.

qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé ». Le législateur a cru bon de préciser que cette action n'est pas soumise au délai de prescription butoir de vingt ans à compter de la naissance du droit¹⁷⁸⁴.

Le traitement de la question de l'introduction d'une action constatatoire de droit en matière de responsabilité civile par le projet de réforme suisse montre à quel point les principes posés par la partie générale du droit de la responsabilité civile dépendent, pour leur mise en œuvre, des possibilités offertes par la procédure civile et à quel point une réflexion d'ensemble s'impose.

La mise en œuvre de la responsabilité civile envisagée de façon globale implique d'examiner ses effets au regard de la réalisation concrète du droit à réparation de la victime. En d'autres termes : qui paye, comment, et quelles sont les relations du payeur avec les autres acteurs éventuels.

¹⁷⁸⁴ Article 2232 alinéa 2 du Code civil.

TITRE 2. LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

965 La mise en œuvre de la responsabilité civile a pour effet en premier lieu l'indemnisation de la victime, accessoirement la sanction du fautif et la mise au jour de la nécessité de prévenir la constitution des situations qui auront donné lieu au dommage.

Le plus souvent, la mise en œuvre de la responsabilité civile se fera en deux temps. D'abord, les règles de la responsabilité civile déterminent dans quelle mesure la victime peut demander réparation du dommage subi. Dans un second temps, une fois la victime indemnisée, des combinaisons compliquées des différentes règles s'enclenchent afin de déterminer sur qui pèsera la charge définitive de la dette de responsabilité.

En principe, l'indemnisation ne doit pas excéder le dommage subi. Les assurances de personne font toutefois exception à la règle. En droit français, l'indemnité due au titre des contrats d'assurance de personne n'a pas un but indemnitaire, ce qui interdit à l'assureur de demander le remboursement des sommes versées au tiers responsable, et permet le cumul avec les prestations versées à titre indemnitaire. Ainsi, l'article L. 131-2 alinéa 1er du Code des assurances dispose que « *dans l'assurance de personnes, l'assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre* ». En droit suisse, l'article 96 LCA indique presque dans les mêmes termes que « *dans l'assurance de personnes, les droits que l'ayant droit aurait contre des tiers en raison du sinistre ne passent pas à l'assureur* »¹⁷⁸⁵.

966 Différents payeurs sont susceptibles d'intervenir à des titres et selon des règles différents : assureurs privés ou publics, coresponsables solidaires, prise en charge par la solidarité nationale. Il eût été possible d'envisager seulement les conditions générales de la responsabilité civile. Cependant, le projet de réforme suisse se caractérise par la volonté d'unifier l'ensemble des questions qui touchent de près ou de loin à la responsabilité civile, dans le souci d'assurer une meilleure indemnisation des victimes tout en ménageant les intérêts de la société. Les auteurs du rapport explicatif indiquent bien qu'il s'agit d'assurer une réparation socialement adéquate. En effet, à quoi servirait-il de prévoir une indemnisation tellement lourde qu'aucune assurance ne pourrait plus la prendre en charge et que la solidarité nationale ne pourrait pas non plus y faire face ?

¹⁷⁸⁵Toutefois, il est à noter qu'en droit suisse, le Tribunal fédéral a décidé que les assurances accidents et maladies pouvaient entrer dans la catégorie d'assurance de somme ou d'assurance de personnes selon que le sinistre est un événement précis ou résulte de l'obligation de couverture d'un dommage déterminé (les frais médicaux par ex.). ATF 104 II 44. V. BRULHART, Droit des assurances privées, Stämpfli, Berne, 2008, p. 140, n°311.

967 Il est donc hors de question de poser des principes abstraits sans au moins survoler leurs conséquences pratiques et les règles nécessaires à leur mise en œuvre. Les considérations économiques ne peuvent être éludées, comme en témoigne l'essor de la responsabilité civile à la suite du développement de l'assurance. Comme le relève un auteur, il y a « une sorte d'indivisibilité » entre la généralisation et l'efficacité de l'assurance et l'extension du champ de la responsabilité civile¹⁷⁸⁶. Il est également vrai que l'admission de responsabilités objectives indépendantes de toute faute faisait prendre conscience aux responsables potentiels de la nécessité d'une assurance¹⁷⁸⁷. L'assurance a d'ailleurs permis le glissement des mentalités de la sanction accessoire des actes d'un coupable à l'impératif de réparation des préjudices subis par la victime. L'aboutissement du système serait l'établissement au principal d'une assurance dommage généralisée, au moins pour les préjudices corporels, et le recours accessoire à un fait de rattachement tel que la faute ou l'activité dangereuse pour imputer la partie anormale du coût de la réparation à celui qui en est la source¹⁷⁸⁸. S'agissant des catastrophes, un auteur indique que si le système de réparation en droit français doit être amélioré, il convient cependant de conserver les dispositifs pénaux qui ont une vertu et une fonction réparatrice¹⁷⁸⁹. Nous avons vu précédemment les impératifs constitutionnels et

¹⁷⁸⁶R. SAVATIER, note sous Cass. Req. 24 février 1934, DP. 1936. I. 49.

¹⁷⁸⁷V. BRULHART, Droit des assurances privées, (précité supra p. 463), p. 44 et s. n°101 et s.

¹⁷⁸⁸En droit français, on citera notamment la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (JO du 31 juillet 2003) : si la loi prévoit un système d'indemnisation préalable des victimes par les assureurs, A. GUEGAN-LECUYER, Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques, D. 2004, p. 17 et s. relève qu'« Au final, c'est toutefois au responsable qu'incombera la charge de la réparation des dommages puisque les assureurs comme le Fonds sont subrogés dans les droits des assurés indemnisés à concurrence des sommes versées ». La responsabilité civile de droit commun conserve néanmoins un rôle important en matière de catastrophe dans la mesure où le texte ne concerne que les dommages à certains biens et non les préjudices corporels. A. GUEGAN-LECUYER critique d'ailleurs sur ce point la réforme : « Il reste que les victimes dites de catastrophes technologiques méritaient une loi beaucoup plus ambitieuse. Exclusivement tournée vers l'indemnisation des particuliers pour certains dommages aux biens, elle exclut un grand nombre de dommages matériels tels que ceux qui affectent les biens à usage professionnel. Surtout, et c'est le plus choquant, les victimes de dommages corporels sont laissées sur le bord du chemin, à leur prévoyance et au droit commun de la responsabilité civile ». Dans le même sens, L. MORLET-HAÏDARA, Un droit en miette ou le millefeuille de la réparation du dommage corporel, in Revue générale de droit médical, juin 2009, n°31, p. 27-53 ; Y. LAMBERT-FAIVRE & S. PORCHY-SIMON, Droit du dommage corporel, op. cit. (p. 26), p. 932-933, n°713.

D'autres voix se sont élevées pour contester l'opportunité des différences de traitement entre les dommages rentrant dans l'objet de la loi et ceux qui en étaient exclu, notamment les préjudices subis par les entreprises. Dans une question parlementaire publiée au JORF du 16 décembre 2002, p. 4887, Mme la députée V. PECRESSE relève « la lenteur des procédures d'indemnisation des personnes morales victimes de catastrophes naturelles de grande envergure. Aussi, s'étonne-t-elle que, près de trois ans après les faits, un certain nombre d'entreprises touchées par les conséquences du naufrage de l'Erika dans des conditions ouvrant droit à indemnisation n'aient toujours pas été indemnisées. De même, les indemnisations effectuées à la suite de l'explosion de l'usine AZF de Toulouse sont loin de couvrir l'intégralité des dommages subis. Cette situation met en péril l'équilibre financier de ces entreprises et a des conséquences non négligeables sur l'économie des régions sinistrées. En effet, ces structures, qui disposent de peu de trésorerie car bien souvent de petite taille, n'en sont pas moins de grandes pourvoyeuses d'emplois dans les bassins économiques concernés. Elle souhaite donc savoir quelles sont désormais les prochaines échéances d'indemnisation envisagées et demande que soit étudiée une réforme des procédures d'indemnisation à la suite de catastrophes naturelles, afin de ne pas mettre en péril le tissu économique local des régions touchées ».

¹⁷⁸⁹C. LACROIX, La réparation des dommages en cas de catastrophes, thèse, Université de Haute Alsace, 2005,

conventionnels en matière de responsabilité civile¹⁷⁹⁰. La constitution suisse impose également comme résultat à atteindre afin que la dignité humaine soit respectée et protégée (article 7) que le législateur organise un cadre dans lequel chacun dispose des moyens nécessaires pour mener une vie décente, conforme à la dignité humaine¹⁷⁹¹. Ces régimes d'indemnisation peuvent être amenés à supporter la charge définitive du dommage en cas d'insolvabilité de l'auteur du dommage.

Le droit positif, suisse comme français, envisage déjà les différents payeurs susceptibles d'être mis à contribution (Chapitre 1). Le projet de réforme suisse étudie la façon de coordonner leurs relations et le droit de la responsabilité civile pour aboutir à une indemnisation socialement équitable (Chapitre 2). Il faudra *in fine* aborder une question que n'envisage ni le projet de réforme français, ni le projet de réforme suisse, à savoir la possibilité d'améliorer la façon dont le droit de la responsabilité civile évoluera à l'avenir (Chapitre 3).

LGDJ, Paris, 2008.

¹⁷⁹⁰ V. supra, p. 44 et s.

¹⁷⁹¹ Constitution fédérale du 18 avril 1999, article 12 : « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine » et article 41 alinéa 2 « La Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage » qui est cependant modéré par l'alinéa 4 : « Aucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut être déduit directement des buts sociaux ». L'article 117 dispose que :

« 1 La Confédération légifère sur l'assurance-maladie et sur l'assurance-accidents.

2 Elle peut déclarer l'assurance-maladie et l'assurance-accidents obligatoires, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes ».

CHAPITRE 1 LES DIFFÉRENTS PAYEURS

968 Un auteur a proposé de classer les mécanismes de financement de la réparation du dommage en deux catégories selon que l'indemnisation est ou non conditionnée par un rattachement à un responsable ; dans le premier cas, il y a socialisation indirecte de la réparation (responsabilité des personnes morales, assurances de responsabilité) et dans le second cas, socialisation directe : sécurité sociale, assurance de dommage, et fonds de garantie¹⁷⁹². Les différentes personnes susceptibles d'assumer la charge de la réparation au moins à titre temporaire sont à peu près les mêmes en droit français et en droit suisse : les assurances sociales (Section 1), les fonds de garantie (Section 2), les assureurs privés (Section 3).

SECTION 1 LES ASSURANCES SOCIALES

969 Il nous est bien évidemment impossible d'exposer toutes les règles du droit de la sécurité sociale, comprise comme le corps de règles résultant des assurances obligatoires d'accident, de maladies, y compris les assurances professionnelles. Seules quelques règles doivent être exposées dans le cadre d'un travail portant sur le droit de la responsabilité civile en raison des relations qu'il entretient avec le droit de la sécurité sociale. Le droit de la responsabilité civile influe sur la mise en jeu des règles de l'assurance sociale ainsi que les règles des actions récursoires des caisses. Ces assurances résultent de la loi en France comme en Suisse.

970 En droit suisse, une réforme a eu lieu récemment. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales est entrée en vigueur le 1er janvier 2003¹⁷⁹³. Comme l'indique son article 1er, cette loi a pour but et objet de coordonner le droit fédéral des assurances sociales :

- a. en définissant les principes, les notions et les institutions du droit des assurances sociales ;*
- b. en fixant les normes d'une procédure uniforme et en réglant l'organisation judiciaire dans le domaine des assurances sociales ;*
- c. en harmonisant les prestations des assurances sociales ;*

¹⁷⁹²G. VINEY, thèse précitée, spéc. p. 5-6. F. LEDUC, Régime de la réparation (mai 2006), JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 201, n°2.

¹⁷⁹³Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS 830.1.

d. en réglant le droit de recours des assurances sociales envers les tiers ».

Les principales législations d'assurance sociale du droit suisse sont la loi fédérale sur l'assurance militaire (LAM), la loi fédérale sur l'assurance accident (LAA), la loi fédérale sur l'assurance invalidité (LAI), la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), la loi fédérale sur l'assurance maladie et accident (LAMA devenue LAMAL).

La LPGA pose des principes généraux qui s'appliquent aux différentes assurances sociales si celles-ci effectuent un renvoi exprès. L'article 2 LPGA dispose en effet :

« Les dispositions de la présente loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient ».

Ainsi, la LAM, dans son article premier prévoit que :

« 1 Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance militaire, à moins que la présente loi ne déroge expressément à la LPGA.

2 Elles ne s'appliquent pas au droit médical ni aux tarifs (art. 22 à 27) ».

Le droit positif suisse définit les conditions de mise à contribution des caisses d'assurance sociale (§.1) puis les actions récursoires qu'elles peuvent exercer (§.2).

§.1 L'INTERVENTION DE L'ASSURANCE

971 La qualité d'assuré s'acquiert soit par l'activité professionnelle, soit par le rattachement à un assuré à titre professionnel. Le dommage couvert par l'assurance sociale est en droit suisse toutes conséquences économiques d'accident, de lésions corporelles assimilées à un accident et de maladies professionnelles susceptibles d'atteindre les assurés.

Nous faisons entrer dans le cadre de nos développements la notion de maladie professionnelle car celle-ci est définie comme la résultante d'une exposition à des substances nocives, fait qui autrement justifierait une responsabilité pour risque. Il y a coexistence des règles de responsabilité pour faute et de responsabilité pour risque.

972 L'article 69 LPGA interdit la surindemnisation, définie comme le cumul de de prestations ayant la même nature et le même but à raison du même événement dommageable. L'alinéa 2 précise que *« il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenus subis par les proches ».* La LPGA prévoit la réduction temporaire ou définitive, le cas échéant le refus des prestations lorsque l'assuré a

aggravé le risque, en a provoqué intentionnellement la réalisation ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit¹⁷⁹⁴. La règle peut être tempérée par certaines dispositions spéciales telle l'article 65 LAM¹⁷⁹⁵.

973 En droit suisse, la victime qui se cause un dommage en participant à une entreprise téméraire n'est pas admise au bénéfice des prestations des assurances sociales¹⁷⁹⁶. Cette exclusion résulte de l'article 39 LAA et de l'article 50 OLAA. Le Tribunal fédéral distingue les entreprises téméraires absolues des entreprises téméraires relatives. Ainsi le fait de voler en deltaplane n'est pas en soi une entreprise téméraire, mais le devient lorsque le vol est effectué en violation de toutes les prescriptions applicables. On trouve une règle similaire en droit français où l'article L. 375-1 du Code de la sécurité sociale dispose que « *ne donnent lieu à aucune prestation en argent les maladies, blessures ou infirmités résultant de la faute intentionnelle de l'assuré* ».

974 En droit suisse des assurances sociales, un autre élément est susceptible de réduire le droit à indemnisation de la victime : celle-ci à l'obligation de se comporter de façon à réduire le préjudice¹⁷⁹⁷. En droit français, le lien n'est que rarement fait en doctrine entre l'étendue de l'obligation à réparation déterminée au regard du comportement de la victime, et la couverture assumée par les différents mécanismes de socialisation du dommage¹⁷⁹⁸. Pourtant, en pratique, ce sont fréquemment les assureurs ou les garants qui contestent

¹⁷⁹⁴ LPGA, article 21, al. 1er : « 1 Si l'assuré a aggravé le risque assuré ou en a provoqué la réalisation intentionnellement ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit, les prestations en espèces peuvent être temporairement ou définitivement réduites ou, dans les cas particulièrement graves, refusées.

2 Les prestations en espèces dues aux proches ou aux survivants de l'assuré ne sont réduites ou refusées que si ceux-ci ont provoqué la réalisation du risque intentionnellement ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit ».

¹⁷⁹⁵ LAM, article 65 Réduction en cas d'affection causée intentionnellement par l'assuré : « En cas de réduction des prestations selon l'art. 21, al. 1, LPGA, l'indemnité journalière ainsi que les rentes d'invalidité et de survivants ne peuvent être réduites, en dérogation à l'art. 21, al. 1 à 3, LPGA, que d'un tiers au maximum lorsque et aussi longtemps que le conjoint ou les enfants ont droit à l'entretien ».

¹⁷⁹⁶ ATF 112 V 297.

¹⁷⁹⁷ J.-L. DUC, op. cit. (p. 28), p. 109-111.

¹⁷⁹⁸ L. L. MAYAUX, Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances, op. cit. (p. 200), J. J. KULLMANN, Minimiser son dommage, op. cit. (p. 200).

l'étendue de leur obligation : assurance automobile¹⁷⁹⁹, EFS¹⁸⁰⁰, CIVI et donc Fonds de garantie¹⁸⁰¹. En droit suisse, l'article 21 LPGA dont les dispositions prévoient différents cas de réduction ou de suppression des prestations sociales dispose en son alinéa 4 :

« Les prestations peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement si l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain. Une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable doit lui avoir été adressée. Les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés ».

Ce principe général est également prévu dans diverses dispositions spéciales, éventuellement pour en limiter les effets comme l'article 65 LAM.

975 En l'absence de règle légale, le Tribunal fédéral estime que l'obligation de minimiser le dommage découle d'un principe essentiel du droit des assurances¹⁸⁰² et du droit de la responsabilité civile¹⁸⁰³.

¹⁷⁹⁹Cass. civ. 2e, 19 mars 1997, n°93-10914, Bull. n°86 ; J. HAUSER, Du respect du corps humain, RTDciv. 1997 p. 632 ; P. JOURDAIN, Quelle est l'incidence du refus, par la victime, d'une intervention chirurgicale sur l'indemnisation de son dommage ? RTDciv. 1997 p. 675. La victime d'un accident de la circulation se voyait reprocher son refus de soin pour réduire la réparation, ce qu'avait rejeté la Cour d'appel, énergiquement approuvée par la Cour de cassation au visa de l'article 16-3 du Code civil au motif que nul ne peut être contraint hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale.

Cass. civ. 2e, 19 juin 2003, n°01-13289, Bull. 203, p. 171 ; M.-A. AGARD, Ne t'aide pas, le ciel t'aidera quand même !, RCEA. 2004, chron. 2, p. 6-7 ; J.-L. AUBERT, La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? RJDA. 2004/4, p. 355 -359 ; C. CASTETS-RENARD, La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, JCP. EG. 2003. II. 10170 ; F. CHABAS, Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, Droit et Patrimoine 2003 n°120, p. 83 ; J.-P. CHAZAL, « L'ultra-indemnisation » : une réparation au-delà des préjudices directs, D. 2003 p. 2326 ; Y. DAGORNE-LABBE, Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice ? LPA, 31 décembre 2003, n°261, p. 17 et s. ; P. JOURDAIN, La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage, obs. RTDciv. 2003, p. 716-720 ; J. LANDEL, note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, RGDA. 2003, p. 504 et s. ; D. MAZEAUD, La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage, D. 2004 p. 1346 ; S. REIFEGERSTE, La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage, LPA. 2003, n°208, p. 16 ; E. ROSENFELD & Chr. BOUCHEZ, note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, GP. du 8 octobre 2003, n°281, p. 9-13 ; obs. G. VINEY, JCP. EG. 2004. I. 101, n° 9.

¹⁸⁰⁰Cass. civ. 1re, 3 mai 2006, n°05-10411, n°214 p. 188 ; M. BACACHE, Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 3 mai 2006, Monsieur X. contre Établissement français du sang (EFS), GP. 8 décembre 2006, n°342, p. 39-43 ; S. CARVAL, Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 3 mai 2006, pourvoi numéro 05-10.411 RDC. 2006/4, p. 1228-1230 ; I. GALLMEISTER, Hépatite C : le refus de traitement n'entraîne pas de conséquences quant à l'indemnisation, D. 2006, p. 1403 ; P. HENNION-JACQUET, RDSS. 2006 p. 745 ; P. JOURDAIN, Préjudice spécifique de contamination de victimes contaminées par le VHC et incidence du refus de traitement, RTDciv. 2006, p. 562 ; C. KLEITZ, Indemnisation en cas de refus du traitement préconisé, RLDC. 2006, n°29, p. 28-29.

¹⁸⁰¹Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, Bull. n°26 ; A. BOYER, Mitigation ou la victime soumise à "la question", Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 22 janvier 2009, pourvoi numéro 07-20.878 et pourvoi numéro 08-10.392, GP. 10 juillet 2009, n°191-192, p. 6-9 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, Evaluation du préjudice économique consécutif à l'arrêt de travail d'un restaurateur, RCEA. 2009/4, p. 14-16 ; R. LOIR, La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ? D.2009, p. 1114-1117 ; S. SALEH & J. SPINELLI, Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 22 janvier 2009, Monsieur X contre Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions et CPAM de la Haute-Garonne, GP. 25 mars 2009, n°84-85, p. 10-17.

¹⁸⁰²J.-L. DUC, op. cit. (p. 28).

¹⁸⁰³ATF 130 III 182, cons. 5.5.1, p. 189 : en l'espèce, un voyageur devait répondre de plein droit du préjudice résultant en grande partie de la faute du voyageur qui avait rempli sa valise d'objets de valeur ; le Tribunal fédéral

Dans une affaire récente, une personne qui travaillait comme aide de cuisine s'était blessée à la cheville, et faute de s'être soignée selon les directives du médecin qui prescrivait une intervention chirurgicale, la victime avait fait une chute qui l'avait rendue invalide à 100%. L'assurance ayant appris le refus de soin avait décidé de ne pas verser les indemnités journalières correspondant à la situation de la victime après le refus de soin. La limite de cette obligation résulte du caractère raisonnable des mesures en cause¹⁸⁰⁴.

Lorsque les assurances sociales ont pris en charge les conséquences du fait dommageable, elles peuvent le cas échéant exercer une action récursoire contre le responsable.

§.2 LES ACTIONS RÉCURSOIRES DES CAISSES

976 En principe, ces recours obéissent aux règles du droit commun même s'ils sont prévus par un texte spécial. Cependant, la nécessité d'assurer des recours efficaces a conduit le législateur français à légiférer sur la question de l'action récursoire des caisses alors que le droit commun est encore aujourd'hui fondé sur l'action récursoire prétorienne. En droit français, les tiers payeurs disposent d'une action subrogatoire par détermination de la loi contre la personne tenue à réparation, ou son assureur, pour les prestations légales versées à la victime. Le tiers payeur qui a indemnisé la victime a une action subrogatoire contre le civilement responsable en vertu de l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale.

977 En droit suisse l'article 72 LPGA dispose que « Dès la survenance de l'événement dommageable, l'assureur est subrogé, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable ».

En droit français, tant que le responsable est condamné à l'entière réparation, point de souci. En revanche, lorsque la faute de la victime conduit à un partage de responsabilité, le recours du tiers payeur s'exerce sur la totalité de ce que le responsable est condamné à payer. Une réforme récente a modifié la législation sur ce point, mais nous exposerons brièvement l'évolution des règles de droit car les règles du droit français mettent en lumière certaines qualités des règles du droit suisse.

978 Par un arrêt des Chambres réunies du 27 avril 1959¹⁸⁰⁵, la Cour de cassation décide

constate que la loi est muette sur ce point mais que retenir exclusivement la responsabilité de l'organisateur de voyage sans tenir compte de la faute de la victime pour réduire les dommages-intérêts est en contradiction avec les principes du droit suisse. V. aussi, TF. 26 juin 2006, n°4C.83/2006, cons. 4. P. PICHONNAZ, le devoir du lésé de diminuer son dommage, in La fixation de l'indemnité, colloque de l'université de Fribourg, Berne 2004, p. 120 et s.

¹⁸⁰⁴ ATF 105 V 176.

¹⁸⁰⁵ JCP. 1959. II. 11176.

que le recours des caisses comprend tous les chefs de préjudice, sans exception aucune. Comme l'indique un auteur de l'époque, cette solution respecte le principe selon lequel le partage de responsabilité ne doit pas porter préjudice aux droits du tiers payeur¹⁸⁰⁶. Le texte établissant le recours subrogatoire, l'article L. 397 CSS de l'époque, ne prévoyait pas que l'assiette du recours soit limitée à certains préjudices. Par conséquent, les préjudices de la victime tel que le *præitium doloris* et le préjudice esthétique étaient des droits de créance qui n'étaient pas parmi les droits exclus de l'assiette de l'action oblique par l'article 1166 du Code civil.

Désormais, à l'issue de la réforme, le recours des tiers payeurs s'exerce poste par poste. Cela ne signifie pas pour autant que la victime puisse ainsi obtenir la complète indemnisation de son dommage en cas de partage de responsabilité, contrairement au droit suisse, qui consacre depuis longtemps le principe du recours poste par poste et le droit préférentiel de la victime.

La subrogation légale « suppose que l'assureur social couvre, par ses prestations, un dommage similaire aux prétentions en responsabilité que peut faire valoir le lésé » ; le Tribunal fédéral indique qu'il faut qu'il existe non seulement une concordance au niveau de l'événement dommageable, mais aussi une concordance temporelle et matérielle entre les prestations versées et le dommage dont doit répondre le responsable ou son assureur¹⁸⁰⁷. La concordance résulte de ce que la prestation sociale et l'indemnité due par le civilement responsable ont d'un point de vue économique, une nature et une fonction correspondante¹⁸⁰⁸.

979 Le droit suisse a admis depuis longtemps le droit préférentiel de la victime, d'abord en application du principe du droit de la subrogation, *Nemo contra se subrogasse censetur* qui interdit au subrogé de venir en concours avec le subrogeant tant que celui-ci n'a pas été intégralement désintéressé. Le principe a ensuite été expressément posé par l'article 88 LCR, en matière de responsabilité automobile, dont le Tribunal fédéral a ensuite affirmé la portée générale, c'est-à-dire qu'il s'appliquait à toute assurance, quelle qu'elle soit¹⁸⁰⁹. Le principe a ensuite été repris dans les diverses lois traitant des assurances sociales¹⁸¹⁰. Aujourd'hui, l'article 73 LPGa dispose de façon générale que « L'assureur n'est subrogé aux droits de l'assuré et de ses survivants que dans la mesure où les prestations qu'il alloue jointes à la réparation due pour la même période par

¹⁸⁰⁶V. AMZALAC, La sauvegarde par les juridictions pénales des droits des caisses de sécurité sociale, non parties au procès, lorsque l'infraction n'est pas liée à un accident du travail ou de trajet, JCP. EG. 1969. I. 2289bis.

¹⁸⁰⁷ATF 131 III 360, cons. 7.2, p. 367.

¹⁸⁰⁸ATF 126 III 41, cons. 2, ATF 131 III 360, cons. 7.2 et 73, p. 367 et s.

¹⁸⁰⁹P. TERCIER, article précité supra p. 25, note 62, spéc. p. 221.

¹⁸¹⁰REAP p. 186.

le tiers responsable, excèdent le dommage causé par celui-ci ».

980 Comme le relève M. le professeur P. TERCIER, le principe du droit préférentiel du lésé signifie que « *une assurance, quelle qu'elle soit, ne peut exercer son droit de recours que pour la part qui dépasse le montant total du préjudice subi par la victime. ... si les prestations de responsabilité civile sont réduites en raison d'une faute concomitante, la part correspondante sera supportée par l'assureur qui ne pourra recourir pour le solde* »¹⁸¹¹. Contrairement au juge français, qui dès l'origine a préféré épargner les finances des organismes d'assurance au détriment de la victime, le législateur suisse affirme qu'« *il importe d'abord que celle-ci soit entièrement indemnisée* »¹⁸¹².

981 Le droit préférentiel du lésé est le pendant du pouvoir du juge de réduire la réparation lorsque le fait de la victime a contribué à causer le dommage. Ainsi, lorsque la prédisposition constitutionnelle a été prise en compte pour fonder la réduction de la réparation mise à la charge de l'auteur du dommage conformément à l'article 44 COS, ou lorsque l'assureur de responsabilité civile du responsable insolvable a prévu un plafond de garantie qui ne permet pas de couvrir l'intégralité du dommage. Le droit préférentiel du lésé joue également lorsque son droit à prestation sociale a été réduit du fait d'une franchise et que son droit à réparation a été réduit en raison de sa faute.

Le Tribunal fédéral indique que le « *Privilege du droit de préférence doit garantir la victime pour la part du dommage qui n'est pas couverte* »¹⁸¹³. Il s'exerce dans la limite du dommage subi car le droit de préférence ne doit pas avoir pour effet d'enrichir la victime. La surindemnisation se définit comme le dépassement du montant total du dommage résultant de la concordance personnelle, temporelle et matérielle de différentes prestations servies par des tiers au titre du même événement dommageable et pour lesquelles il faut prévoir les actions subrogatoire et récursoire. Le dommage total qui constitue la limite au-delà de laquelle il y aura surindemnisation et qui définit l'objet du droit préférentiel du lésé est celui qui résulte de l'évaluation qui en est faite, avant que le juge ne modère la réparation sur le fondement de l'article 44 COS.

Les assurances sociales ne sont pas les seuls tiers payeur susceptibles d'indemniser la victime.

¹⁸¹¹P. TERCIER, op. cit.

¹⁸¹²P. TERCIER, op. cit.

¹⁸¹³ATF 131 III 12, p. 16 cons. 7.1: « *Das Privileg des Quotenvorrechts soll die geschädigte Person vor ungedecktem Schaden bewahren* ».

SECTION 2 LES FONDS DE GARANTIE

982 A l'origine, plutôt que des fonds de garantie, il n'y a qu'un fonds de garantie, créé en droit français comme en droit suisse, pour permettre l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation dont le responsable est inconnu ou non assuré et insolvable¹⁸¹⁴. La technique du fonds de garantie n'est-elle employée en Suisse qu'en matière d'assurance automobile, tandis que le législateur français y a recouru à de nombreuses reprises : automobile, chasse, amiante, risque technologique, accidents médicaux, victimes d'infraction¹⁸¹⁵. Le fonds de garantie automobile a été créé en France par la loi no 51-1508 du 31 décembre 1951. Dans la mesure où il couvrait le défaut d'assurance ou de débiteur solvable, le fonds de garantie a conservé son utilité après l'instauration, par la loi du 28 février 1958, de l'assurance obligatoire de responsabilité automobile. Au sein même des fonds de garantie, on pourrait distinguer ceux qui visent à l'indemnisation des préjudices corporels de ceux qui concernent d'autres dommages¹⁸¹⁶. Toutefois, cette distinction complique l'exposé des règles relatives aux fonds de garantie dans la mesure où certains indemnisent aussi les dommages aux biens (par ex. le FGAO, lequel n'est plus restreint aux seuls cas dans lesquels le dommage aux biens s'accompagnait également d'une atteinte à la personne¹⁸¹⁷). Aujourd'hui, en droit français, le fonds de garantie automobile est devenu le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage¹⁸¹⁸ et cohabite avec divers autres fonds.. En principe, lorsque le législateur instaure un régime de responsabilité pour risque, il organise également les conditions nécessaires pour assurer l'effectivité de l'indemnisation de la victime. Il peut prévoir une obligation d'assurance¹⁸¹⁹, question dont nous traiterons dans la section suivante. Il peut également prévoir un fonds de garantie. Il peut aussi arriver que le législateur, loin de vouloir assurer une meilleure indemnisation des victimes, ait seulement pour objectif de limiter leur réparation à un montant forfaitaire. Ainsi, s'agissant du préjudice des enfants nés handicapés, la voie du droit commun a été expressément fermée par le législateur, l'indemnisation devant être assurée par « la solidarité nationale », dont la manifestation se fait

¹⁸¹⁴L. MORLET, JCL Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 531 : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages. Introduction générale.

¹⁸¹⁵Ph. CASSON, Les fonds de garantie, LGDJ, Paris, 1999 ; G. COURTIEU & A. FAVRE ROCHEX, Fonds d'indemnisation et de garantie, LGDJ, Paris, 2003.

¹⁸¹⁶S. ABRAVANEL-JOLLY, Enc. Dalloz de droit civil, Fonds de garantie, n°1.

¹⁸¹⁷H. GROUDEL & L. MORLET, JCL Responsabilité civile et Assurances. Fasc. 532 : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages. – Accidents de la circulation, n°33 et 34. B. RAJOT, JCL Resp., fasc. 533 : Fonds de garantie divers, n°8 et s.

¹⁸¹⁸H. GROUDEL & L. MORLET, JCL Responsabilité civile et Assurances. Fasc. 532 : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages. – Accidents de la circulation, op. cit. (p.474).

¹⁸¹⁹A l'origine, le législateur a d'abord recouru à des assurances obligatoires. La première en date semble être en droit français la loi du 6 juillet 1884 relative à l'indemnisation des ouvriers victimes d'accident. En droit suisse,

encore attendre aujourd'hui. Le procédé n'est pas nouveau. S'agissant des préjudices résultant de la contamination à l'issue d'une transfusion, le régime d'indemnisation par le Fonds de garantie prévu par la loi du 31 décembre 1991 et son décret d'application du 26 février 1996 ne permettaient qu'une réparation partielle. La jurisprudence a donc admis que les victimes pouvaient saisir les juridictions sur le fondement du droit commun pour obtenir une réparation intégrale du leur dommage¹⁸²⁰. Dans les affaires dites « *Perruche* », la France a été condamnée par la CEDH car l'adoption d'une loi applicable aux procédures en cours n'avait pas pour but l'intérêt général mais la protection des intérêts des assureurs. Le principe de la loi n'a cependant pas été condamné par la Cour.

983 Le législateur a-t-il le droit de discriminer ainsi entre les victimes, certaines obtenant la réparation de la totalité de leur préjudice, d'autres n'étant indemnisées que partiellement sur une base forfaitaire ? Pour répondre à cette question, il faudrait trancher celle de savoir s'il faut conférer un caractère impératif à la responsabilité civile, laquelle jouerait le rôle de plancher d'indemnisation.

La création d'un fonds de garantie est souvent en relation avec la mise en place d'un régime de responsabilité objective, dont la mise en jeu suppose la réunion de conditions strictes, parmi lesquels la désignation d'un responsable. Ainsi, le chef d'entreprise a été rendu responsable des accidents du travail subis par ses ouvriers, dommages pris en charge en premier lieu par une caisse de solidarité financé par une taxe pesant sur tous les industriels. La responsabilité de plein droit de l'employeur pour les dommages subis par ses employés a été établie en droit français par une loi du 9 avril 1898, suivant en cela l'exemple de l'Allemagne¹⁸²¹. La loi française prévoyait également un fonds de garantie « *alimenté par des centimes additionnels ajoutés à la patente des industriels assujettis* ». Le fonds garantit le paiement des sommes dues au titre de la réparation des accidents du travail, lorsque le patron ou son assureur ne s'exécute pas. Le fonds exerce ensuite un recours contre les débiteurs pour les sommes versées (articles 24, 25 et 26 de la loi). Le fonds n'était donc que débiteur subsidiaire, pour les indemnités échues et non réglées, et a vocation à se retourner contre le débiteur véritable. Cette loi illustre les questions que posent tous les fonds de garantie : conditions de saisine particulières, délais de prescription particuliers¹⁸²², conditions d'action récursoire

¹⁸²⁰Cass. civ. 1re, 9 juillet 1996, n°93-20412 et 93-19160.

¹⁸²¹Loi du 6 juillet 1884 ; cette loi présente la particularité de mettre la réparation à la charge, non de l'employeur, mais de la collectivité des industriels. Ainsi, le répertoire général alphabétique du droit français de 1903, tome 32, p. 1021, indique que « *Par une conception hardie, qui a donné lieu à des controverses économiques sans fin, les industriels sont réunis en mutualités, en corporations obligatoires, et c'est à ces institutions qu'il appartient d'indemniser la victime ou ses représentants* ».

¹⁸²²En l'espèce, délai de prescription d'un an à compter du jour de l'accident, ou de la clôture de l'enquête du

différente du droit commun. En France, les fonds de garantie se sont multipliés. S'ils présentent des caractères communs, les règles qui les régissent diffèrent souvent, ce qui présente un inconvénient au regard de l'exigence de clarté et de prévisibilité du droit.

984 Le projet de réforme suisse envisage certes des adaptations des règles relatives au contrat d'assurance, mais la question n'est pas abordée sous l'angle d'une coordination avec les fonds de garantie car ces risques sont garantis par des assurances obligatoires, telle l'assurance automobile. Cependant, les assureurs établissent des regroupements lorsqu'ils sont obligés de garantir l'indemnisation des victimes de la réalisation d'un risque donné en l'absence d'assuré connu ou à défaut d'assurance. Ainsi, le fonds national de garantie en matière d'assurances de responsabilité civile automobile joue le rôle de « *caisse supplétive* »¹⁸²³.

985 Nous ne retracerons pas ici l'historique de l'apparition des différents fonds de garantie, bien que cela permette de comprendre la juxtaposition de règles qui existe dans cette matière. Il nous semble en effet plus pertinent de tracer un état du droit actuel, ainsi que des réformes qui résulteront de fait des modifications des règles du droit de la responsabilité civile comme de celles des actions récursoires.

§.1 GÉNÉRALITÉS

986 Le fonds de garantie est créé par la loi pour indemniser, au titre de la solidarité nationale, les victimes qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre. En réalité, il n'existe pas un, mais des fonds de garantie, adossés à une assurance obligatoire dont ils assurent le relais en cas d'absence de débiteur solvable ou lorsqu'il est nécessaire d'assurer un paiement rapide. Certains auteurs revendiquent d'ailleurs la création d'un fonds unique, au lieu de multiplier les fonds spéciaux¹⁸²⁴. Dans nos sociétés, les victimes d'un dommage quelconque s'attendent à être indemnisées : le poids du risque de vie est considéré comme devant être réparti sur l'ensemble de la collectivité. On peut déplorer cette vision des choses, ou s'en féliciter. Mais ce débat relève du politique et non du juridique. Le droit s'attache quant à lui à dégager les règles et à élaborer les mécanismes propres à aboutir au résultat souhaité. Dans ce cadre, nous ne pouvons que constater le manque de cohérence des règles, qui conduit à des inégalités entre les victimes. Une présentation de la notion de fonds de garantie serait incomplète sans une liste de ceux qui existent actuellement.

juge de paix sur la cessation de paiement. Cette courte prescription est la contrepartie de la présomption de responsabilité qui pèse sur les patrons.

¹⁸²³J.L. DUC, op. cit. (p. 28), p. 73 et s.

¹⁸²⁴Ph. Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, op. cit. (p. 64), n°92 p. 94.

987 En droit français, le Fonds de garantie peut prendre en charge quatre grands groupes de risques, qui constituent autant de fonds de garantie. En premier lieu, le plus ancien, le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO), qui couvre les dommages résultant : des accidents de la circulation causés par des auteurs inconnus, non assurés ou par des animaux, (y compris les indemnités résultant de la 4^e directive européenne de responsabilité civile¹⁸²⁵), d'accidents de la circulation sur le sol (piétons, cyclistes, rollers), de la défaillance d'entreprises d'assurances obligatoires, d'une catastrophe technologique ou d'une activité minière ayant endommagé des immeubles. Le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) couvre les victimes d'actes de terrorisme et d'infractions pénales. Le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH) assure la réparation des dommages subis par les victimes de transfusions sanguines contaminés par le virus du SIDA. Enfin, le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) indemnise les victimes d'une exposition à l'amiante. Outre les fonds de garantie nationaux, les États membres de l'Union européenne ont établi un Fonds commun de garantie automobile.

Le fonds de garantie a vocation à indemniser des dommages qui ne peuvent pas l'être autrement.

§.2 L'IMPOSSIBILITÉ D'INDEMNISATION

988 Un fonds de garantie répond à la nécessité d'assurer une indemnisation qui est impossible par d'autres voies, ou bien qui ne serait pas aussi rapide, la victime ayant la possibilité de saisir le juge d'une demande de complément d'indemnisation lorsque son entier préjudice n'a pas été couvert par l'indemnisation forfaitaire servie par le fonds. L'impossibilité peut résulter de ce que l'assurance n'intervient pas : responsable inconnu, plafond de garantie dépassé par le montant des dommages, défaillance de l'entreprise d'assurance. Elle peut aussi résulter de ce que les faits générateurs du dommage sont par nature non assurables : terrorisme, infractions pénales volontaires. Elle peut enfin résulter de ce que l'on appelle un « *sinistre sériel* » pour désigner les hypothèses dans lesquelles une même cause impacte un grand nombre de victimes : sang contaminé, exposition à l'amiante, catastrophe écologique.

989 Le fonds de garantie n'a pas pour fonction d'assurer la même réparation que celle qui résulte des règles de la responsabilité civile. Celles-ci constituent, il est vrai, le point de

¹⁸²⁵ Directive européenne du 16 mai 2000, JOCE n°L 181, 20 juillet 2000, p. 65.

départ. Mais ensuite, une série de règles viennent modérer le *quantum* de l'indemnisation. Cette modération se justifie par le fait que le Fonds intervient au titre de la solidarité et non de l'égalité, il intervient *a minima*. Le fonds de garantie est le mode d'indemnisation choisie lorsqu'une abstention aurait pour effet de laisser la victime totalement démunie. Toutefois, il est des cas dans lesquels le législateur pose le principe de la réparation intégrale du préjudice. C'est le cas du régime d'indemnisation des victimes d'infractions posé par l'article 706-3 du CPP.

990 Le fonds de garantie est subsidiaire à deux titres.

D'une part les victimes sont en principe prises en charge par l'assurance privée ou l'assurance sociale ; le fonds n'a de raison d'être que s'il survient un risque qui n'était pas entré dans les prévisions statistiques et qui par conséquent n'a pu être assuré. Le fonds est donc créé par le législateur pour répondre à un besoin nouveau, qui ne peut pas encore être couvert par l'assurance.

D'autre part, en tant que payeur, le fonds de garantie intervient à titre subsidiaire, à défaut d'assurance privée, à défaut de responsable solvable, ou encore à défaut de paiement immédiat. Ainsi, le fonds n'est tenu de payer que les frais qui ne sont pas pris en charge par les autres tiers payeurs¹⁸²⁶. Ce caractère subsidiaire implique l'exercice d'actions récursoires contre le ou les assureurs, contre le ou les responsables. Ces actions se font selon les règles du droit commun.

991 La reconnaissance du dommage écologique nécessite, pour éviter que la collectivité ne supporte systématiquement le coût de ce type de dommage et encourage ainsi les auteurs à persister dans leurs comportements, la création d'un organe qui indemnise rapidement, évitant ainsi l'aggravation du dommage, et qui par ailleurs ait le poids nécessaire pour poursuivre les responsables, pour prévenir le dommage, et pour changer les règles du jeu international lorsqu'il s'avère qu'elles ne répondent pas aux impératifs écologiques.

992 Le fonds de garantie a en effet par nature un rôle accessoire de lobbyiste : il est le mieux à même décrire de les victimes, le dommage et les responsables afin de mener des opérations de prévention. En témoigne le fait que l'État charge le fonds de garantie de tâches de prévention comme la sensibilisation aux conséquences de la non assurance automobile.

993 L'unification des règles de l'action récursoire trouve évidemment à s'appliquer aux recours exercés par les Fonds. Une réflexion d'ensemble permettrait d'effectuer un

¹⁸²⁶Cass. civ. 2e, 5 juin 2008, n°07-12838, inédit.

arbitrage entre les différents payeurs afin de déterminer celui sur lequel la réparation devra finalement peser. À côté de l'indemnisation assumée par les pouvoirs publics par le biais des assurances sociales et les fonds de garantie, il existe les assureurs privés.

SECTION 3 LE CONTRAT D'ASSURANCE

994 On oppose souvent les assurances sociales aux assurances privées, les unes émanation de la puissance publique, les autres produits de l'accord des volontés. En réalité, le législateur s'est depuis longtemps soucié de ne pas abandonner le contenu du contrat d'assurance aux seules parties ; des règles impératives en balisent le contenu¹⁸²⁷. La législation applicable au contrat d'assurance peut réglementer la liberté de contracter, de choisir son contractant, de déterminer le contenu du contrat. Il existe en effet des obligations d'assurance, en relation le plus souvent avec une activité professionnelle. L'assureur peut également être contraint d'assurer une personne alors qu'il ne le souhaite pas (ex. l'assurance automobile : le bureau national désigne un assureur lorsqu'une personne le saisit à la suite d'un refus d'assurance). Le contenu du contrat est également réglementé spécifiquement.

995 Le droit suisse des assurances a une longue histoire : issu de la loi sur le contrat d'assurance de 1908, il a inspiré le législateur français lors de l'élaboration de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, dite loi CAPITANT¹⁸²⁸. En 1976, le droit français des assurances été codifié¹⁸²⁹. Le droit suisse du contrat d'assurance résulte encore aujourd'hui de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance de 1908¹⁸³⁰, modifiée par la loi fédérale du 17 décembre 2004¹⁸³¹.

996 L'opération d'assurance comme le contrat d'assurance ne sont pas définis légalement, ni en droit français, ni en droit suisse¹⁸³². L'assurance est l' « opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime (ou cotisation), pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation (pécuniaire) par une autre partie, l'assureur (société d'assurance), qui prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la

¹⁸²⁷B. VIRET, Les limites de la liberté contractuelle en droit suisse du contrat d'assurance, RGAT. 1995, p. 509-518.

¹⁸²⁸RGAT. 1930. 739 ; D. 1931. IV. 1.

¹⁸²⁹A. BESSON, Le code des assurances, RGAT. 1976. 465.

¹⁸³⁰RS.221.229.1

¹⁸³¹RO. 2005. 5245, Message du Conseil fédéral du 9 mai 2003, FF. 2003. 3353

¹⁸³²V. BRULHART, Droit des assurances privées op. cit. (supra p. 463), p. 40, estime que l'explication d'une telle absence de définition de l'objet auquel la loi sur le contrat d'assurance s'applique réside dans l'idée que les juridictions sauront opérer les qualifications nécessaires.

statistique »¹⁸³³. Le contrat d'assurance se définit comme « un rapport juridique qui lie l'assureur et le souscripteur, lesquels se trouvent dans une relation prestation / contre-prestation définie par le contrat. Le preneur s'engage au paiement d'une prime à laquelle est subordonnée la prestation de l'assureur : celle-ci consiste dans une promesse de nature généralement pénuniaire en cas de réalisation d'un risque. Le contrat présente un caractère aléatoire en ce sens que la prestation de l'assureur dépend de l'avènement d'un événement futur incertain »¹⁸³⁴.

997 Le risque assuré peut être soit la mise en jeu de la responsabilité civile, on parlera alors d'assurance de responsabilité civile, soit la réalisation d'un dommage résultant d'une atteinte aux biens, on parlera alors d'assurances de dommage. Dans les deux cas, ces assurances sont indemnitaires, elles couvrent le préjudice réalisé, par opposition aux assurances forfaitaires dans lesquelles la réalisation de l'aléa conduit au versement d'un forfait.

998 Les assurances de personne, c'est-à-dire les assurances qui vont jouer en cas de réalisation d'événement affectant la personne même de l'assuré, sont des assurances forfaitaires. La prestation de l'assureur est préalablement et contractuellement fixée par le contrat, indépendamment du préjudice réellement subi par l'assuré. La victime conserve donc son droit d'action contre le responsable. La personne lésée peut se retourner contre son propre assureur de dommage, celui-ci se retournant à son tour contre le responsable ou son assureur. La personne lésée peut également agir directement contre l'assureur de responsabilité civile du responsable.

999 L'assurance est un moyen de réaliser l'effectivité des règles de la responsabilité par la garantie d'un débiteur solvable donnée au titulaire d'une créance d'indemnisation. Pour cette raison, les auteurs du projet de réforme suisse ont cherché à harmoniser les relations entre le mécanisme de la responsabilité civile et le mécanisme du contrat d'assurance. Le premier règle la question de la contribution à la dette tandis que le second s'occupe de l'obligation à la dette.

1000 En droit suisse, l'article 100 LCA renvoie aux dispositions du Code des obligations à titre subsidiaire. Par conséquent, l'article 19 COS s'applique¹⁸³⁵. Le principe de la liberté des conventions joue en matière de contrat d'assurance, à titre subsidiaire, lorsqu'aucune disposition de la LCA n'en dispose autrement¹⁸³⁶. En droit français, La relation entre assurances

¹⁸³³G. CORNU, Vocabulaire juridique, op. cit. (32).

¹⁸³⁴V. BRULHART, Droit des assurances privées op. cit. (supra p. 463), p. 40, n°87.

¹⁸³⁵Article 19 COS al. 1er : « L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi ».

¹⁸³⁶V. BRULHART, Droit des assurances privées, ib., p. 118, n°260.

et effectivité de la responsabilité civile est telle que le législateur a édicté des obligations d'assurance et que les clauses du contrat d'assurance sont réglementées.

§.1 L'OBLIGATION D'ASSURANCE

1001 L'obligation d'assurance porte atteinte au principe de la liberté contractuelle puisque le souscripteur n'a pas le choix, il doit s'assurer. Toutefois en droit suisse, l'assureur n'est pas tenu d'une obligation de contracter, qui pèse sur le seul souscripteur¹⁸³⁷. L'exemple le plus courant est l'obligation d'assurance des conducteurs de véhicule terrestre à moteur. Actuellement en droit français, on dénombre 102 obligations d'assurance. Même lors de la codification du droit des assurances français, il n'a pas été possible de recenser l'ensemble des assurances obligatoires¹⁸³⁸. En droit français, l'obligation d'assurance est le plus souvent la résultante d'une loi édictant une responsabilité objective aggravée.

A L'édition de l'obligation d'assurance

1002 Un auteur indique que certaines des obligations d'assurance existant en droit français ne résultent pas directement d'un texte de loi¹⁸³⁹. Or en droit suisse comme en droit français, l'édition d'une obligation d'assurance relève de la compétence législative. L'intérêt de la question de savoir à qui ressortit la compétence d'édition d'une obligation d'assurance apparaît dans le cadre de la réflexion du projet de réforme sur la nécessité de garantir, et donc d'assurer, l'indemnisation des dommages résultant d'activités spécifiquement dangereuses. Comme le relève un auteur suisse, « *l'institution de la responsabilité objective aggravée serait tout simplement illusoire en pratique si elle n'était pas assortie, pour celui qui doit l'assumer, de l'obligation de s'assurer* »¹⁸⁴⁰. L'intérêt du projet de réforme suisse résulte de son appréhension globale du droit de la responsabilité civile, envisageant tant les conditions juridiques qu'économiques nécessaires à l'indemnisation effective de la victime. Les questions relatives à l'obligation d'assurance sont d'abord de savoir qui peut l'édicter et de quelle façon (1.), ensuite de savoir quelles sont les conséquences actuelles sur le droit de la responsabilité civile (2.).

¹⁸³⁷V. BRULHART, Droit des assurances privées op. cit. (supra p. 463), p. 119, n°262 : cette liberté de l'assureur de ne pas contracter existe même en matière d'assurance automobile.

¹⁸³⁸A. BESSON, Le code des assurances, RGAT. 1976. 465, p. 478 et s.

¹⁸³⁹A. BESSON, ib. , p. 478 et s.

¹⁸⁴⁰F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), p. 231, n°916.

1. La compétence législative de principe

1003 En droit français, la question de la répartition des compétences législative et réglementaire s'agissant de l'édition d'obligations d'assurance a été expressément posée au Conseil d'État¹⁸⁴¹. Auparavant, le juge administratif s'était déjà prononcé sur la question dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, décidant que l'édition d'une obligation d'assurance relevait de la compétence du législateur¹⁸⁴².

En 1994, le Conseil affirme dans son avis, au visa de l'article 34 de la Constitution, que l'édition d'une obligation d'assurance relève de la compétence législative : *« par sa nature, une obligation d'assurance met directement en cause l'un des principes fondamentaux des obligations civiles, qui est l'autonomie de la volonté de contractants »*.

1004 En droit suisse, la Constitution attribue la compétence législative au parlement, appelé Assemblée fédérale, dont les deux chambres, le Conseil national et le Conseil des États ont les mêmes pouvoirs (article 148). Le pouvoir exécutif appartient au Conseil fédéral (article 174). L'article 164 alinéa 1er, c) de la constitution exige la forme d'une loi pour édicter des règles de droit relatives aux droits et obligations des personnes. L'alinéa 2 de l'article 164 permet cependant à l'Assemblée fédérale de déléguer cette compétence sauf règle constitutionnelle contraire.

La loi sur la protection de l'environnement donne un exemple de délégation législative au pouvoir exécutif afin d'édicter une obligation d'assurance pour garantir le paiement des conséquences d'une responsabilité objective aggravée. L'article 59b LPE dispose

« Garantie. Afin de protéger la partie lésée, le Conseil fédéral peut :

a. obliger les détenteurs de certaines entreprises ou installations ainsi que les personnes soumises au régime de la notification ou de l'autorisation qui utilisent des organismes pathogènes à fournir des garanties, sous la forme d'une assurance ou d'une autre manière, pour couvrir leur responsabilité civile ».

1005 En droit français, le Conseil d'État a défini les conditions dans lesquelles le législateur peut habilitier l'administration à subordonner l'autorisation d'exercice d'une activité à la souscription d'une assurance. En principe, le législateur peut donc habilitier l'exécutif à édicter des obligations d'assurance.

Toutefois, il a précisé que l'autorité administrative est en droit d'imposer elle-même une assurance obligatoire quand diverses conditions sont réunies. Il faut tout d'abord qu'elle

¹⁸⁴¹ Avis du Conseil d'État, section de l'Intérieur, du 24 février 1994, RGAT.1995, p. 215-216.

¹⁸⁴² Par conséquent, est illégale l'obligation d'assurance édictée par le Conseil national de l'ordre des médecins, CE 14 février 1969, n°71.978, Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe, Lebon p. 96.

ait reçu du législateur le pouvoir de « *fixer les conditions d'exercice d'une profession ou d'une activité* ». Il faut ensuite que cette profession ou cette activité soit « *soumise à autorisation, à agrément ou à nomination par cette autorité* » administrative. Enfin, il faut que « *la nature de la profession ou de l'activité l'exige* ». Le juge de l'excès de pouvoir contrôle ces conditions. Si elles ne sont pas remplies, le gouvernement peut, à tout moment, abroger le texte instituant l'obligation d'assurance, de sa propre initiative. Il est même tenu de procéder à cette abrogation s'il est saisi d'une demande en ce sens. À l'occasion d'un litige relatif à l'application d'un tel texte, une exception d'illégalité peut être soulevée.

Le Conseil d'État a indiqué que ces principes sont applicables aux textes réglementaires qui ont institué une obligation d'assurance avant comme après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Néanmoins, les textes édictés antérieurement à cette date peuvent être modifiés ou abrogés par des textes de niveau identique si les dispositions législatives leur servant de fondement sont demeurés en vigueur.

Enfin, le Conseil d'État a mis en application l'avis qu'il avait rendu en 1994. Il a reconnu la légalité des actes par lesquels une autorité administrative impose une obligation d'assurance sans y être formellement invitée par une loi. Pour cela, il faut en premier lieu que la loi donne à cette autorité compétence pour fixer les conditions d'exercice d'une profession ou d'une activité soumise à autorisation ou à agrément ; il faut, en second lieu, que la nature de la profession ou de l'activité exige que l'obligation d'assurance figure parmi ces conditions. Ces circonstances relèvent du contrôle du juge de l'excès de pouvoir. En conséquence, il a été jugé qu'est légal l'arrêté ministériel qui a étendu aux dommages subis par les receveurs, l'obligation d'assurance du risque de responsabilité civile des centres de transfusion sanguine, alors que la loi ne mentionnait que les donneurs.

1006 En droit suisse, l'article 164 alinéa 1er, c) de la constitution exige la forme d'une loi pour édicter des règles de droit relatives aux droits et obligations des personnes. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 164 permet à l'Assemblée fédérale de déléguer cette compétence sauf règle constitutionnelle contraire. Ainsi, la loi sur la protection de l'environnement donne un exemple de délégation législative au pouvoir exécutif afin d'édicter une obligation d'assurance pour garantir le paiement des conséquences d'une responsabilité objective aggravée. L'article 59b LPE dispose :

« Garantie. Afin de protéger la partie lésée, le Conseil fédéral peut :

a. obliger les détenteurs de certaines entreprises ou installations ainsi que les personnes soumises au régime de la notification ou de l'autorisation qui utilisent des organismes pathogènes à fournir

des garanties, sous la forme d'une assurance ou d'une autre manière, pour couvrir leur responsabilité civile ».

La loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 prévoit en son article 48 que le gouvernement peut sous-déléguer à une administration la compétence d'édicter des règles de droit¹⁸⁴³.

2. Relation avec la responsabilité pour risque

1007 Dans le cadre de la préparation de la réforme suisse, la Commission d'études proposait également de donner au Conseil fédéral la possibilité d'assortir les activités qui requièrent une autorisation de droit fédéral (agrément) d'une obligation d'assurance. Cette possibilité existe déjà mais ponctuellement seulement : une loi établissant une responsabilité pour risque prévoit dans le même temps que l'administration pourra édicter une obligation d'assurance¹⁸⁴⁴. Le projet de réforme suisse est plus ambitieux.

1008 L'article 54g de l'AP dispose en effet que *« Lorsque, en vertu du droit fédéral, une activité est soumise à autorisation ou à surveillance, le Conseil fédéral peut en subordonner l'exercice à la conclusion d'une assurance de responsabilité civile ; il détermine les conditions de l'assurance et fixe le montant minimal de la couverture »*. Il s'agit de prévoir de façon générale que toute activité soumise à surveillance ou à autorisation en vertu de la loi permet au pouvoir réglementaire d'édicter une obligation d'assurance.

Cette disposition tire partie de la relation qui existe nécessairement entre le contrôle administratif exercé sur les activités réglementées, et leur possible dangerosité, permettant ainsi à l'exécutif de prendre des mesures préventives. Cette norme de droit fédéral fonde une délégation de compétence du pouvoir législatif détenu dans le système suisse par l'Assemblée fédérale, au profit de l'exécutif, le Conseil fédéral¹⁸⁴⁵.

S'il revient au législateur de déterminer quelles sont les activités soumises à autorisation ou à contrôle, l'édiction de l'obligation d'assurance revient au pouvoir exécutif. L'autorité d'exécution est en effet mieux à même d'apprécier la nécessité pratique d'une telle obligation au regard de la dangerosité de l'activité réglementée, sa faisabilité technique, et

¹⁸⁴³Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA), état au 1er janvier 2009, RS. 172.010, article 48 :

« Le Conseil fédéral peut déléguer aux départements la compétence d'édicter des règles de droit. Il prend en compte la portée de la norme envisagée.

La délégation de telles compétences aux groupements et aux offices n'est autorisée que si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale le permet ».

¹⁸⁴⁴V. par ex. l'article 59b LPE cité ci-dessus.

¹⁸⁴⁵Y. LE ROY & M.-B. SCHÖENENBERGER, Introduction générale au droit suisse, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, p. 48-49.

éventuellement les considérations sociales du moment qui la rendent nécessaire ou les considérations économiques relatives au marché de l'assurance qui conduiront plutôt à prévoir un fonds de garantie alimenté par la solidarité nationale plutôt que de mettre à contribution les assureurs. Cette norme est aussi à mettre en relation avec le principe général de responsabilité pour risque que propose d'instaurer le projet de réforme et qui permettra au juge confronté à un type de dommages nouveaux résultant de risques émergents d'accorder une réparation, à charge alors au pouvoir exécutif de réagir rapidement en édictant une obligation d'assurance pour permettre aux entreprises de faire face à leurs responsabilités.

1009 Outre les responsabilités pour risque créé par des activités soumises à autorisation administrative, certaines responsabilités de plein droit¹⁸⁴⁶ devraient également être assorties d'une obligation d'assurance. Laisser le choix aux éventuels responsables de s'assurer ou non conduit à admettre que certaines victimes ne pourront être indemnisées. Une illustration peut être donnée par l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 17 février 1997¹⁸⁴⁷ : à l'issue d'une collision entre un enfant de douze ans à bicyclette et la motocyclette de la victime, le père de l'enfant avait opposé son absence de faute de surveillance, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir affirmé que seule la faute de la victime ou la force majeure pouvait l'exonérer de la responsabilité de plein droit qui pesait sur lui. Or dans cette affaire, la garantie de l'assureur avait été suspendue pour non-paiement de la prime échue. Évidemment, la solution qui peut être employée en matière de responsabilité automobile consistant à confisquer la voiture cause du risque n'est pas transposable à la responsabilité parentale.

1010 Dans l'optique d'un projet de réforme de la responsabilité civile, il faudrait évaluer le nombre de cas dans lesquels le civilement responsable n'était pas couvert par une assurance de responsabilité civile, analyser le coût que cela aurait pu représenter pour un assureur, le poids économique que cela représente pour celui sur qui pèse la réparation. Ces données pourraient conduire à assortir certaines responsabilités objectives d'une obligation d'assurance. Il pourrait être envisageable d'aider certains assurés au financement de cette assurance lorsque la société a un intérêt prépondérant dans le risque assuré. Ainsi, dans le cas

¹⁸⁴⁶B. FOUSSAT, la solidarité et les assurances obligatoires, RGDA. 2002, p. 841.

¹⁸⁴⁷Cass. civ. 2e, 19 février 1997, n°94-21111, BERTRAND, Bull. n°56 ; F. ALT-MAES, La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur : JCP. 1998. EG. I. 1154 ; A. DORSNER-DOLIVET, Du nouveau dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, RDSS. 1997, p. 660 ; P. JOURDAIN, Responsabilité du fait des mineurs : le changement de cap de la Cour de cassation, D. 1997, p. 265 ; R. KESSOUS, avis sur Cass. civ. 2e, 19 février 1997, JCP. 1997. EG. II. 22848, note G. VINEY ; F. LEDUC, La responsabilité des père et mère : Changement de nature : RCEA. 1997, chron. 9 ; Ch. RADE, Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand) : D. 1997, chron. p. 279.

de la responsabilité des parents pour leur enfant, il serait envisageable de proposer une aide sur le modèle de ce qui existe pour l'assurance maladie. Ces dispositifs ne modifieraient pas fondamentalement la situation de la victime, mais permettraient de mieux répartir le poids de la réparation.

§.2 LE CONTENU IMPÉRATIF DU CONTRAT

1011 De la même façon qu'il a édicté des obligations d'assurance afin de garantir l'indemnisation des victimes, le législateur est intervenu pour fixer le contenu minimal du contrat d'assurance en général et de certains types de contrats d'assurance en particulier. En droit français, en matière de construction, le contrat d'assurance de responsabilité civile du constructeur ne peut faire échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en la matière¹⁸⁴⁸.

1012 Il est d'abord fixé négativement par le biais de la prohibition de certaines clauses. La jurisprudence tant suisse que française annule certaines stipulations en considération des circonstances. En droit suisse, l'article 41 al. 2 LCA « *frappe de nullité la clause portant que la prétention n'est échue qu'après avoir été reconnue par l'assureur ou constatée par un jugement définitif* ». Le contenu du contrat est ensuite déterminé positivement par le législateur qui indique les conséquences processuelles qui peuvent en résulter tel l'appel en garantie (A) et l'étendue de la garantie due (B). Le projet de réforme suisse comporte des propositions correspondant aux problématiques du droit suisse (C).

A L'appel en garantie

1013 D'abord discutée en doctrine et en jurisprudence françaises¹⁸⁴⁹, la possibilité pour l'assuré d'appeler en garantie l'assureur dans l'instance en responsabilité a été consacrée de façon générale par la loi. La Cour de cassation a ensuite admis que le coauteur et son assureur pouvaient appeler en garantie les autres responsables et leurs assureurs, sans qu'il soit besoin d'indemniser préalablement la victime¹⁸⁵⁰. L'appel en garantie se distingue en ceci

¹⁸⁴⁸Un exemple parmi d'autres, Cass. civ. 3e, 28 septembre 2005, n°04-14472, Bull. n°174 p. 160 : « *toute personne physique ou morale, dont la responsabilité peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du Code civil à propos des travaux du bâtiment, doit être couverte par une assurance ; que tout contrat d'assurance souscrit en vertu de cet article est, nonobstant toute clause contraire, réputé comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant à l'annexe 1 de l'article A 243-1 du Code des assurances ; qu'aucune stipulation du contrat ne peut avoir pour effet d'amoindrir, d'une manière quelconque, le contenu de ces garanties* » ; M.-L. PAGES-DE-VARENNE, Assurance de responsabilité décennale, RGDA, 2006, p. 142-144 ; M. PERIER, Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 28 septembre 2005, Consorts C. contre AXA France, pourvoi numéro 04-14.472, GP. 23 septembre 2006, n°265, p. 26-27.

¹⁸⁴⁹Par ex. Cass. civ. 5 décembre 1899, 1re espèce, DP. 1901. I. 457, note E. THALLER.

¹⁸⁵⁰Une partie assignée en justice est en droit d'en appeler une autre en garantie des condamnations qui

de l'action directe exercée après subrogation dans les droits de la victime. Pour admettre la recevabilité de l'appel en garantie, la jurisprudence se fonde sur les textes du droit commun de la procédure civile que sont les articles 433 et s.

1014 La question de l'action directe est traitée à part, parmi les actions qui permettent de coordonner les différents mécanismes afin d'assurer la réparation du préjudice¹⁸⁵¹.

B Les exclusions de garantie

1015 En droit français, l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances exclut de façon générale la garantie de la faute intentionnelle de l'assuré. Cette faute intentionnelle est appréciée de façon très sévère par les juges qui exigent que l'assuré ait « voulu non seulement l'action génératrice du dommage, mais encore la réalisation de ce dommage lui-même »¹⁸⁵². La même règle existe en droit suisse : l'article 14 LCA dispose que « l'assureur n'est pas lié si le sinistre a été causé intentionnellement par le preneur d'assurance ou l'ayant droit ». Ainsi, le Tribunal fédéral applique la règle selon laquelle la rente de conjoint survivant ne peut être allouée à l'époux meurtrier survivant, en se fondant à la fois sur les règles de l'assurance accident, mais également en référence à l'article 14 LCA¹⁸⁵³.

En droit suisse comme en droit français, l'assureur a également la possibilité de limiter ou d'exclure sa garantie, à condition que la clause d'exclusion soit précise et non équivoque. Les termes de la clause s'interprètent au regard du sens que leur donne un usage usuel ou pour reprendre la formule du Tribunal fédéral, « selon le sens que les mots employés ont ordinairement dans l'usage quotidien du langage »¹⁸⁵⁴. Ainsi, une clause excluant la garantie des dommages causés par

pourraient être prononcées contre elle, une telle action étant distincte de l'action directe prévue par le code des assurances. Cass. civ. 1re, 21 janvier 1997, n°94-19689, Bull. n°24 p. 14 ; A. FAVRE-ROCHEX, & B. CERVEAU, Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 21 janvier 1997, Société Legendre contre Le Continent et autres, GP. 17 septembre 1997, n°260, p. 21-22 ; L. MAYAUX, RGDA. 1997, p. 542.

Cass. com. 2 février 1999, n°96-17912, Bull. n°32 ; E. RUSCQUEC, Note sous l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 2 février 1999, Société Sovedi France contre Société des assurances générales de France (AGF) et autres, GP. 13 octobre 2000, n°287, p. 30.

Cass. civ. 3e, 28 février 2008, n°06-19415 et 06-19348, Bull. n°32 ; H. GROUTEL, Recevabilité de l'appel en garantie de l'assureur contre un autre responsable, RCEA. 2008/4, comm. 153 ; J.-P. KARILA & C. CHARBONNEAU, Note sous Cass. civ. 3e, 28 février 2008, RGDA. 2008, p. 520-523 ; M.-L. PAGES-DE-VARENNE, Distinction entre l'action directe et l'appel en garantie, Revue Construction-Urbanisme, 2008/4, p. 20.

¹⁸⁵¹V. les développements consacrés à l'action directe, p. 493 et s.

¹⁸⁵²Cass. civ. 1re, 10 décembre 1991, Bioret c/ Le Strat et a. RCEA.1992/1.12 : dans cette espèce, un mari pris de boisson avait poursuivi sa femme hors de chez lui et s'en était pris au premier passant venu à coups de couteau, la cour de cassation censure les juges du fond qui relèvent que l'assuré avait fait en sorte de s'enivrer alors qu'il connaissait l'humeur agressive résultant de son état alcoolique, ce qui conduisait à considérer comme intentionnelles les suites de ses actes.

¹⁸⁵³ATF 125 V 307, cons. 2c, spéc. p. 310 : une femme battue, croyant que son mari était décidé à la tuer a pris l'arme et tiré, sa demande de rente de veuve est rejetée.

¹⁸⁵⁴ATF 104 II 281, cons. 2

un abus de drogue ne peut s'appliquer à une maladie résultant du tabagisme, qui, bien qu'étant une dépendance, n'est pas compris comme un usage de drogue selon le sens commun¹⁸⁵⁵. En revanche, une agression au couteau entre dans le champ d'application de la clause d'exclusion de garantie en cas de bagarre¹⁸⁵⁶.

De la même façon, en droit français, l'article L. 113-1 alinéa 1er du Code des assurances subordonne la validité de l'exclusion de garantie à son caractère formel et limité. La Cour de cassation indique traditionnellement que « *les clauses d'exclusion doivent être formelles et limitées de façon à permettre à l'assuré de connaître exactement l'étendue de la garantie* »¹⁸⁵⁷. Ainsi, une clause d'exclusion de garantie en cas de « *maladies ou accidents occasionnés par l'alcoolisme ou par l'usage de stupéfiants hors de toute prescription médicale* » n'est pas limitée parce qu'elle vise tout un ensemble de maladies sans plus de précision¹⁸⁵⁸. De même, n'est pas limitée « *la clause d'une police d'assurance qui exclut les invalidités et les incapacités résultant de diverses affections du dos et, plus généralement, d' « autre mal de dos* »¹⁸⁵⁹.

1016 En droit suisse, indépendamment des exclusions de garantie résultant de la loi ou du contrat, une autre limite vient exclure l'obligation à garantie de l'assureur. La victime a en effet l'obligation de tout faire pour minimiser son dommage¹⁸⁶⁰ ou selon la terminologie employée par la LCA, la victime a une obligation de sauvetage¹⁸⁶¹. Cette exclusion est également prévue en droit des assurances sociales¹⁸⁶². L'article 61 LCA pose un principe général qui vaut pour l'ensemble du droit des assurances privées :

« 1 Lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage. S'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer.

2 Si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie ».

¹⁸⁵⁵ ATF 116 II 189, cons. 2, obs. O. GUILLOD & Ph. SCHWEIZER, chronique de droit suisse, RTDciv.1992, p. 218-219, n°10.

¹⁸⁵⁶ ATF 104 II 281, cons. 3 et 4.

¹⁸⁵⁷ V. pour un exemple, Cass. civ. 2e, 18 janvier 2006, n°04-17872, Bull. n°16. Cass. civ. 2e, 2 avril 2009, n°08-12587 : la clause excluant de la garantie les troubles psychiques sans autre précision n'est pas limitée.

¹⁸⁵⁸ Même arrêt.

¹⁸⁵⁹ Cass. civ. 2e, 18 janvier 2006, n°04-17279, Bull. n°17.

¹⁸⁶⁰ J.-L. DUC, op. cit. (p. 28), spéc. p. 109-111.

¹⁸⁶¹ V. BRULHART, Droit des assurances privées, op. cit. (supra p. 463), p. 275, n°600 et s.

¹⁸⁶² V. supra, p. 469, §. 974.

C Propositions du projet de réforme

1017 Parmi les questions envisagées au titre des relations entre responsabilité civile et assurance privée, les auteurs du projet de réforme ont envisagé d'harmoniser des mécanismes qui relèvent davantage des mécanismes généraux de coordination, tel le recours de l'assureur subrogé dans les droits de la victime indemnisée, l'action directe et le droit préférentiel de la victime dans le cadre du recours subrogatoire. Ces questions sont traitées plus loin ¹⁸⁶³. En revanche, une disposition procédurale concerne réellement la seule mise en œuvre du contrat d'assurance privée.

1018 Le projet de réforme suisse prévoit une disposition relative à la répartition de l'indemnisation en cas de pluralité de victimes et de couverture d'assurance insuffisante. En droit français, le terme employé aurait été plutôt celui de sous-assurance. Toutefois, en droit français, ce terme désigne à la fois le cas dans lequel la couverture d'assurance ne couvre pas la totalité du dommage et le cas dans lequel le souscripteur d'une assurance obligatoire ne s'assure pas suffisamment en violation de son obligation de couverture. La terminologie du projet de réforme suisse présente l'avantage d'être univoque.

1019 Les auteurs du projet de réforme semblent avoir tirés leur inspiration des textes spéciaux existant actuellement en droit positif suisse, les articles 66 LCR¹⁸⁶⁴ et 38 LITC¹⁸⁶⁵, textes qui tous deux envisagent le cas de la pluralité de victimes. Le droit français envisage également le cas de la couverture d'assurance insuffisante à l'article L. 121-5 du Code des assurances mais seulement dans l'hypothèse d'une unique victime et pour indiquer qu'elle supporte alors une part proportionnelle du dommage. La question est envisagée dans la même optique que les auteurs du projet de réforme suisse par les différents textes internationaux

¹⁸⁶³V. infra, p. 516 et s., Le recours subrogatoire ; infra p. 493 et s., L'action directe et infra p. 522 et s., Le droit préférentiel de la victime.

¹⁸⁶⁴« 1 Si les prétentions de plusieurs lésés dépassent la garantie prévue par le contrat d'assurance, les prétentions de chacun a l'endroit de l'assureur se réduisent proportionnellement jusqu'à concurrence de cette garantie.

2 Le lésé qui intente l'action en premier lieu, ainsi que l'assureur défendeur, peuvent demander au juge saisi d'impartir aux autres lésés, en leur indiquant les conséquences d'une omission, un délai pour intenter leur action devant le même juge. Il appartient au juge saisi de décider de la répartition entre les lésés de l'indemnité due par l'assurance. Lors de cette répartition, les prétentions formulées dans les délais seront satisfaites en premier lieu, sans égard aux autres prétentions.

3 L'assureur qui a versé de bonne foi à un lésé une somme supérieure à la part lui revenant, parce qu'il ignorait l'existence d'autres prétentions, est libéré de sa responsabilité à l'égard des autres lésés, jusqu'à concurrence de la somme versée ».

¹⁸⁶⁵Art. 38 LCI : « 1 Si les prétentions de plusieurs lésés dépassent la garantie prévue par le contrat d'assurance, les prétentions de chacun d'eux à l'endroit de l'assureur se réduisent proportionnellement jusqu'à concurrence de cette garantie.

2 Le lésé qui intente l'action en premier lieu, ainsi que l'assureur défendeur, peuvent demander au juge saisi d'impartir aux autres lésés, en leur indiquant les conséquences d'une omission, un délai pour intenter leurs actions devant ce juge. Celui-ci décide de la répartition entre les lésés de l'indemnité due par l'assurance. Lors de cette répartition, les prétentions formulées dans les délais seront satisfaites en premier lieu, sans égard aux autres prétentions.

3 L'assureur qui a versé de bonne foi à un lésé une somme supérieure à la part lui revenant, parce qu'il ignorait l'existence d'autres prétentions, est libéré à l'égard des autres lésés jusqu'à concurrence de la somme versée ».

mettant en place des plafonds de garantie¹⁸⁶⁶. Comme le relèvent certains auteurs, divers textes mettent en place des plafonds d'indemnisation par victime, d'autres par sinistre¹⁸⁶⁷¹⁸⁶⁸. Dans ce dernier cas, ils indiquent que ce système de plafonnement suppose « la mise sur pied d'une procédure collective permettant la répartition, entre les créanciers d'indemnités, de la somme formant la limite des obligations du responsable lorsque celle-ci n'est pas suffisante pour les désintéresser tous intégralement »¹⁸⁶⁹. Comme en droit suisse, il existe en droit français quelques textes spéciaux qui organisent une telle procédure ou qui donnent aux autorités la possibilité de l'organiser le cas échéant¹⁸⁷⁰. Toutefois, la proposition des auteurs du projet de réforme suisse va plus loin parce qu'elle introduit dans le droit commun de la responsabilité civile une telle procédure. L'introduction d'une telle disposition générale permettrait au législateur d'y renvoyer lorsqu'il édicte un nouveau régime de responsabilité objective, permettant ainsi l'unification et la simplification du droit de la responsabilité civile.

1020 L'article 54d AP relatif au cas de couverture d'assurance insuffisante dispose que :

- 1 *Si la couverture d'assurance ne suffit pas à payer les indemnités dues à plusieurs personnes lésées, leurs prétentions à l'encontre de l'assureur seront réduites proportionnellement.*
- 2 *À la demande d'une personne lésée qui a intenté action contre l'assureur, le tribunal saisi impartit aux autres personnes lésées un délai pour se joindre à la procédure, en les avertissant des conséquences d'une abstention ; une telle demande peut aussi être présentée par l'assureur.*
- 3 *Le tribunal procède à la répartition des indemnités dues par l'assureur sans tenir compte des prétentions qui n'ont pas fait l'objet d'une action dans le délai imparti ».*

Bien évidemment, les auteurs du projet de réforme n'ont pas entendu interdire aux victimes d'agir également contre l'auteur du dommage. Il s'agit de répartir de façon équitable

¹⁸⁶⁶V. sur ce point, G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 568 et s., n°308 et s.

¹⁸⁶⁷G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, spéc. p. 572, n°314.

¹⁸⁶⁸Par exemple, en matière d'accident nucléaire, le montant de l'indemnisation en cas de dommage est fixé au maximum, par accident, à 700 millions d'euros pour les exploitants de dommages nucléaires, à 80 millions d'euros pour les transports de substances radioactives et 381 millions d'euros à 1,5 milliard d'euros pour les Etats venant compléter l'indemnisation dans les limites fixées par la Convention complémentaire de Bruxelles du 31 janvier 1963. V. sur ce point A. LAVOLE et M. BARY, Les fondements et conditions de la responsabilité en matière d'environnement, Lamy Droit de la responsabilité, n°370 spéc. n°370-40 : Dommages provenant d'une installation nucléaire. Il est à noter que ces plafonds ne sont pas applicables aux victimes des essais nucléaires français dont les conséquences sont régies par un texte spécial, la loi n°2010-2 du 5 janvier 2010 (JORF du 6 janvier 2010) ; N. NEVEJANS, Indemnisation des victimes des essais nucléaires, à propos de la loi du 5 janvier 2010, JCP. EG. 2010. 209.

¹⁸⁶⁹Ib.

¹⁸⁷⁰Ainsi, l'article 13 de la loi n°68-943 du 30 octobre 1968 prévoit qu'un décret publié dans les six mois de l'accident fixera les modalités de répartition des sommes disponibles. Sur la question du régime de la responsabilité du fait d'accident nucléaire, v. entre autres : Ph. BRUN et L. CLERC-RENAUD, Énergie nucléaire, Enc. civ. Dalloz, (mars 2010), n°86-236 ; A. LAVOLE et M. BARY, Les fondements et conditions de la responsabilité en matière d'environnement, op. cit.

les indemnités dues par l'assureur soit parce qu'elles seront versées rapidement en raison de l'exercice d'une action directe, soit parce que l'auteur du dommage n'est définitivement pas solvable¹⁸⁷¹. Cette disposition est utile lorsque le dommage dont il s'agit présente une grande ampleur, tant par le nombre de victimes que par l'importance des préjudices subis. Une telle disposition permettrait d'assurer l'égalité des victimes lorsqu'une disposition n'a pas prévu qu'un fonds de garantie prenne le relais de la couverture d'assurance insuffisante. En effet, par différence avec le droit suisse qui ne connaît que le fonds de garantie automobile et une prise en charge par les cantons de l'indemnisation des victimes d'infraction, le droit français reporte sur les fonds de garantie la charge de l'indemnisation complémentaire des victimes lorsque l'indemnité d'assurance est insuffisante¹⁸⁷². Les conséquences du plafonnement des assurances obligatoires n'affecteront que les responsables assurés et non les victimes, lesquelles seront prises en charge par l'ONIAM, substitué à l'assureur. Du point de vue de l'assureur, cette disposition lui permet de se prémunir d'une action intentée par une victime négligente.

Une critique peut toutefois être élevée : toutes les victimes n'ont pas le même degré d'importance, elles ne devraient donc pas être placées sur un pied d'égalité. En effet, en cas de catastrophe, les victimes de dommages corporels devraient être indemnisées totalement, tandis qu'il est tolérable de n'indemniser que partiellement les victimes de dommages aux biens. Il faudrait donc envisager, outre l'établissement d'une procédure permettant une répartition équitable de l'indemnité d'assurance, des règles pour indemniser en priorité les victimes de dommages corporels à l'instar de ce qui a été prévu par les textes relatifs à la responsabilité nucléaire¹⁸⁷³. Par ailleurs, il est curieux de faire peser exclusivement l'initiative de la procédure sur une des victimes car celle-ci n'a dans le fond aucun intérêt à voir l'indemnité d'assurance partagée avec d'autres. En réalité, il semble que l'initiative d'une telle procédure sera plutôt du ressort de l'assureur, soucieux de ne pas se trouver tenu au-delà de ses engagements en raison d'un versement précipité.

A titre de complément, on remarquera que de façon spontanée, lors de catastrophe comme l'effondrement du stade de Furiani et l'explosion de l'usine AZF, le responsable final, les assureurs et les représentants des victimes et de l'Etat ont mis en place une procédure

¹⁸⁷¹REAP p. 196 et s.

¹⁸⁷²Par exemple, en matière de responsabilité médicale, l'article L. 1142-15 du Code de la santé publique dispose que : « *En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou la couverture d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est épuisée, l'office institué à l'article L. 1142-22 est substitué à l'assureur.* »

¹⁸⁷³Loi n°68-943 du 30 octobre 1968, article 13, alinéa 3 ; V. GAILLOT-MERCIER, La responsabilité du fait de l'énergie nucléaire, Lamy de droit de la responsabilité, n°345, spéc. n°345-43, l'établissement d'une hiérarchie des préjudices réparables.

collective de règlement des indemnités, à la fois pour la part devant être assumée par les assureurs, et à la fois pour la part revenant au responsable¹⁸⁷⁴.

Il est à noter que cette disposition technique proposée par les auteurs du projets de réforme suisse n'a pas été envisagée par les autres projets de réforme (PETL, projet CATALA, rapport sénatorial). Elle s'inscrit en effet dans l'optique spécifique des auteurs suisses visant à régir par des dispositions de droit commun les dommages causés par les activités spécifiquement dangereuses¹⁸⁷⁵, de façon à dresser un cadre commun de réparation aux régimes spéciaux tel le régime de la responsabilité nucléaire. Il s'agit donc, pour les auteurs du projet de réforme suisse, de prévoir au sein du droit commun de la responsabilité civile des dispositions posant le cadre général du droit des catastrophes.

Dans la même optique globale, les auteurs du projet de réforme suisse ont envisagée l'harmonisation et la coordination des rapports entre les différents payeurs de l'indemnisation.

¹⁸⁷⁴A. GUEGAN-LECUYER, Dommages de masse et responsabilité civile, thèse, LGDJ, Paris, 2006, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 472, p. 367 et s. spéc. p. 379 et s. n°306 et s.

¹⁸⁷⁵V. supra, L'activité spécifiquement dangereuse, p. 103 et s.

CHAPITRE 2 LES MÉCANISMES DE COORDINATION

1021 Nous avons vu les différents débiteurs de la créance de réparation ; leurs relations juridiques et processuelles doivent être présentées ici car elles conditionnent l'efficacité de l'indemnisation de la victime.

Pour mesurer l'importance de ces questions en pratique, il nous suffira d'évoquer le procès du Mont Saint-Odile, dans lequel le recours des tiers payeurs qui avaient indemnisé les parties contre les assureurs des compagnies aériennes se chiffrait en millions d'euros. Le débat judiciaire n'a pas porté sur les questions des recours entre codébiteurs car il s'est arrêté à l'examen des conditions de mise en jeu de la responsabilité civile. Cet exemple permet de mesurer l'intérêt pratique des règles présentées dans ces développements.

A quoi bon organiser les conditions générales de la responsabilité civile afin d'assurer une réparation socialement adéquate du dommage si par la suite, la victime doit attendre des années de procédure pour obtenir ce à quoi elle a droit tandis que l'assureur qui l'aura indemnisé sera dans l'incertitude quant à ses obligations et à ses recours ? Par conséquent, une réflexion sur les règles par lesquelles la créance d'assurance est payée, tant à titre de contribution qu'à titre d'obligation à la dette est nécessaire au regard de la clarté juridique comme au regard de la sécurité économique des différents acteurs. Il s'agit de coordonner les règles de la responsabilité civile avec les règles du contrat d'assurance et des différents systèmes d'indemnisation afin de réaliser efficacement la réparation du dommage.

L'un des moyens d'assurer l'effectivité du droit à réparation de la victime est l'organisation de l'action directe contre l'assureur du responsable (Section 1). Une fois la victime indemnisée, il faut déterminer la personne sur laquelle pèsera définitivement la charge du dommage, par le biais des actions récursoires (Section 2).

SECTION 1 L'ACTION DIRECTE

1022 L'exercice de l'action directe permet à la victime, ou à celui qui est subrogé dans ses droits, de saisir directement l'assureur du responsable de sa demande d'indemnisation. L'action directe est définie comme l'« action en justice que, dans certains cas spécifiés, la loi ou la jurisprudence ouvre à une personne contre le débiteur de son débiteur, non point au lieu et place de ce dernier,

*mais en son nom personnel, d'où certains avantages »*¹⁸⁷⁶. En réalité, comme le relevait déjà les auteurs du début du siècle, « *il existe non pas une action directe, mais des actions directes »*¹⁸⁷⁷, et il faut donc préciser celle dont il est ici question.

1023 En matière de responsabilité civile, l'action directe peut avoir deux objets différents : soit la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du cocontractant de la personne avec laquelle la victime est en relation, hypothèse qui ne concerne pas les mécanismes d'indemnisation mais les conditions de mise en jeu de la responsabilité civile ; soit l'obtention par la victime de l'indemnité résultant du contrat d'assurance civile souscrit par le responsable¹⁸⁷⁸. C'est de cette action directe dont il sera ici traité.

1024 Le mécanisme de l'action directe est de toute première importance pour assurer l'effectivité de l'indemnisation de la victime, tout spécialement en matière de responsabilité résultant de l'exercice d'une activité soumise à autorisation en raison des risques qu'elle présente : le législateur assortit souvent l'obtention de l'autorisation administrative d'exercer une activité réglementée à la souscription obligatoire d'une assurance de responsabilité civile (ex. l'assurance de responsabilité civile des gens de justice : notaires, avocats, huissiers).

1025 Le projet de réforme suisse propose la généralisation de l'action directe de la personne lésée contre l'assureur de responsabilité civile du responsable. La Commission avait proposé de limiter l'action directe aux cas d'assurances obligatoires dont elle est le complément nécessaire¹⁸⁷⁹.

1026 Le droit français admet de façon générale l'action directe de l'assuré contre l'assureur du responsable tant en matière d'assurances obligatoires qu'en matière d'assurances facultatives. Cette règle vise à faciliter l'indemnisation des victimes, elle doit par conséquent être maintenue en droit français.

1027 Le droit suisse gagnerait sur ce point à ne pas limiter l'admission de l'action directe aux assurances obligatoires. L'admission générale de l'action directe ne devrait pas avoir d'impact sur les finances des assureurs puisque ceux-ci sont de toute façon appelés à verser l'indemnité d'assurance. On ne comprendrait pas très bien une opposition sur ce point, sauf à considérer que l'assureur multiplie les obstacles procéduraux à l'indemnisation de la victime afin de ne pas verser l'indemnisation résultant du contrat d'assurance tout en

¹⁸⁷⁶G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique.

¹⁸⁷⁷L. JOSSERAND, citant les travaux de H. SOLUS, dans sa note sous Cass. civ. 11 juillet 1932, DP. 1933. 5.

¹⁸⁷⁸J. BAUERREIS, Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats, RCDIP, 2000, p. 331-355, spéc. p. 334 : l'auteur relève incidemment la distinction.

¹⁸⁷⁹REAP p. 57.

conservant le bénéfice des primes.

§.1 L'ADMISSION DE L'ACTION DIRECTE

1028 L'admission du principe de l'action directe résulte du constat de ce que le droit commun des obligations ne permet pas d'atteindre ce résultat, à savoir permettre à la victime de bénéficier effectivement de l'indemnité résultant du contrat d'assurance de responsabilité civile souscrit par le responsable. L'action oblique prévue par l'article 1166 CCF présente l'inconvénient de faire transiter la créance d'indemnités par le patrimoine du responsable, créance sur laquelle la victime n'a aucun privilège et est susceptible d'être en concours avec les créanciers du responsable¹⁸⁸⁰. Admettre cette solution aboutissait à un résultat inique, l'indemnité d'assurance étant destinée à l'indemnisation de la victime et non à désintéresser les créanciers du responsable.

1029 Le processus qui a conduit à la consécration de l'action directe est caractéristique du droit français de la responsabilité civile : la jurisprudence confrontée à un problème pratique a tenté de trouver une solution viable qui assure une certaine sécurité juridique, plus ou moins étayée par les textes, et systématisée par la doctrine.

A Prise de conscience du problème et réponse législative partielle

1030 Le législateur a d'abord établi dans des cas particuliers d'assurance de responsabilité un privilège sur l'indemnité en faveur des victimes. Ainsi la loi du 19 février 1898 interdit à l'assureur de payer l'indemnité d'assurance à l'assuré tant que les victimes n'ont pas été désintéressées des conséquences d'un incendie locatif¹⁸⁸¹. La Cour de cassation admit que cette obligation de conservation de l'indemnité d'assurance impliquait la possibilité pour la victime d'agir contre l'assureur¹⁸⁸².

¹⁸⁸⁰G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 749, n°413. J. KULLMANN (dir.), Lamy Assurances 2010, n°1493.

¹⁸⁸¹Loi du 19 février 1898, article 3 §2, DP. 1889. IV. 29.

¹⁸⁸²La Cour avait d'abord rejeté l'action directe en matière d'incendie locatif, exercée à l'occasion de l'action contre l'assuré : Civ. 5 décembre 1899, 1^{re} espèce, DP. 1901. I. 457, note M. THALLER : « attendu qu'aucun lien de droit n'existe entre la partie lésée par un incendie et la compagnie à laquelle est assuré, contre le recours des voisins, l'auteur du sinistre ; que par suite, cette compagnie ne peut pas être directement assignée, par le sinistré, en même temps que l'assuré, devant le tribunal du domicile de ce dernier, en réparation du préjudice subi ». La Cour de cassation a ensuite admis l'action directe par un arrêt du 17 juillet 1911, DP. 1912. I. 81, note M. PLANIOL ; « Attendu que le locateur d'une maison ou d'un bien rural (...) est (...) investi d'un droit propre sur l'indemnité qui peut être due au locataire (...) et qu'il en est de même en ce qui concerne l'indemnité relative au risque locatif ; (...) attendu que le bailleur avait contre la compagnie d'assurances, en vertu du droit propre ci-dessus spécifié, une action directe dont l'exercice exigeait toutefois, la présence du locataire aux débats ; qu'il était nécessaire, en effet, de fixer contradictoirement entre les parties, d'une part, le chiffre de la créance du propriétaire contre le locataire, et, d'autre part, le montant des indemnités dues par l'assureur (...) ; c'est à bon droit que l'arrêt attaqué (...) a refusé de déclarer l'action irrecevable au regard de la Compagnie d'assurances et d'ordonner la

1031 Puis, la loi du 31 mars 1905 avait admis que l'ouvrier victime d'un accident professionnel puisse assigner l'assureur en même temps que le chef d'entreprise. À défaut de cette mise en cause de l'assureur, celui-ci restait hors d'atteinte¹⁸⁸³. Par faveur pour la victime qui pouvait négliger cet aspect de la procédure alors que cela avait pour effet de lui interdire de convoquer ou de faire condamner l'assureur, le législateur lui a conféré un privilège sur l'indemnité due par l'assureur par la loi du 28 mai 1913.

Cette loi a introduit dans le Code civil à l'article 2102 la disposition suivante : « *Les créances privilégiées sur certains meubles sont : (...) les créances nées d'un accident au profit des tiers lésés par cet accident ou de leurs ayants-droit, sur l'indemnité dont l'assureur de la responsabilité civile se reconnaît ou a été judiciairement reconnu débiteur à raison de la convention d'assurance. Aucun paiement fait à l'assuré ne sera libératoire tant que les créanciers privilégiés n'auront pas été désintéressés* ». Cette disposition ne se limite pas aux assurances pour les accidents professionnels, elle s'applique à tous les assureurs de responsabilité civile, pour tous les types d'accidents.

Sous l'empire de cette loi, la jurisprudence va reconnaître de façon générale à la victime un droit d'action directe, qu'elle avait déjà admis en 1911 spécialement en matière d'incendie locatif sur le fondement de texte relatif exclusivement à l'assurance de responsabilité incendie¹⁸⁸⁴.

B La consécration de l'action directe

1032 Par un arrêt du 14 juin 1926, la chambre civile de la cour de cassation décide que « *la loi du 28 mai 1913 (...) crée au profit de la personne lésée par un accident un droit propre sur l'indemnité dont l'assureur de responsabilité se reconnaît ou a été reconnu débiteur en vertu de la convention d'assurance, (...); Attendu que la victime de l'accident trouve dans le droit propre qui lui est ainsi conféré par la loi, la source d'une action directe lui permettant de mettre en cause l'assureur en même temps que l'assuré à l'effet de fixer contradictoirement entre les parties, d'abord l'existence de la créance de réparation et son montant et, en second lieu, l'indemnité due par l'assureur et que ce dernier sera tenu, jusqu'à due concurrence, de verser entre ses mains* »¹⁸⁸⁵.

1033 La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance n'emploie pas le terme d'action directe, mais elle ne condamne pas davantage la jurisprudence relative à l'action directe, ayant même étendu à toutes les assurances l'immobilisation de l'indemnité entre les

mise hors de cause de cette partie... ».

¹⁸⁸³Civ. 5 janvier 1910, 2^e espèce, DP. 1910. I. 57 et Civ. 27 mai 1910, 2^e espèce, DP. 1911. I. 307.

¹⁸⁸⁴Civ. 17 juillet 1911 précité.

¹⁸⁸⁵Civ. 14 juin 1926, DP. 1927. 62, spéc. p. 60-62, le rapport du Conseiller A. COLIN, et p. 58-60 la note de L. JOSSERAND ; S. 1927. I. 25, note P. ESMEIN

main de l'assureur. L'action directe s'en trouva donc confirmée, sans texte exprès.

1034 Aujourd'hui, l'article L. 124-3 du Code des assurances relatif aux assurances de responsabilité civile indique que « *Le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable* ». En droit suisse des textes spéciaux prévoient expressément l'action directe de la victime¹⁸⁸⁶.

1035 Malgré la consécration législative intervenue en 2007¹⁸⁸⁷, le régime de l'action directe élaboré par la jurisprudence est toujours applicable car le législateur n'a pas édicté de norme complémentaire sur ce point. La jurisprudence française a élaboré le régime de l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable. Et si l'examen des décisions montre que les magistrats n'ont point démerité et que les intérêts de la victime ont été constamment pris en compte, il semble néanmoins qu'une réforme législative consacrant les principes dégagés de longue date par la jurisprudence aurait pour mérite de rendre accessible au justiciable et au citoyen des règles dont l'importance pratique n'est plus à démontrer.

1036 En droit suisse, il n'existe pas de règle générale reconnaissant le droit d'action directe de la victime contre l'assureur du responsable¹⁸⁸⁸. La LCA du 2 avril 1902 prévoit un droit de gage en faveur du lésé, comparable à l'obligation de rétention édictée par la loi du 13 juillet 1923 en droit français¹⁸⁸⁹. Cependant, la jurisprudence suisse ne semble pas en avoir tiré les mêmes conséquences que la jurisprudence française. Aussi, la loi fédérale du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles prévoyait-elle expressément en son article 65 une action directe de la victime contre l'assureur du responsable. Encore aujourd'hui, ce sont des textes spéciaux qui prévoient des cas dans lesquels la victime peut exercer une action directe contre l'assureur¹⁸⁹⁰. L'article 60 de la LCA prévoit un droit de gage de la victime sur l'indemnité dans un esprit similaire à l'article L. 124-3 du Code des assurances. Cependant, la pratique veut que l'assureur de responsabilité civile indemnise la victime directement¹⁸⁹¹.

¹⁸⁸⁶L'article 65 alinéa premier de la LCR du 19 décembre 1958 prévoit l'action directe de la victime contre l'assureur automobile du responsable ; l'article 76b alinéa premier de la même loi prévoit l'action directe contre le Bureau national d'assurance et le Fonds national de garantie. Il faut noter que la Loi fédérale sur la circulation automobile et des cycles de 1932 employait également le terme d'action directe (article 49), alors que le législateur français se contentait de la situation résultant de la jurisprudence et préférait ne pas légiférer de façon expresse.

¹⁸⁸⁷La loi n°2007-1774 du 17 décembre 2007, (JORF du 18 décembre 2007), portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier, a inséré avant le premier alinéa de l'article L. 124-3 du Code des assurances le texte actuel.

¹⁸⁸⁸REAP p. 179, F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1616

¹⁸⁸⁹Article 60 LCA.

¹⁸⁹⁰par ex. l'art. 65 al. 1 LCR.

¹⁸⁹¹F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1612, p. 407 et s.

1037 Le projet de réforme suisse introduit le principe général de l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable¹⁸⁹². L'action directe sera possible tant en matière d'assurance obligatoire que d'assurance facultative¹⁸⁹³. L'article 54c AP dispose que « *La personne lésée peut intenter contre l'assureur de responsabilité civile une action directe dans les limites de la couverture d'assurance et sous réserve des objections et exceptions que l'assureur peut lui opposer en vertu soit de la loi sur le contrat d'assurance¹, soit du contrat d'assurance lui-même* ».

1038 Le droit français pourrait également consacrer les règles posées par la jurisprudence et la loi s'agissant d'un mécanisme indispensable à l'indemnisation de la victime. Nous verrons que le régime de l'action directe a donné lieu à des décisions contradictoires et que l'exigence de lisibilité et de prévisibilité du droit n'est, dans cette matière, absolument pas remplie. En outre, les objections que les assureurs auraient pu avoir en 1926 à l'admission de l'action directe, telles que les analyse le Conseiller rapporteur M. A. COLIN, n'existent plus aujourd'hui¹⁸⁹⁴. Selon lui, l'assureur voulait éviter d'une part de perdre le bénéfice de la clause d'attribution de juridiction au tribunal de leur siège, clause interdite par la loi du 2 janvier 1902¹⁸⁹⁵, d'autre part de se trouver plus lourdement condamné parce que le juge et la victime auraient eu connaissance de ce que le dommage serait intégralement réparé par l'assurance à défaut du responsable. Ce dernier argument pourrait encore présenter un intérêt aujourd'hui. Mais la dérive assurantielle de notre société est un fait, la reconnaissance législative de l'action directe ainsi que la réglementation de son régime, loin d'aggraver la situation existante, devraient au contraire permettre de rééquilibrer les intérêts en présence. Le projet suisse en montre l'exemple : s'il admet le principe général de l'action directe, il le tempère par l'admission de l'opposabilité des exceptions tirées du contrat d'assurance.

L'action directe oscille en effet entre deux pôles que sont sa nature légale et sa nature contractuelle¹⁸⁹⁶.

C La nature duale de l'action directe

1039 Il peut sembler à première vue que l'action directe n'est qu'une facilité

¹⁸⁹² REAP p. 179 et s. AP. article 54c : « *La personne lésée peut intenter contre l'assureur de responsabilité civile une action directe...* ».

¹⁸⁹³ REAP p. 193.

¹⁸⁹⁴ A. COLIN, rapport précité.

¹⁸⁹⁵ Argument également envisagé par M. ESMEIN dans sa note au S. 1927. I. 25.

¹⁸⁹⁶ H. MOELLER, La double nature de l'action directe, Études offertes à A. BESSON, LGDJ, Paris, 1976, p. 249-260, spéc. p. 255 : l'auteur effectue une comparaison entre le droit allemand et le droit français qui connaissent tous deux la double nature de l'action directe.

procédurale, qui permet d'éviter à la victime de devoir exercer d'abord l'action contre le responsable, puis l'action contre l'assureur. C'est inexact car le cumul d'actions est toujours possible. La victime peut agir contre l'assureur après avoir agi contre l'assuré, et inversement. Comme l'indique un auteur : « *de par la loi, la faute de l'assuré donne à la victime action contre l'assuré et action contre l'assureur* »¹⁸⁹⁷. Cette dualité d'action présente un intérêt lorsque l'action contre l'assuré n'est plus possible. Par exemple, la victime peut être dans l'impossibilité d'agir parce qu'elle n'a pas déclaré sa créance d'indemnisation à la procédure collective du responsable. Dans ce cas, l'assureur reste cependant tenu de verser l'indemnisation¹⁸⁹⁸. L'intérêt de l'action directe est de constituer à la victime une garantie de paiement de la créance de réparation : l'indemnité d'assurance est affectée à ce règlement. Pour parvenir à ce résultat, l'action directe emprunte certains de ses effets au contrat auquel elle est liée, et les combine avec les conséquences de la reconnaissance d'un droit propre de la victime. L'action directe présente donc un double caractère : c'est un effet que la loi attache au contrat d'assurance, et une résultante du contrat d'assurance. Le droit d'action directe ne se confond pas avec le droit à réparation envers le responsable : ils ne naissent pas forcément au même moment, l'extinction de l'un n'a pas d'effet sur l'autre¹⁸⁹⁹, et ils n'ont pas nécessairement la même étendue¹⁹⁰⁰. Dans la suite de ces développements, le terme de créance de réparation sera employé pour désigner le droit à réparation envers le responsable, tandis que le terme de créance d'indemnisation sera employé pour désigner ce que la victime exerçant l'action directe peut exiger de l'assureur.

1040 Les auteurs du projet de réforme suisse comme la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'action directe ne découle pas du contrat d'assurance mais est fondée sur la loi : « *Il s'agit d'un droit légal sui generis, par lequel la personne lésée acquiert, dès la survenance du fait dommageable, une prétention propre sur la prestation d'assurance* »¹⁹⁰¹. Cette conception résulte de ce que les hypothèses d'action directe sont prévues par la loi qui en constitue ainsi le fondement exprès.

¹⁸⁹⁷H. & L. MAZEAUD, RTDciv. 1939. 768.

¹⁸⁹⁸V. par ex. CA Bourges, ch. Civ. 3 juillet 2008, n°07/01698.

¹⁸⁹⁹Par ex. l'extinction du droit à réparation contre le responsable en raison de la non déclaration de la créance à la procédure collective n'entraîne pas l'extinction de l'obligation de l'assureur : CA Bourges, 3 juillet 2008, RG n°07/01698, inédit.

¹⁹⁰⁰H. GROUDEL, La distance entre l'action directe contre l'assureur de responsabilité et l'action contre le responsable, RCEA 1992/8-8, p. 3, comm. 29. L'auteur fait la synthèse de la jurisprudence de l'époque où deux solutions jurisprudentielles manifestent l'indépendance existant entre les deux droits : d'une part, le refus d'admettre que l'assureur actionné par la voie de l'action directe puisse opposer la confusion sur la tête des héritiers des qualités de victime et de responsable ; d'autre part, la solution consistant à faire courir les intérêts à compter de l'arrêt rendu à l'occasion de l'action directe contre l'assureur et non à compter de la décision rendue contre l'assuré.

¹⁹⁰¹ATF 69 II 169.

1041 La jurisprudence française estime également que l'action directe « *trouve, en vertu de la loi, son fondement dans le droit à la réparation du préjudice causé par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable* »¹⁹⁰². L'action directe est cependant en relation avec le contrat d'assurance, comme le remarquait déjà M. ESMEIN en 1927 : « *sauf le droit propre que lui attribue la loi, c'est l'action de l'assuré qu'exerce la victime, avec seulement dans sa situation par rapport à l'assureur des différences possibles, mais qu'il convient d'admettre qu'après examen* »¹⁹⁰³. Ces différences possibles constituent le régime de l'action directe et elles résultent d'une coordination entre le droit propre de la victime et les dispositions du contrat d'assurance. Il semble plus simple de reconnaître le caractère légal de l'action directe, d'autant que la jurisprudence a admis qu'elle avait un caractère d'ordre public, et que cela correspond à l'utilité sociale et à la nécessité d'assurer au mieux l'indemnisation des victimes.

1042 En réalité, la question de la nature de l'action directe se pose bien plus au regard de ses effets : il faut distinguer l'admissibilité de l'action directe contre l'assureur qui est un effet de la loi de l'étendue de l'obligation de l'assureur qui résulte du contrat. Il est vrai que le législateur a également fréquemment réglementé le contenu de ce contrat dans le but de protéger la victime.

Ainsi, le texte de l'article 54c AP montre la relation entre l'action directe et le contrat d'assurance par la possibilité laissée à l'assureur d'opposer les exceptions tirées du contrat. La nature duale de l'action directe se traduit par ses modalités de mise en œuvre : tantôt garantie légale d'ordre public, tantôt résultante du contrat d'assurance.

§.2 LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION DIRECTE

1043 Depuis 1938, la Cour de cassation conditionnait la recevabilité de l'action directe de la victime à la mise en cause de l'assuré¹⁹⁰⁴. Par un revirement spectaculaire, la Cour de cassation décide par un arrêt de la première chambre civile du 7 novembre 2000¹⁹⁰⁵ que « *la recevabilité de l'action directe n'est pas subordonnée à l'appel en la cause de l'assuré par la victime* ». La troisième chambre civile en a d'ailleurs tiré la conclusion que l'action directe contre l'assureur

¹⁹⁰²Civ. 28 mars 1939, précité. Civ. 14 juin 1926, précité.

¹⁹⁰³Note sous Civ. 14 juin 1926, S. 1927. I. 25.

¹⁹⁰⁴Civ. 13 décembre 1938, trois arrêts, DP. 1939. I. 33, note M. PICARD, RTDciv. 1939. 183, obs. H. & L. MAZEAUD. Plus récemment, Cass. civ. 1re, 29 février 2000, n°97-11811 : cassation de l'arrêt qui accueille l'action directe alors qu'il a été impossible d'identifier le responsable et donc de mettre en cause l'assuré. Cass. civ. 1re, 7 juillet 1993, n°91-17743 : l'action directe suppose que la responsabilité de l'assuré soit établie, par suite, elle n'est pas recevable à l'encontre d'un assureur de dommage.

¹⁹⁰⁵Cass. Cass. civ. 1re, 7 novembre 2000, n°97-22582. Cass. civ. 3e, 15 mai 2002, n°00-18541. Cass. civ. 1re, 27 janvier 2004 n°02-12972 ; récemment, Cass. civ. 1re, 21 février 2008, n°07-10951.

était recevable même si l'action en responsabilité contre l'assuré relevait d'un autre ordre de juridiction¹⁹⁰⁶ ou ne pouvait plus être engagée en raison d'une procédure de redressement judiciaire¹⁹⁰⁷.

A La compétence territoriale

1044 La compétence de la juridiction était l'un des points qui ont pu conduire les assureurs à s'opposer à l'action directe au début du siècle dernier¹⁹⁰⁸. Jusqu'en 1920, les contrats d'assurance comportaient une clause attributive de juridiction, les assureurs étant ainsi certains de réserver la compétence du tribunal du siège de leur compagnie. Écartant, et les clauses attributives de juridiction, et la règle générale de la compétence du tribunal du défendeur, la loi a permis à l'assuré de saisir au choix le tribunal de son domicile ou le tribunal du lieu de l'accident¹⁹⁰⁹. Cette option légale est étendue en 1932 par la jurisprudence à la victime exerçant l'action directe¹⁹¹⁰ qui pouvait dès lors, comme l'assuré, agir soit devant le tribunal du domicile de l'assuré conformément à l'article R. 114-1 du Code des assurances, soit devant le tribunal dans le ressort duquel l'accident avait eu lieu¹⁹¹¹. Toutefois, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 décembre 1983 a affirmé que ce texte s'imposait dans les rapports entre l'assuré et son assureur mais non à la victime exerçant l'action directe, celle-ci pouvant dès lors se prévaloir des règles de droit commun fixées aux articles 42 et s. du Code de procédure civile¹⁹¹². La victime exerçant l'action directe peut donc agir devant le tribunal du domicile de l'assureur (article 42 CPC), devant le tribunal du domicile de l'assuré (article R. 114-1 C. ass.) ou devant le tribunal du lieu du fait dommageable ou du lieu où le dommage a été subi (article 46 CPC).

1045 En droit suisse, dans la mesure où l'action directe n'existe que dans des cas particuliers, ce sont les dispositions des lois spéciales qui règlent la question. Le projet de réforme propose donc d'introduire de façon générale l'action directe en droit suisse. L'article 56 relatif à la compétence territoriale en matière d'action en responsabilité s'appliquerait

¹⁹⁰⁶Cass. civ. 3e, 16 mars 2005, n°03-19892.

¹⁹⁰⁷Cass. civ. 2e, 15 mai 2008, n°06-19737.

¹⁹⁰⁸Cf. le rapport du conseiller A. COLIN, sur Civ. 14 juin 1926, DP. I. 1927. 57 et s., spéc. p. 61.

¹⁹⁰⁹Loi du 2 janvier 1902 (DP. 1902. IV. 26) puis loi du 13 juillet 1930, article 3 (DP. 1931. IV. 1).

¹⁹¹⁰Civ. 8 mai 1935. DH. 1935. 364, note L. JOSSERAND. Par delà les règles nationales, aujourd'hui le règlement CE n°44/2001 du 22 décembre 2000, dit Bruxelles I, les articles 8 à 11, prévoient que l'assureur peut être attiré par l'assuré ou la victime devant le tribunal du domicile de la victime. La loi suisse sur le DIP, article 131 dispose que : « L'action directe contre l'assureur de la responsabilité civile peut être portée devant les tribunaux suisses, soit du lieu de l'établissement de l'assureur en Suisse, soit du lieu de l'acte ou du résultat ».

¹⁹¹¹Code des assurances, article R. 114-1 : « Dans toutes les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités dues, le défendeur est assigné devant le tribunal du domicile de l'assuré (...) ».

¹⁹¹²Cass. civ. 1re, 14 décembre 1983, n°82-13385, Bull. n°296.

également à l'action directe¹⁹¹³ : est compétent le tribunal du lieu du fait dommageable. Les auteurs du rapport explicatif qualifient ce critère de compétence de « *for naturel* », proposé de façon pragmatique parce que « *en maintes circonstances, l'événement qui est à l'origine du préjudice est localisé et ouvre souvent la voie à une enquête ou une sentence pénale ou administrative, ce qui facilite la constatation des faits dans le procès en réparation* »¹⁹¹⁴. Actuellement, la question n'est pas réglée par la loi fédérale sur les fors civils, sauf à comprendre que l'action directe doit être régie par l'article 25 LFors qui pose la règle de compétence pour les actions dérivant d'un acte illicite¹⁹¹⁵. Le projet de Code de procédure civile reprend la loi sur les fors civils sans modifier ce point ni y apporter de précision¹⁹¹⁶.

1046 Dans le cadre d'une réforme du droit de la responsabilité civile, un souci de lisibilité du droit devrait conduire le législateur à affirmer le principe de l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité à la suite des dispositions relatives aux conditions générales de la responsabilité. Il serait également utile d'introduire une disposition précisant la compétence territoriale en matière d'action directe éventuellement en reprenant les dispositions du droit communautaire sur ce point afin de ne pas engendrer de distorsion entre les victimes dans le cadre d'un litige intracommunautaire et les autres.

B Loi applicable

1047 La question de la loi applicable à l'action directe s'est également posée assez rapidement, compte tenu de l'augmentation des déplacements en Europe au cours du siècle dernier. L'option soumise à la jurisprudence était la suivante : soit l'action directe était soumise à la loi du contrat d'assurance, soit elle était soumise à la loi française, loi du lieu du délit. L'enjeu de la discussion était que si la loi étrangère n'admettait pas l'action directe, la victime française se trouvait alors privée d'action contre l'assureur étranger. La chambre des requêtes de la Cour de cassation a donc décidé par un arrêt du 24 février 1936 que l'action directe pouvait être exercée à l'encontre d'un assureur étranger même lorsque le contrat se trouvait soumis à la loi étrangère car la loi applicable était celle du lieu du délit, loi d'ordre public visant à assurer la réparation du dommage résultant d'un délit commis en France. En l'espèce, si l'accident avait bien eu lieu en France, la victime était belge et était assurée en

¹⁹¹³REAP p. 232.

¹⁹¹⁴REAP p. 233.

¹⁹¹⁵LFors, article 25: « *Le tribunal du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour connaître des actions fondées sur un acte illicite* ».

¹⁹¹⁶Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, p. 6884.

Belgique auprès d'un assureur anglais¹⁹¹⁷.

1048 Dans la mesure où l'action directe est un mécanisme essentiel pour assurer la réalisation des droits de la victime d'un dommage, un souci de clarification du droit devrait conduire le législateur à synthétiser l'ensemble de ces règles parmi les règles du droit de la responsabilité civile. Il est regrettable qu'il faille étudier, pour déterminer le tribunal ou la loi compétente en matière d'action directe, des textes éparpillés dans différents codes et lois spéciales, en n'oubliant pas la jurisprudence et éventuellement les textes européens¹⁹¹⁸. Pourquoi ne pas inclure dans un même texte, à la suite des dispositions relatives aux conditions générales de la responsabilité civile, à la suite des dispositions qui répartissent la charge finale du dommage, les règles relatives à l'action directe ? Le législateur pourrait se borner à reprendre les dispositions des règlements communautaires, ce qui éviterait de créer une distorsion entre victimes internes et victimes communautaires.

C Prescription

1049 S'agissant de la prescription de l'action directe en droit français, l'assureur est d'abord tenu de la même façon que son assuré. Selon une jurisprudence constante, la prescription de l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable est calquée sur celle de l'action de la victime contre le responsable : comme le fondement de l'action directe est le droit propre à réparation de la victime, elle se prescrit par le même délai que celui de l'action en responsabilité contre l'assuré¹⁹¹⁹. Si l'action de la victime contre l'assuré est soumise à un délai spécial, celui-ci s'applique également à l'action directe¹⁹²⁰. L'action en responsabilité contre l'assuré ne suspend ni n'interrompt la prescription de l'action directe¹⁹²¹.

¹⁹¹⁷Req. 24 février 1936, DP. 1936. I. 49, rapport GAZEAU (extrait), note R. SAVATIER. Désormais, la question est réglée par le Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») à l'article 18 : « La personne lésée peut agir directement contre l'assureur de la personne devant réparation si la loi applicable à l'obligation non contractuelle ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit ». S'agissant de la Suisse, la loi sur le DIP (LDIP) pose une règle similaire à l'article 141 que « Le lésé peut diriger l'action directement contre l'assureur du responsable si le droit applicable à l'acte illicite ou le droit applicable au contrat d'assurance le prévoit ».

¹⁹¹⁸Règlement CE n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), pour déterminer la loi applicable au contrat d'assurance, et Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») pour déterminer la loi applicable à l'action directe.

¹⁹¹⁹Cass. civ. 28 mars 1939, RGAT. 1939. 286, DP. 1939. I. 68, note M. P. Civ. 1re, 19 octobre 1982, n°81-14159, Bull. I. 288. Cass. civ. 1re, 22 juillet 1986, n°85-10255. Pour un arrêt récent, voir Cass. civ. 1re, 21 février 2008, n°07-10951 : est recevable l'action directe intentée contre l'assureur du constructeur dans le délai décennal de garantie.

¹⁹²⁰Cass. civ. 1re, 10 mai 2000, n°98-12720 : cassation de l'arrêt qui refuse d'appliquer la prescription annale de l'article 108 du Code de commerce s'agissant de la responsabilité d'un transporteur. Il faut cependant noter que le délai de l'action en responsabilité civile peut être augmenté du délai de prescription biennal : si la victime agit contre le responsable, elle peut alors agir ensuite directement contre l'assureur dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle l'assuré aurait lui-même pu agir contre l'assureur, soit la date d'assignation.

¹⁹²¹Cass. civ. 1re, 21 octobre 2003, n°00-18845 : censure de la Cour d'appel qui rejette l'exception de prescription de l'action directe en relevant qu'elle se prescrit selon le délai de l'action en responsabilité civile, délai qui est lui-même suspendu pendant l'instance, alors que le délai biennal court à compter de la mise en cause de

Inversement, l'action directe contre l'assureur n'a aucun effet sur la prescription de l'action contre l'assuré¹⁹²². En outre, la prescription de l'action contre l'assuré ne rend pas irrecevable l'action directe contre l'assureur¹⁹²³. La jurisprudence a aussi admis la prolongation du délai de l'action directe en décidant que « *L'action de la victime contre l'assureur de responsabilité, qui trouve son fondement dans le droit de la victime à réparation de son préjudice, se prescrit par le même délai que son action contre le responsable et ne peut être exercée contre l'assureur, au-delà de ce délai, que tant que celui-ci reste exposé au recours de son assuré* »¹⁹²⁴. Par faveur pour la victime, la jurisprudence a également décidé que lorsque l'action en responsabilité a été intentée dans les délais contre l'assuré, l'action directe contre l'assureur peut en outre être engagée pendant le délai dont dispose l'assuré pour agir contre son assureur, même si le délai de l'action en responsabilité civile est écoulé¹⁹²⁵. Il existe une divergence entre la première et la troisième chambre civile de la cour de cassation quant au point de départ du délai biennal supplémentaire dont la victime ayant agi contre l'assuré peut bénéficier dans l'exercice de l'action directe : le délai court-il de la date de la signification de la décision se prononçant sur la responsabilité¹⁹²⁶ ou de la date de l'assignation en responsabilité ?¹⁹²⁷ Le Code des assurances précise à l'article L. 114-1 alinéa 3 que « *quand l'action de l'assuré contre l'assureur a pour cause le recours d'un tiers, le délai de prescription ne court qu'à compter du jour où ce tiers a exercé une action en justice contre l'assuré ou a été indemnisé par ce dernier* ». Le point de départ du délai est soit le jour de l'action de la victime contre l'assuré, soit le jour du paiement de l'indemnisation à la victime à la suite d'un règlement amiable¹⁹²⁸.

1050 En dehors de ces délais particuliers, l'article L. 114-2 du Code des assurances renvoie aux règles de prescription de droit commun. Ainsi, la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre le mineur trouve à s'appliquer¹⁹²⁹. En revanche, l'assureur ne peut pas invoquer la prescription biennale à compter de l'action de la victime contre l'assuré

l'assuré et que l'instance en responsabilité civile ne suspend pas la prescription de l'action directe. Cette dernière solution a été renversée par un arrêt du 13 septembre 2007. Cet arrêt n'est donc plus pertinent que sur le point de principe de ce que l'action en responsabilité civile contre l'assuré ne suspend pas la prescription de l'action directe.

¹⁹²²Pour un ex. récent voir Cass. civ. 2e, 21 février 2008, n°07-10951 : l'action directe a été engagée dans le délai décennal, contrairement à l'action contre l'assuré.

¹⁹²³Cass. civ. 3e, 24 octobre 2007, n°06-17295.

¹⁹²⁴Cass. civ. 2e, 13 septembre 2007, n°06-16868.

¹⁹²⁵Cass. civ. 1re, 11 mars 1986, n°84-14979. G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 768, n°420. H. GROUTEL, Prolongation du délai de prescription de l'action directe, D. 2004. 913.

¹⁹²⁶Cass. civ. 3e, 22 juin 1987 ; Cass. civ. 3e, 15 février 2006, n°04-19864 : point de départ du délai de prescription à partir de la date de la notification de la décision engageant la responsabilité civile de l'assuré.

¹⁹²⁷Cass. civ. 1re, 21 octobre 2003, n°00-18845, D. 2004, jur. p. 913, obs. H. Groutel ; Cass. civ. 2e, 13 septembre 2007, n°06-16868, qui ne se prononce pas spécifiquement sur cette question mais accessoirement considère que le délai de l'action directe est celui de l'action en responsabilité civile, auquel peut s'ajouter le délai biennal pendant lequel l'assureur reste exposé au recours de son assuré.

¹⁹²⁸Cass. civ. 1re, 30 novembre 1976, n°75-10641, Bull. 371.

¹⁹²⁹Cass. civ. 2e, 21 février 2008, n°07-12801 et Cass. civ. 2e, 8 juillet 2004, n°03-13114.

tant que le délai de prescription de l'action en responsabilité civile n'est pas également écoulé¹⁹³⁰.

1051 Le droit suisse ne connaissant pas de principe général d'action directe, les dispositions spéciales qui en établissent une prévoient le délai de prescription (ex. LCR, articles 65 et 83¹⁹³¹) ou bien renvoient au droit commun de la prescription, et parfois la jurisprudence est amenée à conjuguer droit spécial et droit commun. Ainsi, le Tribunal fédéral a décidé d'appliquer le délai plus long de l'action pénale à l'action directe de la victime contre l'assureur automobile du responsable, conjuguant les règles de l'article 60 alinéa 2 et les règles des articles 65 et 83 de la LCR¹⁹³².

1052 Le projet de réforme propose de généraliser la règle de l'article 83 alinéa 2 LCR qui prévoit l'effet général de l'interruption de la prescription à l'égard du responsable et de son assureur. L'article 55b AP dispose donc que « *L'empêchement, la suspension ou l'interruption de la prescription (art. 134 et 135) à l'encontre de la personne responsable vaut à l'encontre de son assureur, et vice versa* ». Cette disposition doit être combinée avec la règle résultant du projet de réforme suisse qui prévoit la suspension de la prescription pendant la durée de la procédure, ce qui signifie que la victime agissant contre l'assuré verra la prescription de l'action directe suspendue, et inversement¹⁹³³.

1053 Une disposition relative à la prescription de l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité mériterait d'être introduite en droit français, soit qu'elle adopte la solution du projet de réforme fondée sur la suspension, soit qu'elle consacre les règles jurisprudentielles actuelles.

1054 Le projet de réforme suisse ne comporte pas de règle relative au délai de prescription de l'action directe ; on peut supposer que le délai est celui de l'action en responsabilité civile puisque le Tribunal fédéral applique le droit commun¹⁹³⁴. Cet oubli se comprend dans la mesure où actuellement les textes spéciaux qui prévoient une action directe précisent également son délai de prescription. À partir du moment où l'action directe est prévue de façon générale, ne faudrait-il pas indiquer expressément qu'elle se prescrit par le

¹⁹³⁰ Cass. civ. 2e, 13 septembre 2007, n°06-16868 : revirement de jurisprudence par rapport à Cass. civ. 1re, 21 octobre 2003, n°00-18845 et Cass. civ. 1re, 30 juin 2004, qualifié de « *singularité dans le ciel du droit de l'assurance* » par M. P. MAYNIAL, avocat général, avis sur Cass. civ. 2e, 13 septembre 2007.

¹⁹³¹ RS. 741. 01.

¹⁹³² ATF 112 II 79 : l'article 83 de la LCR prévoit un délai biennal de prescription ; le TF applique le délai de prescription de l'action pénale (5 ans), conformément à la règle de droit commun de l'article 60 COS.

¹⁹³³ Article 134, alinéa 1er, ch. 5 nouveau, COS.

¹⁹³⁴ ATF 112 II 19 précité.

même délai que l'action en responsabilité civile, auquel peut s'ajouter le délai spécifique du recours de l'assuré contre l'assureur. Cette solution a le mérite de renvoyer aux règles connues de prescription, celle de l'action en responsabilité civile et celle de l'action dérivant du contrat d'assurance. En outre, elle n'est pas surprenante pour l'assureur qui a établi ses prévisions en tenant compte de ces deux délais.

1055 En droit suisse, la réforme de la loi sur le contrat d'assurance par la loi du 17 décembre 2004 n'a en rien modifié les dispositions relatives au droit de gage de la victime (article 60 LCA) ni le délai biennal de prescription pour toute action dérivant du contrat d'assurance (article 46 LCA). Elle n'a pas non plus généralisé l'action directe. Les développements du projet de réforme suisse conservent donc toute leur pertinence, le droit français permettant sur ce point de donner un exemple pratique des questions posées par l'admission générale de l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable.

D La créance d'indemnisation

1056 La bonne fin de l'action directe est subordonnée à ce que soient établis « à la fois l'existence de la responsabilité de l'assuré à l'égard de la victime et le montant de la créance d'indemnisation de celle-ci contre l'assuré »¹⁹³⁵. L'action directe appartient non à la personne de la victime, mais au titulaire de la créance de réparation : victime, assureur de dommage, assureur social, coresponsable, ou plus généralement cessionnaire de la créance d'indemnisation ou subrogé dans les droits de la victime. En droit français, l'action directe peut être exercée par la victime, immédiate ou par ricochet, dans la mesure où la créance d'indemnisation n'a pas déjà été éteinte en partie ou totalement.

1057 Ainsi, lorsque la créance d'indemnisation a été éteinte par prescription ou par compensation, lorsqu'elle a été payée par l'assuré ou par un tiers, il n'est plus possible d'exercer l'action directe. En revanche, lorsque la créance de réparation a été éteinte mais sans que la victime ait été indemnisée, il lui est toujours possible d'exercer l'action directe contre l'assureur. Cette question n'est pas envisagée par le projet de réforme suisse, il n'est d'ailleurs pas certain qu'il faille légiférer de façon aussi détaillée sur le régime de l'action directe. La créance d'indemnisation est donc le plafond de ce que la victime peut obtenir par le

¹⁹³⁵Cass. civ. 1re, 6 juillet 1999, n°98-12526 : la juridiction judiciaire ne peut accueillir l'action directe lorsque l'action en responsabilité contre l'assuré responsable relève de la juridiction administrative. Même solution : Cass civ. 1re, 3 novembre 2004, n°03-11210. Cependant, la 3e chambre civile de la Cour de cassation décide que la mise en cause de l'assuré n'est pas une condition de recevabilité de l'action directe, que la juridiction judiciaire est seule compétente pour connaître de l'appréciation des garanties d'assurances qui supposent l'analyse d'un contrat de droit privé alors même que l'appréciation de la responsabilité de l'assuré relèverait du juge administratif.

jeu de l'action directe, le plancher résulte du montant de la garantie prévue par le contrat d'assurance.

E Opposabilité des exceptions

1058 L'action directe repose sur le droit propre de l'assuré sur l'indemnité, mais l'assureur est tenu dans les limites des stipulations contractuelles. Il peut donc opposer les stipulations du contrat à la victime qui exerce l'action directe. C'est sur l'assureur qui invoque le contrat pour refuser sa garantie d'en prouver la teneur en produisant la police¹⁹³⁶.

1. L'admission de l'opposabilité des exceptions

1059 Le droit suisse ne connaissant pas de réglementation générale de l'action directe, mais seulement des dispositions spéciales, ce sont elles qui précisent si, et dans quelle mesure, l'assureur peut opposer à la victime des exceptions tirées du contrat d'assurance. Il est donc difficile d'effectuer une comparaison avec le droit français parce que les dispositions spéciales comportent le plus souvent simultanément une obligation d'assurance et une interdiction d'opposer les exceptions tirées du contrat. Cependant, la LCA permet à l'assureur d'opposer la faute intentionnelle de l'assuré (article 14) tout comme le droit français : l'article L. 113-1 du Code des assurances exclut la couverture des dommages résultant de la faute intentionnelle de l'assuré, exclusion de garantie que l'assureur peut opposer à la victime¹⁹³⁷.

1060 En droit français, l'article L. 112-6 du Code des assurances dispose que « L'assureur peut opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice les exceptions opposables au souscripteur originaire ». La Cour de cassation, si elle reconnaît le droit propre de la victime, précise cependant que « le droit de la victime puise sa source et trouve sa mesure dans le contrat d'assurance et ne peut porter que sur l'indemnité d'assurance telle qu'elle a été stipulée, définie et limitée par ce contrat »¹⁹³⁸. Ainsi la victime peut se voir opposer par l'assureur les franchises, les plafonds de garantie¹⁹³⁹, les exclusions de garantie¹⁹⁴⁰, la résiliation du contrat, sa suspension, dans la mesure où ils ont été établis antérieurement au sinistre. Le législateur a posé des limites à la liberté contractuelle des parties au contrat d'assurance, notamment en interdisant à l'assureur

¹⁹³⁶Cass. civ. 1re, 22 avril 1992, CRAMA du bassin de l'Adour c/ Drouot assurances, n°88-18486 : « Attendu... que le bénéfice du contrat d'assurance était invoqué non par l'assuré, mais par la victime du dommage tiers à ce contrat, et qu'il incombait dès lors à l'assureur de démontrer, en versant la police aux débats, qu'il ne devait pas sa garantie pour le sinistre objet du litige », RGAT. 1992, p. 161, note R. BOUT.

¹⁹³⁷Cass. civ. 1re, 10 déc. 1991, Bioret c/ Le Strat et a.

¹⁹³⁸Cass. civ. 1re, 1er octobre 1980, n°79-12215.

¹⁹³⁹V. par ex. Cass. civ. 1re, 7 octobre 1975, RGAT. 380.

¹⁹⁴⁰V. par ex. Cass. civ. 1re, 15 avril 1975, RGAT. 1976. 223 : l'assurance de responsabilité civile générale peut prévoir une clause de non garantie des dommages causés par un véhicule terrestre à moteur.

d'exclure ou de limiter sa garantie dans certains cas. Il ne s'agit donc pas d'une exception au principe d'opposabilité des exceptions mais d'une interdiction pour l'assureur de stipuler telle ou telle exclusion de garantie. Cet encadrement du contrat d'assurance est d'interprétation stricte. Aussi la Cour de cassation censure la Cour d'appel qui écarte, sur le fondement de l'article L. 121-2 du Code des assurances, la clause qui limite la garantie de l'assureur en cas de responsabilité solidaire ou *in solidum* à la part de responsabilité dans ses rapports avec le ou les coobligés¹⁹⁴¹.

Cependant, des exceptions légales et jurisprudentielles ont été posées au principe d'opposabilité des exceptions.

2. Les exceptions

1061 En droit français, par principe, l'assureur ne peut jamais opposer à la victime ou à ses ayants-droits les déchéances résultant d'un manquement de l'assuré à ses obligations postérieurement à la réalisation du dommage. L'assureur ne peut donc opposer à la victime la déchéance de l'assuré pour non déclaration du sinistre dans les délais¹⁹⁴². On a présenté le revirement de jurisprudence¹⁹⁴³ sur la question de la possibilité pour l'assureur de compenser les primes impayées avec l'indemnité d'assurance comme une exception au principe d'opposabilité des exceptions¹⁹⁴⁴. Il nous semble cependant qu'il s'agit plutôt d'une conséquence de l'idée selon laquelle la victime dispose d'un droit propre sur l'indemnité d'assurance et du principe de droit des obligations selon lequel la compensation s'effectue entre personnes qui sont réciproquement créancière et débitrice tandis que le lésé n'est pas débiteur envers l'assureur.

1062 En droit français, le principe d'opposabilité des exceptions tirées du contrat d'assurance à la victime exerçant l'action directe connaît donc des dérogations résultant de lois spéciales d'assurance obligatoire. Ainsi, s'agissant de l'assurance automobile, l'article R. 211-13, 2° du Code des assurances rend inopposable à la victime toutes les déchéances sauf la suspension régulière du contrat pour non paiement des primes. De même, les règles relatives à l'assurance obligatoire des constructeurs interdisent à l'assureur d'opposer la faute inexcusable visée par l'article A.243-1, annexe I, C. ass. Les règles relatives à

¹⁹⁴¹Cass. civ. 1re, 1er octobre 1980, n°79-12215, et ultérieurement, voir par exemple Cass. civ. 1re, 10 février 2004, n°02-14629.

¹⁹⁴²Cass. civ. 1re, 2 juillet 1991.

¹⁹⁴³Cass. civ. 1re, 31 mars 1993, n°91-13637, Cass. civ. 1re, 30 octobre 1995, n°93-16501.

¹⁹⁴⁴La jurisprudence décidait en effet que l'assureur pouvait déduire les primes impayées de l'indemnité due à la victime : Cass. civ. 1re, 28 janvier 1975, n°73-13284, Cass. civ. 1re, 30 avril 1985, n°84-10818, Cass. civ. 1re, 4 octobre 1989, n°87-13284.

l'assurance obligatoire des chasseurs interdisent d'opposer quelque déchéance que ce soit, sans distinguer si elle a eu lieu antérieurement ou postérieurement au dommage.

1063 En droit suisse, l'article 65 alinéa 1 LCR pose le principe de l'action directe du lésé contre l'assureur de responsabilité civile du détenteur du véhicule. L'alinéa 2 de ce texte interdit à l'assureur d'opposer les exceptions résultant de la LCA ou du contrat d'assurance. Ainsi, l'assureur ne peut opposer à la victime la faute intentionnelle du détenteur du véhicule (article 14 LCA) ou la mise en demeure pour non paiement des primes ayant conduit à la suspension du contrat d'assurance (article 68 alinéa 2 LCR).

1064 En droit français, sauf à entrer dans le détail des dispositions légales, il est impossible de décrire exactement les exceptions inopposables ou opposables dans la mesure où chaque situation est différente. Le droit suisse connaît également cette distinction, et le projet de réforme propose d'ailleurs, en contrepartie de l'admission générale de l'action directe dans tous les types d'assurance, d'autoriser l'opposabilité des exceptions de façon générale. L'inopposabilité des exceptions sera cependant maintenue par les lois spéciales qui la prévoient actuellement¹⁹⁴⁵. On arriverait donc à la situation qui est actuellement celle du droit français.

1065 La possibilité pour l'assureur d'opposer les exceptions résultant du contrat d'assurance facultative est présentée comme la contrepartie de la généralisation de l'action directe. Cette façon de présenter les choses n'est pas exacte dans la mesure où s'il est justifié par des motifs impératifs d'ordre public d'assurer la réparation de certains dommages, tel le risque automobile, et donc d'imposer aux assureurs une obligation à la dette plus lourde que celle qui résulte du contrat, il n'en va pas de même dans tous les autres cas. Autant une généralisation de l'action directe ne modifie pas l'obligation de l'assureur, puisque celui-ci est déjà tenu d'une obligation de conservation de l'indemnité, autant l'inopposabilité des exceptions modifie l'étendue de son engagement et ne doit donc être admis qu'à titre exceptionnel, dans le cadre d'une assurance obligatoire par exemple.

1066 Précisons pour finir, que en dehors de l'hypothèse dans laquelle l'assureur peut se prévaloir contre l'assuré d'une exception inopposable à la victime, le principe de l'inopposabilité des exceptions par l'assureur à la victime fait de l'assureur un obligé à la dette, mais non un contributeur. Par conséquent, l'assuré doit assumer la charge définitive de l'indemnisation lorsque l'assureur a payé plus que ce à quoi il était tenu par le contrat

¹⁹⁴⁵Par ex. article 65 alinéa 2 et 3 LCR ; article 37 alinéa 2 et 3 LITC ; article 19 alinéa 2 et article 20 alinéa LRCN ; article 16 alinéa 3 et 4 LchP ; article 33 alinéa 2 et article 34 alinéa premier LNI.

d'assurance.

L'intérêt de l'action directe est de permettre de saisir directement entre les mains de l'assureur l'indemnité due à la victime. Cette efficacité est encore renforcée par la possibilité de demander une provision conformément aux règles du droit commun de la procédure civile française.

F L'obtention d'une provision

1067 En prenant l'hypothèse de la victime d'un dommage corporel, hormis les frais pris en charge par les assurances sociales, le simple aménagement de son cadre de vie en attendant que soit jugée son action en responsabilité, nécessite déjà des fonds. Le temps est donc un facteur à ne pas négliger pour assurer au mieux la prise en charge de la victime. L'action directe participe de l'effectivité des règles de la responsabilité civile.

1068 En outre, en droit français, la victime peut, dans le cadre de l'action directe, demander au juge avant dire droit une provision sur le montant de l'indemnité que devra payer l'assureur à l'issue de l'instance¹⁹⁴⁶. Pour comparer les possibilités existant en droit suisse et en droit français, il sera fait référence non aux règles cantonales de procédure civile mais aux règles prévues par le projet de code fédéral de procédure civile. Le législateur fédéral a en effet pour projet d'unifier les 26 lois cantonales de procédure civile qui sont actuellement en vigueur¹⁹⁴⁷. Le projet doit entrer en vigueur en 2011. Les règles qu'ils comportent permettent néanmoins d'avoir une représentation des possibilités ouvertes à la victime, étant précisé que l'action directe est encore aujourd'hui prévue exclusivement par des lois spéciales (ex. la LCR).

1. La décision accordant une provision

1069 Lorsque la victime engage une action en responsabilité, sa situation peut être telle qu'elle ait besoin immédiatement d'une provision sur l'indemnité à venir. Le droit fédéral suisse de la procédure civile n'est pas encore entré en vigueur, toutefois l'article 257 du CPCF indique que « *le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable*

- a. la violation ou l'imminence de la violation d'une prétention dont il est titulaire, et*
- b. qui risque de lui causer un préjudice difficilement réparable ».*

¹⁹⁴⁶V. par exemple Cass. civ. 2e, 18 novembre 1999, n°92-12709, Bull. n°170.

¹⁹⁴⁷Un projet de Code de procédure civile a été soumis au Conseil fédéral qui l'a approuvé. Selon un communiqué de presse en date du 31 mars 2010, l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile a été fixée par le Conseil fédéral au 1er janvier 2011.

1070 Le projet de réforme suisse du droit de la responsabilité civile proposait de renforcer le droit de la victime en permettant le versement d'avance sur l'indemnité à venir à la victime sans attendre l'issue du procès. Actuellement le droit suisse ne permet pas au juge d'accorder ce type de versement anticipé, et le responsable ou l'assureur qui y procède de lui-même court le risque de trop payer ou de devoir payer une seconde fois s'il est actionné par un créancier subrogé dans les droits de la victime¹⁹⁴⁸. L'article 56h du projet suisse dispose que « *Lorsque la personne lésée rend vraisemblable le bien-fondé de sa prétention et que sa situation économique l'exige, le tribunal peut condamner la partie recherchée à lui verser des paiements anticipés qui ne préjugent en rien de la décision finale* ».

1071 En droit français, la procédure de référé peut permettre à la victime d'obtenir le versement d'une provision parallèlement à la procédure au fond¹⁹⁴⁹. L'article 808 du CPC dispose que « *dans tous les cas d'urgence, le président du TGI peut ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ». Le juge apprécie souverainement l'existence de l'urgence, au moment où il statue. L'urgence résulte du fait que la non intervention aurait des conséquences irréremédiables pour le demandeur. Lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision sur l'indemnité à venir¹⁹⁵⁰. En outre, en cours de procédure, le juge français peut, par une décision avant-dire droit allouer une provision à la victime lorsque le dommage n'est pas déterminable au moment où il statue (article 482 et 544 du CPC). La demande peut également être faite au juge de la mise en état, à la condition toutefois que l'existence de l'obligation ne soit pas sérieusement contestable (article 771 CPC). Le droit français a donc ici l'avantage sur le droit fédéral suisse d'avoir une procédure civile uniforme et relativement récente qui lui permet de réagir rapidement à la situation dans laquelle se trouve la victime.

1072 L'adoption du Code de procédure civile fédérale aurait pu priver de tout intérêt l'édiction d'une disposition spécifique à la responsabilité civile puisqu'il contient des dispositions relatives aux mesures provisoires. Toutefois, comme l'indique le Message du Conseil fédéral relatif au Code de procédure civile, l'article 258 du Code de procédure civile suisse ne prévoit pas l'octroi de provision de façon générale mais seulement dans des cas particuliers prévus par la loi¹⁹⁵¹. Par conséquent, l'introduction d'une disposition spécifique au droit de la responsabilité civile est toujours d'actualité. Il n'est peut-être pas nécessaire de

¹⁹⁴⁸REAP p. 43 et p. 225 et s.

¹⁹⁴⁹Cass. civ. 2e, 17 mai 1982, n°81-10993.

¹⁹⁵⁰Par ex. s'agissant d'un assureur refusant de verser les indemnités dues en prétendant que l'incendie était volontaire, condamné à verser une provision : CA Reims, 25 juillet 2008, RG n°08/01351.

¹⁹⁵¹Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, p. 6962.

prévoir cette possibilité pour tous les dommages. Il est envisageable de limiter la provision aux cas d'atteintes corporelles par exemple. Il est également envisageable de laisser le soin au juge d'apprécier l'opportunité d'octroyer une provision ou non, comme le fait le droit français.

La décision attribuant une provision est exécutoire par provision.

2. L'exécution provisoire

1073 L'exécution provisoire se définit en droit français comme la « *faculté accordée à la partie gagnante – ou créancier – de poursuivre, à ses risques et périls, l'exécution immédiate de la décision judiciaire qui en est assortie, malgré l'effet suspensif attaché au délai de la voie de recours ouverte ou de son exercice* »¹⁹⁵².

1074 L'article 35 du projet de code de procédure civile fédéral (CPCF) désigne le tribunal compétent pour connaître des actions en responsabilité civile à raison d'un acte illicite. L'article 36 règle la question des dommages-intérêts consécutifs à des mesures provisionnelles injustifiées. La même règle existe en droit français : l'exécution provisoire se fait toujours au risque du poursuivant. L'exécution provisoire porte atteinte aux droits processuels de l'adversaire et ne se justifie que pour des motifs graves au nombre desquels figure la situation précaire de la victime. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que l'exécution provisoire est de droit pour les condamnations au paiement d'une provision¹⁹⁵³, le juge n'a donc pas besoin de le préciser.

L'action directe permet en quelque sorte à la victime d'aller au-devant du procès en responsabilité et de hâter son indemnisation. Les recours en contribution interviennent a posteriori, pour déterminer sur qui devra peser en définitive la charge du dommage, et dans quelle proportion le cas échéant.

SECTION 2 LES RECOURS EN CONTRIBUTION

1075 Lorsque la victime a été indemnisée et que le payeur n'a pas vocation à supporter la charge définitive de la dette parce qu'il peut la reporter totalement ou partiellement sur le responsable ou son assureur, il peut exercer un recours en contribution. Le plus souvent ce

¹⁹⁵²Ph. HOONAKKER, Exécution provisoire, in Enc. Dalloz de procédure civile, juin 2001, n°1.

¹⁹⁵³Cass. civ. 2e, 18 novembre 1999, n°97-12709, Bull. n°170 : en réalité le problème de droit n'était pas l'exécution de plein droit de la décision ordonnant l'exécution provisoire, mais la portée qui devait lui être donnée ; la Cour de cassation précise que « *les condamnations au paiement d'une provision par les juges du fond sont exécutoires de droit à titre provisoire, de sorte que leur paiement, même sans réserve, par la partie condamnée ne peut valoir acquiescement* ».

recours résulte de la subrogation. À défaut, la jurisprudence française admet une action personnelle. Dans le cadre de l'examen des relations entre responsabilité civile et assurances privées, la question de la subrogation de l'assureur *solvens* dans les droits de la victime indemnisée a été envisagée. En droit positif suisse, l'assureur qui a versé la prestation due est en effet subrogé dans les droits dont dispose l'assuré à l'encontre du responsable (article 72 al. 1 LCA). Selon la jurisprudence, la subrogation ne joue toutefois que si l'auteur du dommage a agi fautivement¹⁹⁵⁴ ; cette règle implique que la charge du dommage causé de façon non fautive pèse en définitive sur la collectivité des victimes assurées, que ce sont leurs primes qui augmentent¹⁹⁵⁵.

1076 Il existe en droit français une dualité d'actions récursoires qui a été notamment affirmée en matière d'accidents de la circulation. La loi du 5 juillet 1985 a établi un régime de responsabilité pour risque dérogatoire au droit commun et interdit toute option à la victime. Le coresponsable *solvens* qui voulait agir en contribution contre le gardien du véhicule ou contre le fautif ne pouvait exercer une action que la victime n'aurait pas pu elle-même exercer. Par conséquent, en admettant le recours en contribution fondée sur l'article 1382 ou 1384, la jurisprudence a par là-même admis la coexistence de l'action personnelle (§.2) et de l'action subrogatoire (§.1)¹⁹⁵⁶.

§.1 L'ACTION SUBROGATOIRE

1077 La notion légale de subrogation n'est pas la même en droit suisse et en droit français, l'un des droits ayant bénéficié dans son élaboration de l'enseignement résultant de presque un siècle de pratique depuis le Code civil de 1804. Pour employer une image archéologique, on peut dire que le droit français se trouve dans une strate plus ancienne que celle du droit suisse. Les textes français n'ont en effet pas changé depuis 1804 (articles 1249 à 1252 du Code civil) et doivent être conjugués avec les adjonctions résultant du droit des assurances sociales comme privées. Par suite, le droit suisse étant plus évolué, le projet de réforme ne traite pas de questions qui sont déjà réglées depuis plus d'un siècle. La question de la subrogation n'est envisagée que par rapport à la réglementation de la solidarité entre codébiteurs¹⁹⁵⁷ et à l'extension des causes d'interruption ou de suspension de la prescription

¹⁹⁵⁴ ATF 120 II 191, spéc. p. 196.

¹⁹⁵⁵ S. FÜHRER, Zum Verhältnis von Haftpflicht und Privatversicherung, op. cit. (p. 28), spéc. p. 374.

¹⁹⁵⁶ P. JOURDAIN, Recours en contribution : à nouveau la dualité de fondements, RTDciv. 1996, p. 409.

¹⁹⁵⁷ REAP p. 171.

au bénéfice du subrogé¹⁹⁵⁸.

En revanche, le juriste français peut examiner le fonctionnement de mécanismes juridiques plus récents que ceux que connaît son propre droit et éventuellement s'en inspirer pour relever les incohérences et vérifier l'opportunité de telle solution qu'il envisage d'adopter. La subrogation est un mécanisme juridique de la théorie générale des obligations (A) sur lequel est fondé le recours subrogatoire de celui qui a indemnisé la victime (B).

A La subrogation

Le mécanisme de la subrogation existe en droit français (1.) comme en droit suisse (2.) et est également utilisé dans les deux droits comme conséquence de l'obligation solidaire ou *in solidum* des coresponsables.

1. Le droit français

1078 Le principe de la subrogation consiste à conférer à celui qui a acquitté la dette les droits du créancier à l'encontre du débiteur. Celui qui a reçu payement transmet à la personne qui l'a effectué ses droits et actions contre son débiteur. En matière de responsabilité civile, la subrogation permet à celui qui désintéresse la victime à la place du ou des responsables de se retourner ensuite contre lui pour se faire rembourser. La subrogation joue lorsque le payeur primaire n'a pas vocation à être le payeur définitif. C'est un mécanisme utile car il permet de faciliter l'indemnisation rapide de la victime en donnant l'assurance d'un recours au tiers *solvens* contre le débiteur final. Cependant, en droit français, les lacunes des textes ont donné lieu à des hésitations jurisprudentielles.

1079 Le droit français distingue subrogation conventionnelle et subrogation légale. L'article 1249 du Code civil dispose que « *la subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye, est ou conventionnelle ou légale* ». La subrogation conventionnelle suppose le consentement du créancier (article 1250, 1°). Au contraire, la subrogation légale a lieu de plein droit, mais seulement lorsqu'un texte le prévoit expressément. Les hypothèses de subrogation légale sont prévues limitativement par les textes, et interprétées étroitement par la jurisprudence, car elles sont autant d'exceptions au principe selon lequel on n'est obligé que par son consentement. En droit français, la loi prévoit quatre hypothèses générales de subrogation, dont l'une seulement peut concerner la responsabilité civile. À ceci s'ajoutent les hypothèses spéciales de subrogation prévues par différents textes spéciaux. Le texte spécial

¹⁹⁵⁸ Article 55c AP.

le plus connu en droit français est l'article 30 de la loi de 1985 qui institue un recours subrogatoire en faveur des tiers payeurs et l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance devenu l'article L. 121-12 du Code des assurances qui prévoit la subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré envers un tiers responsable. L'hypothèse générale résulte de l'article 1251, 3° : la subrogation a lieu « *au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter* ». Il s'agit donc du coresponsable, débiteur solidaire envers la victime, ou bien de son assureur.

1080 En droit français, l'article 1251 3° prévoit que celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres a payé leur dette est subrogé dans les droits du créancier. La jurisprudence y inclut donc les codébiteurs *in solidum* malgré que leurs dettes soient distinctes¹⁹⁵⁹ : peut être subrogé celui qui bien que réglant une dette personnelle a par son paiement libéré autrui¹⁹⁶⁰. En principe, sauf exception légale, celui qui est étranger à la dette ne peut exercer l'action subrogatoire. La subrogation ne peut jouer que si celui qui indemnise la victime n'a pas vocation à supporter la charge définitive de la dette¹⁹⁶¹. La question que pose le mécanisme de la subrogation est de savoir si le paiement de la dette d'autrui emporte automatiquement subrogation dans les droits du créancier. Actuellement, la jurisprudence estime « *qu'il incombe à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui, sans être subrogé dans les droits du créancier de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser les sommes versées* »¹⁹⁶². Celui qui paye par erreur peut agir sur le fondement de l'enrichissement sans cause. En revanche, celui qui sait payer la dette d'autrui, sans être subrogé, sans apporter la preuve de l'engagement du débiteur de lui rembourser la somme versée, celui-là n'a pas d'action ni en paiement, ni en responsabilité civile¹⁹⁶³.

¹⁹⁵⁹V. supra p. 442 et s., L'obligation in solidum des coresponsables.

¹⁹⁶⁰Cass. civ. 2e, 13 décembre 2001, n°99-18327, Bull. n°196 : une association dont le préposé avait escroqué les caisses d'assurance maladie a payé les dommages-intérêts avant même d'avoir été condamnée à le faire ; la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir admis que les conditions de la subrogation légale sur le fondement de l'article 1251 3° étaient réunies en relevant que le commettant, civilement responsable de son préposé, était également tenu au paiement et avait intérêt à acquitter la dette. Cass. civ. 1re, 23 février 1988, n°85-14390, Bull. n°50 : « *mais attendu qu'il résulte de l'article 1251 3° du Code civil que celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation qu'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette ; qu'il importe peu que son obligation n'ait pas été constatée judiciairement dès lors qu'il avait intérêt à s'acquitter des conséquences de sa responsabilité* ». Cass. com. 9 mai 1990, n°88-18125, Bull. n°146, RTDciv. 1990, p. 662, n°10, obs. J. MESTRE.

V. également Cass. com. 24 juin 2003, n°01-15496, Bull. n°110 : censure de la Cour d'appel qui rejette l'action récursoire de celui qui a indemnisé la victime sans rechercher si les défendeurs n'avaient pas engagé leur responsabilité civile, fondant ainsi l'action subrogatoire du *solvens* à leur encontre.

¹⁹⁶¹En revanche, lorsqu'il a vocation à assumer la charge définitive de l'indemnisation de la victime en vertu du contrat d'assurance, l'assureur *solvens* ne peut se retourner contre son assuré au prétexte que celui-ci n'a plus de recours car son action est prescrite : Cass. civ. 2e, 17 février 2005, n°04-11215, rapport C. ALDIGE.

¹⁹⁶²Cass. civ. 1re, 2 juin 1992, cité par GESTHIN, BILLIAU, LOISEAU.

¹⁹⁶³Cité par GESTHIN, Cass. civ. 1re, 30 mars 2004, Bull. 105, n°103, p. 83.

On voit qu'en droit français, la subrogation est une exception, encadrée par la loi, prévue dans des cas précis et bien déterminés.

2. Le droit suisse

1081 L'article 148 alinéa premier dispose que « *Le débiteur solidaire qui jouit d'un recours est subrogé aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé* ». En droit suisse, la subrogation légale joue dès lors que le créancier ne peut exiger une exécution personnelle du débiteur. Outre ce mécanisme général, des lois spéciales prévoient la subrogation, au profit de l'assureur de responsabilité par exemple¹⁹⁶⁴. Enfin, le débiteur solidaire (le coresponsable) qui a indemnisé la victime dispose d'un recours subrogatoire contre ses codébiteurs pour la part de la créance dont il ne doit pas répondre à titre définitif (article 149 al. 1 COS).

1082 En droit suisse, les dispositions qui édictent un recours subrogatoire au profit du *solvens* prévoient également les délais de prescription qui lui sont applicables. Ainsi, s'agissant du recours des organismes sociaux pour les prestations servies à la victime, l'article 72 alinéa 3 LPGa dispose que « *Les délais de prescription applicables aux droits de la personne lésée sont également applicables aux droits qui ont passé à l'assureur. Pour les prétentions récursoires de l'assureur, les délais ne commencent toutefois pas à courir avant que celui-ci ait eu connaissance des prestations qu'il doit allouer ainsi que du responsable* ». A défaut, le Tribunal fédéral applique le délai de prescription applicable à l'action de la victime, délai butoir compris¹⁹⁶⁵. La règle est la même en droit français et résulte également de la jurisprudence. Le projet de réforme suisse propose de généraliser la règle et de prévoir que le délai de prescription de l'action en contribution court à compter du jour où la victime a été intégralement désintéressée.

B Le recours subrogatoire

1083 Par le paiement, le codébiteur subrogé dans les droits du créancier devient titulaire des droits et garanties dont celui-ci bénéficiait. Le recours du coresponsable ou de l'assureur *solvens* est alors exactement celui dont disposait la victime¹⁹⁶⁶. Toutefois, cette affirmation doit être relativisée en considération de la particularité de l'exercice de l'action subrogatoire dans le cadre de l'action en responsabilité civile. L'immunité de l'article L. 121-12

¹⁹⁶⁴LCA, article 72 : « 1 Les prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée.

2 L'ayant droit est responsable de tout acte qui compromettrait ce droit de l'assureur.

3 La disposition de l'al. 1 ci-dessus ne s'applique pas au cas où le dommage est dû à une faute légère d'une personne qui fait ménage commun avec un coresponsable ».

¹⁹⁶⁵Cf. supra p. 419 et s., La prescription des actions directes ou récursoires.

¹⁹⁶⁶Par conséquent, la victime ne pouvant agir contre le préposé qui a agi dans les limites de sa mission, le commettant ne peut exercer d'action récursoire contre son salarié : Cass. civ. 2e, 20 décembre 2007, n°07-13403.

al. 3 Code des assurances ne bénéficie qu'à l'assuré (préposé). Elle ne fait pas obstacle au recours subrogatoire de l'assureur qui a indemnisé la victime contre l'assureur du responsable. Le paiement transfère automatiquement la créance au subrogé, faisant ainsi perdre sa qualité de créancier à la victime. Par suite, celle-ci n'est plus recevable à agir contre le responsable, même avec le consentement du subrogé, sauf à conclure une convention spécifique sur ce point¹⁹⁶⁷.

1. L'admission générale du recours subrogatoire

1084 En droit suisse comme en droit français, le recours subrogatoire de celui qui a indemnisé la victime résulte actuellement d'un texte spécial : il n'existe pas de texte établissant de façon générale la subrogation en cas de co-responsabilité. Par ailleurs, l'assureur de responsabilité civile qui a indemnisé la victime a vocation à supporter la charge finale du dommage. C'est là l'objet même du contrat. Le paiement de la créance d'indemnisation de la victime n'est pas indu puisque l'assureur en était tenu en vertu du contrat d'assurance, et ce, même si l'action de l'assuré contre l'assureur était prescrite¹⁹⁶⁸. Cependant, la faute lourde de l'auteur du dommage n'est pas assurable, par conséquent l'assureur qui a indemnisé la victime dispose d'une action récursoire. En cas de paiement indu, l'assureur peut se retourner contre son assuré fautif. En droit suisse, la faute de nature à libérer l'assureur de son obligation est visée par l'article 14 LCA. L'article 72 LCA prévoit une action récursoire au profit de l'assureur privé à l'encontre du tiers responsable à concurrence des prestations versées. Dès lors, la victime indemnisée ne peut plus faire valoir ses prétentions à l'encontre du responsable, sauf son droit préférentiel en cas d'indemnisation partielle. En droit français, différents textes prévoient que le tiers payeur (assureur de dommage, fonds de garantie) est subrogé dans les droits de la victime. Ainsi en matière d'assurance de dommage, l'article L. 121-12 du Code des assurances prévoit que « l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ».

1085 En droit français, le principe du recours subrogatoire du coresponsable *solvens* ne résulte pas de la lettre des textes mais de l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence, lorsque des textes spéciaux ne prévoient pas expressément que tel *solvens* est subrogé dans les droits de la victime. La Cour de cassation a en effet affirmé qu'« il résulte des dispositions des

¹⁹⁶⁷Cass. civ. 1re, 4 février 2003, n°00-11023, Bull. n°172 : « l'assuré qui, après avoir été indemnisé, a subrogé son assureur dans ses droits, n'a plus qualité pour agir contre le responsable et ne peut, sauf convention expresse ou tacite l'y habilitant, agir en justice dans l'intérêt de l'assureur ».

¹⁹⁶⁸Cass. civ. 1re, 17 février 2005, n°04-11215, Bull. n°33 p. 31, rapport inédit de Mme C. ALDIGE ; H. GROUDEL, note, RCEA. 2005/4, p. 28-29 ; J.-P. KARILA, RGDA. 2005, p. 439-443.

articles 1382 et 1251 du code civil que le codébiteur d'une obligation *in solidum* qui a exécuté l'entière obligation peut répéter contre l'autre responsable ses part et portion »¹⁹⁶⁹.

1086 En droit suisse, les actions récursoires des organismes d'assurance sociale ou des assureurs privés ont pour but d'éviter une surindemnisation de la victime. Si celle-ci a droit à la réparation intégrale de son dommage, elle ne doit pas s'enrichir, surtout pas aux dépens des organismes sociaux. Aussi le droit suisse prévoit-il, aux articles 41-44 LAA et 52 OLAA le recours subrogatoire des caisses : la Caisse Nationale d'Assurance (CNA) est subrogée dans les droits de la victime ou de ses ayants-droits contre tout tiers responsable de l'accident. La CNA n'est subrogée que dans les droits de l'assuré et de ses héritiers pour lesquels elle a effectivement versé une prestation de même nature (article 43 LAA). La même règle existe en droit français dans son principe en tout cas, c'est la règle dite du recours poste par poste, posée aujourd'hui par l'article 33 de la loi du 5 juillet 1985.

1087 Le projet de réforme suisse comporte deux dispositions édictant un recours subrogatoire, la première concerne le coresponsable, la seconde concerne l'assureur. L'article 53c AP dispose que « *La personne qui aura réparé le dommage au-delà de sa part, a un droit de recours contre les autres coresponsables ; à cet effet, elle est subrogée aux droits de la personne lésée* ». L'article 54f alinéa 1er AP dispose que « *L'assureur est subrogé au droit de recours de la personne assurée contre d'autres coresponsables dès le paiement de l'indemnité à la personnes lésée et à concurrence du montant versé* ». Ce texte n'est que la concrétisation du principe général posé à l'article 54a : « *L'assureur peut exercer son droit de recours contre la personne responsable conformément aux dispositions sur le concours de responsabilités (art. 53c)* ».

2. Limites au recours subrogatoire

1088 Celui dont la responsabilité civile a été mise en jeu et qui a donné lieu à payement peut bénéficier d'une immunité légale ou prétorienne qui interdit au solvens de recourir contre lui. De façon plus large, le principe même de la légitimité de l'admission générale du recours subrogatoire de l'assureur privé peut être discuté. La Commission avait soulevé la question¹⁹⁷⁰ indiquant que le principe même de l'action récursoire pouvait prêter à discussion dans la mesure où l'on pouvait considérer que l'assureur avait vocation à supporter définitivement la charge du dommage. Cette considération ne vaut toutefois que pour les assureurs privés, les assurances sociales fondées sur la solidarité ne devant intervenir qu'à défaut d'autre contributeur final. Le droit français admet également la subrogation de

¹⁹⁶⁹Cass. civ. 2e, 5 octobre 2006, n°05-16514, Bull. n°256.

¹⁹⁷⁰REAP p. 33.

l'assureur, hormis des exceptions résultant d'immunités par ex. en faveur de proches de la victime. Le droit suisse connaît également ce type d'exceptions. Dans ces hypothèses, l'assureur se voit privé de l'action que le lésé aurait pu exercer.

a Les immunités

1089 L'immunité dont il est ici question est accordée à certaines personnes pour les mettre à l'abri d'une action récursoire de celui qui a indemnisé la victime¹⁹⁷¹. L'immunité peut être d'origine législative ou jurisprudentielle. Elle concerne les proches de l'assuré (1), les employés de l'assuré (2) et le recours subrogatoire peut aussi subir aussi l'influence du régime de responsabilité au titre duquel l'assureur a indemnisé la victime (3).

(1) *Les proches*

1090 En droit suisse, l'article 75 LPGA limite le recours de l'assureur social subrogé dans les droits de la victime :

« L'assureur n'a un droit de recours contre le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante et descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui que s'ils ont provoqué l'événement assuré intentionnellement ou par négligence grave. »

² *Si les prétentions récursoires découlent d'un accident professionnel, la même limitation est applicable à l'employeur de l'assuré, aux membres de sa famille et aux travailleurs de son entreprise.*

³ *Il n'y a pas de limitation du droit de recours de l'assureur dans la mesure où la personne contre laquelle le recours est formé est couverte par une assurance responsabilité civile obligatoire ».*

En droit français, l'action subrogatoire de l'assureur solvens se heurte à la limite posée par l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances :

« l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes ».

Comme l'indique un auteur, la raison de ces immunités est que l'assuré lui-même n'aurait sans doute pas agi en responsabilité à leur rencontre¹⁹⁷². En droit français comme en droit suisse, l'immunité disparaît lorsque le proche a agi intentionnellement.

(2) *Le préposé ou l'auxiliaire*

1091 En droit suisse, l'employeur ou le donneur d'ordre répond du dommage causé par son auxiliaire, soit sans possibilité de preuve libératoire dans le cadre de l'article 101 COS, soit avec la possibilité théorique de prouver qu'il a accompli les diligences requises comme le

¹⁹⁷¹B. DUBUISSON, op. cit. (note 194), p. 146 et s., à propos du droit belge.

¹⁹⁷²G. VINEY, P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité civile, op. cit. (p. 17), p. 782, n°432.

prévoit l'article 55 COS¹⁹⁷³. L'article 55 alinéa 2 COS prévoit que « *L'employeur a son recours contre la personne qui a causé le préjudice, en tant qu'elle est responsable du dommage* ». La doctrine suisse majoritaire s'accorde pour voir dans ce texte une illustration particulière du principe posé par l'article 51 alinéa 2 COS selon lequel en cas de pluralité de responsabilités, les actions récursoires entre coresponsables doivent faire peser la charge finale de la réparation en priorité sur celui qui a commis une faute¹⁹⁷⁴. Rapportée à l'action récursoire de l'employeur ou du donneur d'ordre, cela signifie qu'ils ne peuvent se retourner contre l'auxiliaire que si celui-ci a commis une faute au sens de l'article 41 COS.

1092 En droit français, le commettant est responsable de plein droit du dommage causé par son préposé. C'est donc lui, ou son assureur, qui indemniser la victime, le préposé n'étant pas forcément solvable. Peut-il se retourner contre le salarié ? Auparavant, le commettant qui ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité envers la victime par la preuve de son absence de faute, disposait d'une action récursoire contre le préposé fautif¹⁹⁷⁵, c'est d'ailleurs toujours la solution du droit positif suisse lorsque le préposé a commis une faute. Par la suite, la jurisprudence exigera de la part du préposé un abus de fonction assorti d'une faute lourde pour admettre l'action récursoire du commettant¹⁹⁷⁶. Par conséquent, le commettant ne dispose d'aucun recours subrogatoire, dans la mesure où la victime n'a pas d'action contre le préposé qui a agi dans les limites de la mission qui lui était impartie¹⁹⁷⁷. Cependant, l'immunité du préposé disparaît lorsqu'il a commis une infraction pénale ou une faute intentionnelle¹⁹⁷⁸.

¹⁹⁷³V. supra p. 86 et s.

¹⁹⁷⁴REAP p. 133.

¹⁹⁷⁵Ainsi, le comité des courses de Constantine, condamné correctionnellement à la suite de l'effondrement des tribunes dont il avait commandité (et mal surveillé) la construction a un recours contre l'entrepreneur, son préposé, chacun répondant à proportion de ses fautes : Req. 24 février 1886, D. 1887. I. 31. Lorsque le commettant n'avait pas commis de faute, il avait un recours pour le tout contre son préposé : Req. 16 juillet 1928, D. H. 1928. 477, cité par A. BESSON, D. 1930. II., p. 117.

¹⁹⁷⁶CA Paris, 14 mars 1930, D. 1930 p. 115-120, note A. BESSON : la Cour indique que « *si le civilement responsable, qui a réparé le préjudice causé à la victime par l'auteur du quasi-délit, a recours contre celui-ci pour le recouvrement de la totalité de l'indemnité, par l'exercice d'une action en garantie, principale ou incidente, c'est seulement dans le cas où cet auteur du fait dommageable, abusant de ses fonctions, a ainsi commis une faute lourde dans l'exercice de celles-ci ; que si, au contraire, ce préposé s'est borné à exécuter les instructions formelles qu'il avait reçues de son commettant, celui-ci est privé de tout recours contre lui* ».

¹⁹⁷⁷Cass. civ. 2e, 20 décembre 2007, n°07-13403, Bull. n°274.

¹⁹⁷⁸Ass. pl. 14 décembre 2001, COUSIN, n°00-82066, Bull. n°17 ; M. BILLIAU, note JCP. 2002. EG. II. 10026 ; R. DE GOUTTE, concl. sur Ass. pl. 14 décembre 2001, BICC n°551, p. 1-4 ; S. FREMEAUX, L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, Droit et patrimoine, 2002, n°110, p. 40-48 ; H. GROUTEL, La responsabilité personnelle du salarié (suite), RCEA. 2002/3, p. 4-5 ; P. JOURDAIN, Le préposé condamné pénalement pour une infraction intentionnelle engage sa responsabilité civile, RTDciv. 2002, p. 109 ; J. JULIEN, De la responsabilité civile du préposé auteur d'une infraction pénale, D. 2002, p. 1230-1233 ; D. MAZEAUD, Intentionnellement coupable donc civilement responsable : une brèche dans l'immunité du préposé, D. 2002, p. 1317 ; G. MEMETEAU, Clinique. Responsabilité civile. Préposé, RDSS. 2002, p. 526 ; Y. MONNET, Faute du préposé condamné pénalement et responsabilité du commettant, note sous Ass. pl. 14 décembre 2001, GP. 24 février 2002, n°55, p. 29-41 ; S. PETIT, La responsabilité civile et pénale des préposés, GP. 31 juillet 2002, p. 2-4 ; B. THULLIER, Responsabilité civile du préposé auteur d'une infraction pénale, D. 2002, p. 2117 ; G. VINEY, obs. JCP. EG. I. 124, n°7.

(3) La responsabilité pour faute

1093 En matière d'assurances de dommage, la jurisprudence et la doctrine majoritaire suisses n'admettent la subrogation de l'assureur *solvens* (article 72 LCA) que dans le cadre de la responsabilité délictuelle pour faute au sens de l'article 41 COS. Le recours subrogatoire n'est donc pas admis contre les responsables objectifs, sauf si l'assureur peut établir leur faute additionnelle. Cette solution est logique dans la mesure où les responsabilités objectives sont établies pour parer à la réalisation certaine d'un risque, événement dont seul le moment est incertain. Dès lors, il appartient aux responsables objectifs de s'assurer en conséquence.

Le projet de réforme suisse a prévu les difficultés pratiques qui peuvent résulter d'une absence d'immunité comme d'une immunité absolue et a préféré laisser au juge le soin d'apprécier l'opportunité de la réduction du montant pour lequel l'assureur recourra contre les coobligés à la dette, spécialement lorsqu'il s'agit de proches de la victime.

L'article 54a qui traite en général du recours de l'assureur, dispose que :

« 1 L'assureur peut exercer son droit de recours contre la personne responsable conformément aux dispositions sur le concours de responsabilités (art. 53c).

2 Le tribunal peut réduire l'étendue du recours lorsque des circonstances particulières le justifient, notamment la proximité des rapports entre la personne responsable et la personne lésée ».

Ce texte est plus général que le texte actuel de droit français et se situe dans la ligne du projet de réforme suisse visant à laisser au juge un important pouvoir d'appréciation et de modulation dans l'application des règles de droit. Il est à noter également que la formulation de cette disposition laisse entendre que l'admissibilité du recours est le principe, et la réduction ou l'exclusion du recours subrogatoire de l'assureur, l'exception. Il y a donc un recul de la protection conférée par l'immunité existant actuellement en droit positif suisse : en quoi cela améliore-t-il la situation de la victime de permettre à son assureur d'agir contre ses proches ? Il aurait mieux valu maintenir la règle actuelle aux termes de laquelle l'immunité joue sauf intention de nuire. La disposition existant actuellement en droit français semble donc être une meilleure solution. D'ailleurs, aucun projet français ne propose un tel recul. La question n'est pas envisagée par le rapport sénatorial et les PETL n'envisagent que le recours entre coauteurs.

Cass. civ. 2e, 3 juin 2004, n°03-10819, Bull. n°275 ; F. CHABAS, Note sous Cass. civ. 2e, 3 juin 2004, Droit et patrimoine 2005, n°133, p. 93-94 ; F. GREAU, note sous Cass. civ. 2e, 3 juin 2004, GP. 24 décembre 2004, p. 5-16 ; H. GROUDEL, Exonération du commettant, RCEA. 2004/9, comm. n°250, p. 17-19 ; P. JOURDAIN, Abus de fonction du préposé : la Cour de cassation affine en l'élargissant la notion d'agissement hors fonction, RTDciv. 2004, p. 742 ; J. LANDEL, note sous Cass. civ. 2e, 3 juin 2004, RGDA. 2004, p. 605-610 ; G. VINEY, Responsabilité civile, JCP. 2005. EG. I. 132. En l'espèce, le préposé s'était introduit par curiosité dans la fourgonnette d'un tiers, à l'insu de ce dernier, et avait causé le dommage en faisant volontairement démarrer le véhicule, « *ce dont il résultait que ce préposé était devenu, par l'effet d'une initiative personnelle sans rapport avec sa mission, gardien et conducteur occasionnel du véhicule d'un tiers au moyen duquel il avait commis l'acte dommageable, et qu'il avait ainsi agi en dehors de ses fonctions, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions* ».

Cependant, la disposition du projet CATALA relative au recours en contribution autorise une telle action lorsque le proche en cause bénéficie d'une assurance et que cela n'aura pas pour effet de préjudicier à la situation de la victime¹⁹⁷⁹. Là encore, il semble que la disposition actuelle du Code des assurances est plus efficiente : l'auteur du dommage n'a pas à démontrer l'existence d'une communauté de vie et le tort que l'admission du recours peut causer à la victime. Au contraire, il appartient à l'assureur de prouver l'existence d'une faute intentionnelle pour écarter l'immunité.

Il semble donc que sur ce point, le projet de réforme suisse comme français, malgré les intentions affichées de protection de la victime, envisagent néanmoins de préjudicier aux droits qu'elle détient dans le système actuel, ce, dans l'intérêt de l'assureur. La modification du droit positif en ce sens est inopportune et ne fera que générer du contentieux sans réel bénéfice économique.

Lorsque la victime n'a été que partiellement indemnisée, son action peut venir en concours avec l'action subrogatoire de l'assureur.

b Le droit préférentiel de la victime

1094 Le projet de réforme suisse confère au lésé un droit préférentiel sur l'indemnité versée par le responsable ou son assureur de responsabilité. Le rapport explicatif suisse donne l'exemple de la victime dont la réparation a été réduite en considération de sa faute alors que les prestations d'assurance ne couvrent pas la totalité du dommage¹⁹⁸⁰, ce qui a pour conséquence que l'indemnité d'assurance de dommage est d'un montant supérieur à ce que la victime peut réclamer au responsable ; l'assureur *solvens* subrogé dans les droits de la victime est alors en concours avec la victime. Le projet de réforme suisse propose de consacrer dans la loi le principe de la généralité du droit préférentiel du lésé. Les auteurs exposent que c'est déjà une règle de droit positif car elle est prévue par certains textes spéciaux (ex. l'article 88 de la LCR), que la jurisprudence a étendu à l'ensemble des hypothèses de concours entre un tiers-payeurs et la victime. M. le professeur P. TERCIER indique en effet que bien que la règle du droit préférentiel du lésé soit prévue par l'article 88 LCR, texte spécial, « *il est certain qu'elle doit*

¹⁹⁷⁹Projet de réforme française, article 1378-1.

¹⁹⁸⁰Ainsi, lorsque la victime développe un trouble psychologique à la suite de l'accident, le TF n'admet le droit à prestation sociale que si la victime a subi une atteinte corporelle grave. Dans l'hypothèse d'une infirmière qui, s'étant piqué accidentellement avec une seringue utilisée par un patient séropositif, a développé un trouble psychologique, le TF relève que c'est un accident banal et que la victime n'a pas droit aux prestations sociales de ce fait (ATF 129 V 402). En revanche, le traitement préventif aura été pris en charge, la caisse d'assurance maladie a donc un recours contre l'employeur, en concours avec la victime qui peut néanmoins demander réparation à son employeur selon les règles de la responsabilité civile.

avoir une portée générale »¹⁹⁸¹. Ce droit préférentiel est tempéré par un partage proportionnel « dans certaines situations où il serait inéquitable et contraire au principe de la bonne foi » de faire primer le droit du lésé sur le recours de l'assureur contre la personne responsable¹⁹⁸². Les hypothèses envisagées en pratique sont celles dans lesquelles le lésé a provoqué la survenance du dommage ou son aggravation par une faute intentionnelle, voire un comportement criminel.

1095 Le droit suisse des assurances sociales met tout en œuvre pour assurer à la victime une réparation intégrale, tandis que le droit français malgré la réforme du recours des tiers payeurs résultant de la loi du 26 décembre 2006, persiste à n'offrir qu'une indemnisation partielle en cas de partage de responsabilité. Lorsque le droit à réparation a été réduit en raison de la faute de la victime, le montant que doit effectivement payer le responsable est moindre que l'intégralité du dommage. Dans ce cas, en droit suisse, l'assuré ou ses héritiers bénéficient d'un droit préférentiel : le montant versé par le responsable doit servir à compléter le préjudice non couvert par les prestations sociales. L'assureur social ne peut exercer son recours subrogatoire que sur le solde. La règle joue également s'agissant de l'indemnité d'assurance versée par l'assureur de responsabilité civile du responsable.

1096 La solution suisse doit être totalement approuvée. Contrairement aux auteurs de droit français qui semblent soucieux d'assurer les finances des organismes de sécurité sociale, il faut se reporter au principe indemnitaire et subsidiaire qui sont la raison d'être des organismes sociaux. Ils ont vocation, même en cas de faute de la victime, à assurer un minimum vital en dessous duquel il n'est pas possible de descendre. L'indemnisation a pour but d'éviter de constituer en Europe des cours des miracles peuplées de personnes auxquelles leur handicap interdit de subvenir elles-mêmes à leurs besoins, et dont la société n'aura pas garanti une juste indemnisation de leur préjudice leur permettant une prise en charge décente.

1097 Si cette règle doit être approuvée dans son principe, elle n'en appelle pas moins une limite. Le droit préférentiel de la victime est exclu lorsque le dommage est due à une faute grave de l'assuré¹⁹⁸³. Dans ce cas, le recours subrogatoire s'exerce selon le principe de la répartition proportionnelle. La part du dommage due à la faute grave de l'assuré est estimée et la CNA est en droit de réduire ses prestations dans la même proportion.

Le droit français connaît, outre l'action subrogatoire, une action personnelle.

¹⁹⁸¹P. TERCIER, article précité supra p. 25, note 62, spéc. p. 221.

¹⁹⁸²REAP p. 57.

¹⁹⁸³LAA, article 42 alinéa 2.

§.2 L'ACTION PERSONNELLE

1098 L'action est dite personnelle par opposition à l'action subrogatoire par laquelle le subrogé exerce les droits de la victime. Le terme d'action récursoire est également employé mais prête à confusion car l'action subrogatoire est également une action récursoire. En droit français, les deux termes sont employés par opposition car l'admission d'une action en contribution qui ne serait fondée sur aucun texte a été longtemps discutée ; seul le recours subrogatoire était prévu plus ou moins expressément par un texte général du Code civil.

1099 Le droit suisse présente l'avantage de prévoir une responsabilité solidaire des coauteurs à l'article 50 dont l'effet est de faire naître un recours subrogatoire, tandis que l'article 51 COS régit la question des recours en contribution en cas de pluralité de régimes de responsabilité. En outre, en cas de responsabilité solidaire, l'article 50 alinéa 2 prévoit également un recours, semble-t-il autre que l'action subrogatoire et coexistant avec lui encore que la question soit discutée en doctrine¹⁹⁸⁴. Les questions qui existent en droit suisse quant au fondement exact, à la coexistence des deux recours et surtout à la détermination du point de départ et du délai de prescription applicable se posent avec une force plus grande encore en droit français où aucune disposition ne régit expressément la question du recours en contribution autre que subrogatoire.

1100 Selon les auteurs du projet de réforme suisse, l'action personnelle est celle par laquelle un coresponsable se retourne contre ses coauteurs après avoir indemnisé la victime. L'action récursoire n'est pas un cas d'action subrogatoire ; la première résulte d'un droit propre du *solvens* tandis que la seconde résulte de l'exercice des droits du créancier désintéressé, en l'espèce la victime indemnisée¹⁹⁸⁵.

1101 En droit français, les auteurs, dont POTHIER, indiquent qu'à côté de l'action subrogatoire, le codébiteur *solvens* « a de son chef, contre chacun de ses codébiteurs, une action pour répéter la part dont chacun desdits codébiteurs est tenu de la dette »¹⁹⁸⁶. Le droit romain distinguait selon que la solidarité résultait d'un contrat, le débiteur ayant une action, ou selon que le paiement résultait d'une dette solidaire de « réparation civile d'un délit », pour laquelle il n'y avait pas d'action¹⁹⁸⁷. Toutefois, dit POTHIER, « Notre pratique Française plus indulgente accorde en ce cas une action à celui qui a payé le total, contre chacun de ses codébiteurs, pour répéter de lui sa part ; ... cette action ne naît pas du délit qu'ils ont commis ensemble, elle naît du paiement qu'il a fait d'une dette qui lui était commune

¹⁹⁸⁴F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1575 et s. p. 398 et s.

¹⁹⁸⁵REAP p. 184, n°2.7.3.3.1.

¹⁹⁸⁶J. POTHIER, Traité des obligations, op. cit. (p. 73), tome premier, p. 372, n°282.

¹⁹⁸⁷Ibidem, p. 318.

avec ses codébiteurs, et de l'équité qui ne permet pas que ses codébiteurs profitent à ses dépens, de la libération d'une dette dont ils étaient tenus comme lui ».

En droit positif français, l'action récursoire du codébiteur solidaire repose, comme l'obligation *in solidum*, sur la jurisprudence qui la rattache plus ou moins à l'article 1251 du Code civil. En effet, comme le relève un auteur, au sujet de la coresponsabilité, « *La qualité de coauteur à elle seule n'oblige pas à rembourser un autre coauteur. L'obligation de rembourser doit elle-même trouver un texte sur lequel elle se fonde* »¹⁹⁸⁸. Il convient d'envisager d'abord le principe même d'une action personnelle (A), pour ensuite envisager les obstacles qui peuvent venir l'entraver (B).

A Le principe de l'action personnelle

1102 En droit français, l'action récursoire a été admise par la jurisprudence en dehors d'un texte prévoyant un recours subrogatoire. Il ne s'agissait pas d'une affaire de responsabilité civile, mais le principe posé par l'attendu de principe est formulé de façon générale : « *le tiers qui sans y être tenu, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers, a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur* »¹⁹⁸⁹. La première chambre civile de la Cour de cassation a encore renforcé la solennité de son attendu de principe dans un arrêt du 4 avril 2001 : « *attendu qu'en application du principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, celui qui, par erreur a payé* »¹⁹⁹⁰. En réalité, la question ne se pose que si le coresponsable n'a pas pu être subrogé dans les droits de la victime pour une raison ou une autre.

1103 En droit suisse, l'article 51 du COS dispose, s'agissant du recours des coresponsables en vertu de régime de responsabilité différents, que :

« 1 Lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie.

2 Le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi ».

En droit suisse, l'action récursoire est donc fondée sur un principe général consacré

¹⁹⁸⁸H. GROUDEL, Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur, D. 1998, p. 174.

¹⁹⁸⁹Cass. civ. 1re, 15 mai 1990, n°88-17572, Bull. n°106, obs. J. MESTRE, RTDciv. 1990, p. 662-663, n°11. Cass. soc., 20 décembre 2001 n°99-21671, Bull. 395.

¹⁹⁹⁰Cass. civ. 1re, 4 avril 2001, n°98-13285 ; M. BILLIAU, Nature du recours du solvens qui a payé par erreur la dette d'autrui contre le débiteur, D. 2001, p. 1824-1826 ; P. CHAUVEL, Quasi-contrat, Droit et Patrimoine 2001 n°96, p. 101 -102 ; A. GOSSELIN-GORAND, L'application du principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui et l'erreur du solvens, LPA 2 avril 2002, n°66, p. 9-13 ; H. GROUDEL, Règlement de compte entre assureurs, RCEA. 2001/7, p. 4-5 ; L. MAYAUX, Note sous RGDA. 2001, p. 689-692.

par la loi, contrairement au droit français, mais le texte prête cependant à discussion quant au point de savoir si l'action récursoire qui en découle se cumule ou non avec l'action subrogatoire¹⁹⁹¹ et sur le délai de prescription qui doit lui être appliqué.

En droit suisse, lorsque l'assureur a indemnisé la victime d'un dommage dont il n'a pas vocation à supporter la charge définitive, il dispose d'une action subrogatoire contre son assuré (article 72 LCA). Si le souci de garantir l'indemnisation de la victime a conduit le législateur à interdire à l'assureur d'opposer le contrat, celui-ci n'a cependant pas vocation à supporter définitivement une obligation qui outrepassse son engagement contractuel. En droit français, l'article L. 121-12 du Code des assurances permet à l'assureur qui a indemnisé la victime de se retourner contre les coresponsables de son assuré. Toutefois, ce recours est subrogatoire et il n'est mentionné ici que pour donner une image complète des recours de l'assureur. L'assureur peut aussi agir contre son assuré dans l'hypothèse où il a indemnisé la victime sans pouvoir lui opposer une exception tirée du contrat d'assurance.

1104 L'action récursoire pose différents problèmes, certains n'existent pas en droit suisse parce que le droit des obligations est plus récent que celui qui résulte du Code civil. En pratique, deux types de personne vont exercer l'action récursoire : le coresponsable et surtout son assureur.

B Les obstacles à l'exercice de l'action récursoire

1105 Trois types d'obstacle à l'action personnelle méritent d'être mentionnés. D'abord, l'exercice de l'action personnelle peut être influencée par l'ordre des recours résultant des règles régissant la pluralité de régimes de responsabilité (1.). Par ailleurs, l'exception de prescription peut faire obstacle à l'exercice de l'action personnelle (2.).

1. L'ordre des recours

1106 Il a déjà été indiqué que la pluralité de responsabilités peut résulter soit d'une co-action cause du dommage, soit de plusieurs responsables à des titres différents, réalisant ainsi un cumul de régime de responsabilités. Il peut donc arriver qu'un même dommage permette d'engager différents types de responsabilité et différents débiteurs de l'obligation de réparer : responsabilité pour faute de l'agent qui a directement causé le dommage, responsabilité pour fait d'autrui de celui qui doit en répondre, responsabilité sans faute du gardien d'une chose, garantie des différents assureurs... Dans la mesure où les poursuites doivent être divisées entre

¹⁹⁹¹F. WERRO, La responsabilité civile, op. cit. (p. 74), n°1575 et s. p. 398 et s.

les coresponsables, il importe de déterminer quelle part du dommage doivent supporter en définitive les coresponsables. Le droit suisse règle cette question à l'article 51 du COS qui tient lieu de règle générale¹⁹⁹². À cela s'ajoute des règles spéciales, ainsi l'assureur dispose d'un recours contre le responsable fautif (article 72 alinéa premier LCA), mais il ne peut se retourner contre « la personne qui répond de manière objective sans avoir commis de faute »¹⁹⁹³. En droit français, les solutions résultent exclusivement de la jurisprudence.

1107 Celui qui répond des conséquences de sa faute ne peut recourir contre celui qui répond objectivement¹⁹⁹⁴. Lorsque plusieurs sont responsables pour faute, le recours est admis en proportion de la gravité des fautes, et non de leur rôle causal dans la réalisation du dommage. En dehors du responsable pour sa faute, les actions entre coresponsables sont admises quel que soit le fondement de leur responsabilité.

2. La prescription de l'action personnelle

1108 Le droit suisse comme le droit français prévoient aujourd'hui un délai relatif et un délai butoir.

Jusqu'à présent, en droit français, les délais de droit commun étaient plus longs et ne couraient qu'à compter de la connaissance du dommage par la victime. Cette règle avait permis à la jurisprudence française de suspendre la prescription de l'action récursoire tant que l'action principale n'avait pas été intentée.

1109 En droit suisse, la jurisprudence n'a pas posé de règle générale, refusant en effet de tirer des quelques dispositions spéciales qui existaient l'argument fondant un principe valable pour tous les cas non réglés par le législateur. La question était compliquée par le délai butoir de l'article 60 COS. En outre, la règle du délai objectif posée par l'article 60 COS était opposable à celui qui exerçait l'action récursoire. La question est alors de savoir dans quelle mesure la prescription de l'action de la victime doit être celle de l'action récursoire. Certains textes spéciaux prévoient que le point de départ de la prescription de l'action récursoire est le moment où l'assureur indemnise la victime¹⁹⁹⁵. Cette solution a été généralisée par le Tribunal Fédéral. Compte tenu du fait que le délai objectif prévu par l'article 60 COS court nonobstant la connaissance par le créancier de son droit, l'assureur qui a indemnisé la victime se voit opposer la prescription objective qui aura couru à compter du fait générateur¹⁹⁹⁶.

¹⁹⁹² Application par analogie, v. ATF 80 II 247.

¹⁹⁹³ REAP p. 180.

¹⁹⁹⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN, Conditions de la responsabilité, op. cit. (p. 87), n°422, p. 309.

¹⁹⁹⁵ Par ex. article 83 al. 3 LCR et article 39 al. 3 LITC.

¹⁹⁹⁶ ATF 115 II 48.

1110 Le projet de réforme propose donc de reconnaître à l'assureur *solvens* un droit propre, obéissant à ses propres règles de prescription¹⁹⁹⁷. L'article 55 AP prévoit que l'action récursoire se prescrit par trois ans à compter du jour où la victime a été indemnisée. Le délai objectif joue également, mais l'AP l'allonge de dix à vingt ans, estimant qu'à l'issue d'un tel laps de temps, le responsable ou ses héritiers doivent pouvoir considérer leur responsabilité comme éteinte¹⁹⁹⁸.

§.3 PROPOSITIONS

1111 Les règles ci-dessus exposées présentent divers inconvénients en raison de leur manque de cohérence qui engendre un traitement différencié des différents coresponsables. Or une fois la victime indemnisée, la responsabilité civile doit servir à répartir la charge du dommage de façon équitable au regard des conceptions de notre société : il s'agit donc de sanctionner économiquement celui qui a causé intentionnellement le dommage, de faire jouer l'assurance obligatoire qui assortit l'activité particulièrement dangereuse, de ménager les finances publiques comme privées des assureurs et des tiers payeurs. Le projet suisse a l'avantage de réformer un droit actuellement plus avancé que le droit français, le chantier est donc moindre.

1112 Pour le droit français, il faudrait en outre prévoir de façon générale une action en contribution, adaptée à la matière de la responsabilité civile, quitte à se démarquer de la théorie générale du droit des obligations. Cette option est déjà celle du droit suisse puisque le recours prévu par l'article 50 alinéa 2 COS n'est pas un recours subrogatoire, et que lorsqu'un texte spécial prévoit que l'assureur est subrogé, c'est avec l'ajout d'un délai de prescription courant à compter du paiement, en contradiction avec la solution qui résulte des règles de la subrogation. Ces éléments montrent qu'il n'est pas opportun de renvoyer simplement aux mécanismes qui résultent de la théorie générale des obligations, théorie qui a été largement élaborée dans le cadre du contrat, de l'accord des volontés et non dans l'optique qui est celle de la responsabilité civile de l'obligation de réparer née *ex lege*.

Le projet CATALA a prévu une responsabilité solidaire des coauteurs, le partage de responsabilité se faisant ensuite à proportion des fautes ou à défaut, par parts égales¹⁹⁹⁹. Cette réglementation ne correspond pas aux particularités de la matière de la responsabilité civile.

¹⁹⁹⁷ REAP p. 225.

¹⁹⁹⁸ REAP p. 226.

¹⁹⁹⁹ Article 1378, rapport CATALA, p. 162.

Pourquoi vouloir absolument raccrocher les mécanismes propres à la responsabilité civile aux mécanismes de la théorie générale des obligations lorsque ceux-ci ne sont pas adaptés ? La question de la solidarité a été traitée dans les développements sur la pluralité de responsabilités. Une fois posé le principe d'une action en contribution spécifique au droit de la responsabilité civile, il faut encore préciser ses conditions, spécialement au regard de la prescription, de l'ordre des recours, et du droit préférentiel du lésé.

D'abord, l'action devrait naître à compter du paiement, que le *solvens* soit coauteur, coresponsable ou seulement garant. C'est à partir de ce moment que le délai de prescription doit courir, mais il faudrait alors que ce soit un délai de prescription spécifique pour ne pas allonger indéfiniment le temps pendant lequel les codébiteurs seraient exposés à un recours en contribution. C'est en effet pour ne pas surprendre le codébiteur que le Tribunal fédéral a refusé d'admettre la recevabilité d'une action récursoire exercée après l'expiration du délai de prescription de l'action de la victime. Le délai de droit commun en droit français est aujourd'hui de cinq ans, le projet de réforme suisse propose un délai de trois ans (article 55c al. 1er AP) un délai de trois ans semble donc équilibré.

Le projet de réforme suisse tient compte du fait que l'obligation *in solidum* peut créer au profit de la victime une collectivité regroupant des individus qui sont de parfaits étrangers les uns pour les autres, voire qui ignorent leur existence respective. Par conséquent, lors de l'exercice de l'action en contribution, le codébiteur *solvens* qui entend agir « *avisera les personnes qu'elle tient pour coresponsables ; à défaut, la prescription court à compter du jour où elle aurait dû donner cet avis conformément aux règles de la bonne foi* »²⁰⁰⁰.

En outre, l'article 55c al. 1er AP prévoit que le délai butoir de vingt ans courant à compter du fait dommageable s'applique également aux actions en contribution, ce qui permet de ménager les intérêts du codébiteur de l'obligation de réparer. Toutefois, les difficultés évoquées au sujet de la notion de naissance du droit à réparation comme point de départ du délai butoir en droit français doivent être mentionnées ici également. Si un droit nouveau naît à compter du paiement, il n'est pas envisageable de faire courir le délai butoir à compter de ce moment. Il serait plus pratique de se contenter d'un délai préfixe de trois ans qui ne serait susceptible ni d'interruption ni de suspension.

²⁰⁰⁰ Article 55c al. 2 AP.

CHAPITRE 3 LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LE TEMPS

1113 Le projet de réforme suisse comme le projet de réforme CATALA ont omis d'envisager la question de la mise en œuvre dans le temps des règles nouvelles²⁰⁰¹ ainsi que celle de l'élaboration de mécanismes propres à assurer l'évolution de ce droit à l'avenir. Pourtant, la présentation sommaire du droit de la responsabilité civile, de sa mise en œuvre et des réformes envisageables montrent la complexité de ces questions, qui sera encore aggravée par l'application de la réforme dans le temps. La réforme du droit de la responsabilité civile découle de l'absence de mécanismes permettant son évolution. Il est vrai que l'œuvre accomplie en la matière par la jurisprudence de la Cour de cassation comme du Tribunal fédéral a en partie camouflé la sclérose du droit. Est-ce suffisant compte tenu notamment des enjeux de justice sociale et de compétitivité économique du droit de la responsabilité civile ? L'application dans le temps du droit de la responsabilité civile implique d'envisager d'abord les mécanismes qui pourraient permettre une évolution harmonieuse du droit de la responsabilité civile (Section 1), pour ensuite présenter les dispositions de droit transitoire qui apparaissent d'ores et déjà comme indispensables à la mise en œuvre efficiente d'une réforme du droit de français de la responsabilité civile (Section 2).

SECTION 1 L'ÉVOLUTION FUTURE DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

1114 En droit français, le droit de la responsabilité civile n'a cessé d'évoluer depuis 1804 tant du fait de la jurisprudence que du législateur qui ont sans cesse accru son champ d'application au détriment de la cohérence de l'ensemble du système. Dès lors que le droit civil interne est susceptible d'être mis en concurrence avec le droit européen, dès lors que les règles d'indemnisation ont un impact sur la réalisation du droit à réparation et que les règles de procédure civile sont susceptibles d'influer sur l'effectivité des droits de la victime, il est évident que le maintien d'une cohérence systémique doit être atteint, ce qui suppose qu'un organisme en ait la charge. Sauf si l'on suppose que l'ensemble du système s'autorégulera, mais l'expérience montre que cette idée ne peut être sérieusement retenue.

1115 Si les victimes sont les premières confrontées à l'injustice d'une disposition

²⁰⁰¹Le projet CATALA prévoit bien des dispositions transitoires, mais exclusivement en matière de prescription civile ; l'application dans le temps des règles de responsabilité civile n'est pas envisagée.

législative, le juge ne tarde pas à la remarquer lui-même et réagit souvent, incitant le législateur à réagir à son tour. Un exemple célèbre nous sera donné par l'arrêt DESMARES par lequel la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a posé la règle selon laquelle le gardien d'une chose était responsable sauf si la faute de la victime présentait les caractères de la force majeure²⁰⁰².

Ni le projet de réforme suisse, ni le projet de réforme français n'ont envisagé le juge comme sentinelle des avants-postes confrontés aux problèmes nouveaux auxquels le législateur sera appelé à répondre. Il est pourtant dommage de devoir attendre la constitution d'un mouvement public de protestation qui nécessitera plusieurs victimes avant d'avoir un poids politique conséquent, alors qu'il suffirait de recueillir les avis des juges du fond pour lancer une réflexion. L'informatisation des juridictions et le stockage des décisions sur support informatique rendent aujourd'hui possible une investigation par la Cour de cassation en France sur les questions de droit émergentes. La capacité de notre système juridique à réagir rapidement tout en se donnant le temps de la réflexion en serait renforcée.

1116 Si les juridictions peuvent permettre de déceler les problèmes émergents, elles ne peuvent directement solliciter le législateur. D'abord, les propositions de réforme suggérées par la Cour de cassation sont rarement suivies d'effet. Ensuite, lorsque le législateur aura voulu casser une jurisprudence ou bien imposer à toute force une solution, le pouvoir judiciaire ne sera pas en mesure de garantir la neutralité de sa critique. Aussi, une commission indépendante devrait elle être créée, à l'instar de celle qui existe au Royaume-Uni, afin d'élaborer des propositions de réforme.

SECTION 2 LE DROIT TRANSITOIRE

1117 La responsabilité civile ne peut s'envisager indépendamment de l'action en justice qui la réalise et des mécanismes d'assurance qui garantissent l'effectivité du droit à réparation de la victime. Le législateur doit donc mener une réflexion sur les règles de droit transitoire : les différents éléments du système interagissent, il convient de s'assurer qu'ils

²⁰⁰²Cass. civ. 2e, 21 juillet 1982, DESMARES, n°81-12850, Bull. n°111. Par comparaison, v. par exemple Cass. civ. 2e, 20 janvier 1967, n°65-12268, Bull. n°30 : « *la faute commise par [la victime], si elle avait contribué à la production du dommage, ne présentait pas les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de nature à exonérer totalement [le conducteur responsable]* », en conséquence, les juges du fond ont pu retenir l'obligation à réparation à hauteur de la moitié du préjudice subi du fait du décès de la victime par sa veuve. Cass. civ. 2e, 3 novembre 1966, n°64-14041, Bull. n°888, où la Cour de cassation reproche aux juges du fond d'avoir retenu l'entière responsabilité de l'automobiliste sans rechercher si l'existence d'un terre-plein n'aurait pas dû inciter le piéton à l'emprunter, et partant, si celui-ci n'avait pas commis de faute susceptible de réduire l'obligation à réparation du conducteur.

obéissent en même temps aux mêmes règles sous peine d'aboutir à des solutions incohérentes.

Un exemple peut venir appuyer cette proposition bien qu'il s'agisse en réalité d'un problème de coordination entre le système d'indemnisation et le droit de la responsabilité civile : si le législateur a établi une assurance automobile obligatoire en 1958²⁰⁰³, ce n'est qu'en 1985²⁰⁰⁴ qu'il en a tiré toutes les conséquences en instituant un régime d'indemnisation spécifique en matière d'accidents de la circulation. Dans ce laps de temps, nombre de victimes n'avaient pas été indemnisées parce qu'on avait pu les amener à transiger de façon lésionnaire en abusant de la situation dans laquelle le malheur les plaçait, ou encore indemnisées mais seulement de façon très partielle parce qu'on leur opposait leur faute, solution dont le caractère choquant apparaissait tout particulièrement lorsqu'il s'agissait d'enfants gravement blessés. Cet état du droit était d'autant plus choquant que les mécanismes financiers nécessaires à l'indemnisation des victimes existaient déjà.

Si donc, comme le législateur suisse, le réformateur français entend réformer l'ensemble du système notamment en introduisant la responsabilité pour risque et la responsabilité du fait des activités dangereuses, il ne peut se dispenser d'une réflexion sur le droit transitoire.

Les règles de droit transitoire en matière de prescription sont fixées par la loi du 17 juin 2008, il n'est donc pas nécessaire d'y revenir, si ce n'est pour remarquer que les seules dispositions transitoires envisagées par le projet de réforme français étaient celles relatives à la prescription. Le silence du projet suisse s'explique peut-être par l'existence d'un Guide pour l'élaboration de la législation fédérale²⁰⁰⁵ qui traite de façon très complète la question du droit transitoire tant en matière de droit processuel que matériel.

L'introduction dans le système de fait de rattachement fondé sur le risque n'est possible qu'en raison d'une prise en charge par l'assurance de la réparation. Par conséquent, ces faits de rattachement ne devraient pas pouvoir fonder la responsabilité pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. Cette entrée en vigueur devrait d'ailleurs être fixée par le législateur à un moment suffisamment éloigné dans le temps pour que les assureurs aient le temps de s'y préparer. Un exemple de passage d'une responsabilité pour faute à une responsabilité pour risque nous est donné par le droit public cantonal du canton de Vaud : la loi

²⁰⁰³L. n°58-208 du 27 février 1958, JORF du 28 février 1958.

²⁰⁰⁴L. n°85-677 du 5 juillet 1985, dite loi Badinter, JORF du 6 juillet 1985.

²⁰⁰⁵Le Guide de législation ou Guide pour l'élaboration de la législation fédérale est publié sur Internet à l'adresse suivante : www.ofj.admin.ch sous la rubrique « méthode législative », avec des mises à jour périodiques. Nous nous basons sur la 2e édition de cet ouvrage (2002).

du 29 novembre 1904 disposait que l'Etat était tenu de réparer le dommage causé sans droit par ses fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, soit à dessein, soit par négligence ou imprudence. Ce texte fut abrogé par la loi du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents, qui prévoyait que l'Etat répondait du dommage que ses agents avaient causés à des tiers d'une manière illicite. La circonstance de la faute intentionnelle ou de négligence n'était plus requise. Le Tribunal fédéral applique le droit nouveau à un dommage né antérieurement en relevant que compte tenu de « *l'abrogation pure et simple de l'ancienne loi, la loi nouvelle s'applique, même lorsqu'il s'agit d'un dommage survenu avant son entrée en vigueur. Elle a du reste confirmé, pour l'essentiel, le régime précédent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de prévoir un régime transitoire* »²⁰⁰⁶. La solution est donc fondée sur l'intention du législateur, qui n'a pas prévu de disposition transitoire, qui n'était pas nécessaire compte tenu de ce que la modification législative n'avait que peu d'incidence sur le droit positif. La loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC) du 24 février 1989, article 11, prévoit expressément que « *les effets des actes accomplis avant l'entrée en vigueur de la présente loi restent soumis à la loi en vigueur à l'époque où ils ont eu lieu* ». En droit français, l'article 2 du Code civil dispose que « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Sur ce fondement, la jurisprudence a précisé que les conditions de la responsabilité et l'étendue de la réparation sont régies par la loi en vigueur au jour où le dommage a été causé²⁰⁰⁷.

²⁰⁰⁶ ATF 89 I 483, p. 488, cons. 2.

²⁰⁰⁷ Cass. civ. 17 octobre 1939, DH. 1940, p. 2. T. BONNEAU, Application de la loi dans le temps, JCL civil, art. 2, fasc. 20, n°16.

CONCLUSION

Au terme de nos recherches, nous soutenons les thèses suivantes.

Le droit de la responsabilité civile est actuellement obscur, lacunaire, ce qui conduit à des incertitudes, au traitement inégal des victimes et des responsables, à un gaspillage de ressources dans le traitement judiciaire comme non judiciaire de la réparation du dommage. Par conséquent, le droit de la responsabilité civile doit être réformé.

Cette réforme doit être globale, elle ne peut consister en une simple modification des articles 1382 à 1386 mais doit résulter d'une réflexion sur l'ensemble du corps de règles qui assurent une réparation socialement adéquate des dommages. Cette réflexion ne peut être menée sans prendre en considération le droit européen, actuel et à venir.

Aujourd'hui, les règles de la responsabilité civile ont été dégagée avec suffisamment de précision par la jurisprudence et la doctrine pour que le législateur entreprenne de les codifier, consacrant ainsi leur singularité par rapport aux règles régissant les contrats. S'il existe un droit commun des obligations dont la réglementation devrait occuper une partie générale du Code civil, il existe également un droit des obligations propre à la responsabilité civile qui devrait être codifié comme le sont actuellement les règles relatives aux obligations contractuelles. La responsabilité civile fait partie du corpus de règles de la théorie générale des obligations, au sein duquel elle doit se voir reconnaître la place qui est la sienne au regard de l'importance pratique de ce contentieux, place singulière car le droit de la responsabilité civile ne se confond pas avec les règles de la théorie générale des obligations originellement conçues exclusivement sur la base du contrat.

Cette réforme passe par l'affirmation du principe de l'imputation légale de la réparation, pour dégager la responsabilité civile de son fondement moralisateur basé sur la faute qui n'est plus, si tant est qu'il l'ait jamais été, le principe qui inspire effectivement les solutions du droit positif. Une réforme globale devrait être précédée d'enquêtes sociologiques et économiques afin de déterminer les attentes des différents acteurs du contentieux de la responsabilité civile : victimes, responsables potentiels, assureurs publics comme privés, représentants de la société civile.

Le rôle très particulier du juge en matière de responsabilité civile doit être consacré par la loi, son pouvoir d'appréciation et de modération devant jouer un rôle important dans

une matière où il a montré ses capacités d'adaptation et la nécessité de se prononcer en fonction du cas d'espèce qui lui est soumis. À l'instar du législateur suisse de 1881 qui redoutait l'arbitraire, il convient de donner au juge des directives pour ne pas verser dans l'arbitraire, et au justiciable des indications claires sur l'étendue du pouvoir d'appréciation et de modération dont dispose le juge.

Pour permettre au droit d'offrir une réaction rapide aux nouveaux risques qui apparaissent, il convient également de consacrer le pouvoir du juge de créer du droit. Ce pouvoir doit être encadré notamment par l'organisation des effets dans le temps des décisions créatrices de règles et la mise en place des mécanismes d'assurance propres à réaliser une répartition équitable du poids de la réparation. Ce dernier point appelle une modification de la conception de la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

Le droit à réparation naît lorsque toutes les conditions de la responsabilité civile sont réunies.

Les actions en réparation du préjudice moral sont personnelles à la victime et ne se transmettent pas si elles n'ont pas été engagées avant son décès.

Le droit de la responsabilité civile appelle des adaptations des règles de prescription générales. Ainsi, le point de départ du délai de prescription court à compter de la connaissance du dommage et dans le cas du délai butoir, à compter de la naissance du droit à réparation. En outre, la preuve du lien de causalité entre le dommage connu et un fait générateur parfois ignoré n'est pas toujours possible, *a fortiori* lorsque les éléments de fait pertinent ont été sciemment dissimulés. Une réflexion devrait être menée sur la prise en charge de ces dommages par la société. L'alternative valable est de reconnaître au juge un pouvoir d'appréciation lui permettant de déroger à la prescription lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, telle la fraude, à l'instar du droit anglais de la prescription.

Parmi les règles spécifiques de la responsabilité civile figure le recours en contribution du coresponsable *solvens* contre les autres coresponsables. Cette action trouve son fondement dans la loi. Il est soumis à un délai de prescription spécifique qui court à compter du paiement et de la connaissance de l'existence de codébiteurs. Dans la mesure où il serait admis que le juge puisse réduire le droit à réparation en fonction des circonstances dont la faute de la victime, il faut consacrer le droit préférentiel de la victime sur l'indemnité versée par le responsable nonobstant l'action en contribution des tiers payeurs que sont les organismes

sociaux.

La conception d'un projet global de réforme du droit de la responsabilité civile conduit à redouter les débats parlementaires qui n'auront de cesse de fragmenter, compléter, disséquer l'ensemble des dispositions au point qu'elles n'auront plus aucune cohérence. L'incapacité du législateur actuel à légiférer de façon pondérée et cohérente n'est plus à démontrer. Si le projet doit être débattu avec l'ensemble du corps social, il ne doit pas pouvoir être énervé et désossé par le corps législatif. Une adoption par voie de référendum présente l'avantage de soumettre à l'ensemble de la population un texte qui a vocation à être compris dans ses principes par chaque citoyen.

L'entrée en vigueur de ce projet devrait être retardée au minimum de cinq ans, le temps pour les facultés de droit de former des juristes et pour les professionnels d'ajuster leurs connaissances et de mesurer tout l'enjeu des nouvelles dispositions. L'avantage de cette entrée en vigueur progressive est clairement illustré par l'exemple du Code civil hollandais.

ANNEXES

PROJET DE LOI PORTANT RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

1. *Les obligations naissent de la loi en général et plus spécialement du contrat, de ce qui y est exprimé comme de ce qui en découle implicitement selon les usages et la bonne foi.*

Le droit à réparation naît du jour de la réalisation des conditions de la responsabilité civile.

Conditions générales

Clause générale d'imputation

2. *Une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi. La réunion de ces éléments fait naître le droit à réparation dans le patrimoine de la victime.*

Chefs d'imputation

Chef d'imputation : la faute, la garde d'autrui, l'aggravation d'un risque, l'organisation, les activités dangereuses, l'équité.

Faute

3. *Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui par un comportement objectivement répréhensible oblige à réparation dans les conditions fixées par la loi.*
4. *La faute de celui qui a causé le dommage dans l'intention prouvée de nuire à autrui, ou de réaliser un profit à ses dépens entraîne la réparation du préjudice moral spécifique qui en découle.*
5. *La faute de celui qui a causé le dommage dans l'intention prouvée de réaliser un profit aux dépens d'autrui avec un calcul délibéré entre le coût de la simple réparation et l'avantage économique retiré de l'acte dommageable peut être sanctionnée, lorsque le juge l'estime nécessaire, par une condamnation à reverser à la victime ou au fonds de garantie l'équivalent du gain illicite du responsable.*

Organisation

6. *Celui qui accroît le risque de réalisation d'un dommage doit en supporter la charge.*

La charge de la réparation du dommage pèse sur celui qui a vocation à retirer le bénéfice engendré par l'activité cause du fait dommageable.

7. *Si le dommage a été causé par une personne indéterminée d'un groupement, notamment d'une entreprise, il est présumé résulter d'un défaut dans l'organisation de ce groupement, dont doit répondre la personne morale ou physique qui en a la direction.*

Le responsable peut s'exonérer de sa responsabilité en apportant la preuve du fait personnel d'un membre de l'organisation ainsi que la preuve de ce que son action ne s'inscrivait pas dans le cadre de ses fonctions.

Lorsque le dommage résulte de la faute d'une personne appartenant à l'organisation, commise dans l'exercice de ses fonctions, seule doit en répondre la personne morale ou physique qui en a la direction.

L'employé ou l'auxiliaire ne répond de son fait personnel qu'en cas d'infraction pénale. La personne physique ou morale qui détient le pouvoir de direction doit cependant sa garantie à la victime dès lors que le dommage présente un lien avec l'activité de l'organisation.

Activités spécifiquement dangereuses

8. Le risque engendré par une activité spécifiquement dangereuse, telle l'activité soumise à autorisation administrative et à obligation d'assurance, qui se concrétise par la réalisation d'un dommage corporel entraîne la responsabilité de plein droit de l'exploitant.

Equité

9. En équité, le juge peut accorder une indemnisation lorsqu'il estime que les circonstances le commandent, notamment en considération de la situation respective de la victime et de celui à qui réparation est demandée :

- lorsque le dommage a été causé par une personne involontairement privée de discernement,*
- lorsque le dommage a été causé en état de nécessité,*
- lorsque le dommage a été causé dans l'exercice normal du droit de propriété, telle la gêne occasionnée par des travaux licites de construction,*
- lorsque le dommage réside dans la perte d'une chance d'éviter un inconvénient ou dans la perte de la possibilité d'obtenir un avantage.*

Responsabilité du fait d'autrui

Parents

10. La responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur sur lequel ils exercent l'autorité parentale résulte du fait objectivement fautif de ce dernier cause du dommage.

Garde d'autrui

11. Celui qui a, en vertu de la loi, du contrat ou d'une décision judiciaire, la charge de diriger et de contrôler le mode de vie d'une personne répond des dommages que le fait fautif de celle-ci pourrait causer.

Auxiliaire

12. La personne qui recourt à un auxiliaire est tenue de réparer le dommage causé par ce dernier dans l'accomplissement de sa tâche.

Celui qui, volontairement, recourt à un tiers pour l'exécution de ses obligations contractuelles, répond envers l'autre partie de l'inexécution comme du dommage que celui-ci pourrait causer.

Dans ces deux cas, le responsable peut s'exonérer en prouvant que l'auxiliaire a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions ou bien s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que l'auxiliaire agissait pour le compte du commettant.

Animaux

13. Le propriétaire ou le gardien d'un animal répond du dommage qu'il cause, sauf à prouver qu'il est dû à un cas de force majeure.

Ouvrages

14. Le propriétaire d'un ouvrage est responsable de plein droit des dommages causés par le bâtiment à moins de prouver qu'aucun défaut de construction ou d'entretien n'en est à l'origine. Le cas échéant, l'usager de l'ouvrage est solidairement responsable du dommage et devra répondre envers le propriétaire du défaut d'entretien ou de la négligence dans le signalement du défaut de construction.

Le propriétaire d'un ouvrage est responsable de plein droit du dommage résultant d'un trouble de voisinage excédant les charges normales de la vie en société.

Dommage

15. Le dommage réparable résulte de l'atteinte portée à un intérêt digne de protection juridique.
16. Les différents préjudices résultant du fait dommageable doivent être établis par la victime. Le juge peut admettre que la preuve du dommage est rapportée lorsqu'il existe une forte vraisemblance.
17. Lorsque le préjudice matériel résulte d'une faute lucrative, le juge peut évaluer le préjudice moral qui en résulte en se fondant sur les gains réalisés par l'auteur du dommage même si le montant de la réparation due est ainsi beaucoup plus important que le seul préjudice matériel. Dans ce cas, le juge peut ordonner le versement de tout ou partie de cette somme, non à la personne victime, mais à une association de défense ou à un organisme public de financement de l'indemnisation des dommages, sous réserve que l'institution l'accepte.

Dommage moral

18. Est réparable le préjudice moral souffert par la victime directe en raison d'une diminution de son bien-être à la suite d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique, d'une atteinte à l'un des droits garantis par la CEDH, d'une atteinte à l'honneur. Le choix du mode de réparation par la victime lie le juge, le cas échéant, il procède à l'évaluation en tenant compte des circonstances.

Est réparable, le préjudice moral indirect des proches d'une victime d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ; le juge détermine le mode de réparation le plus approprié sans être lié par les demandes des parties.

Est réparable le préjudice moral spécifique résultant de la connaissance de l'intention de nuire de l'auteur du dommage ou de sa volonté de réaliser des profits par ses agissements nonobstant le tort causé aux victimes le cas échéant. Le juge peut évaluer ce préjudice spécifique en retenant comme élément de son calcul le profit réalisé par le fautif, à charge pour celui-ci de prouver que le profit réalisé est moindre que l'évaluation retenue par le juge. La garantie de ce préjudice spécifique peut être exclue par une stipulation expresse du contrat d'assurance.

Perte de chance

19. Est réparable le dommage que constitue la disparition de la probabilité de voir se produire un événement avantageux ou bien d'empêcher un événement désavantageux. Ce dommage est forcément moindre que la valeur de l'avantage attendu ou de l'économie qu'aurait représenté l'absence de l'événement désavantageux.

Transaction

Toute convention qui, postérieurement à la survenance du fait dommageable, stipule une renonciation à toute réparation ou qui fixe une indemnité manifestement insuffisante, peut être invalidée dans le délai d'une année à partir du jour où la personne lésée pouvait raisonnablement se rendre compte du déséquilibre entre la somme reçue et celle qu'elle aurait dû obtenir.

Aucune stipulation ne peut porter sur les créances à naître du fait d'un préjudice corporel futur.

La transaction portant sur l'indemnisation d'un préjudice corporel peut être annulée lorsque la victime découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'avait pu invoquer dans la négociation de l'accord, notamment lorsque ces faits ou ces moyens de preuve ont été dissimulés par le responsable.

Cumul de régimes de responsabilité

Lorsque les faits cause du préjudice peuvent donner lieu à l'application de plusieurs régimes de responsabilité, le juge applique d'office celui qui est le plus favorable à la victime, nonobstant toute clause d'exclusivité en cas de dommage corporel.

Faits justificatifs

Toutefois, la réparation n'est pas due lorsque l'atteinte à un intérêt digne de protection résulte :

- de la mise en œuvre des prérogatives de la puissance publique dans la limite des prévisions des normes régissant celle-ci,
- d'un cas de légitime défense, c'est-à-dire de l'usage de la force strictement nécessaire pour parer au danger imminent,
- d'un cas de nécessité, c'est-à-dire de la réaction strictement nécessaire pour éviter la réalisation d'un danger plus grand que le dommage causé,
- d'un acte auquel la victime a consenti ou aurait vraisemblablement consenti si elle l'avait pu.

En cas de fait justificatif, le juge peut cependant décider d'allouer une compensation en équité pour le dommage subi, en considération notamment de la situation de la victime, de celle de l'auteur du dommage, et de circonstances particulières.

Évaluation et choix du mode de réparation

En principe, le dommage doit être intégralement réparé.

Le juge évalue l'étendue de la réparation, qu'il peut modérer en tenant compte notamment de la faute de la victime ou de sa situation économique, des conséquences économiques irréversibles que la condamnation aura sur la vie du responsable, de l'existence et de l'étendue de la couverture d'assurance.

En cas de préjudice corporel, la réduction de la réparation par le juge ne peut être ordonnée que lorsque la victime est dans une situation économique lui permettant d'assumer totalement la charge du dommage et que celui-ci résulte de sa faute grave.

Le juge choisit les modalités de réparation du dommage, en nature ou par équivalent, sans être tenu par les demandes des parties dans la mesure où il les écarte pour des motifs pertinents tenant notamment à l'effectivité du droit à réparation.

Rapports avec l'assurance

Couverture d'assurance insuffisante

Si la couverture d'assurance ne suffit pas à payer les indemnités dues à plusieurs personnes lésées, leurs prétentions à l'encontre de l'assureur seront réduites proportionnellement.

À la demande d'une personne lésée qui a intenté action contre l'assureur ou de l'assureur lui-même, le tribunal saisi impartit aux autres personnes lésées un délai pour se joindre à la procédure, en les avertissant des conséquences d'une abstention ; une telle demande peut aussi être présentée par l'assureur.

Le tribunal procède à la répartition des indemnités dues par l'assureur sans tenir compte des prétentions qui n'ont pas fait l'objet d'une action dans le délai imparti.

La répartition privilégie la réparation des dommages corporels sur la réparation des dommages aux biens.

Causalité

Preuve

Conformément au droit commun, il incombe à celui qui agit en responsabilité de prouver le rapport de causalité entre son dommage et le fait de rattachement.

Lorsque les circonstances indiquent qu'on ne peut raisonnablement lui faire porter la charge de la preuve, le juge pourra tenir pour établi le rapport de causalité étayé par une vraisemblance convaincante.

Présomption

La présomption de l'existence du lien de causalité peut être renversée par la preuve contraire.

Les membres d'un groupe dont l'un des membres non identifié est la cause du dommage sont réputés avoir causé ensemble le préjudice. Chaque membre du groupe peut apporter la preuve de ce qu'il n'a pu causer le dommage.

Dans le cadre d'une responsabilité pour risque qualifié, la présomption de causalité entre l'activité dangereuse et le dommage est présumée de façon irréfragable, le responsable répond aussi du cas de force majeure.

Pluralité de causes

Le juge tient compte des diverses causes du dommage, soit qu'elles se rattachent toutes à différents responsables qui répondent in solidum envers la victime, soit que seulement l'une d'elles établisse un rapport entre le responsable recherché et le dommage. Dans ce cas, le juge peut en tenir compte pour réduire la réparation due à la victime en considération de la situation de la victime et des capacités matérielles du responsable.

Dommmages réciproques

Lorsque plusieurs personnes se causent réciproquement des dommages, le juge dans la mesure du possible invite les intéressés à se joindre à la procédure ou à y attirer les personnes concernées. Le juge ne tient pas exclusivement compte de la nature des régimes de responsabilité pour faire peser la réparation sur le responsable ; il peut notamment réduire la réparation en fonction de la gravité des fautes s'agissant d'un concours de responsabilité pour faute ; en fonction de la part de bénéfice retirée par chacun de l'activité à l'occasion de laquelle le dommage a été causé ; en fonction de toutes les circonstances, notamment la faute additionnelle, l'intensité du risque et le bénéfice retiré de l'activité cause du dommage.

A défaut de pouvoir déterminer un ordre des recours, le partage de la charge de la réparation se fait à part égale entre tous les coresponsables.

Causes d'interruption de la causalité

La responsabilité recherchée ne peut être engagée lorsque la preuve d'un événement irrésistible et imprévisible compte tenu des circonstances et de la situation objective du responsable recherché interrompt le rapport de causalité entre le fait de rattachement et le dommage.

Le cas fortuit, le fait du tiers et le faute de la victime qui ne présentent pas les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité n'interrompent pas le lien de causalité, mais le juge peut en tenir compte pour réduire la réparation à proportion du rôle joué par l'événement invoqué (conformément au texte précisant les modalités de réduction de la réparation).

Action en contribution

Celui qui a indemnisé la victime a une action en contribution contre les coauteurs ou les coresponsables du même dommage. En principe, le paiement intégral éteint le droit à réparation de la victime et fait naître un droit nouveau dans le patrimoine de celui qui a payé à l'encontre de celui qui a vocation à supporter la charge définitive du dommage.

L'ordre des recours s'effectue en fonction de la gravité des fautes s'agissant d'un concours de responsabilité pour faute. Lorsqu'il n'est pas possible d'établir le rôle joué par les fautes respectives de coresponsables, le juge peut décider de répartir la charge du dommage en fonction de la part de bénéfice retirée par chacun de l'activité à l'occasion de laquelle le dommage a été causé. Lorsque différents régimes de responsabilité (faute, risque) sont mis en œuvre, le juge tient compte de toutes les circonstances, notamment la faute additionnelle, l'intensité du risque et le bénéfice retiré de l'activité cause du dommage, pour opérer la répartition de la charge définitive du dommage.

A défaut de pouvoir déterminer un ordre des recours, le partage de la charge de la réparation se fait à part égale entre tous les coresponsables.

L'action en contribution se prescrit par trois ans à compter du paiement. Le délai de prescription est suspendu tant que le solvens n'a pas connaissance de l'existence d'un codébiteur contre lequel il puisse exercer son recours en contribution.

Action directe

La victime d'un dommage dispose d'un droit d'action directe contre l'assureur du responsable.

L'action directe peut être exercée par la victime contre l'assureur du responsable à son choix devant le tribunal :

du domicile de l'assureur,

du domicile de l'assuré,

du domicile de l'apéríteur en cas de coassurance,

dans le ressort duquel a eu lieu le fait dommageable.

La victime peut exercer l'action directe lorsqu'elle est prévue par la loi applicable à l'obligation de réparer ou par la loi du contrat d'assurance.

Droit préférentiel de la victime

La créance de réparation peut être payée par différents débiteurs. Lorsque ceux-ci n'ont pas vocation à supporter la charge définitive de la réparation, ils ont une action en contribution contre le responsable.

Le payeur n'est subrogé aux droits de la victime et de ses ayants-droits que dans la mesure où son paiement, joint à la réparation due par le tiers responsable, excède le dommage. La seule exception à cette règle résulte de la constatation par le juge du caractère intentionnel de la faute de la victime, cause prépondérante du dommage. Dans ce cas, le juge précise l'assiette du recours du payeur.

Les conventions qui dérogeraient à la règle du droit préférentiel de la victime sur la réparation versée par le responsable sont nulles de nullité absolue.

Transaction

La convention par laquelle la victime et le responsable ou son assureur conviennent de la réparation peut être partiellement remise en cause lorsque se réalise un déséquilibre entre l'indemnité convenue et le préjudice effectivement subi. L'action en rectification de la transaction doit être intentée dans un délai d'un an à compter du moment où le déséquilibre a été connu.

Prescription de l'action en responsabilité civile

L'action en responsabilité civile se prescrit conformément aux règles du Code civil, sous réserve des dispositions suivantes.

Par exception aux règles de droit commun, le juge peut écarter la prescription acquise lorsqu'elle aurait un résultat manifestement inéquitable pour la victime d'un dommage corporel.

Le juge peut également écarter la prescription, y compris le délai de l'article 2232 :

lorsque l'auteur du dommage a dissimulé ses actes, de sorte que la victime n'a pas eu connaissance en temps utile de la cause de son dommage ;

lorsque la victime n'était pas en mesure de prendre connaissance du fait dommageable, parce qu'il a eu lieu dans la sphère d'action du responsable ;

lorsque l'auteur du fait dommageable a dissimulé les éléments de fait qui auraient permis d'établir un lien de causalité entre le dommage subi par la victime et ses actes.

L'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité du responsable se prescrit par le même délai que l'action dont elle dispose contre le responsable. Lorsque la victime a engagé son action contre le responsable, elle peut également exercer l'action directe pendant le délai dont dispose le responsable pour agir contre son assureur.

La prescription ne court contre l'assureur ayant indemnisé la victime par la voie de l'action directe que du jour de paiement. De même, la prescription de l'action récursoire du coresponsable ayant indemnisé la victime contre ses codébiteurs ne court qu'à compter du paiement.

Perfectionnement du droit de la responsabilité civile

Il est institué une autorité administrative indépendante dont la tâche sera de poursuivre l'unification conceptuelle et terminologique du droit de la responsabilité civile et sa mise en conformité avec le droit international.

Les propositions de cette autorité administrative indépendante en matière de responsabilité civile acquerront force de loi si dans le délai de trois ans de leur publication, le pouvoir législatif ne s'est pas saisi de la question évoquée, ou bien n'est pas parvenu à émettre de proposition ferme à la place.

DES OBLIGATIONS RÉSULTANT D'ACTES ILLICITES.

50. Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer.

51. Le juge détermine, d'après les circonstances et d'après la gravité de la faute, la nature et l'importance de l'indemnité.

S'il y a également une faute imputable à la partie lésée, le juge peut réduire proportionnellement les dommages et intérêts ou même n'en point allouer du tout.

52. En cas de mort d'homme, les dommages et intérêts comprennent les frais faits, notamment ceux d'inhumation.

Si la mort n'est pas survenue immédiatement, ils comprennent en particulier les dépenses de traitement, ainsi que le préjudice causé par l'incapacité de travail. Lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes sont privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte.

53. En cas de lésion corporelle, la personne lésée a droit au remboursement des frais et aux dommages et intérêts résultant d'une incapacité de travail totale ou partielle.

Si elle a été mutilée ou défigurée d'une manière qui compromette son avenir, le juge peut aussi lui allouer une indemnité pour ce préjudice.

54. En cas de lésion corporelle ou de mort d'homme, le juge peut, en tenant compte des circonstances particulières, notamment s'il y a eu dol ou faute grave, allouer une somme équitable à la victime ou à sa famille, indépendamment de la réparation du dommage constaté.

55. Si quelqu'un a été lésé par d'autres actes illicites qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle, le juge peut allouer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi.

56. L'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur cesse en cas de légitime défense.

57. Celui qui, par sa faute, a perdu momentanément la conscience de ses actes, est tenu du dommage qu'il a causé dans cet état.

58. Si l'équité l'exige, le juge peut, par exception, condamner une personne même irresponsable à la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a causé.

59. Dans l'appréciation des cas prévus par les articles 56, 57 et 58, le juge n'est pas lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquiescement prononcé au pénal.

60. Lorsque plusieurs individus ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice.

C'est au juge qu'il appartient d'apprécier si et dans quelles limites celui qui a payé doit pouvoir exercer un recours contre ses coobligés.

Le fauteur du délit perpétré n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération.

61. Celui auquel incombe légalement la surveillance d'une personne de sa maison est responsable du dommage causé par elle, à moins qu'il ne justifie avoir exercé cette surveillance de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances.

62. Le maître ou patron est responsable du dommage causé par ses ouvriers ou employés dans l'accomplissement de leur travail, à moins qu'il ne justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir ce dommage.

Les personnes morales qui exercent une industrie sont soumises à la même responsabilité.

63. Les personnes qui, aux termes des articles 61 et 62, sont tenues du dommage, ont leur recours contre son auteur pour autant qu'il peut être déclaré responsable de ses actes.

64. Les lois fédérales ou cantonales peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre, quant à la responsabilité encourue par des employés ou fonctionnaires publics à raison des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leurs attributions.

Les lois cantonales ne peuvent néanmoins déroger à ces dispositions s'il s'agit d'actes d'employés ou de fonctionnaires publics se rattachant à l'exercice d'une industrie.

65. En cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable, à moins qu'elle ne justifie l'avoir gardé et surveillé avec le soin voulu, et sauf son recours si l'animal a été excité soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui.

66. Le possesseur d'un fonds de terre a le droit de s'emparer des animaux appartenant à autrui qui y causent du dommage et de les retenir en garantie de l'indemnité qui peut lui être due ; dans des cas graves, il est même autorisé à les tuer s'il ne peut s'en défendre autrement.

Toutefois il est tenu d'avertir sans retard le propriétaire des animaux et, s'il ne le connaît pas, de prendre les mesures nécessaires pour le découvrir.

67. Le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage est responsable du dommage causé par le défaut d'entretien ou par le vice de la construction sauf, dans ce dernier cas, son recours contre le constructeur, aux termes de l'article 362.

68. Celui qui est menacé d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui a le droit de contraindre le propriétaire à prendre les mesures nécessaires pour écarter le danger; sans préjudice des règlements de police concernant la protection des personnes et des propriétés.

69. L'action en dommages et intérêts se prescrit par une année à partir du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage et de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par dix ans à partir du jour où le fait dommageable s'est produit.

Si toutefois les dommages et intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par la législation pénale à une prescription de plus longue durée, la même prescription s'applique à l'action civile.

PROJET DE RÉFORME SUISSE (1998)

Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile

(loi sur la responsabilité civile ; LRCiv)

1. Le titre premier du code des obligations²⁰⁰⁸ est modifié comme suit : Chapitre II : Des obligations résultant de faits dommageables

sous-chapitre premier : dispositions générales

(Partie générale du droit de la responsabilité civile)

Art.41 A. Norme fondamentale d'imputation

1. Une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi.
2. Un dommage résultant d'un fait illicite est imputable notamment :
 - a. À la personne qui l'a causé par son comportement fautif (art. 48) ;
 - b. À la personne qui recourt à des auxiliaires (art. 49 et 49) ;
 - c. À la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse (art. 50).

Art.42 B. champ d'application I. Responsabilité entre cocontractants

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle ; sont réservées les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise, ainsi que les règles spécifiques à certaines espèces de contrats.

Art. 43 II. Responsabilité des collectivités publiques 1. En général

Sous réserve de dispositions spéciales, la Confédération, les cantons et communes ainsi que leurs corporations, établissements et agents sont soumis aux dispositions du droit fédéral régissant la responsabilité civile.

Art.43a 2. Droit public cantonal

1. Les cantons sont habilités à édicter des dispositions dérogatoires régissant leur responsabilité ainsi que celle de leurs corporations, établissements et agents pour les dommages causés dans l'exercice de la puissance publique pour autant que la personne morale réponde objectivement, que ce soit de manière exclusive ou solidaire avec l'agent.
2. Les cantons ne peuvent pourtant déroger aux dispositions sur la responsabilité pour risque.

Art.44 III. Droit international

Les traités internationaux sont réservés.

Art.45 C. Conditions générales I. Dommage 1. Formes et catégories

1. Le dommage comprend le dommage patrimonial et le tort moral.
2. Le dommage patrimonial comprend les catégories mentionnées aux articles 45a à 45d, ainsi que le dommage purement économique.
3. 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.

Art.45a 2. Dommage patrimonial a. En cas d'atteinte à la vie

- 1 En cas de mort d'une personne, le dommage réparable comprend les frais qui en résultent, notamment ceux d'inhumation.
- 2 Lorsque la mort a privé des personnes de leur soutien, ce dommage est également réparable.

Art.45b b. En cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique

²⁰⁰⁸ RS 220 (référence du Code des obligation au Recueil systématique du droit fédéral, accessible sur internet).

En cas de lésions corporelles, le dommage réparable comprend les frais, notamment ceux de traitement, ainsi que le manque à gagner ou toute autre perte qui résulte de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique.

Art.45c c. En cas d'atteinte aux choses

- 1 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 équitable.
- 2 Lorsqu'une chose est partiellement détériorée, le dommage réparable comprend notamment les frais de réparation ainsi qu'une éventuelle moins-value.
- 3 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.

Art.45d d. En cas d'atteinte à l'environnement

- 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 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.

Art.45e 3. Tort moral

- 1 La personne qui subit une atteinte à sa personnalité a droit à satisfaction pour tort moral, si la gravité de l'atteinte, notamment les souffrances physiques ou psychiques, le justifie.
- 2 Le tribunal peut allouer à la personne lésée un montant équitable, à moins qu'il ne substitue ou ajoute à cette indemnité un mode de satisfaction plus approprié.
- 3 En cas de mort ou de lésions corporelles particulièrement graves, les proches de la victime ont aussi un droit à satisfaction pour tort moral.

Art.45f 4. Postes complémentaires du dommage

- 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.

Art.46 II. Illicéité 1. Définition

- 1 Est illicite le fait dommageable qui porte atteinte à un droit protégé par l'ordre juridique.
- 2 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.

Art.46a 2. Motifs justificatifs

- 1 Un fait dommageable n'est pas illicite dans la mesure où il est commandé par le droit public.
- 2 Il n'est pas non plus illicite dans la mesure où la personne lésée y a consenti ou l'auteur a agi en état de légitime défense ou pour protéger ses droits, pour autant que, d'après les circonstances, l'intervention de l'autorité ne pouvait être obtenue en temps utile.

Art.47 III. Rapport de causalité 1. Principe

Une personne n'est tenue à réparation que dans la mesure où le fait qui lui est imputable est dans un rapport de causalité juridique avec le dommage.

Art.47a 2. Exonération

Une personne est exonérée de toute responsabilité si un fait qui ne lui est pas imputable a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation, notamment une force majeure, un comportement ou un risque caractérisé imputables à un tiers ou à la personne lésée.

Art.48 D. Fondements de la responsabilité I. Responsabilité pour faute 1. Principe

La personne qui cause un dommage à autrui par son comportement fautif, soit intentionnellement, soit par négligence, est tenue de le réparer.

Art.48a 2. Négligence

1 Agit par négligence la personne qui n'observe pas la diligence commandée par les circonstances et par sa situation individuelle.

2 La diligence requise s'apprécie suivant l'âge, la formation, les connaissances ainsi que les autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage.

Art.48b 3. 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.

Art.49 II. Responsabilité pour les auxiliaires 1. En général

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.

Art.49a 2. Dans les entreprises

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.

Art.50 III. Responsabilité pour risque

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 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.

Art.51 IV. Dispositions communes en matière de responsabilité objective 1. Responsabilité du fait d'autrui

1 La personne exploitant une activité spécifiquement dangereuse répond de toute personne dont elle accepte qu'elle y participe.

2 Cette règle s'applique par analogie aux autres cas où la loi prévoit que la responsabilité d'une personne est engagée indépendamment d'une faute.

Art.51a 2. Faute additionnelle

1 Lorsque le comportement fautif de la personne exploitant une activité spécifiquement dangereuse ou d'une personne dont elle répond a contribué à la survenance ou à l'aggravation du dommage, il sera pris en compte comme faute additionnelle dans la fixation de la réparation (art. 52) et dans la répartition de celle-ci entre plusieurs personnes responsables (art. 53a et 53c).

2 Cette règle s'applique par analogie aux autres cas où la loi prévoit que la responsabilité d'une personne est engagée indépendamment d'une faute.

Art.52 E. Fixation de la réparation I. Étendue de la réparation

1 Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage.

2 Le tribunal peut, à titre exceptionnel, tenir compte également de la situation économique des parties, notamment du fait qu'elles sont couvertes ou non par une assurance.

Art.52a II. Mode de réparation

- 1 Le tribunal détermine le mode de réparation d'après les circonstances ; il ne s'écartera toutefois des conclusions de la personne lésée que pour des motifs pertinents.
- 2 En cas d'allocation d'une rente, le débiteur peut être condamné à fournir des sûretés.

Art.53 F. Pluralité de responsabilités I. Cumul de responsabilités

Si une personne répond d'un même dommage en vertu de différents chefs de responsabilité, le tribunal applique les dispositions permettant de procurer à la personne lésée une réparation optimale, à moins que la loi ne déclare expressément l'une de ces dispositions d'application exclusive.

Art.53a II. Collision de responsabilités

Lorsque plusieurs personnes se causent réciproquement un dommage, celui-ci sera supporté par chacune d'elles en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui lui sont imputables.

Art.53b III. Concours de responsabilités 1. Dans les rapports externes

- 1 Lorsque plusieurs personnes répondent du dommage subi par un tiers, elles sont solidairement tenues de le réparer.
- 2 Pour chacune d'elles, la solidarité s'étend au montant de la réparation dont elle serait tenue si elle était seule responsable.

Art.53c 2. Dans les rapports internes

- 1 Entre personnes coresponsables, la réparation sera répartie en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui sont imputables à chacune d'elles.
- 2 La personne qui aura réparé le dommage au-delà de sa part, a un droit de recours contre les autres coresponsables; à cet effet, elle est subrogée aux droits de la personne lésée.

Art.54 G. Responsabilité civile et assurance privée I. Rapports avec l'assurance de dommages 1. Principe

- 1 La personne lésée qui est au bénéfice d'une assurance de dommages doit se laisser imputer les prestations qu'elle a reçues de l'assureur sur la créance en réparation qu'elle a contre la personne responsable.
- 2 Dès le paiement de ses prestations, l'assureur est subrogé aux droits de la personne lésée contre la personne responsable pour les postes identiques du dommage couverts.

Art.54a 2. Recours de l'assureur a. En général

- 1 L'assureur peut exercer son droit de recours contre la personne responsable conformément aux dispositions sur le concours de responsabilités (art. 53c).
- 2 Le tribunal peut réduire l'étendue du recours lorsque des circonstances particulières le justifient, notamment la proximité des rapports entre la personne responsable et la personne lésée.

Art.54b b. Droit préférentiel de la personne lésée

- 1 L'assureur ne peut exercer son droit de recours contre la personne responsable que dans la mesure où les prestations qu'il a allouées, jointes à l'indemnité due par cette personne, excèdent le montant du dommage.
- 2 Toutefois, lorsque l'assureur a réduit ses prestations parce que la personne lésée a contribué à la survenance ou à l'aggravation du dommage par une faute intentionnelle ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit, il peut exercer son droit de recours dans la mesure où les prestations maximales prévues par le contrat, jointes à l'indemnité due par la personne responsable, excèdent le montant du dommage.
- 3 Si seule une partie de l'indemnité due par la personne responsable peut être obtenue, la personne lésée a un droit prioritaire sur cette partie.

Art.54c II. Rapports avec l'assurance de responsabilité civile 1. Action directe

La personne lésée peut intenter contre l'assureur de responsabilité civile une action directe dans les limites de la couverture d'assurance et sous réserve des objections et exceptions que l'assureur peut lui opposer en vertu soit de la loi sur le contrat d'assurance²⁰⁰⁹, soit du contrat d'assurance lui-même.

Art.54d 2. Couverture d'assurance insuffisante a. Répartition proportionnelle

²⁰⁰⁹ RS 221.229.1

- 1 Si la couverture d'assurance ne suffit pas à payer les indemnités dues à plusieurs personnes lésées, leurs prétentions à l'encontre de l'assureur seront réduites proportionnellement.
- 2 À la demande d'une personne lésée qui a intenté action contre l'assureur, le tribunal saisi impartit aux autres personnes lésées un délai pour se joindre à la procédure, en les avertissant des conséquences d'une abstention; une telle demande peut aussi être présentée par l'assureur.
- 3 Le tribunal procède à la répartition des indemnités dues par l'assureur sans tenir compte des prétentions qui n'ont pas fait l'objet d'une action dans le délai imparti.

Art.54e b. Paiement opéré de bonne foi

L'assureur qui, ignorant l'existence d'autres prétentions, a versé de bonne foi à une personne lésée une indemnité supérieure à la part lui revenant est, jusqu'à concurrence de cette somme, libéré à l'égard des autres personnes lésées.

Art.54f 3. Recours de l'assureur contre des coresponsables

- 1 L'assureur est subrogé au droit de recours de la personne assurée contre d'autres coresponsables dès le paiement de l'indemnité à la personnes lésée et à concurrence du montant versé.
- 2 L'assureur ne peut exercer son droit de recours que dans la mesure où il n'en résulte aucun préjudice pour la personne lésée.

Art.54g 4. Obligation d'assurance a. Principe

Lorsque, en vertu du droit fédéral, une activité est soumise à autorisation ou à surveillance, le Conseil fédéral peut en subordonner l'exercice à la conclusion d'une assurance de responsabilité civile; il détermine les conditions de l'assurance et fixe le montant minimal de la couverture.

Art.54h b. Exceptions et recours

- 1 En cas d'assurance obligatoire, l'assureur ne peut opposer à l'action de la personne lésée les objections et exceptions découlant de la loi sur le contrat d'assurance²⁰¹⁰, ni celles découlant du contrat d'assurance lui-même.
- 2 Pour le montant de l'indemnité versée à la personne lésée, l'assureur a un droit de recours contre le preneur d'assurance ou l'assuré dans la mesure où il aurait été habilité à refuser ou à réduire ses prestations en vertu soit de la loi sur le contrat d'assurance²⁰¹¹, soit du contrat d'assurance lui-même. L'assureur ne peut exercer son droit de recours que dans la mesure où il n'en résulte aucun préjudice pour la personne lésée.

Art.54i III. Rapports avec une assurance au profit d'autrui

Les prestations que la personne lésée a reçues d'une assurance non obligatoire, dont les primes ont été payées en tout ou en partie par la personne responsable, sont déduites de l'indemnité due par cette dernière proportionnellement à sa part de primes, à moins que le contrat d'assurance n'en dispose autrement.

Art.55 H. Prescription I. Principe

- 1 L'action en réparation du dommage se prescrit par trois ans à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture.
- 2 Dans tous les cas, cette action se prescrit par 20 ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire.

Art.55a II. Renonciation

- 1 La personne responsable peut, par une déclaration expresse, renoncer à invoquer la prescription pour une durée de 20 ans au maximum, à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire; dès l'échéance de ce délai, la renonciation ne vaut que pour une durée de trois ans au maximum.
- 2 À défaut de limite temporelle, la renonciation vaut pour une durée de trois ans.
- 3 La déclaration de renonciation de la personne responsable vaut à l'encontre de son assureur, et vice versa.

Art.55b III. Prolongation des délais

L'empêchement, la suspension ou l'interruption de la prescription (art. 134 et 135) à l'encontre de la personne responsable vaut à l'encontre de son assureur, et vice versa.

Art.55c IV. Action récursoire

²⁰¹⁰ idem

²⁰¹¹ idem

1 L'action récursoire (art. 53c, al. 2; 54a al. 1er; 54f; 54h al. 2) se prescrit par trois ans à compter du jour où la réparation a été complètement exécutée et où la personne coresponsable est connue; elle se prescrit dans tous les cas par 20 ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire.

2 Lorsqu'une personne est recherchée en réparation, elle en avisera les personnes qu'elle tient pour coresponsables; à défaut, la prescription court à compter du jour où elle aurait dû donner cet avis conformément aux règles de la bonne foi.

Art.56²⁰¹² J. Procédure et preuves I. For 1. Principe

1 L'action en réparation du dommage et l'action récursoire seront intentées devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit.

2 Avec le consentement de toutes les personnes qui ont encore une prétention à faire valoir, l'action peut également être intentée devant le tribunal du domicile de l'une des personnes recherchées ou devant celui du siège social de l'un des assureurs.

Art.56a²⁰¹³ 2. Pluralité de personnes recherchée

Lorsque plusieurs personnes peuvent être recherchées et que les prétentions sont essentiellement basées sur les mêmes faits, l'action peut être intentée contre toutes devant le même tribunal compétent; le tribunal saisi le premier aura la compétence exclusive.

Art.56b II. Rapports avec le procès pénal

Dans le procès en responsabilité civile, le tribunal n'est pas lié par un jugement pénal portant sur les mêmes faits.

Art.56c III. Preuves 1. Liberté d'appréciation et d'administration

1 Le tribunal apprécie librement les faits sans être lié par aucune règle de procédure en matière de preuves.

2 Il a le pouvoir d'administrer d'office les preuves qu'il juge nécessaires.

Art.56d 2. Fardeau de la preuve et présomption de fait

1 La preuve du dommage et celle du rapport de causalité incombent à la personne qui demande réparation.

2 Si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance.

3 Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le tribunal l'estime équitablement en considération des circonstances et du cours ordinaire des choses.

Art.56e IV. Action en constatation de droit

Si la personne recherchée conteste en tout ou en partie sa responsabilité et qu'il n'est pas possible d'estimer l'évolution future du dommage, la personne lésée peut demander au tribunal de constater son droit à réparation.

Art.56f V. Frais et dépens 1. Avances de frais

Lorsque l'administration des preuves entraîne des frais, le tribunal peut répartir les avances nécessaires entre les parties, compte tenu notamment de la vraisemblance de leurs allégations et de leur situation économique.

Art.56g 2. Fixation

Le tribunal fixe les frais et dépens judiciaires en fonction des circonstances qui ont donné lieu au litige, sans être lié par des règles selon lesquelles le gain du procès est déterminant.

Art.56h VI. Paiements anticipés

²⁰¹² Cette disposition devient caduque si la loi fédérale sur les fors en matière civile (Message FF. 1999. 2591, texte soumis au référendum facultatif FF. 2000. 2080) entre en vigueur. S'agissant des actions fondées sur un acte illicite, la loi prévoit la réglementation suivante :

Art.26 Principe

Le tribunal du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat est compétent pour connaître des actions fondées sur un acte illicite.

Art.27 Accidents de véhicules à moteur et de bicyclettes

1 En matière d'accidents de véhicules à moteur et de bicyclettes, le for est celui du lieu de l'accident ou du domicile ou du siège du défendeur.

2 En plus du tribunal mentionné au 1er alinéa, est également compétent pour les actions dirigées contre le bureau national d'assurance (art. 74 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière ; LCR) ou contre le fonds national de garantie (art. 76 LCR), le tribunal du siège d'une succursale du défendeur.

Art.28 Dommages collectifs

En cas de dommages collectifs, le tribunal du lieu de l'acte est impérativement compétent; si ce lieu n'est pas connu, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur est compétent.

Art.29 Conclusions civiles

La compétence du juge pénal pour statuer sur les conclusions civiles est réservée.

²⁰¹³ Voir note précédente.

Lorsque la personne lésée rend vraisemblable le bien-fondé de sa prétention et que sa situation économique l'exige, le tribunal peut condamner la partie recherchée à lui verser des paiements anticipés qui ne préjugent en rien de la décision finale.

Art.57 K. Conventions restrictives de responsabilité I. Exclusion ou limitation

1 Toute convention excluant ou limitant par avance la responsabilité pour une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne ou pour une atteinte à l'environnement est nulle.

2 S'agissant d'autres atteintes, une telle convention est également nulle lorsque:

- a. L'auteur du dommage a commis une faute grave;
- b. La personne lésée se trouve au service de la personne responsable;
- c. La responsabilité découle d'une activité soumise à autorisation ou concédée par l'autorité;
- d. La clause figure dans des conditions générales préimprimées.

Art.58 II. Transaction

Toute convention qui, postérieurement à la survenance du fait dommageable, stipule une renonciation à toute réparation ou qui fixe une indemnité manifestement insuffisante, peut être invalidée dans le délai d'une année à partir du jour où la personne lésée pouvait raisonnablement se rendre compte de son erreur.

Sous-chapitre 2: Dispositions spéciales

Art.59 A. Responsabilités en cas de faits licites I. État de nécessité

Le tribunal détermine équitablement le montant de la réparation due par la personne qui porte atteinte aux choses ou à d'autres droits patrimoniaux d'autrui pour se préserver ou préserver une autre personne d'un dommage ou d'un danger imminent.

Art.59a II. Exercice du droit de propriété

Le tribunal détermine équitablement le montant de la réparation due par la personne qui, en tant que propriétaire et par une exploitation licite de son fonds, notamment en construisant, cause temporairement des nuisances excessives mais inévitables entraînant un dommage important pour le voisin.

Art.60 B. Responsabilité du fait d'un animal I. Principe

La personne qui détient un animal répond du dommage causé par celui-ci et résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, aux choses ou à l'environnement.

Art.60a II. Droit de rétention

1 La personne qui est possesseur d'un immeuble a le droit de s'emparer des animaux appartenant à autrui qui causent un dommage sur cet immeuble, et de les retenir en garantie de la réparation qui peut lui être due; elle a même le droit de les tuer, si cette mesure est justifiée par les circonstances.

2 Elle est toutefois tenue d'aviser sans retard la personne propriétaire des animaux, et, si elle ne la connaît pas, de prendre les mesures nécessaires pour la découvrir.

Art.61 C. Responsabilité pour les ouvrages I. Principe

1 La personne qui détient un bâtiment ou un autre ouvrage répond du dommage causé par celui-ci, à moins de prouver qu'aucun défaut de construction ou d'entretien n'en est à l'origine.

2 Si l'ouvrage n'appartient pas à la personne qui le détient, la personne qui en est propriétaire répond solidairement.

Art.61a II. Mesures préventives

La personne qui est menacée d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui a le droit d'exiger de la personne qui le détient ou qui en est propriétaire qu'elle prenne les mesures nécessaires pour écarter le danger.

2. Les dispositions ci-après du code des obligations²⁰¹⁴ sont modifiées comme il suit:

Art.31, 3e al.

²⁰¹⁴RS 220.

3 Si le contrat conclu sous l'empire d'un dol ou d'une crainte fondée a donné naissance à une créance contre la personne lésée, celle-ci peut se prévaloir en tout temps de l'invalidité par voie d'exception. En cas de ratification, elle conserve le droit de demander la réparation de son dommage.

Art.97, 1er al.

Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou qu'il ne l'a obtenue que partiellement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Art.99, 3e al.

3 Dans la mesure où le droit des contrats ne prévoit pas de règles spécifiques, les dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile (art. 41 à 58) s'appliquent aussi aux faits dommageables résultant de la violation d'une obligation contractuelle.

Art.100

Abrogé

Art.101, 2e et 3e al.

2 et 3 Abrogés

Art.113

Abrogé

Art.134, 1er al. ch.5 (nouveau)

1 La prescription ne court point et, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue:

...

7. Tant que dure un procès dont la créance fait l'objet.

Art.759 et 760

Abrogés

Art.918 et 919

Abrogés

Art.928 II. Responsabilité

1 Le canton répond du dommage causé de manière illicite par la tenue du registre du commerce et par l'exécution d'autres tâches s'y rapportant.

2 Il a un droit de recours contre les personnes qui, dans l'accomplissement de ces tâches, ont causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave.

3 La personne lésée n'a aucun droit à réparation envers la personne qui a causé le dommage.

4 Pour le reste, la responsabilité est régie par les dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile (art. 41 à 58).

II La loi fédérale du 28 mars 1905²⁰¹⁵ sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes est abrogée.

III Les lois fédérales ci-après sont modifiées comme suit:

1 État – Peuple – Autorités 11 Loi sur la responsabilité de la confédération (LRCF)²⁰¹⁶

Art.3, 1er, 2e et 3e al.

1 La Confédération répond du dommage causé à un tiers par le fait illicite d'un fonctionnaire dans l'exercice d'une fonction relevant de la puissance publique, sans égard à la faute du fonctionnaire.

2 Abrogé

3 La personne lésée n'a aucun droit à réparation envers la personne qui a causé le dommage.

Art.4 à 6

²⁰¹⁵RS. 221. 112. 742.

²⁰¹⁶RS. 220.

Abrogés

Art.9

- 1 Sauf dérogation expresse dans la présente loi, la responsabilité des personnes qui lui sont assujetties est régie par les dispositions du code des obligations sur la Partie générale du droit de la responsabilité civile (art. 41 à 58).*
- 2 Lorsque plusieurs fonctionnaires ont causé ensemble un dommage, ils ne répondent envers la Confédération, contrairement aux règles du code des obligations sur le concours de responsabilités (art. 53b), que chacun proportionnellement à sa faute.*

PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW (2003)

European Group on Tort Law

*Principles of European Tort Law*²⁰¹⁷

TITLE I. Basic Norm

Chapter 1. Basic Norm

Art. 1:101. Basic norm

- (1) *À person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage.*
- (2) *Damage may be attributed in particular to the person*
 - a) *whose conduct constituting fault has caused it; or*
 - b) *whose abnormally dangerous activity has caused it; or*
 - c) *whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.*

TITLE II. General Conditions of Liability

Chapter 2. Damage

Art. 2:101. Recoverable damage

Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.

Art. 2:102. Protected interests

- (1) *The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection.*
- (2) *Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection.*
- (3) *Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property.*
- (4) *Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim.*
- (5) *The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases.*

European Group on Tort Law

Principes de droit européen de la responsabilité civile

TITRE I. La norme de base

Chapitre 1. Norme de base

Art. 1:101. Norme de base

- (1) *Toute personne à qui le dommage subi par autrui est légalement imputable est tenue de le réparer.*
- (2) *Le préjudice peut être imputé en particulier à toute personne :*
 - a) *dont le comportement fautif a été la cause du dommage ; ou*
 - b) *dont les activités anormalement dangereuses ont été la cause du dommage ; ou*
 - c) *dont le préposé a causé le dommage dans l'étendue de ses fonctions.*

TITRE II. Les conditions de la responsabilité

Chapitre 2. Le préjudice

Art. 2:101. Préjudice réparable

Le préjudice consiste en une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt juridiquement protégé.

Art. 2:102. Intérêts protégés

- (1) *L'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature ; plus sa valeur est élevée, sa définition précise et la nécessité de le protéger évidente, plus sa protection sera étendue.*
- (2) *La vie, l'intégrité corporelle ou mentale et la liberté jouissent de la protection la plus étendue.*
- (3) *Les droits de propriété se voient accorder une protection étendue, y compris en matière de droits portant sur des biens incorporels.*
- (4) *La protection des intérêts économiques ou des relations contractuelles pourra être d'étendue plus limitée, en considération notamment de la proximité entre l'auteur et la personne menacée ou du fait que l'auteur avait conscience de causer un dommage, alors que ses intérêts sont nécessairement de valeur inférieure à ceux de la victime.*
- (5) *L'étendue de la protection pourra également être affectée par la nature de la responsabilité, de telle sorte que qu'un intérêt pourra recevoir une protection plus étendue en cas d'atteinte intentionnelle que dans les autres cas.*

²⁰¹⁷ Il s'agit du projet présenté par le « *European Group on Tort Law* », basé à Tilburg et présenté courant 2003. La version française a été réalisée sous la direction du Professeur Olivier MORETEAU par l'équipe de recherche de l'Institut de droit comparé Edouard Lambert (Université Jean Moulin Lyon 3).

(6) In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration.

Art. 2:103. Legitimacy of damage

Losses relating to activities or sources which are regarded as illegitimate cannot be recovered.

Art. 2:104. Preventive expenses

Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred.

Art. 2:105. Proof of damage

Damage must be proved according to normal procedural standards. The court may estimate the extent of damage where proof of the exact amount would be too difficult or too costly.

Chapter 3. Causation

Section 1. *Conditio sine qua non* and qualifications

Art. 3:101. *Conditio sine qua non*

An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred.

Art. 3:102. Concurrent causes

In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage.

Art. 3:103. Alternative causes

(1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.

(2) If, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim's damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim.

Art. 3:104. Potential causes

(6) Afin de déterminer le champ de la protection, les intérêts de l'auteur, notamment dans sa liberté d'action et dans l'exercice de ses droits, ainsi que l'intérêt général, devront également être pris en considération.

Art. 2:103. Légitimité du préjudice

Les pertes relatives aux activités ou aux sources considérées comme illégitimes ne pourront être recouvrées.

Art. 2:104. Dépenses préventives

Les dépenses engagées pour prévenir la menace d'un dommage sont considérées comme préjudice réparable, du moment qu'elles sont raisonnablement engagées.

Art. 2:105. Preuve du préjudice

La preuve du préjudice est rapportée selon les règles normales de l'administration de la preuve. Le juge peut s'en remettre à une simple estimation de l'étendue du préjudice lorsque la preuve du montant exact se révèle trop difficile ou trop coûteuse à établir.

Chapitre 3. Le lien de causalité

Section 1. Condition sine qua non et autres conditions

Art. 3:101. Condition sine qua non

Est considérée comme cause du dommage subi par la victime toute activité ou conduite (ci-après « activité ») en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu.

Art. 3:102. Causes concurrentes

Dans le cas d'activités multiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait dans le même temps causé le dommage, chaque activité est considérée comme une cause du dommage subi par la victime.

Art. 3:103. Causes alternatives

(1) En cas d'activités multiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait été suffisante pour causer le dommage, mais que celle ayant effectivement conduit à sa réalisation reste incertaine, chaque activité est considérée comme une cause, en proportion de sa contribution probable au dommage subi par la victime.

(2) En cas de victimes multiples, dès lors qu'il n'est pas certain que le dommage subi par une victime particulière a été causé par une activité, alors même qu'il est probable qu'elle n'a pas causé le préjudice de toutes les victimes, cette activité est considérée comme une cause du dommage subi par toutes les victimes en proportion de sa contribution probable au dommage subi par une victime particulière.

Art. 3:104. Causes potentielles

- (1) If an activity has definitely and irreversibly led the victim to suffer damage, a subsequent activity which alone would have caused the same damage is to be disregarded.
- (2) A subsequent activity is nevertheless taken into consideration if it has led to additional or aggravated damage.
- (3) If the first activity has caused continuing damage and the subsequent activity later on also would have caused it, both activities are regarded as a cause of that continuing damage from that time on.

Art. 3:105. Uncertain partial causation

In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have [minimally] contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof.

Art. 3:106. Uncertain causes within the victim's sphere

The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.

Section 2. Scope of Liability

Art. 3:201. Scope of Liability

Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as

- a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity;
- b) the nature and the value of the protected interest (Article 2:102);
- c) the basis of liability (Article 1:101);
- d) the extent of the ordinary risks of life; and
- e) the protective purpose of the rule that has been violated.

TITLE III. Bases of Liability

Chapter 4. Liability based on fault

- (1) Lorsqu'une activité a conduit la victime, de manière certaine et irréversible, à subir un dommage, toute activité consécutive qui aurait à elle seule pu entraîner le même dommage, doit être ignorée.
- (2) L'activité consécutive est néanmoins prise en compte lorsqu'elle a conduit à un dommage supplémentaire ou à une aggravation du dommage.
- (3) Lorsque la première activité a causé à un dommage continu que l'activité consécutive aurait aussi causé par la suite, les deux activités sont considérées à compter de ce moment comme cause de ce dommage continu.

Art. 3:105. Causalité partielle incertaine

En cas d'activités multiples, lorsqu'il est certain qu'aucune d'entre elles n'a causé la totalité du dommage ou une part déterminable de celui-ci, toutes celles ayant probablement contribué au dommage [même de manière minimale] sont présumées être, à égale portion, la cause de celui-ci.

Art. 3:106. Causes incertaines dans la sphère d'influence de la victime

La victime doit supporter ses pertes dans la mesure correspondant à l'incidence possible d'une activité, d'un événement ou toute autre circonstance, incluant des événements naturels, du moment que cette cause se trouve dans sa sphère d'influence.

Section 2. Etendue de la responsabilité

Art. 3:201. Etendue de la responsabilité

Lorsqu'une activité est une cause au sens de la section 1 du présent chapitre, la question de savoir si le dommage peut être imputé à une personne et à quelle hauteur il peut l'être dépend de facteurs tels que:

- a) la prévisibilité du dommage par une personne raisonnable au moment de l'activité, eu égard notamment à la proximité dans le temps ou l'espace de l'activité dommageable et de ses conséquences, ou de l'importance du dommage face aux conséquences normales d'une telle activité;
- b) la nature ou la valeurs de l'intérêt protégé (Art. 2:102);
- c) le fondement de la responsabilité (Art. 1:101);
- d) l'étendue des risques ordinaires de la vie; et
- e) l'objectif de protection assigné à la règle qui a été violée.

TITRE III. Les fondements de la responsabilité

Chapitre 4. La responsabilité pour faute

Section 1. Conditions of liability based on fault

Art. 4:101. Fault

A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.

Art. 4:102. Required standard of conduct

- (1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.
- (2) The above standard may be adjusted when due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it.
- (3) Rules which prescribe or forbid certain conduct have to be considered when establishing the required standard of conduct.

Art. 4:103. Duty to protect others from damage

A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty.

Section 2. Reversal of the burden of proving fault

Art. 4:201. Reversal of the burden of proving fault in general

- (1) The burden of proving fault may be reversed in light of the gravity of the danger presented by the activity.
- (2) The gravity of the danger is determined according to the seriousness of possible damage in such cases as well as the likelihood that such damage might actually occur.

Art. 4:202. Enterprise Liability

Section 1. Les conditions de la responsabilité pour faute

Art. 4:101. Faute

Toute personne qui viole, intentionnellement ou par négligence, le standard de conduite requis, engage sa responsabilité pour faute.

Art. 4:102. Standard de conduite requis

- (1) Le standard de conduite requis est celui qu'aurait adopté une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, et dépend, notamment, de la nature et de la valeur de l'intérêt protégé en question, de la dangerosité de l'activité, du savoir-faire qui pouvait être attendu de la personne engagée dans cette activité, de la prévisibilité du dommage, de la relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées, ainsi que de la disponibilité et du coût des mesures de protection ou méthodes alternatives.
- (2) Le standard précité peut être ajusté lorsqu'en raison de l'âge, du handicap mental ou physique ou lorsqu'en raison de circonstances extraordinaires, il n'est pas possible d'exiger d'une personne qu'elle s'y conforme.
- (3) Les règles prescrivant ou prohibant certaines conduites doivent être prises en considération afin d'établir le standard de conduite requis.

Art. 4:103. Devoir de protéger autrui d'un dommage

Un devoir d'agir positivement pour protéger autrui d'un dommage peut exister lorsque la loi le prévoit ou lorsque l'auteur crée ou contrôle une situation dangereuse ou lorsque les parties entretiennent des relations particulières ou lorsque le caractère sérieux du dommage d'une part et le fait qu'il eut été aisé de l'éviter d'autre part, induit une telle obligation.

Section 2. Renversement de la charge de la preuve de la faute

Art. 4:201. Renversement de la charge de la preuve de la faute, généralités

- (1) La charge de rapporter la preuve d'une faute pourra être renversée à la lumière de la gravité du danger présenté par l'activité.
- (2) La gravité du danger se détermine en fonction du sérieux d'un dommage potentiel dans de telles circonstances, ainsi que de la probabilité qu'un tel dommage ne survienne effectivement.

Art. 4:202. Responsabilité du fait de l'entreprise

(1) A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has conformed to the required standard of conduct.

(2) „Defect“ is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services.

Chapter 5. Strict liability

Art. 5:101. Abnormally dangerous activities

(1) A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it.

(2) An activity is abnormally dangerous if

a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and

b) it is not a matter of common usage.

(3) A risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage.

(4) This Article does not apply to an activity which is specifically subjected to strict liability by any other provision of these Principles or any other national law or international convention.

Art. 5:102. Other strict liabilities

(1) National laws can provide for further categories of strict liability for dangerous activities even if the activity is not abnormally dangerous.

(2) Unless national law provides otherwise, additional categories of strict liability can be found by analogy to other sources of comparable risk of damage.

Chapter 6. Liability for others

Art. 6:101. Liability for minors or mentally disabled persons

A person in charge of another who is a minor or subject to mental disability is liable for damage caused by the other unless the person in charge shows that he has conformed to the required standard of conduct in supervision.

Art. 6:102. Liability for auxiliaries

(1) Toute personne poursuivant une activité durable dans un but économique ou professionnel et utilisant des préposés ou un équipement technique, est responsable pour toute atteinte causée par la défaillance d'une telle entreprise ou de sa production, à moins qu'elle ne prouve qu'elle a qu'elle s'est conformée au standard de conduite requis.

(2) La « défaillance » s'entend de toute déviance par rapport aux standards qui peuvent raisonnablement être attendus de la part d'une entreprise ou de ses produits ou services.

Chapitre 5. La responsabilité sans faute

Art. 5:101. Activités anormalement dangereuse

(1) Toute personne pratiquant une activité anormalement dangereuse est de plein droit responsable des dommages causés, dès lors que ceux-ci sont caractéristiques du risque présenté par l'activité et qu'ils en résultent.

(2) Une activité est anormalement dangereuse si :

a) Elle crée un risque prévisible et hautement significatif de dommage, encore que cette activité ait été menée avec toute la diligence nécessaire et ;

b) si elle n'est pas d'une pratique commune.

(3) Le risque de dommage peut être considéré comme significatif eu égard à la gravité ou à la probabilité du dommage.

(4) Lorsqu'une activité fait l'objet d'une responsabilité sans faute par l'effet de toute autre disposition de ces Principes, d'une loi nationale ou d'une convention internationale, l'application de cet article est exclue.

Art. 5:102. Autres cas de responsabilité sans faute

(1) Les droits nationaux peuvent prévoir des catégories supplémentaires de responsabilité sans faute pour activités dangereuses même si l'activité n'est pas anormalement dangereuse.

(2) Sauf disposition contraire du droit national, des catégories additionnelles de responsabilité sans faute peuvent être induites par analogie avec d'autres sources de risque de dommage comparable.

Chapitre 6. La responsabilité du fait d'autrui

Art. 6:101. Responsabilité du fait des mineurs et des handicapés mentaux

Toute personne en charge d'un mineur ou d'un handicapé mental est responsable des dommages causés par ce dernier, à moins qu'elle ne démontre qu'elle s'est conformée au standard de conduite requis dans sa supervision.

Art. 6:102. Responsabilité du fait des préposés

(1) A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct.

(2) An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article.

TITLE IV. Defences

Chapter 7. Defences in general

Art. 7:101. Defences based on justifications

(1) Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately

a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence),

b) under necessity,

c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help),

d) with the consent of the victim, or where the latter has assumed the risk of being harmed, or

e) by virtue of lawful authority, such as a licence.

(2) Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other.

(3) In extraordinary cases, liability may instead be reduced.

Art. 7:102. Defences against strict liability

(1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible

a) force of nature (force majeure), or

b) conduct of a third party.

(2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other.

(3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Article 9:101 (1) (b).

Chapter 8. Contributory conduct or activity

Art. 8:101. Contributory conduct or activity of the victim

(1) Toute personne est responsable du dommage causé par ses préposés agissant dans l'étendue de leurs fonctions, dès lors que ces derniers ont violé le standard de conduite requis.

(2) Un entrepreneur indépendant n'est pas considéré comme un préposé au sens du présent article.

TITRE IV. Les causes limitatives ou exonératoires de responsabilité

Chapitre 7. Des causes en général

Art. 7:101. Faits justificatifs

(1) La responsabilité peut être écartée si et dans la mesure où l'auteur a agi légitimement :

a) pour la défense de ses intérêts protégés contre une agression illicite (légitime défense),

b) en cas de nécessité,

c) car l'assistance des autorités n'a pu être obtenue à temps,

d) avec le consentement de la victime ou si cette dernière a accepté le risque du dommage, ou

e) en vertu d'un pouvoir légalement conféré tel qu'une autorisation.

(2) Pour exclure la responsabilité, il est tenu compte du poids de ces faits justificatifs d'une part, et des conditions de la responsabilité d'autre part.

(3) Dans des cas exceptionnels, la responsabilité sera réduite plutôt qu'exclue.

Art. 7:102. Causes d'exonération en cas de responsabilité sans faute

(1) La responsabilité sans faute peut être écartée ou réduite si le dommage est dû à :

a) un cas de force majeure, ou

b) au fait d'un tiers,

à condition que ces causes exonératoires aient été imprévisibles et irrésistibles.

(2) Pour exclure ou réduire la responsabilité sans faute et, dans ce dernier cas, dans quelle proportion, il sera tenu compte du poids des influences extérieures d'une part et de l'étendue de la responsabilité (Article 3:201) d'autre part.

(3) Lorsque qu'elle est réduite en application du paragraphe (1)(b), la responsabilité sans faute et la responsabilité éventuelle d'un tiers sont solidaires en application de l'Article 9:101(1)(b).

Chapitre 8. La contribution de la victime

Art. 8:101. Activité ou conduite contributive de la victime

- (1) Liability can be excluded or reduced to such extent as is considered just having regard to the victim's contributory fault and to any other matters which would be relevant to establish or reduce liability of the victim if he were the tortfeasor.
- (2) Where damages are claimed with respect to the death of a person, his conduct or activity excludes or reduces liability according to para. 1.
- (3) The contributory conduct or activity of an auxiliary of the victim excludes or reduces the damages recoverable by the latter according to para. 1.

TITLE V. Multiple Tortfeasors

Chapter 9. Multiple Tortfeasors

Art 9:101 Solidary and several liability: relation between victim and multiple tortfeasors

- (1) Liability is solidary where the whole or a distinct part of the damage suffered by the victim is attributable to two or more persons. Liability is solidary where:
 - a) a person knowingly participates in or instigates or encourages wrongdoing by others which causes damage to the victim; or
 - b) one person's independent behaviour or activity causes damage to the victim and the same damage is also attributable to another person.
 - c) a person is responsible for damage caused by an auxiliary in circumstances where the auxiliary is also liable.
- (2) Where persons are subject to solidary liability, the victim may claim full compensation from any one or more of them, provided that the victim may not recover more than the full amount of the damage suffered by him.
- (3) Damage is the same damage for the purposes of paragraph (1)(b) above when there is no reasonable basis for attributing only part of it to each of a number of persons liable to the victim. For this purpose it is for the person asserting that the damage is not the same to show that it is not. Where there is such a basis, liability is several, that is to say, each person is liable to the victim only for the part of the damage attributable to him.

Art 9:102 Relation between persons subject to solidary liability

- (1) La responsabilité peut être exclue ou réduite dans des proportions considérées comme justes eu égard à la faute contributive de la victime et tout autre élément qui permettrait d'établir ou réduire la responsabilité de la victime si elle avait été l'auteur du dommage.
- (2) Lorsque le décès d'un individu entraîne une action en dommages et intérêts, la conduite ou l'activité de la victime exclut ou réduit la responsabilité de l'auteur conformément à cet article.
- (3) Lorsque le préposé de la victime a, par sa conduite ou son activité, contribué à la réalisation du dommage, l'allocation de dommages et intérêts à la victime peut être exclue ou réduite conformément à cet article.

TITRE V. La pluralité d'auteurs

Chapitre 9. La pluralité d'auteurs

Art 9:101 Responsabilité solidaire et conjointe: relation entre la victime et des auteurs multiples

- (1) La responsabilité est solidaire lorsque la totalité ou une part distincte du dommage subi par la victime peut être attribué à deux ou plusieurs personnes. La responsabilité est solidaire lorsque :
 - a) une personne participe sciemment ou suscite ou encourage la mauvaise action d'autres personnes qui cause un dommage à la victime ; ou
 - b) une personne, par son comportement ou son activité indépendante, cause un dommage à la victime et que le même dommage est aussi imputable à une autre personne ;
 - c) une personne est responsable du dommage causé par son préposé dans des circonstances où la responsabilité du préposé est aussi engagée.
- (2) En cas de responsabilité solidaire, la victime peut exiger la pleine compensation de son préjudice auprès de n'importe quel coauteur ou de plusieurs d'entre eux, étant entendu qu'elle ne saurait obtenir plus que la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi.
- (3) Le dommage est considéré comme le même dommage aux fins de l'alinéa (1)(b) ci-dessus lorsque il n'y a aucun fondement raisonnable permettant d'en attribuer une portion seulement à chacun des individus tenus pour responsable de celui-ci. À cet effet, c'est à la personne prétendant que le dommage n'est pas le même d'en rapporter la preuve. En pareil cas, la responsabilité est multiple, ce qui signifie que chaque auteur n'est responsable vis-à-vis de la victime que pour la part du préjudice qui peut lui être imputée.

Art 9:102: Relations entre personnes solidairement responsables

- (1) A person subject to solidary liability may recover a contribution from any other person liable to the victim in respect of the same damage. This right is without prejudice to any contract between them determining the allocation of the loss or to any statutory provision or to any right to recover by reason of subrogation [cessio legis] or on the basis of unjust enrichment.
- (2) Subject to paragraph (3) of this Article, the amount of the contribution shall be what is considered just in the light of the relative responsibility for the damage of the persons liable, having regard to their respective degrees of fault and to any other matters which are relevant to establish or reduce their liability. A contribution may amount to full indemnification. If it is not possible to determine the relative responsibility of the persons liable they are to be treated as equally responsible.
- (3) Where a person is liable for damage done by an auxiliary under Article 9:101 he is to be treated as bearing the entire share of the responsibility attributable to the auxiliary for the purposes of contribution between him and any tortfeasor other than the auxiliary.
- (4) The obligation to make contribution is several, that is to say, the person subject to it is liable only for his apportioned share of responsibility for the damage under this Article; but where it is not possible to enforce a judgment for contribution against one person liable his share is to be reallocated among the other persons liable in proportion to their responsibility.

TITLE VI. Remedies

Chapter 10. Damages

Section 1. Damages in general

Art. 10:101. Nature and purpose of damages

Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.

Art. 10:102. Lump sum or periodical payments

Damages are awarded in a lump sum or as periodical payments as appropriate with particular regard to the interests of the victim.

- (1) Toute personne tenue solidairement responsable peut réclamer une contribution à n'importe quelle personne responsable du même dommage à l'égard de la victime. Ce droit s'exerce sans préjudice de tout contrat entre les auteurs quant à la détermination de la répartition de la perte, de toute disposition légale ou de tout droit à recouvrement par subrogation ou sur la base d'un enrichissement sans cause.
- (2) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 de cet article, le montant de la contribution doit être justement évalué en fonction de la responsabilité incombant à chacun des auteurs, eu égard au degré de leur faute respective ou de tout autre élément permettant d'établir ou de réduire leur responsabilité. Cette contribution peut correspondre au montant total de l'indemnisation. S'il est impossible de déterminer la part de responsabilité qui incombe à chacun des auteurs, tous sont alors réputés également responsables.
- (3) Lorsqu'une personne est responsable du fait de son préposé en vertu de l'article 9:101, elle est réputée supporter la part entière de responsabilité incombant à son préposé lorsqu'il s'agit d'évaluer sa contribution par rapport à celle d'auteurs autres que le préposé.
- (4) L'obligation de contribuer est conjointe, ce qui signifie que toute personne assujettie n'est tenue qu'à hauteur de sa part de responsabilité du dommage conformément à cet article. Si toutefois il est impossible de faire exécuter une décision imposant à un responsable de contribuer à la dette, sa part doit alors être répartie entre les autres responsables, proportionnellement à la responsabilité qui leur incombe.

TITRE VI. La réparation du dommage

Chapitre 10. Les dommages et intérêts

Section 1. Des dommages et intérêts en général

Art. 10:101. Nature et objet des dommages et intérêts

Les dommages et intérêts consistent en le paiement d'une somme d'argent visant à compenser le préjudice de la victime, c'est-à-dire, à la replacer, pour autant que l'argent y parvienne, dans la position qui aurait été la sienne si l'atteinte dont elle se plaint n'avait pas été commise. Les dommages et intérêts ont accessoirement une fonction préventive.

Art. 10:102. Paiement global ou paiements périodiques

Les dommages et intérêts sont alloués sous la forme d'une somme globale ou de paiements périodiques selon ce qui convient, eu égard notamment aux intérêts de la victime.

Art. 10:103. Benefits gained through the damaging event

When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.

Art. 10:104. Restoration in kind

Instead of damages, restoration in kind can be claimed by the injured party as far as it is possible and not too burdensome to the other party.

Section 2. Pecuniary damage

Art. 10:201. Nature and determination of pecuniary damage

Recoverable pecuniary damage is a diminution of the victim's patrimony caused by the damaging event. Such damage is generally determined as concretely as possible but it may be determined abstractly when appropriate, for example by reference to a market value.

Art. 10:202. Personal injury and death

- (1) In the case of personal injury, which includes injury to bodily health and to mental health amounting to a recognised illness, pecuniary damage includes loss of income, impairment of earning capacity (even if unaccompanied by any loss of income) and reasonable expenses, such as the cost of medical care.
- (2) In the case of death, persons such as family members whom the deceased maintained or would have maintained if death had not occurred are treated as having suffered recoverable damage to the extent of loss of that support.

Art. 10:203. Loss, destruction and damage of things

- (1) Where a thing is lost, destroyed or damaged, the basic measure of damages is the value of the thing or the diminution in its value and for this purpose it is irrelevant whether the victim intends to replace or repair the thing. However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so.
- (2) Damages may also be awarded for loss of use of the thing, including consequential losses such as loss of business.

Art. 10:103. Avantages obtenus par l'effet de l'événement dommageable

Lors de la détermination du montant des dommages et intérêts, les avantages perçus par la partie lésée par l'effet de l'événement dommageable doivent être pris en compte, à moins que cela ne soit inconciliable avec l'objet de ces avantages.

Art. 10:104. Réparation en nature

La réparation en nature peut être demandée par la partie lésée si tant est que cela soit possible et pas trop lourd pour l'autre partie.

Section 2. Le préjudice matériel

Art. 10:201. Nature et détermination du préjudice matériel

Le préjudice matériel susceptible d'être réparé consiste en une diminution du patrimoine de la victime causée par l'événement dommageable. Un tel préjudice est en général déterminé aussi concrètement que possible mais il peut aussi être déterminé abstraitement si nécessaire, par exemple par référence à la valeur marchande.

Art. 10:202. Préjudice corporel et décès

- (1) En cas de préjudice corporel, lequel inclut une atteinte à l'intégrité physique et à la santé mentale conduisant à une maladie reconnue, le préjudice matériel doit inclure la perte de revenu, la détérioration de la capacité de gagner sa vie (même si elle n'est pas accompagnée d'une perte de revenu) et les dépenses raisonnables, telles que le coût des soins médicaux.
- (2) En cas de décès, les personnes telles que les membres de la famille qui étaient entretenues par le défunt ou qui l'auraient été si le décès n'était pas survenu, sont traités comme ayant subi un préjudice réparable à hauteur de la perte de ce soutien.

Art. 10:203. Perte, destruction et dommage causé aux biens

- (1) Lorsqu'une chose est perdue, détruite ou endommagée, l'estimation de base des dommages et intérêts équivaut à la valeur de la chose ou à la diminution de sa valeur et, à cette fin, l'intention de la victime de remplacer ou réparer la chose est sans effet. Néanmoins, si la victime l'a remplacée ou réparée (ou s'apprête à le faire), elle pourra dans la limite du raisonnable obtenir le remboursement d'une dépense plus élevée ainsi occasionnée.
- (2) Des dommages et intérêts pourront également être alloués en cas de perte relative à l'usage de la chose, incluant les dommages indirects tels que les pertes relatives à une activité professionnelle.

Section 3. Non-pecuniary damage

Art. 10:301. Non-pecuniary damage

- (1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.
- (2) In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.
- (3) In cases of personal injury, non-pecuniary damage corresponds to the suffering of the victim and the impairment of his bodily or mental health. In assessing damages (including damages for persons having a close relationship to deceased or seriously injured victims) similar sums should be awarded for objectively similar losses.

Section 4. Reduction of damages

Art. 10:401. Reduction of damages

In an exceptional case, if in light of the financial situation of the parties full compensation would be an oppressive burden to the defendant, damages may be reduced. In deciding whether to do so, the basis of liability (Article 1:101), the scope of protection of the interest (Article 2:102) and the magnitude of the damage have to be taken into account in particular.

Section 3. Le préjudice extra-patrimonial

Art. 10:301. Préjudice extra-patrimonial

- (1) Selon l'étendue de sa protection (Art. 2:102), la violation d'un intérêt peut justifier la compensation d'un dommage extra-patrimonial. Il s'agit notamment des cas où la victime a souffert d'un préjudice corporel ou encore d'une atteinte à la dignité humaine, la liberté ou à d'autres droits de la personnalité. Un préjudice extra-patrimonial peut également ouvrir droit à compensation aux proches d'une victime ayant subi une atteinte mortelle ou non mortelle mais très sérieuse.
- (2) En général, l'évaluation de tels dommages et intérêts implique que toutes les circonstances de l'affaire, incluant notamment la gravité, la durée et les conséquences du grief, soient prises en considération. Le degré de la faute de l'auteur ne sera pris en compte que s'il a significativement contribué au grief de la victime.
- (3) En cas d'atteinte physiques, le préjudice extra-patrimonial correspond à la souffrance de la victime ou à la détérioration de sa santé physique ou mentale. Dans l'octroi des dommages et intérêts (incluant ceux alloués aux personnes entretenant de proches relations avec le défunt ou la victime sérieusement blessée), les pertes objectivement identiques devront se voir attribuer les mêmes sommes.

Section 4. Réduction de la réparation

Art. 10:401. Réduction de la réparation

Dans un cas exceptionnel, si à la lumière de la situation financière des parties la compensation intégrale constituait une charge oppressive pour le défendeur, le montant des dommages-intérêts pourrait être réduit. Pour décider si cette réduction doit avoir lieu, il devra notamment être tenu compte du fondement de la responsabilité (Art. 1:101), de l'étendue de la protection de l'intérêt (Art. 2:102) et de l'importance du préjudice.

EXTRAITS DU PROJET CATALA (2005)

SOUS-TITRE III – DE LA RESPONSABILITE CIVILE (ARTICLES 1340 À 1386)

CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS PRELIMINAIRES

Art. 1340

Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer.

De même, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre.

Art. 1341

En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur de la responsabilité extra-contractuelle.

Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le co-contractant peut, pour obtenir réparation de ce dommage, opter en faveur des règles qui lui sont plus favorables.

Art. 1342

Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.

Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362.

CHAPITRE 2 : DES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE

SECTION 1. DISPOSITIONS COMMUNES AUX RESPONSABILITES CONTRACTUELLE ET EXTRA-CONTRACTUELLE

§ 1 – Le préjudice réparable

Art. 1343

Est réparable tout préjudice certain consistant dans l'intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif.

Art. 1344

Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées.

Art. 1345

Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel.

Lorsque la certitude du préjudice dépend d'un événement futur et incertain, le juge peut condamner immédiatement le responsable en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement.

Art. 1346

La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

§ 2 – Le lien de causalité

Art. 1347

La responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage.

Art. 1348

Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur.

§ 3 – Les causes d'exonération

Art. 1349

La responsabilité n'est pas engagée lorsque le dommage est dû à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

La cause étrangère peut provenir d'un cas fortuit, du fait de la victime ou du fait d'un tiers dont le défendeur n'a pas à répondre.

La force majeure consiste en un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées.

Art. 1350

La victime est privée de toute réparation lorsqu'elle a recherché volontairement le dommage.

Art. 1351

L'exonération partielle ne peut résulter que d'une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage. En cas d'atteinte à l'intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l'exonération partielle.

Art. 1351-1

Les exonérations prévues aux deux articles précédents ne sont pas applicables aux personnes privées de discernement.

SECTION 2. DISPOSITIONS PROPRES À LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE

§ 1 – Le fait personnel

Art. 1352

Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu'il a causé.

Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.

Il n'y a pas de faute lorsque l'auteur se trouve dans l'une des situations prévues aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal.

Art. 1353

La faute de la personne morale s'entend non seulement de celle qui est commise par un représentant, mais aussi de celle qui résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement.

§ 2 – Le fait des choses

Art. 1354

On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde.

Art. 1354-1

Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position ou de son état.

Art. 1354-2

Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose au moment du fait dommageable.

Le propriétaire est présumé gardien.

Art. 1354-3

Ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d'exonération.

Art. 1354-4

Les articles 1354 à 1354-3 sont applicables aux dommages causés par les animaux.

§ 3 – Le fait d'autrui

Art. 1355

On est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt.

Cette responsabilité a lieu dans les cas et aux conditions prévues aux articles 1356 à 1360. Elle suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage.

Art. 1356

Sont responsables des dommages causés par un enfant mineur :

- ses père et mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ;*
- le tuteur en cas de décès de ceux-ci ;*
- la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler le mode de vie du mineur.*

Cette responsabilité peut se cumuler avec celle des parents ou du tuteur.

Art. 1357

Est responsable des dommages causés par un majeur dont l'état ou la situation nécessite une surveillance particulière la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie.

Art. 1358

Les autres personnes qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de l'auteur direct du dommage, à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute.

Art. 1359

Le commettant est responsable des dommages causés par son préposé.

Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé.

Le commettant n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant.

rt. 1359-1

Le préposé qui, sans commettre une faute intentionnelle, a agi dans le cadre de ses fonctions, à des fins conformes à ses attributions et sans enfreindre les ordres de son commettant ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée par la victime qu'à condition pour celle-ci de prouver qu'elle n'a pu obtenir du commettant ni de son assureur réparation de son dommage.

Art. 1360

En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée.

De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires.

§ 4 – Les troubles de voisinage

Art. 1361

Le propriétaire, le détenteur ou l'exploitant d'un fonds, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage, est de plein droit responsable des conséquences de ce trouble.

§ 5 – Les activités dangereuses

Art. 1362

Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité.

Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément.

L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1.

SECTION 3. DISPOSITIONS PROPRES À LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

Art. 1363

Le créancier d'une obligation issue d'un contrat valablement formé peut, en cas d'inexécution, demander au débiteur réparation de son préjudice sur le fondement des dispositions de la présente section.

Art. 1364

Dans le cas où le débiteur s'oblige à procurer un résultat au sens de l'article 1149, l'inexécution est établie du seul fait que le résultat n'est pas atteint, à moins que le débiteur ne justifie d'une cause étrangère au sens de l'article 1349.

Dans tous les autres cas, il ne doit réparation que s'il n'a pas effectué toutes les diligences nécessaires.

Art. 1365

La réparation du préjudice résultant du retard suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution.

Art. 1366

Sauf dol ou faute lourde de sa part, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat.

CHAPITRE III : DES EFFETS DE LA RESPONSABILITE

SECTION 1. PRINCIPES

Art. 1367

La créance de réparation naît du jour de la réalisation du dommage ou, en cas de dommage futur, du jour où sa certitude est acquise.

Art. 1368

La réparation peut, au choix du juge, prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages-intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice.

§ 1 – La réparation en nature

Art. 1369

Lorsque le juge ordonne une mesure de réparation en nature, celle-ci doit être spécifiquement apte à supprimer, réduire ou compenser le dommage.

Art. 1369-1

Lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable.

Le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même ces mesures aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires.

§ 2 – Les dommages-intérêts

Art. 1370

Sous réserve de dispositions ou de conventions contraires, l'allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.

Art. 1371

L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.

Art. 1372

Le juge évalue le préjudice au jour où il rend sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l'affecter dans sa consistance comme dans sa valeur, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

Art. 1373

Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique.

Art. 1374

Le juge doit évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués qu'il prend en compte. En cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision.

Art. 1375

Si la victime établit qu'un chef de préjudice n'a pas fait encore l'objet d'une demande de sa part ou que son dommage s'est aggravé, elle peut obtenir en tout état de cause une réparation complémentaire, le cas échéant par l'introduction d'une action nouvelle.

Art. 1376

L'indemnité peut être allouée au choix du juge sous forme d'un capital ou d'une rente, sous réserve des dispositions de l'article 1379-3.

Art. 1377

Sauf circonstances particulières justifiant l'affectation par le juge des dommages-intérêts à une mesure de réparation spécifique, la victime est libre de disposer comme elle l'entend des sommes qui lui sont allouées.

§ 3 – Incidence de la pluralité de responsables

Art. 1378

Tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement à réparation.

Si tous les co-auteurs ont vu leur responsabilité retenue pour faute prouvée, leur contribution se fait en proportion de la gravité de leurs fautes respectives.

Si aucun des co-auteurs n'est dans ce cas, ils contribuent tous par parts égales.

Sinon, la contribution est, en fonction de la gravité des fautes respectives, à la charge des seuls co-auteurs dont la faute est prouvée, qu'elle l'ait été par la victime, ou qu'elle le soit seulement à l'occasion d'un recours.

Art. 1378-1

Est irrecevable le recours en contribution contre un proche de la victime lorsqu'il n'est pas assuré et que le recours aurait pour effet de priver directement ou indirectement celle-ci, en raison de la communauté de vie qu'elle entretient avec le défendeur au recours, de la réparation à laquelle elle a droit.

Est également irrecevable le recours d'un débiteur d'indemnisation exercé contre la succession de la victime directe ou contre l'assureur de celle-ci.

SECTION 2. REGLES PARTICULIERES À LA REPARATION DE CERTAINES CATEGORIES DE DOMMAGES

§ 1 – Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique

Art. 1379

En cas d'atteinte à son intégrité physique, la victime a droit à la réparation de ses préjudices économiques et professionnels correspondant notamment aux dépenses exposées et aux frais futurs, aux pertes de revenus et aux gains manqués, ainsi qu'à la réparation de ses préjudices non économiques et personnels tels que le préjudice fonctionnel, les souffrances endurées, le préjudice esthétique, le préjudice spécifique d'agrément, le préjudice sexuel et le préjudice d'établissement.

Les victimes par ricochet ont droit à la réparation de leurs préjudices économiques consistant en des frais divers et pertes de revenus ainsi que de leurs préjudices personnels d'affection et d'accompagnement.

Le juge doit distinguer dans sa décision chacun des préjudices économiques ou personnels qu'il indemnise.

Art. 1379-1

L'ampleur du préjudice fonctionnel est déterminée selon le barème d'invalidité établi par décret.

Art. 1379-2

Le dommage corporel doit être apprécié sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

Art. 1379-3

L'indemnité due au titre du gain professionnel manqué, de la perte de soutien matériel ou de l'assistance d'une tierce personne se fait, sauf décision contraire spécialement motivée, sous forme de rente indexée. Le juge a la liberté du choix de l'indice.

Le juge peut d'ores et déjà prévoir que la rente sera révisée en cas de diminution ou d'aggravation du dommage, à condition de préciser explicitement la périodicité et les conditions de la révision.

Art. 1379-4

Les tiers payeurs qui ont versé à la victime d'un préjudice résultant d'une atteinte à son intégrité physique les prestations énumérées limitativement ci-après disposent d'un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation ou son assureur par imputation sur les droits de la victime.

Art. 1379-5

Ouvrent droit à recours les prestations suivantes, lorsqu'elles ont un lien direct avec le fait dommageable :

- 1. Les prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale et par ceux qui sont mentionnés aux articles 1106-9, 1234-8 et 1234-20 du code rural ;*
- 2. Les prestations énumérées au II de l'article 1er de l'ordonnance n°59-76 du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'Etat et de certaines autres personnes publiques ;*
- 3. Les sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation ;*
- 4. Les salaires et les accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage ;*
- 5. Les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et les sociétés d'assurance régies par le code des assurances.*

Art. 1379-6

Lorsqu'il est prévu au contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre la personne tenue à réparation dans la limite du solde disponible après paiement des tiers visés à l'article précédent. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances.

Dans les contrats d'assurance garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne, l'assureur peut être subrogé dans les droits du contractant ou des ayants droit contre le tiers responsable, pour le remboursement des prestations indemnitaires prévues au contrat. Les prestations sont réputées avoir un caractère indemnitaire, lorsque, même calculées en fonction d'éléments prédéterminés, elles se mesurent au préjudice subi et en dépendent dans leurs modalités de calcul et d'attribution.

Art. 1379-7

Les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste dans la limite de la part d'indemnité mise à la charge du responsable réparant les chefs de préjudices qu'ils ont contribué à indemniser par leurs prestations. Ces recours s'exercent dans les mêmes conditions si le juge n'a réparé que la perte d'une chance.

Art. 1379-8

Hormis les prestations mentionnées à l'article 1379-5, aucun versement effectué au profit de la victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire, n'ouvre droit à une action contre la personne tenue à réparation ou son assureur.

Toute disposition contraire aux prescriptions des articles 1379 à 1379-8 est réputée non écrite à moins qu'elle ne soit plus favorable à la victime.

§ 2 – Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte aux biens

Art. 1380

En cas de destruction ou de détérioration d'un bien, la victime a droit, sans déduction au titre de la vétusté, à une indemnité lui permettant le remplacement ou la remise en état du bien. Il n'est pas tenu compte de la plus value éventuellement inhérente à la réparation.

Si toutefois le coût de la réparation est plus élevé que celui du remplacement, la victime ne peut exiger que ce dernier.

Art. 1380-1

Lorsque le bien ne peut être ni réparé, ni remplacé, la victime a droit à la valeur de celui-ci dans son état antérieur au dommage, estimée au jour de la décision.

Le responsable peut exiger que le bien lui soit remis dans son état actuel. Il en est de même lorsque celui-ci, destiné à la vente, n'est plus en état d'être vendu.

Art. 1380-2

Si, nonobstant les réparations, le bien a perdu une partie de sa valeur, la victime a droit à une indemnité de dépréciation.

Elle a droit, en outre, à l'indemnisation des dommages consécutifs à la privation de jouissance et, le cas échéant, des pertes d'exploitation.

§ 3 – Règles particulières à la réparation des préjudices résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent

Art. 1381

L'indemnisation du préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent consiste en une condamnation aux intérêts au taux légal.

Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance.

SECTION 3. LES CONVENTIONS PORTANT SUR LA REPARATION

§ 1 – Conventions excluant ou limitant la réparation

Art. 1382

Les conventions ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extra-contractuelle.

Art. 1382-1

Nul ne peut exclure ou limiter la réparation d'un dommage corporel dont il est responsable.

Art. 1382-2

Un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son co-contractant par une faute dolosive ou lourde ou par le manquement à l'une de ses obligations essentielles.

En l'absence de contrepartie réelle, sérieuse et clairement stipulée, un professionnel ne peut exclure ou limiter son obligation de réparer le dommage contractuel causé à un non-professionnel ou consommateur.

Art. 1382-3

En matière contractuelle, la partie à laquelle est opposée une clause excluant ou limitant la réparation doit avoir pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

Art. 1382-4

En matière extra-contractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage qu'on a causé par sa faute.

Dans les autres cas, la convention n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait acceptée de manière non équivoque.

§ 2 – Conventions de réparation forfaitaire et clauses pénales

Art. 1383

Lorsque les parties ont fixé à l'avance la réparation due, le juge peut, même d'office, modérer la sanction convenue si elle est manifestement excessive. Le juge dispose du même pouvoir à l'égard des clauses dont l'objet est de contraindre le débiteur contractuel à l'exécution.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la sanction convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

SECTION 4. LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

Art. 1384

Les actions en responsabilité civile se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation, sans égard, en cas de dommage corporel, à la date de la consolidation.

CHAPITRE IV - DES PRINCIPAUX REGIMES SPECIAUX DE RESPONSABILITE OU D'INDEMNISATION

SECTION 1. L'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS DE LA CIRCULATION

Art. 1385

Les victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques sont indemnisées des dommages imputables à cet accident par le conducteur ou le gardien du véhicule impliqué, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat.

Ne constitue pas un accident de la circulation celui qui résulte de l'utilisation d'un véhicule immobile et dans une fonction étrangère au déplacement.

En cas d'accident complexe, chaque véhicule intervenu à quelque titre que ce soit dans la survenance de l'accident y est impliqué.

Même lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans un accident, toute victime peut demander réparation à l'un des débiteurs de l'indemnisation, y compris le gardien au conducteur ou le conducteur au gardien.

Art. 1385-1

Les victimes ne peuvent se voir opposer le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure.

Art. 1385-2

Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Toutefois, dans le cas visé à l'alinéa précédent, les victimes ne sont pas indemnisées par l'auteur de l'accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.

Art. 1385-3

La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à ses biens ; l'exclusion de l'indemnisation doit être spécialement motivée par référence à la gravité de la faute.

Les fournitures et appareils délivrés sur prescription médicale donnent lieu à indemnisation selon les règles applicables à la réparation des atteintes à la personne.

Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages causés à son véhicule. Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur.

Art. 1385-4

Les préjudices des victimes par ricochet sont réparés en tenant compte des limitations ou exclusions opposables à la victime directe.

La faute de la victime par ricochet lui est opposable dans les conditions visées aux articles 1385-2 et 1385-3.

Art. 1385-5

Les débiteurs d'indemnisation sont tenus solidairement envers la victime.

Lorsque des tiers sont responsables d'un accident de la circulation sur le fondement du droit commun, ils sont également tenus solidairement.

Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation dispose d'un recours subrogatoire contre d'autres conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués ou contre des tiers responsables de l'accident en vertu du droit commun. De même, le responsable d'un accident de la circulation sur le fondement du droit commun peut exercer un recours subrogatoire contre les conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués dans l'accident.

La contribution à la dette d'indemnisation se règle selon les dispositions des articles 1378 et 1378-1.

SECTION 2. LA RESPONSABILITE DU FAIT DES PRODUITS DEFECTUEUX

(Articles 1386-1 à 1386-18 actuels du code civil devenant 1386 à 1386-17, les termes "du présent titre", qui figurent dans plusieurs de ces articles, devant être remplacés par "de la présente section").

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALLAND D. & RIALS S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003. Cité “nom de l’auteur de la rubrique, titre de la rubrique, *Dictionnaire de la culture juridique*”.
- AUBERT J.-L. (dir.), *Répertoire de droit civil*, Dalloz, cité « *Enc. de droit civil* ».
- AUBRY & RAU, *Cours de droit civil français*, 6e édition par E. BARTIN, Paris, éd. technique, cité « *Aubry et Rau*, vol. 8. et n° ».
- AUDIT B., *Droit international privé*, Economica, Paris, 4e édition, 2006.
- AUER A. (dir.), *Droit constitutionnel suisse*, Staempfli, Berne, 2006 en deux volumes :
- l’État,
 - les droits fondamentaux.
- AUSTIN J., *La philosophie du droit positif*, trad. française, avec une préf. et des notes, par G. HENRY, éd. A. Rousseau, Paris, 1894.
- De BÉCHILLON D., (dir.), *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, cité « *Encyclopédie Dalloz de contentieux administratif* ».
- BEIGNIER B., *Droit du contrat d'assurance*, PUF, Paris, 1999.
- BÉNABENT A., *Les obligations*, Montchrestien, Paris, 2005, 10e édition. Cité “BÉNABENT, *Les obligations*”.
- BEUDANT C., (dir.) *Cours de droit civil français*, Rousseau, Paris, 1936.
- BEUDANT C., BEUDANT R., LEREBOURS-PIGEONNIERE P., RODIERE R., *Cours de droit civil français*, 2e édition, Rousseau & Cie, Paris, 1952.
- BIGOT J., (dir.), *Droit des assurances*, LGDJ, Paris, 2002, tome 3 : *Le contrat d'assurance*.
- BREHM R., (dir.), *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht*, (Art. 41-61 OR), Staempfli, Berne, 3e éd., 2006.
- BRULHART V., *Droit des assurances privées*, Stämpfli, Berne, 2008.
- BRUN Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec Lexisnexis, Paris, 2e éd. 2006.
- BOUT R., (dir.), *Lamy de droit économique* 2008.
- CADIET L. & JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 5e édition, 2006.
- CARBONNIER J., *Les Biens, les obligations*, PUF, Paris, 2004, coll. *Quadrige*, vol.2. Cité “J. CARBONNIER, *Les obligations*”.
- CARPENTIER A. & FRÈREJOUAN DU SAINT G., *Répertoire général alphabétique du droit français*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1903 : Cité « *Répertoire général alphabétique du droit français*, 1903 », tome 32 : *Quai – Responsabilité civile*.
- CHAPUS R., *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1954.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2004, 6e édition. Cité « CORNU, *Vocabulaire juridique* ».
- DAVID R. & JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 11e éd., 2002
- DELVINCOURT C. E., *Cours de Code Napoléon*, éd. P. GUEFFIER, 1813, Paris.
- DEMOGUE R., (dir.), *Code civil annoté*, Dalloz, Paris, 1938.
- DEMOLOMBE C.,

- Cours de Code Napoléon, tome 26, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, tome III, Imprimerie générale, Paris.
- Cours de Code Napoléon, tome 28, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, tome V, Imprimerie générale, Paris.
- Cours de Code Napoléon, tome 31, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, éd. A. LAHURE, Paris, 1882.

DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, seconde édition, Paris, J. B. Coignard veuve & fils, M. DC. XCV.

DUEZ P., *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, Paris, 1938, 2e édition.

DURANTON M., *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4e édition, Thorel & Guilbert, Paris, 1844. (GALLICA)

ENGEL P.,

- *Traité des obligations en droit suisse*, éd. Ides & Calendes, Neuchâtel, 1973.
- *Traité des obligations en droit suisse (dispositions générales du CO)*, 2e éd., Staempfli, 1997.

FABRE-MAGNAN M., *Les obligations*, PUF, Paris, 2004, coll. Themis, droit privé. Cité "FABRE-MAGNAN, *Les obligations*".

FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. Videcoq, Paris, 1836, 15 volumes. Cité « FENET, tome X, p. X ».

GHESTIN J., BILLIAU M., LOISEAU G., *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005. Cité « J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes* ».

GOASGUEN C. & GIRODOUX C. (dir.), *Lamy social* 2008.

GRIOLET G. & VERGÉ C. (dir.), *Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence de MM. Dalloz*, Librairie générale de jurisprudence, Paris, 1895.

GUINCHARD S. (Dir.), *Droit processuel*, Précis Dalloz, 3e édition, 2005.

HART H. L. A., *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove, traduit de *The concept of law*, éd. Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 4e éd., 1994, Collection Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1930, spéc. Tome 2, *Théorie générale des obligations*.

KULLMANN J. (dir.), *Lamy assurances* 2008 (*Contrat d'assurance, Assurances de dommages, Assurances de personnes, Intermédiaires d'assurance*).

LALOU H. & AZARD P., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6e édition, Dalloz, Paris, 1962.

LAMBERT-FAIVRE Y. & LEVENEUR L., *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 12e éd. 2005.

LAMBERT-FAIVRE Y. & PORCHY-SIMON S., *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Paris, 6e éd. 2008.

LE BAR T., *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Paris, 3e édition, 2006.

LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*. Lexisnexis, Paris, 2e éd. 2008.

LE ROY Y. & SCHENENBERGER M.-B., *Introduction générale au droit suisse*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002.

LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2006-2007, 6e éd. 2006. Cité « Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité* ».

LEWALLE P., *Contentieux administratif (belge)*, Larcier, Bruxelles, 2e édition 2004²⁰¹⁸.

LOCRE J.-G., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, TREUTTEL & WÜRTZ, Paris, 1828. Cité « LOCRE, *La législation civile*, tome X, p. X ».

MALAUZIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 2e édition, Defrenois, 2005. Cité "MALAUZIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2005".

MAISTRE DU CHAMBON P., *Régime de la réparation, action en réparation, prescription, JCL responsabilité civile et assurance*, fasc. 222, avril 2000.

²⁰¹⁸ Une troisième édition est parue en 2008 chez le même éditeur, nous n'avons toutefois pu y avoir accès, les bibliothèques universitaires françaises ne disposant même pas de l'ouvrage de 2004 qui n'est partiellement accessible que grâce à la mise à disposition numérique effectuée par Googlebooks.

- MAZEAUD H., MAZEAUD L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, Paris, 1957, 5e éd. Cité « MAZEAUD, MAZEAUD, TUNC, *Traité* ».
- MERLIN P.-A. (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4e éd., éditeur Garnery, Paris, 1812-1825, 17 volumes.
- MOURLON F. *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux*, A. MARESCQ & E. DUJARDIN, libraires éditeurs, Paris, 1854, 2e édition.
- NAZ R. (dir.), *Dictionnaire de droit canonique*, Librairie Letouzey et Ané, 1965.
- OFTINGER K., STARK E. W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1, Polygraphischer Verlag, Zurich, 5e éd., 1995.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 11e éd., Paris, LGDJ, 1931.
- PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Traité de droit civil français*, LGDJ, 1952, 2e édition, tome 6, les obligations. Cité « PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Les obligations*, 1952 ».
- POTHIER R.-J. : *Œuvres de Pothier en 18 volumes*, M. Siffrein (éd. sc.), éd. Chanson & Videcoq, Paris, 1821-1824.
- RANIERI F., *Europäisches Obligationenrecht*, Springer Verlag, Wien, New York, 3e éd., 2009.
- RAVARANI G., *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise, Luxembourg, 2006, 2e édition.
- ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, 6e édition, coll. Thémis, PUF, 2005.
- ROBERTO V., *Schadensrecht*, Basel & Frankfurt am Main, Helbing et Lichtenhahn, 1997.
- ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, LITEC, 1999, 4e édition.
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2e édition, LGDJ, Paris, 1951.
- SCHWENZER I., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil*, 5e éd., Staempfli, Berne, 2009.
- SCYBOZ G., P.-R. GILLIÉRON, SCYBOZ P., *Code civil suisse et code des obligations annotés*, 7e éd., Payot & Helbing & Lichtenhahn, Lausanne, 2004.
- SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006. Cité «SÉRIAUX, *Les obligations*».
- SOURDAT A., *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*,
- 1re éd., De Cosse, Paris, 1852,
 - 2e éd. De Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1872.
- STAEHELIN A., STAEHELIN D., GROLIMUND P., *Zivilprozessrecht*, Schulthess, 2008.
- STARCK B., BOYER L., ROLAND H., *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 5 éd. Litec, 1996.
- STRICKLER Y., *Procédure civile*, éd. Paradigme, Orléans, 2e éd., 2008.
- TERCIER P., *Précis de droit des obligations*, 4e éd., Schulthess, Zurich, 2009.
- TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Paris, 9e éd. 2005. Cité «TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Les obligations*, 2005».
- THEVENOZ L. & WERRO F. (dir.), *Commentaire romand Code des obligations*, vol. I, Code des obligations art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur le voyages à forfait, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 2003.
- TRUCHET D.,
- *Droit administratif*, PUF, Paris, 2008.
 - *Dictionnaire de la Justice*, PUF, Paris, 2004.
- VINEY G. & JOURDAIN P.,
- *Les conditions de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3e éd., LGDJ, Paris, 2006. Cité « G. VINEY, P. JOURDAIN, *Conditions de la responsabilité* ».
 - *Les effets de la responsabilité civile*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 2e édition, LGDJ, Paris, 2001. Cité « G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité civile* ».

VINEY G., *Introduction à la responsabilité civile, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, LGDJ, Paris, 1995. Cité « VINEY, Introduction ».*

WERRO F., *La responsabilité civile, Staempfli, Berne, 2005. Cité « F. WERRO, La responsabilité civile » .*

MONOGRAPHIES

- BANDRAC M., *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Économica, 1986.
- BRUSCHI M., *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Économica, Paris, 1997.
- CARTIER M., *Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR*, thèse sous la dir. de A. KELLER & M. MÜLLER-CHEN, Saint-Gallen, 2007, Digiprint, Eschen, 2007.
- CARVAL S.
- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.
 - *La construction de la responsabilité civile*, PUF, Paris, 2001.
- CASSON Ph., *Les fonds de garantie. Accidents de la circulation et de chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH*, LGDJ, Paris, 1999.
- CHAPUS R., *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse, M. WALINE (dir.) LGDJ, Paris, 1954.
- CHARTIER Y., *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 1983.
- CHEVALIER P., *De la responsabilité civile du fait d'autrui*, thèse, Paris, 1897, dir. L. MICHEL, éd. MARCHAL & BILLARD, Imprimerie & librairie générale de jurisprudence, Paris, 1897.
- COSENTINI F., *Code international des obligations, Institut américain de droit et de législation comparée. Etudes et documents, série française, n°9*, Paris, 1937, lib. Marchal et Billiard.
- DEBET A., *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, Thèse Paris II, 2001, éd. Dalloz, Paris, 2001, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 15.
- DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Paris, 1994, Bibliothèque de droit public, tome 171.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, Paris, 1977, bibliothèque de droit privé, tome 151.
- DELCO F., *Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden*, thèse, H. REY (dir.), Schulthess, Zürich, 2000.
- DEMAREZ J., *L'indemnisation du dommage occasionné par un groupe inconnu d'un groupe déterminé*, thèse, Paris, LGDJ, 1967.
- DESCAMPS O.-Ch., *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, Paris 2001, LGDJ, 2005.
- DRAKIDES Ph., *Du principe en vertu duquel la solidarité ne se présume pas*, Thèse, Paris, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1939.
- DUEZ P., *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, Paris, 1938, 2e éd.
- FINES F., *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne. De la références aux « principes généraux communs » à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, thèse, LGDJ, Paris, 1990.
- FROSSARD J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, thèse, LGDJ, Paris, 1965.
- GABRIEL B., *Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschaden*, Freiburg im Sch., 1987, photocopié.
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*. Préf. R. SALEILLE, 2e éd. LGDJ, Paris, 1954, deux tomes.
- GUEGAN-LECUYER A., *Dommages de masse et responsabilité civile*, thèse, LGDJ, Paris, 2006, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 472.
- KESSLER F. J., *Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht*, thèse, Schulthess, Zurich, 2000.
- KUONEN N., *La responsabilité précontractuelle*, Schulthess, Zurich, 2007, Collection Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg n°260.

- LACROIX C., *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, thèse, Université de Haute Alsace, 2005, LGDJ, Paris, 2008.
- LE TOURNEAU Ph., *La responsabilité civile*, 3e édition, Dalloz, 1982.
- MICHEL E.-A.-M., *Histoire de la propriété*, thèse, Caen, 1884, éd. E. VALIN, Caen, 1884.
- MISTELI Chr., *La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse Lausanne, Schulthess, Zurich, 1999.
- NICOD J. A., *Le concept d'illicéité civile à la lumière des doctrines française et suisse*, thèse, Lausanne, 1988.
- PALLARD R., *L'exception de nécessité en droit civil*, thèse, préf. R. SAVATIER, LGDJ, Paris, 1949.
- PIROVANO A., *Faute civile et faute pénale. Essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal*, thèse, Nice, 1964, LGDJ, 1966.
- PUECH M., *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Strasbourg, 1971, LGDJ, Paris, 1973.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949, 4e éd.
- ROBERTO V., *Schadensrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Francfort, 1997.
- ROBIN M.-M., *Le monde selon Monsanto*, La Découverte, Paris, 2008.
- SAVATIER R., *L'art de faire les lois. Bonaparte et le Code civil*, Dalloz, Paris, 1927.
- SCHAMPS G., *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, thèse Louvain, éd. Bruylant & LGDJ, Bruxelles et Paris, 1998.
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, 28 avril 1947, éd. L. RODSTEIN, Paris, 1947.
- TERCIER P.
- *Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse*, thèse Fribourg, éditions universitaires, 1971.
 - *Le nouveau droit de la personnalité*, Schulthess, Zurich, 1984.
- TOULEMON A. & MOORE J., *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, Sirey, 1955.
- TUNC A., *La responsabilité civile*, Economica, Paris, 1989, 2e édition.
- VALSANESCO V. R., *La solidarité au cas de faute commune*, Thèse, Paris, LGDJ, Paris, 1931.
- WINIGER B., *La responsabilité aquilienne romaine*, thèse, Genève, éd. Helbing & Lichtenhahn, coll. Genevoise, Droit et Histoire, Bâle, Francfort, 1997.
- WYLER E., *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la convention européenne des droits de l'Homme*, thèse, Neuchâtel, éd. Pedone, 1995.

OUVRAGES COLLECTIFS

Les ouvrages collectifs sont classés en fonction du nom des personnes ayant dirigé la publication.

- Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Journées nationales, t. 1, Lille, 1996, LGDJ, 1997.
- Das Obligationenrecht (1883-1983)*, dir. P. CARONI, éd. Paul Haupt, Bern et Stuttgart, 1984.
- Responsabilités objectives*, Journée de la responsabilité civile 2002, Chr. CHAPPUIS & B. WINIGER (dir.), Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2003. Cité « Responsabilités objectives ».
- Les désordres de la prescription*, dir. P. COURBE, PU Rouen, 2000.
- Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, dir. B. DUBUISSON & G. VINEY, Schulthess, Bruylant, LGDJ, 2006.
- Assurance sociale et assurance privée*, Rapport du Groupe de travail de la Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances institués pour examiner les tâches dévolues à l'assurance privée, d'une part et celles incombant à l'assurance sociale d'autre part, dir. J.L. DUC, éd. Staempfli, Berne, 2003.
- Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, dir. P. GAUCH & J. SCHMID, Zürich, 2001.
- Développements récents du droit de la responsabilité civile*, dir. O. GUILLOD, Colloque international de Genève 1990, Zurich, 1991.
- Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la dir. de M. FONTAINE, Bruylant & LGDJ, Bruxelles & Paris, 2002.
- Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, sous la direction de M. FONTAINE & G. VINEY, Bruylant, Bruxelles & LGDJ, Paris, 2001.
- La responsabilité à travers les âges*, préface J. IMBERT, Economica, Paris, 1989.
- La protection du droit de propriété par la Cour européenne*, Institut des droits de l'Homme des avocats européens, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- Le projet de Code de procédure civile fédérale*, S. LUKIC (dir.), CEDIDAC, Lausanne 2008.
- Le préjudice corporel : bilan et perspectives*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2009, F. WERRO & P. PICHONNAZ, (éd.), université de Fribourg, Stämpfli, Berne, 2009.
- La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, B. WINIGER (dir.), Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008.

RAPPORTS OFFICIELS, TRAVAUX LÉGISLATIFS, TEXTES DE LOI

Ces documents sont classés par date de publication.

MUNZINGER W., *Motifs du projet de code de commerce suisse*, trad. M. DUFRAISSE, Zurich, Imprimerie Zurcher & Furrer, **1865**. Le texte de ce projet est également publié dans l'ouvrage de U. FASEL, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, éd. P. Haupt, Berne, 2000.

Projet du Conseil fédéral, juillet **1877**.

Troisième projet présenté aux chambres fédérales avec un message du conseil fédéral daté du 27 novembre **1879**, FF. du 17 janvier 1880, p. 115-189.

Rapport de la commission du conseil des états chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial du 31 mai **1880**, FF. du 12 juin 1880, p. 139 et s.

Rapport de la commission du conseil national sur le projet de code suisse des obligations et de commerce, novembre 1880, FF. du 12 février **1881**, Vol. I, p. 195 et s.

Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, FF. du 18 juin **1881**, p. 73 et s.

Message du Conseil fédéral à la Haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial en date du 27 novembre 1879, FF. 17 janvier **1889**.

Loi fédérale du 14 mars **1958** sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, RO 170. 32

Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (protection de la personnalité, article 28 du CCS et article 49 du COS) du 5 mai 1982, FF. **1982**. II. 661 et s.

Loi fédérale du 16 décembre 1983, RO **1984**, p. 778 et s., FF. 1982. II. 661 et s.

Directive CE n°85-374 du Conseil du 25 juillet **1985** relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE 1985 L. 210/29 et s.

Loi fédérale du 18 juin **1993** sur la responsabilité du fait des produits (LRFP), RS 221. 112. 944. Entrée en vigueur le 1er janvier 1994.

Message du 20 novembre **1996** relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre, FF 1997.

Rapport explicatif du projet de réforme de réforme du droit de la responsabilité civile, P. WIDMER, P. WESSNER, Berne, **2000**. Cité « REAP ».

Loi fédérale du 6 octobre **2000** sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS 830. 1. Entrée en vigueur le 1er janvier 2003.

Rapport sur l'indemnisation du préjudice corporel, sous la dir. de Y. LAMBERT-FAIVRE, **juin 2003**. Accessible sur internet à l'adresse suivante : <http://admin.net6.fr/datas/inavem/fichier/Cnav03domagecorporel.pdf> Cité « Rapport Lambert-Faivre ».

La responsabilité civile en Europe. Avant-projet de rapport de H. KOZIOL et A. WEIß, Comité européen de coopération juridique, Strasbourg, 26 novembre **2003**, accessible sur internet à l'adresse suivante : [http://www.coe.int/T/F/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/Comit%E9s_directeurs/CDCJ/Documents/2003/\(CDCJ%20 2003 %2028%20f%20-%20Rapport%20de%20M.%20Koziol%20sur%20la%20responsabil 205\).pdf](http://www.coe.int/T/F/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/Comit%E9s_directeurs/CDCJ/Documents/2003/(CDCJ%20 2003 %2028%20f%20-%20Rapport%20de%20M.%20Koziol%20sur%20la%20responsabil 205).pdf)

Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès, Rapport MAGENDIE (dir.), 15 juin **2004**.

Les revirements de jurisprudence, rapport remis au Premier président de la Cour de cassation, N. MOLFESSIS (dir.), 30 novembre **2004**, éd. Litec - Lexisnexis, Paris, 2005.

Loi fédérale sur le contrat d'assurance, RS. 221. 229. 1, modifiée par la loi fédérale du 17 décembre **2004** (RO.2005.5245), Message du Conseil fédéral du 9 mai 2003, FF. 2003. 3353.

Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, sous la dir. de J. - P. DINTILHAC, Juillet 2005. Accessible sur internet à l'adresse suivante :

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf> Cité « Rapport Dintilhac ».

P. CATALA (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005. Le rapport est accessible en ligne sur le site de la documentation française. Cité « rapport CATALA » ou « projet de réforme français ».

Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse.

Rapport sur la proposition de loi portant réforme de la prescription civile, L. BÉTEILLE, Sénat, n°83 (2007-2008).

Guide de législation ou guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Office fédéral de la justice, Berne, 3e éd. 2007 : http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/legistik/gesetzgebungsleitfaden.html.

Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur le projet de réforme de réforme du droit des obligations et de la prescription, P. SARGOS (prés.), 15 juin 2007, accessible sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html.

Réforme de la prescription civile, **mai 2008**, Assemblée nationale, 13e législature, Rapport n°847, E. BLESSIG, commission des lois, consultable sur le site de l'Assemblée nationale.

Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF du 18 juin 2008.

ARTICLES

(Notes, commentaires, observations, rapport, avis et conclusions²⁰¹⁹)

ABRAVANEL-JOLLY S.,

- *Recours du FGAOD contre le responsable d'un accident de la circulation*, JCP. 2009. EG. , n°25.
- *Enc. Dalloz de droit civil, Fonds de garantie - mars 2006 (à jour : juin 2010)*.

ADIDA-CANAC H., *rapport sur Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, Bull. n°26*.

AGARD M.-A., *Ne t'aide pas, le ciel t'aidera quand même !*, RCEA. 2004, *chron. 2*, p. 6-7.

AGOSTINI F., *Les droits de la partie civile dans le procès pénal, rapport annuel de la Cour de cassation, 2000*.

AKANDJI-KOMBE J.-F. ,

- *QPC versus question préjudicielle à la CJUE : à qui la priorité ?* JCP. EG. 2010, 563.
- *Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité. Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, D. 2010, p. 1725 et s.

ALDIGES C., *rapport sur Cass. civ. 2e, 13 septembre 2007, n°06-16868*.

ALLAND D., *Observations sur le devoir international de protection de l'individu*, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, *Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 13-30.

ALT-MAES F., *La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur* : JCP. 1998. EG. I. 1154.

AMBROISE-CASTÉROT C., *Action civile, Enc. Dalloz Pénal, juin 2002*.

AMZALAC V., *La sauvegarde par les juridictions pénales des droits des caisses de sécurité sociale, non parties au procès, lorsque l'infraction n'est pas liée à un accident du travail ou de trajet*, JCP. EG. 1969. I. 2289 bis.

ANCEL F., *La loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription*, GP. 12 juillet 2008, n°194, p. 2 et s.

ANCEL P., *Retour sur l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, à la lumière du droit comparé, Etudes offertes à G. VINEY, Liber amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 23-37*.

ANCEL P. & FAUVARQUE-COSSON B., *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive*, RDC. 2004, p. 801 et s.

ANDRE C., *L'obligation de minorer le dommage en droit interne*, D. 2002, p. 307 et s.

ARHAB F., *Les nouveaux territoires de la faute*, RCEA. 2003, p. 43-55.

ASSIE F., *rapport, RJDA. 2007/1, p. 3 et s.*

ATIAS Chr., *La constitution des actes juridiques*, D. 2008. 743.

AUBERT J.-L.,

- *La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?* RJDA. 2004/4, p. 355 -359.
- *Obs. sous Ass. pl. 19 mai 1988, Defr. 1988, p. 1097*.

AUBY J.-B. & MOREAU J., *Responsabilité administrative. Définitions. Principes. Orientation*, JCP Administratif, fasc. 801, (août 2000).

AUQUE F., *L'inexécution du bail commercial ne peut nuire au locataire-gérant*, JCP. EE. 2007. 1000, n°1 , p. 11-13.

AVENA-ROBARDET V., *Avocat aux Conseils : défaut de paiement et responsabilité professionnelle*, D. 2007, p. 1433-1434.

AYDALOT, *avis sur Ch. réunies, 25 novembre 1964, D. 1964, juris. p. 733-738*.

²⁰¹⁹ Les commentaires, notes et observations sont indiqués « sous » les décisions, tandis que les rapports, conclusions et avis sont indiqués « sur » la décision qui en résulte. La RFDA notamment (v. par ex. RFDA. 2000, p. 850) emploie cette précision terminologique qu'il nous semble utile de reprendre dans la mesure où la distinction entre les deux types d'écrit n'est pas matérialisée par une dualité de rubrique au sein de la bibliographie.

- AYNÈS L. & HONTEBEYRIE A., *Pour une réforme du Code civil, en matière d'obligation conjointe et d'obligation solidaire*, D. 2006. 328.
- AYNES L. & STOFFEL-MUNCK Ph., *Le retour à la condition d'imprévisibilité pour caractériser la force majeure contractuelle*, Droit et Patrimoine 2006, n°152, p. 99-101.
- BACACHE M., *Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 3 mai 2006, Monsieur X. contre Établissement français du sang (EFS), GP. 8 décembre 2006, n°342, p. 39-43.*
- BACH L., *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, RTDciv. 1977, p. 17-53 et p. 221-242.
- BAKOUICHE D.,
- *Etendue de la responsabilité de plein droit du garagiste réparateur*, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 17/04/2008, n°301.
 - *La transmission aux héritiers du préjudice subi par leur auteur*, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 29/05/2008, n°06.
 - *La prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol*, Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale, 09/02/2006, n°201.
- BARBIERI J.-F., *Un syndicat professionnel n'est pas responsable de plein droit des dégradations commises par ses adhérents lors d'une manifestation*, LPA 23 janvier 2007, n°17, p. 11-15.
- BAUERREIS J., *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats*, RCDIP. 2000, p. 331-355.
- BAUMANN M., *Treu und Glauben — eine neue alte Verpflichtungsgrundlage*, in *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, (dir.) P. GAUCH & J. SCHMID, Zürich, 2001, p. 11-19.
- BEAUGENDRE S.,
- *Fonds de garantie : transaction avec l'assureur d'une victime*, D. 2009, p. 1607.
 - *Voile sur la force majeure*, note sous Cass. civ. 2e, 5 février 2004, n°02-15206, D. 2004, p. 2520-2523.
- BECQUÉ E., *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations*, RTDciv. 1914, p. 251-320.
- BÉHAR-TOUCHAIS M., *Foisonnement des délais*, in *Les désordres de la prescription*, PU Rouen, 2000, Dir. P. COURBE, p. 7 et s.
- BÉNABENT A.
- *Defr.* 2005, n°20, p. 1642-1644.
 - *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, Mélanges L. BOYER, PU. Toulouse, 1996, p. 123 et s.
- BERG O., *L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française*, RTDciv. 2006, p. 53-62.
- BERNARD V., *La « mitigation of damages » ou l'obligation de minimiser son propre dommage*, note de recherche du SDE, cellule chargée du suivi du contentieux de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.
- BESSON A.,
- *Le code des assurances*, RGAT. 1976, p. 465.
 - *Note sous CA Paris, 14 mars 1930, D. 1930 p. 115-120.*
- BILLARD J.-N., *L'exigence de transgression d'une norme protectrice des particuliers — principe énigmatique du droit de la responsabilité extra-contractuelle des Communautés européennes*, Mélanges B. JEANNEAU, Dalloz, Paris, 2002, p. 625-649.
- BILLIAU M.,
- *Note sous Ass. pl. 6 octobre 2006, JCP. 2006. EG. II. 10181.*
 - *Note sous Ass. pl. 14 décembre 2001, Cousin, JCP. 2002. EG. II. 10026.*
 - *Note sous Ass. pl. 25 février 2000, Costedoat, JCP. EG. 2000. II. 10295.*

- BINET J.-R., Renonciation à succession : l'action en nullité pour dol est soumise au seul délai de prescription de l'article 1304, *Revue Droit de la famille* 2006/4, p. 26-27.
- BLOCH L.,
- Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? *RCEA*. 2006/11, étude 17.
 - Force majeure : le calme après l'ouragan ?, *RCEA*. 2006/6, étude 8, p. 5-8.
- BOCCARA B., obs. sous CE, Section, 4 juillet 1969, *Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris et autres*, *JCP. EG. II*. 1969. 16126.
- BOISSARD S., Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif, in *Le principe de sécurité juridique*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, 2001, p. 105-123.
- BON P.-A., Prescriptions en conflit, *LPA*. 3 octobre 2006, n°197, p. 16-22.
- BON P., La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA*. 2009, p. 1107 et s.
- BONHOMME M., avocat général, avis sur Cass. com. 4 mars 2008, n°07-11790.
- BONNEAU T., Application de la loi dans le temps, *JCL civil*, art. 2, fasc. 20.
- BORGHETTI J.-S., Le dommage réparable en matière de responsabilité du fait des produits, *RDC*. 2006, p. 1239 et s., note sous Cass. civ. 1re, 3 mai 2006, n°04-10994.
- BORÉ J.,
- Note sous Ass. pl. 19 juin 1981, *GP*. 1981, II. 259.
 - La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation « in solidum », *JCP. EG*. 1971. 2369.
 - Le recours entre coobligés in solidum, *JCP. EG*. 1967. 2126.
- BOULOC B.,
- Action civile pour abus de biens sociaux après décès du prévenu. Note sous Cour de cassation (crim.) 25 octobre 2006, *Arnaud Lagardère et autres*, *Revue des sociétés* 2007, p. 146.
 - Abus de biens sociaux. Décès du délinquant. Survie de l'action civile, *RTDcom*. 2007, p. 463.
 - Le créancier et l'abus de biens sociaux, *Revue des sociétés* 1993 p. 433.
- BOURGAULT-COUDEVYLLE D., Conditions de recevabilité de l'action civile ouverte aux héritiers de la victime d'infraction, *Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale*, 18 septembre 2008, n°318.
- BOURREL A., Le Conseil d'Etat et la transmission aux héritiers du droit à réparation des préjudices personnels de la victime, *D*. 2000, p. 563.
- BOURRIÉ-QUENILLET M., Le préjudice moral des proches d'une victime blessée. Dérive litigieuse ou prix du désespoir, *JCP. EG*. 1998. I. 186.
- BOUT R., note sous Cass. civ. 1re, 22 avril 1992, *CRAMA du bassin de l'Adour c/ Drouot assurances*, *RGAT*. 1992. 161.
- BOYER A., Mitigation ou la victime soumise à "la question", Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 22 janvier 2009, pourvoi numéro 07-20.878 et pourvoi numéro 08-10.392, *GP*. 10 juillet 2009, n°191-192, p. 6-9.
- BREEN E., Compétence administrative ou judiciaire – bases de répartition. *JCL administratif*, fasc. 1045.
- BREHM R., Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts, *ZBJV*. 2006/4, p. 325-337.
- BRUN Ph.,
- & L. CLERC-RENAUD, *Énergie nucléaire*, *Enc. civ. Dalloz*, (mars 2010).
 - & GOUT O., *chron. Responsabilité civile* (juillet 2008 - septembre 2009), *D*. 2010. p. 49.
 - & JOURDAIN P., *chron. de responsabilité civile*, *D*. 2006, p. 1933.
 - La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute, *RCEA*. 2003/6, p. 37-42.
- BRUSORIO-AILLAUD M., Evaluation du préjudice économique consécutif à l'arrêt de travail d'un restaurateur, *RCEA*. 2009/4, p. 14-16.

- BUCHER E., *Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht*, in *Das Obligationenrecht (1883-1983)*, dir. P. CARONI, éd. Paul Haupt, Bern et Stuttgart, 1984, p. 139 et s.
- CABANNES J.,
- Avis sur Ass. pl. 9 mai 1984, D. 1984, p. 525.
 - Avis sur Ass. pl. 19 juin 1981, D. 1982, p. 85-89.
- CALAIS-AULOY M.-T., *Le droit à l'occidentale*, D. 1989, p. 55-60.
- CALMES S., *Les différentes facettes du principe de sécurité juridique*, in *l'État de droit*, PPS. 2004, p. 35-37.
- CANIVET G.,
- *Activisme judiciaire et prudence interprétative*, in *la création du droit par le juge*, APD. 2007, tome 50, Dalloz.
 - *Du principe d'efficience en droit judiciaire privé*, Mélanges P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 243-252.
- CARBONNIER J. *Notes sur la prescription extinctive*, RTDciv. 1952, p. 171-181.
- CARIO R., *Les modifications conventionnelles de la prescription*, LPA. 6 nov. 1998, n°133, p. 9 et s.
- CARDASCIA G., *Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain*, in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, Paris, 1989, p. 1-45.
- CARVAL S.,
- *L'obligation de résultat n'emporte pas présomption de causalité entre la faute et le dommage*, note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 28 mars 2008, pourvoi numéro 06-18.350, RDC. 2008/3, p. 757-759.
 - *Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, pourvoi numéro 05-13.255*, RDC. 2007, p. 279-286.
 - *Recours du commettant contre son préposé : action propre ou subrogatoire ; Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 20 décembre 2007, pourvoi numéro 07-13.403*, RDC. 2008/3, p. 747-749.
 - *Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 3 mai 2006, pourvoi numéro 05-10.411* RDC. 2006/4, p. 1228-1230.
- CASEY J., *Option successorale et dol : la prescription quinquennale chasse la trentenaire*, RJPF. 2006/5, p. 27-29.
- CASTETS-RENARD C., *La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable*, JCP. EG. 2003. II. 10170.
- CHABAS F. & GRÉAU F., *Force majeure*, Répertoire civil, avril 2007.
- CHABAS F.,
- *Note sous Cass. civ. 2e, 3 juin 2004, Droit et patrimoine 2005, n°133*, p. 93-94.
 - *Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, Droit et Patrimoine 2003 n°120*, p. 83.
 - *Sources et droit privé général, responsabilité et assurances*, Droit et Patrimoine 2000, n°78, p. 87-89.
 - *Note sous Ass. pl. 29 mars 1991, BLIECK, n°89-15231, GP. 1992. II, p. 513 et s.*
 - *La perte de chance en droit français*, in O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, Zurich 1991 p. 131-143.
 - *Note sous Ass. pl. 9 mai 1984, D. 1984, p. 525.*
 - *Note sous Ass. pl. 19 juin 1981, D. 1982, jurispr. p. 85 et s.*
 - *Fait ou faute de la victime*, D. 1973, p. 207-210.
 - *Remarques sur l'obligation in solidum*, RTDciv. 1967, p. 311-338.
- CHAPPUIS B., *La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale. Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence*, SJ. 2000. II. 304.
- CHAPPUIS Chr., *Les règles de la bonne foi entre contrat et délit*, Mélanges B. SCHMIDLIN, *Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Francfort sur le Main, 1998, p. 227-248.

- CHAPUS R., *Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics*, in *Mélanges offerts à M. WALINE*, LGDJ, Paris, 1974, tome 1, p. 307-322.
- CHARTIER Y., *De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation*, *Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 269-284.
- CHATTELEYN D. & LOYER Ph., *Distracted à nos dépens*, D. 2002, p. 218
- CHAUVAUX D., *La transmission du droit à réparation d'un préjudice aux héritiers de la victime, conclusions sur CE section*, 29 mars 2000, *Assistance publique Hôpitaux de Paris c/ Consorts Jacquié*, RFDA. 2000. 850.
- CHAZAL J.-P., *L'« ultra-indemnisation » : une réparation au-delà des préjudices directs*, D. 2003, p. 2326 et s.
- CHEVALLIER J., *Du principe de séparation au principe de dualité*, RFDA. 1990, p. 712 et s.
- CHEVRIER E., *L'effet interruptif de la prescription attaché à la compensation*, D. 2005. 1024.
- CODERCH P. S., *Punitive Damages and continental Law*, ZeuP. 2001, p. 604-616.
- COHEN-JONATHAN G., *Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la convention européenne des droits de l'Homme*, *Mélanges P. LAMBERT, Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 109-140.
- COLIN A., *rapport sur Civ. 14 juin 1926*, DP. 1927. 57.
- COSTA J.-P., *Les droits et obligations de caractère civil selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *Mélanges P. JULIEN, La justice civile au XXI^e siècle*, N. Fricero, G. Taormina, M. Zavaro (dir.), éd. EDILAIX, Aix en Provence, 2003, p. 103-113.
- COTE N., *Article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil : confirmation de l'exigence du fait fautif d'autrui : unité ou dualité de régime ?* LPA, 3 janvier 2005, p. 14-18.
- COURBE P., *La prescription en droit international privé*, in *Les désordres de la prescription extinctive*, (Dir.) P. COURBE, PU Rouen, 2000, p. 67 et s.
- COURT DE FONTMICHEL A., *La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français*, Rev. dr. unif. 2005/4, p. 737-758.
- COUTRON L., *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM*, RFDA. 2009/2, p. 329-342.
- CRETON, *rapport sur Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008*, n°06-17859.
- CROZE H.,
- *La question prioritaire de constitutionnalité*, Procédures 2010/2, étude p. 7-13.
 - *La circonstance qu'une créance de nature commerciale soit constatée par acte notarié ne modifie pas la durée de la prescription*, JCP. 2006. EG. II. 10129.
- CUNHA V., *Créances de telecoms : attention à la prescription ! Ou de la procédure civile à grande vitesse*. GP. 13-15 août 2006, p. 2-3.
- DAGORNE-LABBE Y.,
- *La prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'exclut pas la prescription quinquennale de l'article 1304 du même Code*, LPA. 11 août 2006, n°160, p. 9-11.
 - *Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice ?* LPA, 31 décembre 2003, n°261, p. 17 et s.
- DAMAS N., *Responsabilité du débiteur contractuel envers les tiers*, AJDI. 2007, p. 295.
- DE BECHILLON D., *Libres propos*, JCP. EG. 2010, supra act. 550.
- DE CONINCK B., *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*, in *Le processus de formation du contrat*, M. FONTAINE (dir.), Bruylant & LGDJ, Bruxelles & Paris, 2002, p. 17 et s.
- DE FONTBRESSIN P., *Un pacificateur par le droit*, *Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 47-52.
- DE GOUTTE R.,
- *Avis sur Ass. pl. 29 mai 2009*, GP. 28 juin 2009, n°179-181, p. 8-16.
 - *Avis sur Ass. pl. 14 avril 2006*, GP du 9 juillet 2006, n°190, p. 7-16 ; BICC, n°643.

- Avis sur Ass. pl. 14 décembre 2001, BICC n°551, p. 1-4.
- DEJEAN DE LA BÂTIE N., note sur Ass. pl. 9 mai 1984, JCP. 1984. EG. II. 20255.
- DE LA VAISSIERE F., Nullité d'un congé pour vendre prématuré, AJDI. 2006, p. 641.
- DENOIX DE SAINT MARC S., La responsabilité des clubs de rugby fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil : le maintien d'une solution contestable, D. 2000, p. 862 et s.
- DEPADT-SEBAG V., La distinction entre la responsabilité contractuelle et délictuelle : une nouvelle étape, LPA. du 16 mai 2007, n°98, p. 16-21.
- DEPREZ J., À propos du rapport annuel de la Cour de cassation. « Sois juge et tais-toi ». (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité). RTDciv. 1978, p. 503-534.
- DEROUSSIN D., Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités, RHDFE. 2004, p. 189-222.
- DESCHENAUX H., Norme et causalité en responsabilité civile, Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, Mélanges offert au Tribunal fédéral suisse, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1975, p. 399-430.
- DINTILHAC J.-P., La vérité de chose jugée, in le rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, La Vérité, p. 49-57.
- DION-LOYE S., Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité, LPA. 29 juillet 1992, n°91, p.11-19.
- DOMINGO M.,
 - Avis sur Cour de cassation, 16 avril 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, n°10-40.001 et 10-40.002, RFDA. 2010, p. 445 et s.
 - Rapport sur Cass. civ. 1re, 13 mars 2008, n°05-11800, 05-12551, 06-12307.
- DONTENVILLE D.-H., concl. sur Ass. pl. 29 mars 1991, BLIECK, JCP. 1991. EG. 1991. II. 21673.
- DORSNER-DOLIVET A., Du nouveau dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, RDSS. 1997, p. 660.
- DORWLING-CARTER M., av. gén., avis sur Ass. pl. 19 mai 1988, deux arrêts, GP. 1988, p. 640-650.
- DOUCHY-OUDOT M., La prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil (ou le recul du droit des créanciers), Droit et procédures - la revue des huissiers de justice 2005, n°6, p. 327-333.
- DUBOIS J.-P., Dommages de travaux publics, (octobre 2008), Enc. Dalloz de responsabilité de la puissance publique.
- DUBUISSON B.,
 - La responsabilité civile du pouvoir judiciaire : l'expérience belge, Etudes offertes à G. VINEY, Liber amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 355-375.
 - Libres propos sur la faute aquilienne, Mélanges offerts à M. FONTAINE, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 125-162.
- DUPUY P.-M.,
 - L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public (2000), Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye, vol. 297, 2002.
 - La responsabilité, in Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND & S. RIALS, éd. Lamy-PUF, Paris, 2003, p. 1341-1347.
- DUREPAS L., concl. sur CE, ass., 8 février 2007, n°279522, GARDEDIEU, RFDA. 2007. 361.
- DURRY G.,
 - Rapport de synthèse, RCEA. 2003/6, p. 84-90.
 - Obs. sous Ass. pl. 19 juin 1981, RTDciv. 1981, p. 857.
- DUVAL-ARNOULD D., rapport sur Cass. civ. 1re, 5 juillet 2006, n°05-15235.
- EGLI J.-F., L'activité illicite du juge cause de responsabilité pécuniaire à l'égard des tiers, Mélanges R. JEANPRÊTRE, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982, p. 7-25.
- EISENMANN Ch., Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques, JCP. EG. 1949. I. 751.

- EISSEN M.-A., *La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour*, Mélanges R. CASSIN, *Amicorum Discipulorumque Liber*, éd. Pédone, 1970, (quatre volumes), tome 3 : *La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, p. 151-162.
- EL BADAWI S., *Abandon de la présomption de causalité associée à l'obligation de résultat pesant sur le garagiste réparateur*, LPA. 24 juin 2008, n°126, p. 22-29.
- ESMEIN P.,
- *L'obligation et la responsabilité contractuelles*, Mélanges G. RIPERT, *Le droit privé au milieu du XXe siècle*, LGDJ, Paris, 1950, p. 101-115.
 - *De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident*, RTDciv. 1938, p. 387-401.
 - *La jurisprudence et la loi*, RTDciv. 1936, p. 17-23.
 - note sous Civ. 14 juin 1926, S. 1927. I. 25.
- FAUVARQUE-COSSON B.
- *Terminologie, principe, élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence*, RTDeur. 2008, p. 695-705.
 - *Droit des contrats* (octobre 2005/septembre 2006), D. 2006, p. 2645 ;
 - *Aspects de droit comparé de la prescription*, in *Les désordres de la prescription extinctive*, Dir. P. COURBE, éd. PU Rouen, 2000, p. 45 et s.
 - & ANCEL P., *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive*, RDC. 2004, p. 801 et s.
- FAVRE-ROCHEX A., Note sous Cour de cassation, 15 juillet 1999, *Compagnie British Airways contre A. Mohamed et autres*, GP. 12 mai 2000, n°133/34, p. 26.
- FEENSTRA R., *Zum Ursprung der deliktischen Generalklausel in den modernen europäischen Kodifikationen*, ZeuP. 2001, p. 585-594.
- FEUERBACH-STEINLE M.-F.,
- *Victimes de violences et d'accidents collectifs : Situations exceptionnelles, préjudices exceptionnels : Réflexions et interrogations*, Médecine & Droit 2000, Issue 45, Novembre-Décembre 2000, Pages 1-8.
 - *La contamination post-transfusionnelle du SIDA*, LPA. 19 juillet 1995, n°86, p. 26 et s.
- FISCHER J., *Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile*, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, *Libre droit*, Dalloz, Paris, 2008, p. 383-396.
- FOSSEREAU J., *L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel*, RTDciv. 1963, p. 7-42.
- FOURNIER S. & ZENATI F., *Essai d'une théorie unitaire de la prescription*, RTDciv. 1996, p. 339 et s.
- FRANCOIS J., *chron. D.* 2007, p. 2408 et s.
- FREMEAUX S., *L'excès de mission dans la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, *Droit et patrimoine*, 2002, n°110, p. 40-48.
- FRESARD-FELLAY G., *Le droit préférentiel de la personne lésée : les intérêts en présence*, SZS. 2008/3, p. 278-291.
- FRISON-ROCHE M.-A.,
- *Le modèle du bon juge Magnaud*, Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR, *De code en code*, Dalloz, Paris, 2009, p. 335-342.
 - *La dialectique entre responsabilité et assurance*, *Risques* n°43, septembre 2000, p. 79-84.
- FROMONT M., *La responsabilité de l'État du fait d'actes juridiques – Comparaison du droit français avec le droit suisse*, in Mélanges P. MOOR, *Théorie du droit. Droit administratif. Organisation du territoire*, (dir.) B. Bovay & M. S. Nguyen, éd. Staempfli, Berne, 2005, p. 249-259.
- FÜHRER S., *Zum Verhältnis von Haftpflichtrecht und Privatversicherung im Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, RDS. 2001. 371 et s.
- GAIA P., *La Cour de cassation résiste... mal, À propos de l'arrêt du 16 avril 2010*, RFDA. 2010, p. 458 et s.

- GAILLOT-MERCIER V., *La responsabilité du fait de l'énergie nucléaire*, Lamy de droit de la responsabilité, n°345.
- GALLET C.-H., *La date de naissance et la date d'exigibilité de la créance de réparations locatives en cas de liquidation judiciaire du preneur des locaux commerciaux*, *Revue des loyers et des fermages*, 2007/7, n°879, p. 339-344.
- GALLMEISTER I.,
- *Les critères de la force majeure dans la responsabilité délictuelle*, D. 2006, p. 1131.
 - *Hépatite C : le refus de traitement n'entraîne pas de conséquences quant à l'indemnisation*, D. 2006, p. 1403.
- GALMARD M.-H., *À propos de l'arrêt de la Cour de cassation chambre mixte du 26 mai 2006, n°03-16.800, La prescription des créances commerciales constatées par actes authentique*, *Droit et patrimoine* 2007, n°158, p. 32-45.
- GARBAN D., assisté de Mme S. SAINCILY, *rapport sur Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, pourvois n°03-14112 et 02-18326*.
- GAREIL-SUTTER L., *Période précontractuelle. - Effets*, *JCL Contrats - Distribution*, fasc. 25 (avril 2005).
- GARIAZZO A., *avis sur Ass. pl. 6 octobre 2006*, JCP. 2006. EG. II. 10181.
- GAZEAU, *rapport sur Cass. Req. 24 février 1936*, DP. 1936. I. 49.
- GAUCH P.,
- *Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung*, RDS. 1997. 315.
 - *Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts*, *Recht* 1996, p. 225-239.
 - & J. SWEET, *Delikshaftung für reinen Vermögensschaden*, *Mélanges M. KELLER, pour son 65e anniversaire: Contributions de droit de la famille, des tutelles, des obligations, de droit international privé, de procédure, de droit de la banque, de droit des sociétés et des entreprises, d'histoire du droit et de droit fiscal*, Peter FORSMOSER (dir.), Schulthess, Zurich, 1989, p. 117-140.
- GAUTIER M., *La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ?*, *À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010*, RFDA. 2010, p. 449 et s.
- GAUTIER P.-Y.,
- *Où la transaction, à l'occasion de son effet relatif, fait une entrée peut-être excessive dans le Panthéon des droits fondamentaux* RTDciv. 2009, p. 550-552.
 - *De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 2005 p. 2773.
- GAZZANIGA J.-L., *Note sur l'histoire de la faute*, *Droits* 1987, in *Fin de la faute ?* p. 17-28.
- GEISSELER R., *Der Haushaltsschaden*, *HAVE* 1997, p. 59 et s.
- GENY F., *L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française*, *Mélanges G. RIPERT, Le droit privé au milieu du XXe siècle*, LGDJ, Paris, 1950, p. 3-8.
- GHESTIN J.,
- *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, D. 2004, p. 2239 et s.
 - *Note sous Ass. pl. 29 mars 1991*, BLIECK, n°89-15231, JCP. EG. 1991. II. 21673.
- GIOVANNONI P.,
- *Le dommage par ricochet en droit suisse*, in O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile, colloque international de Genève*, 1990, Zurich 1991, p. 239-248.
 - *Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé aux droits allemand et français*, RDS. 1977, p. 31-64.
- GRAFF P., avec la collaboration de GUIGNARD J.-P & F. GRAFF, *La route et la circulation routière, Exposé systématique de jurisprudence, Prescription de l'action directe du lésé contre l'assureur. Application de la prescription prolongée du droit pénal à l'action en dommages-intérêts du lésé*, note sur l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 mars 1986, *Continental c/ Charvoz*, JdT. 1986. I., p. 420-424.
- GRAVEN J., *Les crimes contre l'Humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ?* RDPS. 1965, p. 113-178.
- GREAU F., *note sous Cass civ. 2e, 3 juin 2004*, GP. 24 décembre 2004, p. 5-16.
- GROSS J., *Zum Begriff der Widerrechtlichkeit im Schweizerischen Staatshaftungsrecht*, *Recht*. 1998, p. 49-54.

GROSSER P., *Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matière délictuelle et contractuelle*, JCP. 2006. EG. II. 10087.

GROUTEL H.,

- *Chron. Droit des assurances terrestres* (juillet 2008 - décembre 2009), D. 2010 p. 1740.
- *Recours du fonds de garantie après transaction avec la victime*, RCEA. 2009/9, p. 30-31, Comm. 272.
- *Associations de chasse*, RCEA. 2008/11, comm. 31.
- & MORLET L., JCL resp. Fasc. 532 : *Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages*.
- *Recevabilité de l'appel en garantie de l'assureur contre un autre responsable*, RCEA. 2008/4, comm. 153.
- *Comm. 155 sous Cass. civ. 2e*, 21 février 2008, n°07-12801, RCEA. 2008/4.
- *Comm. 95, sous Cass. civ. 2e*, 17 janvier 2008, n°06-21785, RCEA. 2008/3, p. 18-19.
- *Juridiction compétente pour statuer sur le recours du commettant contre le préposé*, RCEA. 2008/2, comm. 50.
- *Note sous Cass. civ. 1re*, 17 février 2005, n°04-11215, RCEA. 2005/4, p. 28-29.
- *Mieux vaut prévenir*, Repère n°12, RCEA. 2004/12.
- *Exonération du commettant*, RCEA. 2004/9, comm. n°250, p. 17-19.
- *Faute et assurance*, RCEA. 2003/6, p. 56-58.
- *La responsabilité personnelle du salarié (suite)*, RCEA. 2002/3, p. 4-5.
- *Comm. 42 sous Cass. com. 30 novembre 1999*, n°96-16607, RCEA. 2000/2, p. 9.
- *Assurance et responsabilité du fait d'autrui*, RCEA. 2000/11, n° spécial, p. 27-30.
- *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur*, D. 1998, p. 174.
- *La distance entre l'action directe contre l'assureur de responsabilité et l'action contre le responsable*, RCEA. 1992/8-9, chron. 29, p. 3-4.
- *La responsabilité du fait d'autrui : un arrêt (à moitié ?) historique*, RCEA. 1991, chron. n°9.

GUCKELBERGER A., *Die Staatshaftung in der Schweiz*, Recht 2008/5, p. 175 et s.

GUEGAN-LECUYER A., *Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques*, D. 2004 p. 17 et s.

GUERY Chr., *Loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires*, AJP. 2007/4, p. 105 et s.

GUILLIOD O. & SCHWEIZER Ph., *chronique de droit suisse*, RTDciv. 1992, p. 218-219, n°10.

GUIN Y., *Au cœur du libéralisme : la loi du 22 mars 1841 relative aux travail des enfants employés dans la manufactures, usines ou ateliers*, in *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, J.-P. LE CROM (dir.), Les éditions de l'Atelier, Paris, 1998, p. 29-41.

GUINAND J., *La responsabilité des personnes incapables de discernement*, in *Mélanges en l'honneur du centenaire du Code des obligations*, dir. H. Peter, E. W. Starck, P. Tercier, éd. Universitaires de Fribourg, 1982, p. 397-411.

GUINCHARD S., *Le procès équitable : droit fondamental ?* AJDA. 1998/7-8, n° spécial, p. 191-208.

GUIOMARD P., *Courte prescription : la fin de l'interversion des prescriptions*, D. 2007. 367.

GUYOMAR M. & D. SIMON, *La hiérarchie des normes en Europe*, GP. du 12 février 2009, p. 11 et s.

HAUSER J., *Du respect du corps humain*, RTDciv. 1997 p. 632.

HENNION-JACQUET P., RDSS. 2006 p. 745.

HENRY L.-C., *Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale*, 13 mars 2007, GP. du 20 juillet 2007, n°201, p. 37.

HIRSCH A., *La responsabilité fondée sur la confiance : une responsabilité quasi-contractuelle ?* note sous TF. 7 janvier 1999, SJ. 2000, p. 533-541.

HOCQUET-BERG S.,

- *Responsabilité contractuelle du fait d'autrui*, RCEA. 2010/6, comm. 143.

- La transmission de l'action civile de la victime d'une infraction, RLDC. 2008, n°53, p. 19-23.
- Essai transformé pour la responsabilité indirecte du fait d'autrui, RCEA. 2007/11, études, n°17, p. 6-11.
- Responsabilité du fait des bâtiments, JCP civil, art. 1382-1386, fasc. 152.

HOLLEAUX G., note sous Cass. civ. 4 décembre 1939, Boghos Nouroglou, DP. 1941. I., p. 124-130.

HONSELL H., Die Reform der Gefährdungshaftung, RDS. 1997, p. 297-314.

HUET J., RTDciv. 1984, p. 508.

HUGLO J.-G.,

- Recours en indemnité, nature et fondement, conditions de recevabilité, JCL Europe, fasc. 370 (décembre 2006).
- La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique, in Le principe de sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 124-139.

JÄGGI P., Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Mélanges W. SCHÖNENBERGER, Presses universitaires, Fribourg, 1968, p. 181-197.

JARROSSON Ch., Les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997, p. 267 et s.

JESTAZ Ph., La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, D. 1987, p. 11-17.

JOMINI A., Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°18 (nov. 2004 - mars 2005).

JOSSERAND L.,

- Note sous Civ. 14 juin 1926, DP. 1927. 57.
- Article 1384 et s., in Code civil annoté, sous la direction de R. DEMOGUE, Dalloz, Paris, 1938.

JOURDAIN P.,

- Du critère de la responsabilité civile, Etudes offertes à G. VINEY, Liber amicorum, LGDJ, Paris, 2008, p. 553-562.
- Le recours du commettant contre son préposé pourrait être fondé sur une faute dans l'exécution du contrat de travail, RTDciv. 2008, p. 303
- La perte d'une chance d'éviter une souffrance morale se transmet aux héritiers de la victime, RTDciv. 2007, p. 785.
- La Cour de cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle, RTDciv. 2007, p. 123.
- Notion de faute, JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 120-10 (mai 2006).
- Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire, D. 2006, p. 1577-1582.
- Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 14 avril 2006, RTDciv. 2006, p. 775-778.
- Préjudice spécifique de contamination de victimes contaminées par le VHC et incidence du refus de traitement, RTDciv. 2006, p. 562.
- Droit à réparation. Lien de causalité. Pluralité des causes du dommages. JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 162 (novembre 2005).
- La date de naissance de la créance d'indemnisation, LPA, 9 nov. 2004, n°224, p. 49.
- Abus de fonction du préposé : la Cour de cassation affine en l'élargissant la notion d'agissement hors fonction, RTDciv. 2004, p. 742.
- La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage, RTDciv. 2003, p. 716 et s.
- Faute civile et faute pénale, RCEA. 2003/6, p. 74-77.
- Le préposé condamné pénalement pour une infraction intentionnelle engage sa responsabilité civile, RTDciv. 2002, p. 109.
- Les intérêts légaux de l'indemnité d'assurance : un vrai casse-tête, Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT, Droit et économie de l'assurance et de la santé, Dalloz 2002, p. 231-242.

- Lien de causalité : l'équivalence des conditions n'est pas morte, obs. sous Cass. civ. 2e, 27 janvier 2000, RTDciv. 2000, p. 335-336.
- Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui, RCEA. 2000/11, n° spécial, p. 5-9.
- L'obligation de sécurité - de droit commun - du transporteur aérien durant les escales, RTDciv. 1999, p. 843.
- Quelle est l'incidence du refus, par la victime, d'une intervention chirurgicale sur l'indemnisation de son dommage ? RTDciv. 1997 p. 675.
- Responsabilité du fait des mineurs : le changement de cap de la Cour de cassation, D. 1997, p. 265.
- La perte de chance, dommage par ricochet, RTDciv. 1996. 912.
- La responsabilité civile des centres de transfusion sanguine et des cliniques en cas de contamination de transfusés par le VIH : la Cour de cassation prend position, JCP. EG. 1995. II. 22467.
- Le préposé peut-il être gardien ? RTDciv. 1991, p. 348.
- Note sous Ass. pl. 19 mai 1988, RTD.civ. 1989, p. 89.

JULIEN J. & LE TOURNEAU Ph., Solidarité, Encyclopédie Dalloz de droit civil, mars 2004, cité « Ph. LE TOURNEAU & J. JULIEN, Solidarité ».

JULIEN J.,

- Responsabilité des associations sportives : dernier essai, D. 2010 p. 1612 et s.
- Responsabilité du fait des bâtiments, (mars 2010), Enc. Dalloz de droit civil.
- De la responsabilité civile du préposé auteur d'une infraction pénale, D. 2002, p. 1230-1233.

KARILA J.-P.,

- & C. CHARBONNEAU, Note sous Cass. civ. 3e, 28 février 2008, RGDA. 2008, p. 520-523.
- Note sous Cass. civ. 1re, 17 février 2005, n°04-11215, RGDA. 2005, p. 439 -443.

KELLERHALS J. et al., Les formes du sentiment de responsabilité dans les mentalités contemporaines : une étude empirique. Rev. fr. sociol. 2000, p. 307-329.

KELLERHALS J., LANGUIN N., SARDI M., Le sentiment de responsabilité dans les mentalités contemporaines, DS. 2001, p. 257-274.

KESSOUS R.,

- Avis sur Cass. civ. 2e, 19 février 1997, JCP. 1997. EG. II. 22848.
- Avis sur Ass. pl. 25 février 2000, Costedoat, JCP. EG. 2000. II. 10295.

KIRAT T., L'économie de la responsabilité et les dispositifs institutionnels de prise en charge des risques, revue Droit & Société 2002, n°10, LGDJ, Paris, Les mondes du droit de la responsabilité : regard sur le droit en action, p. 67-92.

KLEITZ C.,

- Indemnisation en cas de refus du traitement préconisé, RLDC. 2006, n°29, p. 28-29.
- Transfusion sanguine, obligation de sécurité de résultat à la charge d'une clinique, RLDC. 2005/7, n°18, p. 22-23.
- L'obligation de sécurité de résultat en matière de transfusion : apaisement des patients, inquiétude des établissements de soins, RLDC. 2005/9, n°19, p. 15-18.
- Transfusion sanguine : inquiétude des établissements de soins... et de leurs assureurs, Lamy assurances, 2005/12, p. 1-4.

KOZIOL H., Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung im Schweizer Vorentwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, ZBJV. 1998. 517.

KRYNEN J., Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution. (Essai de rétrospective médiévale et moderne), RHD. 2008, p. 161-197.

KULLMANN L., Minimiser son dommage, Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT, Droit et économie de l'assurance et de la santé, Dalloz, Paris, 2002, p. 243-254

KUONEN N., *La Culpa in contrahendo : un colosse aux pieds d'argile, rapporté par J.-F. GERKENS, Chronique de la 58e session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des Droits de l'Antiquité au Brésil (19 au 24 septembre 2004)*, RIDA. 2004, tome LI, p. 393.

LACROIX C., *Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage*, LPA. 22 janvier 2007, n°16, p. 16-20.

LAFARGUE M., rapport (inédit) sur Cass. civ. 2e, 20 octobre 2005, n°03-19429, Bull. n°274.

LAGARDE G., *L'auteur responsable d'un accident mortel peut-il être condamné à des dommages-intérêts envers l'enfant adultérin de la victime ?* RTDciv. 1939, p. 140-141, Trib. corr. Avignon, 15 nov. 1938.

LAGARDE X., *Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine*, JCP. EG. 2008. I. 200, n°43, p. 17-21.

LAITHIER Y.-M., *Les caractères de la force majeure : l'Assemblée plénière défend la conception classique*, RDC. 2006, p. 1083.

LAYDU J.-B. & GUILLOU A.-L., *L'« effet Blicek » : des mutations au bouleversement ?* RRJ. 1998/2, p. 479-512.

LAMBERT-FAIVRE Y.,

- *Le principe du maintien de la garantie d'assurance responsabilité civile pendant toute la durée de la responsabilité civile*, D. 1998, p. 287 et s.
- *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime »*, D. 1992, p. 13 et s.
- *L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDciv. 1987, p. 1-19.
- *Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité*, in *Mélanges J. VINCENT*, Dalloz, Paris, 1981, p. 193-201.

LAMY F., *commissaire du Gouvernement, concl. sur CE, ass., 28 juin 2002, n°239575, MAGIERA, RFDA. 2002, p. 756 et s.*

LANDEL J.,

- *Note sous Ass. pl. 29 mai 2009, RGDA 2009, p. 769.*
- *Note sous Cass. civ. 2e, 3 juin 2004, RGDA. 2004, p. 605-610.*
- *Note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, RGDA. 2003, p. 504 et s.*

LANGÉ D., *note sous Cass. civ. 1re, 10 décembre 2002, De la Jonquière, De Certaines c/ AXA, RGDA. 2003, p. 129-134.*

LAPOYADE-DESCHAMPS C.,

- *La réparation du préjudice économique pur en droit français*, RIDC. 1998. II. 367.
- *Dommages et intérêts*, Encyclopédie Dalloz de droit civil, juin 1997.
- *Responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle (plaidoyer pour un retour aux sources)*, RCEA. 1992/10, article n°33, p. 4-6.

LARROUMET C.,

- *Note sous Ass. pl. 29 mars 1991, BLIECK, n°89-15231, D. 1991, p. 324.*
- *Note sous Ass. pl. 19 juin 1981, D. 1981, p. 641.*
- *Note sous Ass. pl. 19 mai 1988, D. 1988, p. 513.*
- *Note sous Cass. civ. 1re, 7 juin 1977, D. 1978, p. 289-290.*

LAQUIEZE A., *Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'Humanité*, Droits, 2000, n°31, *Prescription et imprescriptibilité*, p. 19-40.

LASSERRE-KIESOW V.,

- *La prescription, les lois et la faux du temps*, JCP. EN. 2004, n°19, 1225.
- *L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit*, D. 2006, p. 2279 et s.

- LATOURNERIE J., *La prescription administrative à l'épreuve de la réforme de la prescription en matière civile*, D. 2008 p. 2528.
- LAURENT N., *Ombres et lumières sur la règle nemo contra se... en droit des assurances*, RGDA. 2003/1, p. 23 et s.
- LAUTRU J.-P., avis sur Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, Bull. n°26.
- LAYDU J.-B., *Un syndicat n'est pas gardien de ses adhérents*, D. 2007, p. 204-208.
- LEANDRI F., *Option successorale viciée : enfin des réponses jurisprudentielles !* RLDC. 2006, n°26, p. 54-54.
- LEDUC F.,
- Régime de la réparation (mai 2006), JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 201.
 - Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui, RCEA. 2000/11, n° spécial, p. 18-26.
 - *LEGER Ph., Le dualisme juridictionnel a-t-il encore une raison d'être ? Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 233-245.
 - *LÉGIER G., Responsabilité contractuelle*, in *Encyclopédie Dalloz de droit civil*, août 1989.
 - *La responsabilité des père et mère : Changement de nature* : RCEA. 1997, chron. 9.
- LEGROS C., *Les transports, contrats et responsabilités*, JCP. 2006. E. 2224, n°11.
- LELEU Y.-H. & PAQUES M., *Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens*, JdT. (belge), 29 avril 2006, n°6222, p. 277-284.
- LELIÈVRE-BOUCHARAT M., *Le régime québécois d'indemnisation des victimes d'accidents de la route est-il un exemple à suivre pour le droit français ?* RIDC. 2003, p. 177-195.
- LE MAGUERESSE Y., *De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, LPA. 6 juillet 2006, n°134, p. 14-22.
- LEROY J., *Responsabilité des cliniques en matière de transfusion sanguine*, RDSS. 1995, p. 766 et s.
- LESEC Y. concl. sur Cass. civ. 1re, 12 avril 1995, n°92-11950, Bull. n°180, BICC 1995, n°410, p. 10 et s.
- LE TOURNEAU Ph. & JULIEN J., *Solidarité*, Enc. Dalloz de droit civil, mars 2004, cité « Ph. LE TOURNEAU & J. JULIEN, *Solidarité* ».
- LE TOURNEAU Ph.,
- *Responsabilité (en général)*, Enc. Dalloz de droit civil (mai 2009).
 - *Bonne foi*, Enc. Dalloz de droit civil, 1995.
- LEUENBERGER Chr., *Haftung von Hilfspersonen gegenüber vertragsfremden Dritten*, ZBJV. 2000, p. 289-292.
- LEVENEUR L.,
- *Manquement contractuel et responsabilité à l'égard des tiers*, Ccc. 2007/3, comm. 63, p. 11.
 - *La Cour de cassation rappelle deux des trois critères classiques*, Ccc. 2006/8, comm. 152.
 - *SIDA post-transfusionnel et responsabilité, obligation de résultat ou de moyens pour les fournisseurs*, Ccc. 1995/10, p. 1-3.
 - *Obs. sous Cass. com. 11 janvier 1994, n°92-10241*, Ccc. 1994, comm. 68.
- LEVILLAIN C.,
- *Note sous Cass. civ., 11 juillet 1892, Geest et Cie d'assurances générales c/ Powley, Thomas et a., D. 1894. I. 561.*
 - *Note sous Cass. civ. 11 juillet 1892, Cie gén. transatlantique c/ D. Haddah, D. 1894. I. 513.*
- LIENHARD A., *Abus de biens sociaux : épilogue d'une longue affaire*, D. 2006, AJ. 2736.
- LIPERINI O., *À propos de l'éventuelle responsabilité des syndicats*, JCP. S. n° 50, 12 Décembre 2006, 1990
- LOIR R., *La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ?* D. 2009, p. 1114-1117.
- LOLIES I., *L'insertion de la loi du 19 mai 1998 dans le droit de la responsabilité*, RRJ. 1999, p. 349-366.
- LUCAS O., *La convention européenne des droits de l'Homme et les fondements de la responsabilité civile*, JCP. EG. 2002. I. 111.
- LUCHAIRE F.,

- *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, in *Le principe de sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 100-104.
- Note sous Cons. const. 22 octobre 1982, D. 1983, p. 189-192.

LUHMANN N., *L'unité du système juridique*, APD. 1986, tome 31, p. 163-188.

MAISTRE DU CHAMBON P., *Régime de la réparation, action en réparation, prescription*. JCL civil, article 1382 à 1386, fasc. 222, 6 avril 2000.

MAITREPIERRE A., *Rapport sur Cass. com. 18 décembre 2007*, n°04-16069, Bull. n°265.

MALINVAUD Ph., *La faute contractuelle est une faute délictuelle à l'égard des tiers qui en subissent un dommage*, RDI. 2006, p. 504.

MARECHAL J.-Y., *L'assemblée plénière prend position sur l'action civile des héritiers de la victime d'une infraction*, JCP. EG. II. 10124.

MARGUÉNAUD J.-P., *L'influence de la convention européenne des droits de l'Homme sur le droit français des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Journées nationales, t. 1, Lille, 1996, LGDJ, 1997, p. 45-61.

MARKESINIS B. S., *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, RIDC. 1983, p. 301-317.

MARMAYOU J.-M., *Responsabilité des associations sportives pour la faute d'un de leurs membres*, JCP. EG. 2007. II. 10150.

MARTY G., *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise, et française)*, RTDciv. 1939, p. 685-712.

MASCALA C., *Droit pénal des affaires (avril 2006 - avril 2007)*, D. 2007, p. 1624.

MASSIP J.,

- Note sous arrêt Note sous Cour de cassation, 10 juin 2005, *Offre publique d'aménagement et de construction de Paris*, pourvoi numéro 03-18.922, GP. 29 janvier 2006, n°29, p. 11-13.
- Note sous Ass. pl., 10 juin 2005, *Jurisprudence*, Defr. 2005, n°20, p. 1607-1611.

MATHIEU B.,

- *Libres propos*, JCP. EG. 2010, act. 464.
- *Présentation*, in *Le principe de sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 99.

MATSCHER F., *Quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme au sujet des garanties procédurales en matière civile*, Mélanges N. VALTICOS, éd. Pédone, Paris, 1999, p. 449-457.

MAYAUX L.,

- *Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances*, RGDA. 2003, p. 269 et s.
- *Naissance d'un enfant handicapé : la Cour de cassation au péril de la causalité*, RGDA. 2001, p. 13-21.
- note sous Cass. civ. 1re, 21 janvier 1997, n°94-19689, RGDA. 1997, p. 542.

MAZEAUD D.,

- Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, pourvoi numéro 05-13.255, RDC. 2007, p. 269-272.
- *La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage*, D. 2004, p. 1346 et s.
- *Intentionnellement coupable donc civilement responsable : une brèche dans l'immunité du préposé*, D. 2002, p. 1317.

MAZEAUD H. & L.

- Note sous Cass. civ. 2e, 17 décembre 1954, RTDciv. 1955, p. 300-302.
- Note sous Cass. civ. 13 décembre 1938, RTDciv. 1939. 183.

MAZAK J., *conclusions du 26 mars 2009 sur la demande de question préjudicielle à la CJCE, aff. C-527/07*.

MEKKI M.,

- La responsabilité délictuelle des clubs sportifs du fait de leurs adhérents : les jeux sont faits... rien ne va plus !, RLDC. 2007/42, n°2690, p. 17-23.
- La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, RLDC. 2006, n°29, p. 17-23.
- La prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du Code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol, JCP. EG. 2006. II. 10036.

MEMETEAU G., Clinique. Responsabilité civile. Préposé, RDSS. 2002, p. 526.

MESTRE J.,

- & B. FAGES, Le manquement contractuel et les tiers, RTDciv. 2007, p. 115.
- Obligation « in solidum », JCL Civil, art. 1197 à 1216, fasc. 30 (nov. 2006), fascicule mis à jour par J. CAYRON.
- & B. FAGES, La prescription trentenaire en conflit avec des prescriptions plus courtes : note sous trois arrêts de la Cour de cassation (10 juin 2005, 9 juin 2005, 24 janvier 2006), RTDciv. 2006, p. 320-321.
- & B. FAGES, La durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance, RTDciv. 2006, p. 558.
- Obs. sous Cass. com. 11 janvier 1994, n°92-10241, RTDciv. 1995, p. 114.
- La fraude interdit de se prévaloir de la prescription, RTDciv. 1992, p. 563-564.
- Des manières de combattre les courtes prescriptions, RTDciv. 1991. 744.
- Le rappel des conditions de l'obligation in solidum, RTDciv. 1991. 528.
- La souplesse de la subrogation de plein droit de l'article 1251-3° du Code civil, RTDciv. 1990, p. 662, n°10.

MEURISSE R., Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime ? D. 1962, p. 93-98.

MEYZEAUD-GARAUD M.-C., note sous Cass. civ. 2e, 9 décembre 1999, n°97-22268, LPA. 23 mars 2000, p. 20 et s.

M. H., note sous Cass. civ. 2e, 5 janvier 1973, GP. 26 avril 1973, p. 304-305.

MOELLER H., La double nature de l'action directe, Études offertes à A. BESSON, LGDJ, Paris, 1976, p. 249-260.

MOLFESSIS N., Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Journées nationales, t. 1, Lille, 1996, LGDJ, 1997, p. 65-108.

MONNET Y., Faute du préposé condamné pénalement et responsabilité du commettant, note sous Ass. pl. 14 décembre 2001, GP. 24 février 2002, n°55, p. 29-41.

MOOR P., Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in *Droit constitutionnel suisse*, D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J. P. MÜLLER (dir.), Zürich, 2001, p. 265-283.

MORIN A.,

- Le droit suisse de l'inexécution à la lumière du nouveau BGB, RDS. 2005, p. 349-382.
- Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, SJ. 2000.II., p. 161-197.
- Sommaire, ATF 131 III 377, JdT. 2005, p. 612-618.

MORLET L., JCL Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 531 : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages. Introduction générale.

MOULY J.,

- Les associations de chasse ne sont pas responsables, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil, des dommages causés par leurs adhérents, JCP. EG. 2008. II. 10184.
- Faute d'un voiturier : compétence prud'homale, D. 2008, p. 1248.
- Inapplication de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil aux syndicats pour les dommages causés par leurs adhérents lors d'une manifestation, JCP. EG. 2007. II. 10004.
- La responsabilité des clubs sportifs du fait de leurs joueurs : solution d'exception ou simple application de la règle prétorienne ? JCP. EG. 2000. II. 10316.
- Note sous Cass. civ. 2e, 22 mai 1995, n°92-21191 et n°92-21871, JCP. 1995. EG.II. 22550.

MUIR-WATT H., *La modération des dommages en droit anglo-américain*, LPA. 20 novembre 2002, n°232, p. 45 et s.

NAZ R., *Prescription*, in *Dictionnaire de droit canonique*, 1965, t. 7 p. 178-194.

NESI F., *rapport sur Cass. civ. 31 mars 2005, n°03-20012, Bull. n°80.*

NEVEJANS N., *Indemnisation des victimes des essais nucléaires, à propos de la loi du 5 janvier 2010*, JCP. EG. 2010. 209.

NIBOYET M.-L., *La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droits de l'Homme (à la lumière de la loi dite anti-Perruche)*, Mélanges Ph. MALAURIE, *Liber amicorum*, Defrenois, Paris, 2005, p. 341-351.

NOGUERO D., *La maladie du débiteur cas de force majeure*, D. 2006, p. 1566.

OPHELE C., *Faute délictuelle et faute contractuelle*, RCEA. 2003/6, p. 78-83.

PAGES B., *conclusions sur Cass. civ. 1re, 28 novembre 2007, n°06-18490, Bull. n°376.*

PAGES-DE-VARENNE M.-L.,

- *Distinction entre l'action directe et l'appel en garantie*, *Revue Construction-Urbanisme*, 2008/4, p. 20.
- *Assurance de responsabilité décennale*, *RGDA*. 2006, p. 142-144.

PAQUES M. & LELEU Y.-H., *Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens*, *JdT. (belge)*, 29 avril 2006, n°6222, p. 277-284.

PASCAL A.-F., *rapport sur Ass. pl. 29 juin 2007, n°06-18141, BICC n°559, p. 8 à 22.*

PAULIN A.,

- PAULIN A., *Qui va à la chasse, perd sa place...au sein de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil ! - À propos de Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, n° 07-15.842, Revue Lamy de Droit civil 2009 n°58, p. 16-19.*
- *Association sportive et responsabilité du fait d'autrui ou le délicat mariage de la belle et de la bête*, *GP*. 30 déc. 2007 au 3 janvier 2008, p. 2-10.

PEANO M.-A. et D., *Les centres de transfusions sanguines devant le juge judiciaire et le juge administratif*, RCEA. 1995/7, p. 3-6.

PECH-LE-GAC S., *De l'obligation de sécurité du transporteur aérien, durant une escale, après les opérations de débarquement*, D. 2000, p. 283-286.

PERIER M., *Note sous Cour de cassation, troisième Chambre civile, 28 septembre 2005, Consorts C. contre AXA France, pourvoi numéro 04-14.472, GP. 23 septembre 2006, n°265, p. 26-27.*

PERRIER J.-B., *La CJUE et la question prioritaire de constitutionnalité : entre primauté et priorité*, LPA. 30 août 2010, n°172.

PERROT R.,

- *Note sous Cass. com. 24 juin 2008, n°07-14082, Procédures 2008/8-9, p. 58-59, n°230.*
- *Durée de la prescription*, *Procédures 2006/8, comm. 181.*
- *Titre exécutoire : à l'exception des jugements, le titre exécutoire n'ajoute rien à la durée de la prescription*, *RTDciv. 2006, p. 829.*

PETIT B., *rapport sur Ass. pl. 14 avril 2006, n°04-18902.*

PETIT S., *La responsabilité civile et pénale des préposés*, *GP*. 31 juillet 2002, p. 2-4.

PETITPIERRE G., *L'apparition d'un besoin social face à l'inadaptation du droit en vigueur : la genèse d'une nouvelle réglementation*, in *Responsabilités objectives*, p. 11-27.

PETTITI Chr., *La réparation des atteintes au droit de propriété : l'application de l'article 41 de la CEDH*, in *La protection du droit de propriété par la CEDH*, Colloque Paris, 26 mai 2004, Institut des Droits de l'Homme des avocats européens, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 97-119.

PICARD M.,

- *note sous Civ. 13 décembre 1938, trois arrêts, DP. 1939. I. 33.*

- note sous Cass. civ. 28 mars 1939, DP. 1939. I. 68.

PICHON V.,

- *Etendue de la responsabilité de plein droit du garagiste réparateur*, RLDC. 2008, n°49, p. 30-31.
- *Transmission aux héritiers du droit à réparation du préjudice antérieur au décès*, RLDC. 2008, n°51, p. 24 -25.

PICOD F., JCP. EG. 2010, act. 509.

PIEDELIEVRE S.,

- Note sous Cour de cassation, Chambre mixte, 26 mai 2006, Banque de Savoie contre D., pourvoi numéro 03-16.800, Revue de droit bancaire et financier 2006, n°4, p. 22-23.
- Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 10 juin 2005, OPAC Paris contre Boulkaria, pourvoi numéro 03-18.922, Revue de Droit Bancaire et Financier, 2005, n°6, p. 22.

PINNA A., *La mobilisation de la créance indemnitaire*, RTDciv. 2008, p. 229-248.

PIZZIO J.-P., *Rapports entre le régime mis en place par la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux et les autres régimes de responsabilité*, D.2002, p. 2937.

PLANIOL M., *Identité des fautes civiles et contractuelles. Unité des systèmes de responsabilité*, D. 1896. II. 457.

PLESSIX B., *La prescription extinctive en droit administratif*, note sous CE, Ass., 8 juillet 2005, Société Alusuisse-Lonza-France, RFDA. 2006, p. 375-386.

POIARES MADURO M., conclusions du 20 février 2008 sur CJCE, 9 septembre 2008, FIAMM, aff. C-120/06 P et C-121/06 P.

PONSARD, rapport sur Ass. pl. 19 juin 1981, JCP. EG. II. 19712.

POPINEAU-DEHAULLON C., *Regards comparatistes sur la responsabilité du contractant à l'égard d'un tiers, victime de l'inexécution du contrat*, RDC. 2007, p. 622-631.

POTOCKI A., Rapport sur Cass. com. 5 juin 2007, pourvoi n°06-14832.

POUMAREDE M., *Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet CATALA*, D. 2006, n°35, p. 2420-2426.

POUYAUD D., *Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux. À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, du 8 février 2007; Gardedieu*, RFDA. 2007. 525.

PRADA-BORDENAVE E., *Les carences de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'amiante*, Conclusions sur CE, ass., 3 mars 2004, RFDA. 2004, p. 612-625.

PRIGENT S., *Loi anti-Perruche : condamnation des ingérences législatives rétroactives dans l'exercice du droit à réparation*, note sous Cass. civ. 24 janvier 2006, LPA. 31 mars 2006, n°65, p. 13-19.

PUIG P., *Hiérarchie des normes : du système au principe*, RTDciv. 2001, p. 749 et s.

RADÉ Chr.

- *Les associations sportives ne sont responsables qu'en cas de faute caractérisée de leurs membres*, JCP. E. 2007, n°40, 2198.
- *Dommages causés dans un supermarché par des adhérents de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)*, RCEA. 2006/12, comm. 365.
- *Contamination en 1985, par le virus de l'hépatite C, à l'occasion d'une intervention chirurgicale dans une clinique*, RCEA. 2005/7, p. 20-21.
- *Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile*, D. 2003. 2247.
- *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile - 1. L'impasse*, D. 1999, p. 313-320.
- *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile - 2. Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté*, D. 1999, p. 323-327.
- *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D. 1998, p. 301-305.
- *Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand) : D. 1997, chron. p. 279.*

- RANIERI F., *Les sanctions de l'inexécution contractuelle en droit allemand*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, sous la direction de M. FONTAINE & G. VINEY, Bruylant & LGDJ, 2001, p. 811-835.
- RAYNAUD P., *La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage. Obligation « in solidum » ou solidarité ?* Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 317-332.
- REDON M., *Solidarité pénale*, Enc. Dalloz de droit pénal et de procédure pénale (février 2005).
- REIFEGERSTE S., *La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage*, LPA. 2003, n°208, p. 16.
- REMY J., *L'application de la prescription quinquennale aux créances dont le principe a été fixé par une décision judiciaire*, Revue des loyers et des fermages 2005 n°860, p. 432-434.
- RÉMY Ph., *La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept*, RTDciv. 1997. 323.
- REYET T., *La légisprudence*, Mélanges Ph. MALAURIE, Liber amicorum, Defrenois, Paris, 2005, p. 377-391.
- REYMOND J.-M., *Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves*, in *Le projet de Code de procédure civile fédérale*, S. LUKIC (dir.), CEDIDAC, Lausanne 2008, p. 27-71.
- RICATTE J., note sous CJCE, 29 mai 1997, aff. C-300/95, commission c/ Royaume-Uni, LPA n°151 du 17 décembre 1997, p. 31 et s.
- RIVERO J., *La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Mélanges R. CASSIN, Amicorum Discipulorumque Liber, éd. Pédone, 1970, (quatre volumes), tome 3 : *La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, p. 311-322.
- ROBERTO V., *Delikstrechtlicher Schutz des Vermögens*, AJP. 1999/5, p. 511-523.
- RODIERE R.,
- Note sous Cass. civ. 2e, 17 décembre 1954, D. 1955, p. 269 et s.
 - Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? D. 1952, p. 79-84.
- ROGER M., *La réforme du délai de prescription de l'action civile*, D. 1981, chron. p. 175.
- ROSENFELD E. & BOUCHEZ Chr., note sous Cour de cassation, deuxième Chambre civile, 19 juin 2003, GP. du 8 octobre 2003, n°281, p. 9-13.
- ROUILLER N., *Devoirs précontractuels (Culpa in contrahendo) : l'identification exacte de leur violation et ses conséquences*, Bulletin CEDIDAC n°45, octobre 2006.
- ROUQUETTE R., *Les prescriptions en droit administratif*, Droit administratif, 2002/8-9, chron. 15, p. 6-10.
- ROUQUET Y.,
- Recouvrement de l'indemnité d'occupation et prescription quinquennale, D. 2005, I. R., p. 1733.
 - Prescription applicable à l'exécution d'une condamnation à payer une créance périodique, AJDI. 2005, p. 730.
- RUSCQUEC E., Note sous l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale, 2 février 1999, Société Sovedi France contre Société des assurances générales de France (AGF) et autres, GP. 13 octobre 2000, n°287, p. 30.
- SAAS C., *Les héritiers face au préjudice subi par leur auteur*, AJP. 2008/9, p. 366-369.
- SAINT-ALARY-HOUIN C., Note sous arrêts, Revue des procédures collectives 2007/9, n°3, p. 144.
- SAINT-PAUJ.-C., JCL Civil, article 1146 à 1155, (2004), fasc. 11-30, *Droit à réparation, Exonération de la responsabilité contractuelle. Inexécution imputable à une cause étrangère*.
- SAINT-ROSE J., conclusions sur Ass. pl. 17 novembre 2000, « Perruche », n°99-13701, BICC n°526 du 15 décembre 2000.
- SALEH S. & SPINELLI J., *La Haute juridiction écarte une nouvelle fois l'application de l'obligation de modérer le dommage en droit français de la responsabilité délictuelle*, note sous Cass. civ. 2e, 20 janvier 2009, n°07-20878, GP. 26 mars 2009, n°85, p. 10 et s.
- SANCHEZ M., *Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'assemblée plénière le 9 mai 2008*, Droit pénal 2008/7, p. 13-16.

SANDOZ S., *La bonne foi, pilier de notre droit privé*, Recht. 2008/2, p. 47-48.

SARCELET D., avis sur Cass. civ. 1re, 18 septembre 2008, n°06-17859.

SARGOS P.,

- Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in *Les désordres de la prescription*, PU Rouen, 2000, Dir. P. Courbe, p. 23 et s.
- Rapport sur Ass. pl. 17 novembre 2000, « Perruche », n°99-13701, BICC n°526 du 15 décembre 2000.

SAVATIER R.,

- Note sous Cass. civ. 2e, 9 mars 1962, D. 1962, p. 625-627.
- Destin du Code civil français, RIDC. 1954, p. 637-664.
- Note sous Cass. civ. 2e, 17 décembre 1954, JCP. 1954. II. 8490.
- Le dommage mortel et ses conséquences du point de vue de la responsabilité civile, RTDciv. 1938, p. 187-212.
- Note sous Cass. Req. 24 février 1936, DP. 1936. I. 49.

SAVAUX E.,

- Subrogation personnelle, Enc. Dalloz de droit civil, (avril 2008).
- Chronique de jurisprudence civile générale, Defr. 2006, p. 583-585.
- Chron. de jurisprudence générale, Defr. 2006, n° 15, p. 1212.

SCHMELCK R., (av. gén.), note sous Cass. civ. 1re, 31 janvier 1973, D. 1973, p. 149-151.

SCHNYDER A. K., article 41, in Basler Kommentar.

SCHWARTZ R., concl. sur CE, 11 février 2005, n°257682, D. 2004. p. 1414.

SCHWEIZER Ph.,

- La preuve de la causalité, in *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, O. GUILLOD (dir.), Zurich 1991 p. 173-201.
- & O. GUILLOD, chronique de droit suisse, RTDciv. 1992, p. 218-219, n°10.

SCHWENZER I., *Der schweizerische Entwurf zur Reform des Haftpflichtrechtes. Eine kritische Stellungnahme*. In *La responsabilité civile européenne de demain*, B. WINIGER (dir.), Bruylant, 2008, p. 77-105.

SECRETAN R., *Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse*, RDS.1949, p. 183-203.

SENNERS F., *Préjudice réparable* (juin 2003), in *Encyclopédie Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*.

SERIAUX A., *Responsabilité civile*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Lamy-Puf, Paris, 2003, p. 1353 et s.

SEUBE J.-B., Note sous Cour de cassation, Assemblée Plénière, 6 octobre 2006, RDC. 2007, p. 379-383.

SEYSEN-GUERIN D., Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 24 janvier 2006, consorts de X. contre consorts Y., pourvoi numéro 03-11.889, GP. 4 août 2006, n°216, p. 30 -34.

SIMON D., obs. sous CJCE 9 septembre 2008, FIAMM, aff. C-120/06P, Europe 2008, comm. n°35.

SLIM H.,

- Responsabilité professionnelle des avocats aux Conseils, JCP. 2007. EG. act. 211.
- Responsabilité professionnelle des avocats aux Conseils, Procédures 2007/6, alerte 22.
- Approche comparative de la faute dans la responsabilité civile extra-contractuelle, RCEA. 2003/6, p. 59-65.
- Recherches sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé, RCEA.2000/11, n° spécial, p. 52-62.

SOHM-BOURGEOIS A.-M., *Prescription extinctive*, Enc. Dalloz de droit civil, mars 2002.

SOMMER J.-M. & NICOLETTI C., *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Deuxième Chambre civile*, D. 2008, p. 648.

SOUSSE M., *De la responsabilité environnementale*, Revue Environnement, 2008/11, études, p. 9-16.

SOUTY P., *La prescription trentenaire doit disparaître*, GP. 1948. I, p. 43.

STARK E. W.,

- Gedanken zur Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung bei den Gefährdungshaftungen, *Festschrift E. DEUTSCH*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Rome, München, 1999, p. 349-360.
- Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile, *Mélanges M. KELLER*, pour son 65e anniversaire: Contributions de droit de la famille, des tutelles, des obligations, de droit international privé, de procédure, de droit de la banque, de droit des sociétés et des entreprises, d'histoire du droit et de droit fiscal, Peter FORMOSER (dir.), Schulthess, Zurich, 1989, p. 311-322.
- Die "Perte d'une chance" im schweizerischen Recht, O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, colloque international de Genève, 1990, Zurich 1991 p. 101-109.

STOFFEL-MUNCK Ph.,

- Chron. Responsabilité civile : JCP. 2007. EG. I. 185, n° 4.
- Chron. JCP. 2006. EG. I. 166, n°17.

SUDRE F., *Le « droit au respect de ses biens » au sens de la convention européenne des droits de l'Homme*, in *La protection du droit de propriété par la CEDH*, Colloque Paris, 26 mai 2004, Institut des Droits de l'Homme des avocats européens, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 1-18.

TAISNE J.-J., *JCL. civ. Art. 2270 à 2278*, fasc. 100.

TALLON D.,

- L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, *RTDciv.1994*, p. 223 et s.
- Pourquoi parler de faute contractuelle ? *Mélanges G. CORNU : Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, textes réunis et publiés par J. BEAUCHART et P. COUVROT, Paris, PUF, 1994, p. 429-439.

TAVERNIER P., *La convention européenne des droits de l'Homme et la distinction droit public - droit privé*, *Mélanges M.-A. EISSEN, Liber Amicorum*, Bruylant & LGDJ, Bruxelles & Paris, 1995, p. 399-413.

TERCIER P.,

- Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, *RDS. 1995*, p. 1-28.
- Cent ans de responsabilité civile en droit suisse, in *Mélanges en l'honneur du centenaire du Code des obligations*, dir. H. Peter, E. W. Starck, P. Tercier, éd. Universitaires de Fribourg, 1982, p. 203-226.
- La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile (A propos de deux arrêts récents du Tribunal fédéral), *Festschrift P. JÄGGI*, Presses universitaires de Fribourg, 1977, p. 239-271.
- La réparation du tort moral : crise ou évolution ? *Mélanges H. DESCHENAUX*, pour son 70e anniversaire, Presses universitaires de Fribourg, 1977, p. 307-328.

THÉRY Ph., *La poursuite de l'exécution d'un titre exécutoire est régie par la prescription de droit commun de trente ans*, *Deffr. 2006*, p. 191 et s.

THÉVENAZ A., *La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription*, *Mélanges P. TERCIER, Figures juridiques. Mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, dir. P. Gauch & P. Pichonnaz, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2008.

THIRIAU J.-L., *Droit français*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND & S. RIALS, éd. Lamy-PUF, Paris, 2003.

THULLIER B., *Responsabilité civile du préposé auteur d'une infraction pénale*, *D. 2002*, p. 2117.

TIMSIT G., *Système*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Lamy-Puf, Paris, 2003, p. 1462-1465.

TOUFFAIT A. & TUNC A., *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la cour de cassation*, *RTDciv. 1974*, p. 487-508.

TULKENS F., *Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1605-1626.

TUNC A.,

- 14 ans après : le système d'indemnisation Néo-Zélandais, RIDC. 1989, p. 139-144.
- Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux, Recueil d'Etudes en hommage à M. ANCEL, Aspects nouveaux de la pensée juridique, tome 1 : études de droit privé, de droit public et de droit comparé, éd. Pédone, Paris, 1975, p. 407-415.
- Obs. sous TGI de Caen, 30 octobre 1962 : RTDciv. 1963, p. 93-95.
- Obs. sous Cass. civ. 1re, 16 janvier 1962, RTDciv. 1962, p. 316-317.

VAN BOOM W. & PINNA A., Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe. Questions choisies, in La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens, B. WINIGER (dir.), Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008, p. 261-277.

VAN LANG A., Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité, AJDA. 2005 p. 1760 et s.

VERGNOU E., Aspects du Code d'Hammurabi et du "Droit Sacré" d'Israël, in Le droit, sous la dir. de N. ZUNQUIN, éd. Bréal, Paris, 1998, p. 73-87.

VERNENGO R. J., Le droit est-il un système ? APD. 1991, tome 36, p. 253-264.

VIAL-PEDROLETTI B., Indemnité d'occupation : prescription applicable, Loyers et Copropriété 2005/10, comm. 167.

VIANDIER A., Les modes d'intervention des prescriptions libératoires, JCP. 1978. EG. I. 2885, p. 2885 et s.

VIGNON-BARRAULT A., LPA. 8 octobre 2007, n°201, p. 7 et s., note sous Cass. civ. 2e, 26 octobre 2006, n°04-11665.

VILLEY M., Esquisse sur le mot responsable, in La responsabilité, APD. 1977, n°22, p. 45-58.

VINCENT J. L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, RTDciv. 1939, p. 601-683.

VINEY G.,

- La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle, D. 2006, p. 2825.
- La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ? RDC. 2006, p. 1207.
- Responsabilité civile, JCP. EG. 2005. I. 132.
- Obs. G. VINEY, JCP. EG. 2004. I. 101, n° 9.
- Obs. sous Cass. civ. 2e, 19 juin 2003, n°01-13289, JCP. EG. 2004. I. 101, n° 9.
- Obs. JCP. 2002. EG. I. 124, n°7.
- La responsabilité contractuelle en question, Mélanges J. GHESTIN, Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, Paris, 2001, p. 921-947.
- Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? RCEA. hors série, 2000/11, p. 31-35.
- L'article 1382 du Code civil traduit une « exigence constitutionnelle », JCP. EG. 2000.I. 280, n°50, p. 2281.
- La responsabilité personnelle des préposés et des dirigeants sociaux, JCP. 1998, EG. I. 181, n°25 et s.
- Note sous Cass. civ. 2e, 22 mai 1995, n°92-21191 et n°92-21871, JCP. EG. 1995. I. 3893, n°5 et s.
- Note sous Cass. com. 14 février 1973, D.1973, p. 562-564.

VIRET B., Les limites de la liberté contractuelle en droit suisse du contrat d'assurance, RGAT. 1995, p. 509-518.

VUITTON X. Référé, JCL de procédure civile, fasc. 470, 2007.

WACHSMANN P., De la qualité de la loi à la qualité du système, in Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1685-1705

WAESPI O., Organisationshaftung – mit ungleichen Ellen gemessen Wertungswidersprüche bei der Geschäftsherrenhaftung gemäß Art. 55 OR im Vergleich mit der Haftung aus positiver Vertragsverletzung, der Staatshaftung und der Werkeigentümerhaftung, HAVE.2004, p. 271-281.

WALINE J.,

- L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, EDCE 1994, n°46, p. 459-477.
- L'influence des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit positif français, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 2, p. 1707-1727.

WALTER H. P., Die Vertrauenshaftung : Unkraut oder Blume im Garten des Rechts ? RDS. II. 2001, p. 79-100.

WERRO F.,

- Introduction aux articles 41-61, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. 1, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, p. 260 et s.
- avec la collaboration de Anne-Catherine HAHN, Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, HAVE. 2002, p. 14-23.
- Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, RDS. 1997, p. 343-388.

WESSNER P.,

- Les effets de la responsabilité civile dans la perspective d'une révision du code civil français : quelques observations débridées d'un juriste suisse, RDC. 2007. 171.
- Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une œuvre inachevée, in Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, dir. B DUBUISSON & G. VINEY, Schulthess, Bruylant, LGDJ, 2006, p. 779-838.
- Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Dir. M. FONTAINE & G. VINEY, Bruylant, Bruxelles & LGDJ Paris, 2001, p. 891-963.
- L'indemnisation du préjudice résultant de l'invalidité : une réglementation inadaptée aux jeunes lésés, Mélanges R. JEANPRÊTRE, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982, p. 159 et s.

WIDMER C., Vertrauenshaftung — Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, RDS. 2001, p. 101-125.

WIDMER P.,

- Le projet suisse (mort-né) de réforme et d'unification du droit de la responsabilité civile, in La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens, B. WINIGER (dir.), Bruylant, Schulthess, Zurich, Bâle, 2008.
- Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts — Brennpunkte eines Projekts, RDS. 1994, p. 385-410.
- Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, RDS. 1977, p. 417-439.

WINIGER B., L'architecture de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile, RDS. 2001, p. 299-326.

WINTGEN R.,

- "Tout fait quelconque..." : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil, RDC. 2007, p. 609-617.
- La prescription des obligations constatées par un acte authentique, D. 2006, p. 1793.
- La prescription de l'action en nullité pour dol, D. 2006, p. 626-628.

WITZ C., Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, juillet 2006 – décembre 2007, D. 2008, p. 2620 et s.

YOSHIFUMI S., Le problème du travail des enfants en Alsace au XIXe siècle : l'industriel alsacien et la loi du 22 mars 1841, In Histoire, économie et société. 2006, 25e année, n°2, p. 181-193.

YUNG W., Devoirs généraux et obligations, Mélanges W. SCHÖNENBERGER, Presses universitaires, Fribourg, 1968, p. 163-179.

ZENATI F. & FOURNIER S., Essai d'une théorie unitaire de la prescription, RTDciv. 1996, p. 339 et s.

ZENATI-CASTAING F., La motivation des décisions de justice et les sources du droit, D. 2007. 1553.

SITES INTERNET

http://atilf.atilf.fr	Le trésor de la langue française informatisé
http://www.bger.ch/fr/index.htm	Site du Tribunal fédéral suisse
http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html	Site de l'Office fédéral de la justice
http://www.courdecassation.fr	Site de la Cour de cassation française
http://www.legifrance.fr	Site public de mise à disposition du droit français
http://www.persee.fr	Site du MESR de mise en ligne de documentation scientifique

INDEX

Abstention.....	188	ATF 108 II 59.....	233, 234
Acceptation des risques.....	199, 234	ATF 110 II 136.....	120
Action civile....222, 223, 251, 335, 393-395, 451, 453-457, 546		ATF 110 II 352.....	461
Action constatatoire de droit.....	457, 462	ATF 110 II 456.....	87, 137
Action directe. 54, 301, 326, 395, 419, 420, 457, 487, 493-510, 543, 544, 550		ATF 111 IV 15.....	225
Action directe.....		ATF 112 Ib 353.....	98
Avant-projet de loi.....	550	ATF 112 II 118.....	218, 377
Compétence territoriale.....	501	ATF 112 II 138.....	99, 430
Loi applicable.....	502	ATF 112 II 141.....	304
Prescription.....	503	ATF 112 II 19.....	420
Provision.....	510	ATF 112 II 231.....	417, 418
Opposabilité des exceptions.....	507	ATF 112 II 79.....	395, 505
Action en constatation de droit.....	398, 457, 460, 461	ATF 112 V 297.....	469
Action oblique.....	495	ATF 112 V 51.....	349, 350
Action préventive.....	458	ATF 113 Ib 420.....	232, 233
Aliénés.....	81	ATF 113 II 246.....	295, 304
Appel en garantie.....	486, 487	ATF 113 II 264.....	410, 419
Arrêts du Tribunal fédéral.....		ATF 113 II 345.....	168
ATF 100 Ib 137.....	349	ATF 113 II 424.....	88, 263
ATF 100 II 339.....	395, 399, 406	ATF 113 V 307.....	186
ATF 101 II 266.....	288	ATF 113 V 321.....	186
ATF 102 II 232.....	120, 188	ATF 113 V 6.....	350
ATF 102 II 24.....	132	ATF 114 Ib 74.....	341
ATF 102 II 343.....	123	ATF 114 II 253.....	461
ATF 102 II 85.....	221	ATF 115 II 24.....	447
ATF 102 IV 1.....	236	ATF 115 II 260.....	237
ATF 102 IV 65.....	236	ATF 115 II 283.....	214
ATF 103 Ia 501.....	349	ATF 115 II 42.....	420
ATF 103 II 24.....	133	ATF 115 II 474.....	166
ATF 104 II 184.....	84, 427	ATF 115 V 403.....	186
ATF 104 II 199.....	166	ATF 116 Ib 367.....	232
ATF 104 II 225.....	427	ATF 116 II 189.....	488
ATF 104 II 281.....	487, 488	ATF 116 II 441.....	165
ATF 104 II 44.....	463	ATF 116 II 645.....	123, 447
ATF 104 II 94.....	389	ATF 117 Ia 107.....	262
ATF 104 IV 232.....	236	ATF 117 II 547.....	234
ATF 105 II 273.....	333	ATF 117 II 609.....	377
ATF 105 II 284.....	233	ATF 117 III 1.....	350
ATF 105 II 75.....	288	ATF 117 V 110.....	350
ATF 105 V 176.....	471	ATF 118 Ib 473.....	118, 232, 280
ATF 106 Ib 357.....	222	ATF 118 II 404.....	331
ATF 106 II 13.....	285	ATF 118 V 171.....	350
ATF 106 II 134.....	389, 401, 413	ATF 119 Ib 334.....	187, 188
ATF 106 II 32.....	407	ATF 119 II 330.....	88
ATF 106 IV 12.....	236	ATF 119 V 33.....	186
ATF 107 II 161.....	302	ATF 120 II 296.....	165, 166
ATF 107 II 269.....	185	ATF 120 II 331.....	227
ATF 107 IV 12.....	236	ATF 120 IV 282.....	182
ATF 107 V 173.....	187	ATF 120 V 312.....	44
ATF 108 II 184.....	123	ATF 121 II 369.....	178
ATF 108 II 194.....	393	ATF 121 III 350.....	288
ATF 108 II 419.....	288, 389	ATF 121 III 358.....	225
		ATF 121 III 448.....	124

ATF 122 III 101.....	263	ATF 69 II 334.....	168
ATF 122 III 5.....	222	ATF 80 II 256.....	284, 285
ATF 122 IV 1.....	237	ATF 80 II 258.....	388
ATF 123 II 153.....	361	ATF 81 II 301.....	264
ATF 123 II 577.....	163, 217, 232	ATF 85 II 143.....	205
ATF 123 III 213.....	414	ATF 85 II 243.....	359
ATF 123 III 216.....	407	ATF 85 II 350.....	168
ATF 123 III 306.....	123, 225	ATF 87 II 127.....	187
ATF 123 III 49.....	461	ATF 87 II 155.....	285
ATF 124 II 265.....	419	ATF 87 II 290.....	176
ATF 124 III 297.....	75, 225, 227	ATF 87 II 364.....	188
ATF 124 III 418.....	263	ATF 89 I 483.....	264, 534
ATF 125 II 417.....	43	ATF 90 II 86.....	86
ATF 125 III 209.....	42	ATF 91 II 100.....	117, 246, 350
ATF 125 III 312.....	360, 378	ATF 93 II 322.....	430
ATF 125 IV 49.....	237	ATF 93 II 338.....	187
ATF 125 V 307.....	487	ATF 93 IV 83.....	236
ATF 126 III 113.....	226, 297	ATF 96 II 392.....	186
ATF 126 III 14.....	120, 264	ATF 97 II 169.....	166
ATF 126 III 388.....	166, 167	ATF 97 II 223.....	87
ATF 126 III 41.....	472	ATF 97 II 48.....	287
ATF 126 III 69.....	78	ATF 97 IV 73.....	237
ATF 127 III 257.....	420	ATF 98 IV 19.....	240
ATF 127 III 403.....	168	ATF 99 II 185.....	417
ATF 127 III 403, cons. 4b.....	167	ATF 99 II 221.....	168
ATF 128 IV 49.....	133	ATF 99 II 315.....	304
ATF 129 II 353.....	118, 280	TF 11 septembre 2007, n°4C.415/2006.....	212
ATF 129 III 102.....	110	TF 12 juillet 2001, n°2P.40/2001.....	275
ATF 129 III 135.....	168	TF 21 mars 2006, n°4C.409/2005.....	287
ATF 129 III 380.....	369	TF 22 février 2000, n°4C.416/1999.....	213
ATF 129 V 402.....	187, 188, 212, 522	TF 26 mars 2004, n°2C.C/1999.....	217
ATF 130 III 182.....	470	TF 28 septembre 2005, n°4C.156/2005.....	221
ATF 130 III 193.....	145	TF du 27 novembre 2001, n°4C.229/2000.....	275
ATF 130 III 321.....	186		413
ATF 130 III 345.....	293	Assemblée fédérale.....	482
ATF 130 III 362.....	420	Assurance.....	463
ATF 131 III 12.....	213, 369, 473	Assurance de personne.....	463
ATF 131 III 360.....	472	Assurances de dommage.....	480
ATF 131 III 61.....	109	Assurances de dommages.....	480
ATF 131 V 66.....	43	Assurances privées.....	479
ATF 132 III 122.....	216	Atteinte à l'environnement.....	172
ATF 132 III 249.....	214	Auxiliaire.....	85
ATF 132 III 359.....	166	Avant-projet.....	
ATF 132 III 455.....	337	Article 42.....	229
ATF 132 III 715.....	186	Article 43.....	37, 264
ATF 133 III 121.....	233, 298	Article 43a.....	265
ATF 133 III 153.....	78	Article 45.....	161, 165
ATF 133 III 282.....	461	Article 45.....	122
ATF 133 III 323.....	183, 222, 224	Article 45 III.....	181, 244
ATF 133 III 449.....	288	Article 45a.....	169, 190
ATF 133 III 462.....	166, 193	Article 45d AP.....	172
ATF 133 III 462.....	263	Article 45e.....	179
ATF 133 III 556.....	133, 134	Article 46.....	243
ATF 133 III 6.....	420, 430	Article 47.....	184
ATF 134 II 235.....	234	Article 47a.....	184
ATF 134 III 193.....	241	Article 47a.....	207
ATF 134 III 390.....	288	Article 47a.....	430
ATF 25 II 25.....	235	Article 48.....	74
ATF 41 II 339.....	331	Article 48a.....	75, 224
ATF 69 II 169.....	499	Article 48b.....	367

Article 48b.....	84, 367	129, 131, 133, 136, 137, 139, 145, 147, 148, 150, 151, 156, 157,
Article 49a.....	97, 273	163, 174, 179, 184, 189, 190, 193, 195, 204, 225, 236, 237, 239,
Article 50.....	239	244, 249-251, 257, 263, 267, 269, 294-296, 387, 405-413, 417,
article 50 AP.....	109, 112	418, 421, 429, 431, 432, 436-440, 442, 444-455, 463, 464, 467-
Article 50 AP.....	109, 112, 122	473, 479-484, 486-488, 494-496, 500, 501, 504, 505, 508, 512,
Article 52.....	199, 372	516, 520, 521, 525, 527, 532, 534, 543, 547, 549, 550, 554, 555,
Article 52.....	204	561
Article 52 I.....	375, 432	CEDH.....
Article 52a.....	377	Article 41.....
Article 53a.....	206	CALVELLI et CIGLIO, 17 janvier 2002, Req. 32967/96...47
Article 53c.....	447	Discrimination.....
Article 53c.....	518	Prescription administrative.....
Article 54a.....	518	Fouquet c/ France, 31 janvier 1996.....55
Article 54c.....	498	Stubbings et a. c/ Royaume-Uni, 22 octobre 1996.....54,
Article 54c.....	498	382, 424
Article 54d.....	490	VERMEIRE c/ Belgique, 29 novembre 1991, req.
Article 54f.....	518	12849187.....
Article 54g.....	484	Chef d'imputation.....
Article 55a.....	417	Auxiliaire.....
Article 55b.....	505	Equité.....
Article 55c.....	405	- Notion.....
Article 55c.....	421	CJCE.....
Article 55c al. 1er.....	529	10 mai 2001, aff. C-203/9.
Article 56.....	381	25 avril 2002, Commission c/ France, C-52/00.....140
Article 56.....	338	29 mai 1997, aff. C-300/95.....
Article 56a.....	448	5 juillet 2007, Commission c/ Danemark aff. C-327/05
Article 56b.....	451	
Article 56c.....	85	aff. C-120/06P, 9 sept. 2008, FIAMM.....
Article 56d.....	85, 192, 196	aff. C-224/01, 30 septembre 2003, Köbler c/ Autriche.51
Article 56h.....	511	C-183/00, 25 avril 2002.....
Article 57.....	309	C-52/00, 25 avril 2002.....
Article 59.....	243	CJUE.....
Article 60.....	121	Coauteur.....
Article 60a.....	122	Code civil français.....
Article 61.....	127	Article 1202.....
Article 61a.....	128	Article 1245.....
Bien juridique.....	163	Article 1250, 1°.....
Biens juridiques.....	217	Article 1251, 3°.....
Bonne foi.....	226	Article 1384 al. 4.....
Caisse supplétive.....	476	Article 1384 al. 7.....
Cas fortuit.....	211	Article 1386-3.....
Causalité.....		Article 1735.....
Acceptation des risques.....	199	Article 2044.....
Causes d'interruption.....		Article 2053.....
Entlastungsgründe.....	207	Article 414-3.....
Exceptionsgründe.....	207	Article 489-2 ancien.....
Unterbrechungsgründe.....	207	Article 544.....
Interruption.....		Articles 1249-1252.....
Cause étrangère	208	Code civil français.....
Causes.....	207	Article 1147.....
Causes d'exonération (impropriété).....	207	Article 1148.....
Force majeure.....	208	Article 1153-1.....
Imprévisibilité et irrésistibilité.....	208	Article 1166.....
Causalité hypothétique.....	188	Article 1213.....
Causalité naturelle.....	185	Article 1249.....
Causalité naturelle Équivalence des conditions.....	185	Article 1315.....
Causalité naturelle Sine qua non.....	185	Article 1384 al. 5.....
Causalité partielle.....	197	Article 1385.....
Cause étrangère.....	568	Article 1386.....
CEDH...11-32, 36-48, 50-55, 58-65, 67-82, 85-89, 91-105, 112-		Article 2044.....

Article 2046.....	335	Article 455.....	356
Article 2052.....	336	Article 46.....	435, 501
Article 2053.....	336	Article 593.....	341
Article 2102.....	496	Code de procédure civile suisse.....	
Article 2219.....	383	Article 239	356
Article 2219 nouveau.....	384, 413	Article 54.....	355
Article 2220 ancien.....	393	Code de procédure pénale.....	
Article 2220 ancien.....	385	Article 375-2.....	436
Article 2220 nouveau.....	397	Article 4.....	452
Article 2222 nouveau.....	423	Article 4-1.....	452
Article 2224 nouveau.....	384, 387, 388, 399	Article 480-1.....	436
Article 2226 nouveau.....	391, 398	Article 543 alinéa 2.....	436
Article 2227 nouveau.....	391	Articles 2-1 à 2-21.....	455
Article 2230 nouveau.....	411	Code de procédure pénale français.....	
Article 2231 nouveau.....	406	Article 10 nouveau.....	456
Article 2232 nouveau.....	322, 384, 387, 389, 391, 400	Article 2.....	454
Article 2234 nouveau.....	412	Article 626-1.....	48
Article 2240 nouveau.....	407	Code des assurances.....	
Article 2241 nouveau.....	407	Article L. 112-6.....	507
Article 2242 nouveau.....	418	Article L. 113-1.....	487, 488, 507
Article 2244 nouveau.....	407	Article L. 114-1.....	504
Article 2250 nouveau.....	385	Article L. 114-2.....	406, 504
Article 2251 ancien.....	411	Article L. 114-3.....	391
Article 2252.....	411	Article L. 121-12.....	421, 515-517, 519, 526
Article 2252 nouveau.....	416	Article L. 121-2.....	90, 508
Article 2253.....	411	Article L. 121-5.....	489
Article 2253 nouveau.....	417	Article L. 124-1.....	323
Article 2254 alinéa 2.....	406	Article L. 124-3.....	419, 497
Article 2254 nouveau.....	392, 405	Article L. 131-2.....	463
Article 2258.....	411	Article L. 421-3.....	421
Article 2258 nouveau	385	Article L. 511-1.....	91
Article 2262.....	285	Article R. 114-1.....	501
Article 2262 ancien.....	418	Article R. 114-1.....	501
Article 2270-1.....	286	Article R. 211-13.....	508
Article 2270-1 ancien.....	388	Code des obligations..14, 16, 27, 111, 155, 306, 352, 547, 553,	
Article 2272 nouveau.....	384	555	
Code civil suisse.....		Code des obligations.....	
Article 18.....	83	Article 100.....	301
Article 19.....	83, 234	Article 127.....	285
Article 1er.....	349	Article 130.....	399
Article 2.....	226	Article 130 al. 1er.....	285
Article 28.....	78	Article 135.....	406
Article 28a.....	459	Article 137.....	410
Article 29.....	460	Article 141.....	385
Article 333.....	132	Article 143.....	439
Article 59.....	262	Article 148.....	448
Article 670.....	149	Article 148 al.1er.....	516
Article 8.....	196, 380	Article 20.....	336
Code de commerce.....		Article 21.....	337
Article L. 110-4.....	388	Article 22.....	286
Code de l'organisation judiciaire.....		Article 23.....	337
Article L. 141-1.....	49	Article 24.....	337
Code de la sécurité sociale.....		Article 28.....	337
Article L. 375-1.....	469	Article 29.....	337
Article L. 376-1.....	471	Article 30.....	337
Code de procédure civile français.....		Article 41.....	215
Article 109.....	440	Article 42.....	213
Article 12.....	351	Article 423.....	78
Article 42.....	435, 501	Article 43.....	377
Article 433.....	487	Article 43 I.....	208

Article 44.....	211, 213, 368	Conseil d'Etat.....	
Article 44.....	231	14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers	
Article 447.....	172	« La Fleurette ».....	277
Article 45 COS.....	169	5 mars 2008, 5e et 4e sous-sections réunies, n°287136	
Article 45 III.....	190		396
Article 45 III.....	219	n°239575, 28 juin 2002, MAGIERA.....	49
Article 46 COS.....	171	n°279522, 8 février 2007, GARDEDIEU.....	50
Article 47 COS.....	169	n°295831, 18 juin 2008.....	51
Article 49.....	17, 71, 95-97, 108, 166, 273	Section, 4 juillet 1969.....	37, 386
Article 50.....	426	Conseil des États.....	482
Article 50 I.....	427	Conseil fédéral.....	482
Article 50 II.....	445	Conseil national.....	482
Article 507 al. 5.....	420	Constitution belge.....	
Article 51.....	426	Article 144.....	269
Article 51 II.....	445	Article 145.....	269
Article 52.....	231	Constitution française.....	
Article 52.....	116	Article 34.....	482
Article 53.....	224	Article 61-1.....	42, 45
Article 54.....	84, 174, 367	Article 62.....	42
Article 55.....	520	Constitution suisse de 1999.....	
Article 57.....	122	Article 122.....	37
Article 57.....	122	Article 123 al. 1.....	454
Article 58.....	123	Article 124.....	178
Article 59.....	128	Article 146.....	37
Article 60.....	421	Article 148.....	482
Article 60.....	399	Article 164 I c).....	482, 483
Article 60 alinéa 2.....	505	Article 174.....	482
Article 61.....	263, 274	Article 189 I.....	260
Article 878.....	420	Article 190.....	260
Article 99 al. 3.....	283, 285	Article 191.....	42
Code du travail.....		Article 29.....	52
Article L. 1134-5.....	402	Article 30.....	355
Code fédéral de procédure civile.....	34, 341, 510	Article 35.....	44, 46, 52
Code fédéral de procédure pénale.....	34	Constitution suisse, article 191a.....	260
Code pénal français de 1810.....		Constitutionnalisation.....	34
Article 55.....	454	Contrat.....	
Code pénal suisse.....		Violation négative.....	229
Article 100quater.....	98	Violation positive.....	229
Collision de responsabilités.....	205	996Contrat d'assurance.....	479, 480
Compétence législative.....		Contenu impératif. 301, 391, 476, 479, 494-496, 498-500,	
Obligation d'assurance.....	482	506-509, 517, 526, 550, 551	
Prescription.....	385	Conventionnalisation.....	34
Concours de responsabilités.....	426	Coobligé.....	443
Confiance légitime.....	226	Coresponsabilité.....	426
Conseil constitutionnel.....		Coresponsable.....	443
DC n°2007-556, 16 août 2007.....	40	Corréalité.....	435
DC n°2008-564 du 19 juin 2008.....	38, 40	Cour d'appel.....	
DC n°2008-564, 19 juin 2008.....	38	Aix.....	
DC n°71-44, 16 juillet 1971.....	38	14 mai 1825.....	438
DC n°80-119, 22 juillet 1980.....	261	Bourges.....	
DC n°83-162, 20 juillet 1983.....	40, 45	n°07/01698, 3 juillet 2008.....	499
DC n°85-198, 13 décembre 1985.....	40, 325	RG 06/01867, 19 octobre 2007.....	262
DC n°86-224, 23 janvier 1987.....	261, 272	Colmar.....	
DC n°89-261, 28 juillet 1989.....	261	5 novembre 2008, n°06/01870.....	192
DC n°93-325 du 13 août 1993.....	52	Lyon.....	
DC n°93-335 du 21 janvier 1994.....	52	5 novembre 2003.....	300
DC n°96-373 du 8 avril 1996.....	52	5 novembre 2003, n°2002/03495.....	300
DC n°99-419, 9 novembre 1999.....	40	Paris.....	
DC n°99-421 du 16 décembre 1999.....	56	13 juin 2006, RG n°02/05972.....	192
DC, n°82-144, 22 octobre 1982.....	39	14 mars 1930.....	520

2 mars 1973.....	386	n°03-16335, 30 mai 2006.....	209
RG 06/06992, 20 octobre 2006.....	262	n°03-19459, 4 octobre 2005.....	397
Versailles.....		n°04-10994, 3 mai 2006.....	139
RG 05/06444, 16 novembre 2006.....	379	n°04-11215, 17 février 2005.....	517
Cour de cassation.....		n°04-12912, 27 juin 2006.....	388
Ass. pl.....		n°04-20151, 31 janvier 2008.....	188, 192
n°00-82066, 14 décembre 2001.....	93, 520	n°05-10411, 3 mai 2006.....	470
n°02-11168, 14 avril 2006.....	209	n°05-15235, 5 juillet 2006.....	446
n°04-18902, 14 avril 2006.....	198, 210, 304, 430	n°05-18097, 13 février 2007.....	398
n°05-13255, 6 octobre 2006.....	290	n°05-19020, 13 mars 2007.....	326, 330
n°05-85751, 9 mai 2008.....	329	n°05-20527, 28 juin 2007.....	440
n°05-87379, 9 mai 2008.....	329	n°06-13040, 13 mars 2007.....	49
n°06-18141, 29 juin 2007.....	91, 101	n°06-17859, 18 septembre 2008.....	193, 379
n°06-19613, 13 avril 2007.....	373	n°06-20384, 20 février 2008.....	49
n°06-85751, 8 mai 2008.....	455	n°06-21475, 30 octobre 2007.....	442
n°08-11422.....	54	n°07-10951, 21 février 2008.....	500, 503
n°08-11422, 29 mai 2009.....	54	n°07-13437, 28 mai 2008.....	421
n°78-91827, 19 juin 1981.....	431	n°07-18239, 8 juillet 2008.....	49
n°80-14994, 9 mai 1884.....	156	n°08-12720, 10 mai 2000.....	503
n°82-92934, 9 mai 1984.....	82, 101	n°63-11142, 14 décembre 1964.....	438
n°87-82654, 19 mai 1988.....	89	n°71-13915, 28 novembre 1973.....	423
n°89-15231, 29 mars 1991.....	100	n°73-13284, 28 janvier 1975.....	508
n°97-17378, 25 février 2000.....	92	n°75-10641, 30 novembre 1976.....	504
n°99-13701, 17 novembre 2000.....	53	n°79-12215, 1er octobre 1980.....	507
Ch. mixtes.....		n°80-13823, 6 janvier 1982.....	438, 442
n°73-93914, 30 avril 1974.....	329	n°82-13385, 14 décembre 1983.....	501
n°74-90280, 30 avril 1974.....	329	n°83-13035, 27 septembre 1983.....	423
Ch. réunies.....		n°84-10818, 30 avril 1985.....	508
n°63-92105, 25 novembre 1964.....	431	n°85-10255, 22 juillet 1986.....	503
n°64-90424, 25 novembre 1964.....	431	n°85-11263, 9 décembre 1986.....	416
Civ.....		n°87-13284, 4 octobre 1989.....	508
11 juillet 1892.....	448	n°88-14410, 28 octobre 1991.....	418
11 juillet 1932.....	494	n°89-14738, 5 février 1991.....	410
13 décembre 1938.....	500	n°90-14598, 22 avril 1992.....	440
14 juin 1926.....	496	n°91-13637, 31 mars 1993.....	508
17 juillet 1911.....	495	n°91-17743, 7 juillet 1993.....	500
27 mai 1910.....	496	n°92-10563, 3 novembre 1993.....	419
28 mars 1939.....	503	n°92-11950, 12 avril 1995.....	296
29 février 1836.....	438	n°92-18199, 14 novembre 1995.....	296
31 janvier 1950.....	392	n°92-20747, 12 avril 1995.....	296
5 décembre 1899.....	486, 495	n°93-16501, 30 octobre 1995.....	508
5 janvier 1910.....	496	n°93-20412, 9 juillet 1996.....	210
8 mai 1935.....	501	n°9320412 et 93-19160, 9 juillet 1996.....	441
Civ.		n°94-13414, 9 juillet 1996.....	296
11 juillet 1826.....	438	n°94-19689, 21 janvier 1997.....	487
11 juillet 1892.....	438	n°97-11811, 29 février 2000.....	500
Civ. 1re.....		n°97-22582, 7 novembre 2000.....	500
31 janvier 1973.....	434	n°97-22660, 20 juin 2000.....	441
92-11950, 12 avril 1995.....	296	n°98-10007, 28 mars 2000.....	195
n°00-05026, 3 avril 2001.....	262	n°98-12720, 10 mai 2000.....	503
n°00-10883, 17 juillet 2001.....	195	n°98-13285, 4 avril 2001.....	525
n°00-14590, 25 juin 2002.....	405	n°99-15180, 20 décembre 2002.....	91
n°00-15848, 2 juillet 2002.....	298, 446	n°99-18161, 9 mai 2001.....	195
n°00-16126, 2 juillet 2002.....	446	Civ. 2e.....	
n°00-18692, 11 février 2003.....	408	13 mars 1957.....	433
n°00-18845, 21 octobre 2003.....	503-505	27 janvier 2000.....	185
n°00-20367, 1er avril 2003.....	397	9 mars 1962.....	442
n°02-12972, 27 janvier 2004.....	500	n°00-13787, 13 décembre 2002.....	131
n°02-14629, 10 février 2004.....	508	n°00-15848, 2 juillet 2002.....	298
n°03-11889, 24 janvier 2006.....	387	n°00-20780, 6 février 2003.....	91

n°01-12652, 6 mars 2003.....	445, 446	n°97-22268, 9 décembre 1999.....	100
n°01-13289, 19 juin 2003.....	200, 202, 470	n°98-11438, 3 février 2000.....	100
n°01-15607, 7 mai 2003.....	100	n°98-13023, 6 janvier 2000.....	179
n°02-10770, 17 février 2005.....	126	n°98-22078, 15 mars 2001.....	121
n°02-12198, 22 mai 2003.....	91	n°99-11287, 10 mai 2001.....	131
n°02-15206, 5 février 2004.....	207	Civ. 3e.....	
n°03-10819, 3 juin 2004.....	521	n°00-16524, 29 septembre 2004.....	458
n°03-11868, 8 avril 2004.....	423	n°00-18541, 15 mai 2002.....	500
n°03-13114, 8 juillet 2004.....	504	n°03-15541, 8 décembre 2004.....	125
n°03-19420, 20 octobre 2005.....	447	n°03-19892, 16 mars 2005.....	501
n°03-19429, 20 octobre 2005.....	447	n°04-14472, 28 septembre 2005.....	486
n°03-19705, 16 juin 2005.....	92	n°04-17512, 8 février 2006.....	458
n°03-20683, 21 avril 2003.....	297	n°04-19864, 15 février 2006.....	407
n°04-11215, 17 février 2005.....	515	n°04-20040, 28 juin 2006.....	289
n°04-11665, 26 octobre 2006.....	101	n°06-14376, 12 juin 2007.....	399
n°04-13182, 9 juin 2005.....	408	n°06-19415, 28 février 2008.....	487
n°04-17279, 18 janvier 2006.....	488	n°64-14264, 17 juillet 1968.....	438
n°04-17495, 24 mai 2006.....	304	n°66-12162, 22 mars 1968.....	438
n°04-17872, 18 janvier 2006.....	488	n°66-13603, 10 mai 1968.....	438
n°05-10411, 3 mai 2006.....	470	n°67-10393, 30 mai 1969.....	438
n°05-12470, 29 mars 2006.....	91, 92	n°67-11907, 7 mars 1969.....	438
n°05-12723, 16 nov. 2006.....	399	n°70-12353, 30 novembre 1971.....	438
n°05-15235, 25 janvier 2007.....	291	n°89-17185, 27 novembre.....	125
n°05-15504, 26 octobre 2006s.....	399	Com.....	
n°05-21287, 15 février 2007.....	120	14 février 1973.....	433
n°06-12935, 5 avril 2007.....	399	n°01-13089, 31 mars 2004.....	398
n°06-16763, 5 avril 2007.....	192	n°02-17735, 12 mai 2004.....	286, 388
n°06-16868, 13 septembre 2007.....	504, 505	n°03-10547, 12 juillet 2004.....	392
n°06-19737, 15 mai 2008.....	501	n°03-10891, 12 juillet 2004.....	392
n°06-20563, 20 décembre 2007.....	261	n°04-10407, 30 mars 2006.....	415
n°07-10951, 21 février 2008.....	504	n°04-16069, 18 décembre 2007.....	141
n°07-11844, 7 mai 2008.....	192	n°05-21504, 13 mars 2007.....	325
n°07-12801, 21 février 2008.....	504	n°06-18350, 28 mars 2008.....	183
n°07-12801, 21 février 2008.....	391	n°07-10774, 18 mars 2008.....	379
n°07-12838, 5 juin 2008.....	478	n°07-11744, 24 juin 2008.....	139, 315
n°07-13403, 20 décembre 2007.....	90, 520	n°07-11790, 4 mars 2008.....	302
n°07-15842, 11 septembre 2008.....	101	n°07-14082, 24 juin 2008.....	453
n°07-16295, 19 juin 2008.....	193	n°07-17729, 1er juillet 2008.....	193
n°07-16967, 16 octobre 2008.....	125, 127	n°09-11938, 2 février 2010.....	324
n°07-20878, 20 janvier 2009.....	470	n°89-15439, 8 janvier 1991.....	441
n°66-12674, 19 mai 1969.....	438	n°91-10864, 12 octobre 1993.....	92
n°70-10877, 23 juin 1971.....	438	n°92-10241, 11 janvier 1994.....	412
n°74-11488, 22 octobre 1973.....	420	n°93-11437, 27 janvier 1998.....	92
n°79-16612, 9 mai 1984, FULLENWARTH.....	130	n°93-21627, 6 février 1996.....	416
n°81-12850, 21 juillet 1982.....	429	n°94-13347, 6 mai 1996.....	261
n°84-17748, 6 avril 1987.....	429	n°94-14649, 9 avril 1996.....	289
n°85-12833, 6 avril 1987.....	429	n°94-14649, 9 avril 1996.....	287
n°85-14554, 4 mars 1987.....	130	n°96-16607, 30 novembre 1999.....	423
n°85-16387, 6 avril 1987.....	429	n°96-17912, 2 février 1999.....	487
n°88-16326, 5 décembre 1990.....	156	Crim.....	
n°89-14124, 17 octobre 1990.....	125	n°04-84623, 29 juin 2005.....	223
n°91-19694, 3 mars 1993.....	126	n°05-85998, 25 octobre 2006.....	394
n°91-21298, 22 avril 1992.....	351	n°05-87415, 20 juin 2006.....	262
n°92-21191, 22 mai 1995.....	100	n°06-88910, 19 juin 2007.....	326
n°92-21871, 22 mai 1995.....	100	n°07-80886, 12 décembre 2007.....	223
n°93-10914, 19 mars 1997.....	200	n°07-87611, 17 décembre 2008.....	223
n°94-21006, 18 décembre 1996.....	431	n°78-93267, 30 octobre 1979.....	330
n°94-21111, 19 février 1997.....	130, 485	n°91-85925, 28 octobre 1992.....	455
n°94-22196, 6 novembre 1996.....	130	n°92-81432, 9 novembre 1992.....	454
n°97-12709, 18 novembre 1999.....	512	n°92-83443, 3 février 1993.....	48

n°93-80226, 16 mars 1994.....	223	- perte de soutien.....	190
n°93-82698, 4 janvier 1995.....	456	- réfléchi.....	170, 190
n°93-84547, 4 mai 1994.....	48	- réparable.....	158
n°95-83956, 26 mars 1997.....	100	Dommmage anormal.....	153
n°95-84186, 10 octobre 1996.....	100	Dommmage écologique.....	172
n°98-82897, 8 juin 1999.....	223	Dommmage ménager.....	168
Req.....		Dommmage moral.....	
22 juin 1853.....	405, 412	Mode de réparation.....	181
24 février 1886.....	520	Tort moral.....	160
24 février 1936.....	503	- Tort moral.....	165
3 janvier 1870.....	413	Dommmage préventif.....	175
3 mai 1927.....	397	Dommmage réparable.....	
Soc.....		- Perte de chance.....	191
9 nov. 1950.....	416	Dommmages-intérêts.....	
n°02-43616, 15 mars 2005.....	388	Punitifs.....	182
n°03-40069, 20 avril 2005.....	302	Dommmages-intérêts punitifs.....	182
n°03-47525, 26 avril 2006.....	285, 401	Drittschutzwirkung.....	292
n°06-44022, 15 janvier 2008.....	324	Droit à réparation.....	319
n°06-45132, 18 décembre 2007.....	261	Droit à réparation.....	
n°61-10024, 5 janvier 1962.....	423	Naissance.....	319
n°88-45083, 18 décembre 1991.....	401	Droit absolu.....	163, 218
n°89-13068, 11 avril 1991.....	415	Droit français.....	
n°93-15207, 9 février 1995.....	423	Subrogation.....	514
n°94-43381, 1er avril 1997.....	401	Droit suisse.....	
n°99-21403, 21 novembre 2001.....	423	Bien juridique absolu.....	163
n°99-21403, 22 novembre 2001.....	418	Biens juridiques.....	163, 217
Couverture d'assurance insuffisante.....	489	Dommmage domestique.....	168
Créance d'indemnisation.....	499	Dommmage ménager.....	168
Créance de réparation.....	319, 499	Dommmage normatif.....	168
Création prétorienne.....		Droit absolu.....	163
Contra legem.....		Gefahrensatz.....	224
Appel nullité.....	48	Lacune de la loi.....	349
Contra valentem agere, non currit praescriptio.....	411	Organisation judiciaire.....	
Responsabilité du fait des travaux publics.....	152	Tribunal administratif fédéral.....	260
Extra legem.....		Tribunal fédéral.....	260
Schutznormentheorie.....	221	Patrimoine.....	218
Obligation in solidum.....	438	Préjudice ménager.....	168
Praeter legem.....		Tort moral.....	175
Concessions réciproques (transaction).....	333	Du fait d'autrui.....	
Immunité du préposé.....	92	Mineur délinquant.....	
Responsabilité de l'Etat (délai raisonnable).....	49	Responsabilité.....	100
Culpa in contrahendo.....		Mineur en danger.....	
responsabilité sui generis.....		Responsabilité.....	100
Confiance.....	288	Personne handicapée.....	
Cumul de régimes de responsabilité.....	426	Responsabilité.....	100
Cura in custodiendo.....	86	Enfant.....	84
Cura in eligendo.....	86	Equité.....	116
Cura in instruendo.....	86	Etat de nécessité.....	237
Détenteur d'animal.....	120	Etat de nécessité putatif.....	237
Directive 85-374.....		Evaluation du dommmage.....	
Article 9.....	138	- Prédiposition constitutionnelle.....	213
Dommmage.....		Ex nihilo nihil fit.....	188
Catastrophe naturelle.....	174	Exécution provisoire.....	512
Domestique.....	168	Exonération.....	
Ecologique.....	172	Risque de développement.....	143
Ménager.....	168	Explosifs.....	109
Mesures de prévention.....	175	Fait de la victime.....	
Moral.....	175	- Prédiposition constitutionnelle.....	212
Préjudice réfléchi.....	170, 190	100Fait de rattachement.....	69
Préventif.....	175	Auxiliaire.....	85

Faute.....	71	Article 61.....	205
108Faute.....	72	article 65.....	497
Action en remise de gain.....	77	Article 65.....	497, 505, 509
Dommages-intérêts punitifs.....	77	Article 65.....	420
Intentionnelle de l'assuré.....	79, 487	Article 66.....	497
Lucrative.....	77, 78, 182, 375	Article 66.....	489
Resubjectivisation.....	75	Article 68 alinéa 2.....	509
Faute collective.....	427	article 83.....	420
Faute commune.....	197, 427	Article 83.....	420, 505
Faute conjointe.....	428	Article 83.....	527
Faute intentionnelle de l'assuré.....	79	Article 83 alinéa 2.....	505
Faute lucrative.....	78, 182	Article 84.....	381
Fondement de la responsabilité.....	61	Article 87.....	337
Fondement de la responsabilité civile.....	13	Article 87.....	301
fonds de garantie.....	467	Article 88.....	472, 522
Section 2Fonds de garantie.....	112, 474	Article 88.....	522
FGAO.....	474, 477	LDIP.....	
FGTI.....	477	Article 141.....	503
FITH.....	477	LEaux.....	
FIVA.....	477	Article 54.....	174
ONIAM.....	491	Légitime défense.....	235
Force majeure.....	561	LEp.....	
Force majeure.....		Article 23.....	118, 280
Imprévisibilité.....	209	Lésion.....	337
Irrésistibilité.....	209	Lex Aquilia.....	22, 23, 59, 164
Fou.....	81	LFors.....	
Illicéité.....		Article 25.....	381, 449
Conception objective.....	217	Article 7.....	449
Conception subjective.....	216	LIE.....	
454Faits justificatifs.....	231	Article 27.....	181
Consentement de la victime.....	233	Lien entre assurance et responsabilité.....	
Etat de nécessité.....	237	Responsabilité du commettant.....	90
Exercice autorisé de la force publique.....	232	LITC.....	
Légitime défense.....	235	Article 33.....	181
Schutznormtheorie.....	220	Article 39.....	420
- par le comportement.....	220	LOGA.....	
- par le résultat.....	218	Article 48.....	484
Imputabilité.....	80	Loi du 28 pluviôse an VIII.....	
Imputation.....	80	Article 3 §.4.....	152
Incapable majeur.....	81	Loi n°85-677 du 25 juillet 1985.....	
infans.....	81	Article 30.....	421
Infans.....	81	LPA.....	
Intérêt à agir.....	441, 458, 459	Article 59a.....	173
Jurinet.....	358	LPE.....	
LAM.....		Article 59b.....	482, 483
Article 65.....	469	LPGA.....	
LAVI.....		Article 2.....	468
Article 27.....	179	Article 21.....	469
LCA.....		Article 69.....	468
Article 14.....	487, 509, 517	LRCF.....	
Article 46.....	506	Article 11.....	272
Article 60.....	506	LRespC.....	
Article 61.....	488	Article 12.....	172
Article 72.....	517	LRFP.....	
Article 96.....	463	Article 1er.....	138
LCR.....		LTAF.....	
art. 65.....	497	Article 33 i.....	260
Article 58.....	181	LTF.....	
Article 59.....	213, 214	Article 122.....	43
Article 60.....	447	Mesures provisionnelles.....	512

Nécessité.....	116	Article 1343.....	165, 169
Norme métajuridique	61	Article 1343.....	252
Norme suprajuridique.....	61	Article 1346.....	193
Notions de droit suisse.....		Article 1350.....	243
Droit absolu.....	165	Article 1352.....	242
Obligation.....		Article 1354.....	127
- de moyens.....	295	Article 1354-2.....	127
- de résultat.....	295	Article 1354-3.....	214
- de sécurité transfusionnelle.....	296	Article 1354-4.....	121
Obligation de minimiser le dommage.....	200, 469, 488	Article 1355.....	131, 569
Obligation in solidum.....	438	Article 1356.....	569
Organisation.....	86, 87	Article 1357.....	569
Ouvrage public.....	152	Article 1358.....	569
Patrimoine.....	218	Article 1359.....	97, 569, 570
Plafonds de garantie.....	490, 507	Article 1359-1.....	97
Pluralité de responsabilités.....	198, 206, 426, 434, 435, 449, 520, 526, 529, 550	Article 1360.....	97, 570
423Prédisposition constitutionnelle.....	212	Article 1361.....	570
- indépendante.....	212	Article 1362.....	104, 181, 570
- Liée.....	213	Article 1363.....	570
Préjudice.....		Article 1364.....	570
Indirect.....	170	Article 1365.....	570
Ménager.....	168	Article 1366.....	571
Perte de l'usage d'une chose.....	169	Article 1368.....	379
Préjudice domestique.....	168	Article 1369.....	379
Préjudice économique pur.....	59, 219	Article 1371.....	77
Préjudice indirect.....	170	Article 1373.....	204, 369, 571
Préjudice moral.....		Articles 1343 et s.....	161
Pretium mortis.....	330	Propositions.....	
893Préjudice réfléchi.....	219, 432	- Présomption de causalité.....	
Faute de la victime.....	432	- Faute commune.....	197
Prescription.....		Pure economic loss.....	59
Action directe.....	419	Question prioritaire de constitutionnalité.....	35
CEDH.....	382	Recours en révision.....	341
Culpa in contrahendo.....	388	Réduction du dommage.....	
Délai butoir.....		- Prédisposition constitutionnelle.....	213
Durée.....	391	Régime de responsabilité.....	
Point de départ.....	321, 400	Responsabilité du fait d'autrui.....	100
Discrimination syndicale.....	402	Responsabilité du fait des animaux.....	119
Dommage dissimulé.....	404	Responsabilité du fait des ouvrages.....	123
Dommage tardif.....	404	Responsabilité du fait des ouvrages publics.....	152
Faute lucrative (v. fraude, mauvaise foi).....	403	Responsabilité du fait des travaux publics.....	152
Fraude.....	418	Régime juridique.....	32
Limite.....	416	Remarque terminologique.....	
Mauvais foi.....	418	Atteinte et dommage.....	324
Renonciation.....		Réparation.....	
Délai butoir.....	417	Remise de gain.....	77
Droit des créanciers.....	416	Responsabilité.....	
Principe.....		Acte licite.....	237
de l'unité des fautes civile et pénale.....	452	Contractuelle du fait d'autrui.....	87
Le pénal tient le civil en état.....	452	De l'employeur.....	87
Opportunité des poursuites.....	456	Du fait de l'organisation.....	86
Principe d'égalité.....	38	Du fait personnel.....	71
Principe de la compensation "utilité-risque".....	109	Etat de nécessité.....	116
Prinzip der "Nutzen-Risiko"-Kompensation.....	109	Pour faute.....	71
Projet de Code de procédure civile suisse.....		Responsabilité aquilienne.....	63, 86, 302
Article 326.....	341	Responsabilité civile.....	12
Projet de réforme français.....		Responsabilité communautaire.....	
Article 1340.....	252, 307	Unification.....	250
Article 1341.....	97	Responsabilité contractuelle.....	
		Contrat de négociation.....	287

Particularités.....	285	Solidarité	435
Prescription.....	285	- active.....	435
Précontrat.....	287	- imparfaite.....	442
Tiers au contrat.....		- parfaite.....	441
Tiers intéressé.....	292	- passive.....	435
Responsabilité de l'Etat.....		- pénale.....	436
du fait du service public de la Justice.....	49	Solidité, (Ancien droit), voir Solidarité.....	435
Responsabilité délictuelle.....		Sous-assurance.....	489
Délai objectif.....		Subrogation. 327, 405, 420, 443-445, 450, 451, 472, 487, 513-518, 521, 528, 563, 601, 605	
Prescription.....	388	Surindemnisation.....	468, 473
Délai subjectif.....		Système juridique.....	32
Prescription.....	388	TCE.....	
Responsabilité du fait de l'organisation.....	97, 273	Article 226.....	250
Responsabilité du fait de l'organisation.....	21, 100, 139, 145, 276	Article 288.....	249
Responsabilité du fait des auxiliaires.....	95	Terme français équivalent.....	
Responsabilité du fait des choses. 21, 72, 104, 107, 113, 121, 125-127, 147, 150, 154-156, 200, 214, 225, 268, 292, 304, 426		Coresponsabilité.....	
Responsabilité du fait des explosifs.....	109	Concours de responsabilités.....	426
Responsabilité objective aggravée.....	63, 105, 109, 121, 134-136, 155, 245, 481-483	Haushaltschaden = dommage ménager.....	168
Responsabilité objective aggravée.....		Haushaltschaden = Préjudice domestique.....	168
Explosifs.....	109	Terme suisse équivalent	
Responsabilité objective simple.....	63, 127, 129, 134, 194	Concours de responsabilités.....	
Responsabilité objective simple.....		Coresponsabilité.....	426
Responsabilité de l'employeur.....	86	Termes suisses.....	
Responsabilité du fait de l'organisation.....	87	Zufallereignis = cas fortuit.....	212
Responsabilité du fait des ouvrages.....	124	Terminologie.....	
Responsabilité pour fait licite.....	243	Auxiliaire.....	85
Responsabilité pour faute 13, 19, 39-41, 50, 51, 58-60, 63, 65, 67, 68, 71, 72, 74, 83, 85, 87, 98, 99, 104, 105, 107, 114, 121, 122, 126, 129, 139, 146, 148, 150, 156, 198, 206, 207, 244-246, 248, 266, 270, 276, 277, 291, 347, 354, 373, 374, 428, 429, 445, 446, 468, 521, 526, 533, 543, 558, 559		Dommage normatif.....	168
Responsabilité publique.....		Exonération de responsabilité.....	207
Actes de gestion.....	270	Tort moral = dommage moral.....	176
Faute de service.....	274	Violation négative du contrat.....	229
Responsable primaire.....	100	Violation positive du contrat.....	229
Responsable secondaire.....	100	Théorie de l'imprévision.....	339
Revirement de jurisprudence.....		Théorie du risque créé.....	146
Opposabilité de la faute de la victime.....	431	Théorie du risque-garantie.....	146
Risque de développement.....	111	Théorie du risque-profit.....	146
Risque médical.....	111	Transaction.....	333
Sécurité sociale.....	467	Transfusion...185, 190, 195, 210, 296, 313, 428, 446, 475, 483	
Séparation des pouvoirs.....		Travail public.....	152
Compétence judiciaire.....		Trouble du voisinage.....	150
Exception de conventionnalité.....	261	TUE.....	
		Article 258.....	250
		Article 340.....	249
		Article 340.....	249
		vaccinations.....	118, 280
		Violation négative du contrat.....	229
		Violation positive du contrat	229

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS	5
SOMMAIRE.....	9
INTRODUCTION.....	11
PARTIE 1. LE MÉCANISME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE	31
SECTION PRÉLIMINAIRE :.....	
LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE.....	32
§.1 Les normes fondamentales.....	35
A La constitution.....	36
1. Législatif et exécutif.....	36
2. Fédération et cantons.....	37
3. Les droits garantis.....	38
B Portée de ces normes en droits suisse et français.....	41
1. Le contrôle de constitutionnalité des lois.....	41
2. Le contrôle de conventionnalité des lois.....	43
3. L'effet horizontal.....	43
§.2 Influences sur la responsabilité civile.....	44
1. Absence de droit à la responsabilité civile.....	45
2. L'obligation de réparation.....	46
3. Le droit au recours et le procès équitable.....	51
a Le droit au recours.....	52
b Les garanties procédurales.....	54
c La qualité du droit.....	55
TITRE 1. DES CONDITIONS GÉNÉRALES RÉNOVÉES.....	59
CHAPITRE 1 L'OUVERTURE DU DROIT À RÉPARATION : LE FAIT DE RATTACHEMENT ET LE DOMMAGE.....	67
SECTION 1 LE FAIT DE RATTACHEMENT.....	67
§.1 Les clauses générales.....	71
A Le maintien de la faute.....	71
1. Violation d'une règle de comportement préexistante.....	74
2. L'imputabilité.....	80
a En droit français.....	81
b En droit suisse.....	83
B Le fait de l'auxiliaire.....	85
1. Le droit positif.....	85
a Le droit positif suisse.....	86
(1) La responsabilité délictuelle.....	86
(2) La responsabilité contractuelle.....	87
b Le droit positif français.....	88
(1) La responsabilité délictuelle du fait du préposé.....	89
(2) La responsabilité contractuelle du fait d'autrui.....	93
2. Le projet de réforme : double clause générale.....	95
a La clause générale de responsabilité du fait des auxiliaires.....	95
b Les auxiliaires dans les entreprises.....	97
3. Réflexions prospectives.....	98
C L'activité spécifiquement dangereuse.....	103
1. Le fait de rattachement.....	106
a L'activité spécifiquement dangereuse.....	106
b Le danger.....	108
c L'exploitant.....	109
2. Domaine d'application.....	110
3. Quelles réformes pour le droit français ?.....	111
a Une norme trop floue ?.....	111

b	Quid du risque de développement ?.....	113
c	Un droit en action plus avancé que le droit écrit.....	113
§.2	Les dispositions spéciales.....	114
A	Les dispositions spéciales regroupées.....	115
1.	La responsabilité pour fait licite.....	115
a	Les régimes prévus par le projet de réforme.....	116
(1)	La réparation en équité du préjudice résultant de la nécessité.....	116
(2)	La responsabilité en raison de l'exercice licite du droit de propriété.....	117
b	L'exclusion d'une responsabilité publique pour fait licite.....	117
2.	La responsabilité du fait d'un animal.....	119
3.	La responsabilité pour les ouvrages.....	123
a	Les conditions de mise en jeu.....	123
b	Des effets spécifiques ?.....	128
(1)	Les mesures préventives et curatives.....	128
(2)	La limitation de la réparation ?.....	129
B	Les dispositions spéciales prévues par d'autres textes.....	129
1.	La responsabilité du chef de famille.....	129
a	Le droit positif français.....	129
b	Le droit positif suisse.....	132
(1)	La notion de chef de famille.....	132
(2)	Le fait illicite de la personne sous surveillance.....	132
(3)	Exonération.....	133
2.	Les responsabilités objectives aggravées : l'exemple de la responsabilité du fait des produits défectueux.....	135
(1)	Le dommage réparable.....	137
(2)	Les conditions spécifiques.....	140
(3)	Les causes d'exonération.....	142
(4)	Les conventions portant sur la responsabilité.....	144
(5)	Prescription.....	144
(6)	Conclusion.....	144
§.3	Une construction satisfaisante ?.....	146
1.	Penser une responsabilité du fait des bâtiments ?.....	150
a	Le vice de construction et le défaut d'entretien.....	150
b	Le trouble de voisinage.....	150
c	L'ouvrage public.....	152
2.	La disparition de la responsabilité du fait des choses ?.....	154
3.	Une responsabilité en équité ?.....	157
SECTION 2	LE DOMMAGE RÉPARABLE.....	158
§.1	Précisions terminologiques.....	160
A	Méta catégorie du dommage matériel et du tort moral.....	160
B	Atteinte et préjudice réparable ?.....	161
§.2	Les différents dommages.....	165
A	Le dommage patrimonial.....	165
1.	La théorie de la différence.....	165
2.	Le dommage normatif.....	167
3.	Les types de dommages patrimoniaux.....	169
a	L'atteinte à la vie.....	169
b	Le dommage résultant d'une lésion corporelle.....	170
c	L'atteinte aux choses.....	171
d	L'atteinte à l'environnement.....	172
B	Le dommage moral.....	175
1.	La définition actuelle.....	176
2.	La compensation du tort moral.....	177
C	Éléments de réflexion pour le droit français.....	179
CHAPITRE 2	LES LIMITES À LA RÉPARATION : L'ILLICÉITÉ ET LA CAUSALITÉ.....	183
SECTION 1	LA CAUSALITÉ.....	183
A	Causalité et dommage.....	190
1.	Le préjudice réfléchi.....	190
2.	La perte de chance.....	191
B	Causalité et fait de rattachement.....	194
1.	La présomption de causalité.....	195
2.	La causalité partielle.....	197

a Le fait de la nature ou d'un tiers.....	198
b Le fait de la victime.....	198
c L'obligation de minimiser le dommage.....	200
d Les dommages réciproques.....	205
e Les conséquences de la pluralité de causes.....	206
C L'interruption de la causalité.....	207
1. La cause imprévisible et irrésistible.....	208
a Irrésistibilité et imprévisibilité.....	209
b Effet interruptif.....	210
(1) Exclusion par lois spéciales.....	210
(2) Force majeure partielle.....	211
2. Les autres événements et leurs effets.....	211
a Le cas fortuit.....	211
b Le fait du tiers ou de la victime.....	212
c Le vice de la chose.....	214
SECTION 2 L'ILLICÉITÉ.....	215
§.1 La notion d'illicéité en droit positif suisse.....	216
A La conception objective de l'illicéité.....	217
1. L'illicéité par le résultat.....	218
2. L'illicéité par le comportement.....	220
a Schutznormentheorie.....	220
b Gefahrensatz.....	224
c Bonne foi et protection de la confiance légitime.....	226
d Le devoir contractuel.....	228
(1) La violation positive du contrat.....	228
(2) L'effet protecteur envers les tiers.....	230
B Les faits justificatifs.....	231
1. L'exercice autorisé de la force publique.....	232
2. Le consentement de la victime.....	233
3. Les faits justificatifs prévus par l'article 52 COS.....	235
a La légitime défense.....	235
b L'état de nécessité.....	237
c L'usage autorisé de la force.....	240
4. Les faits justificatifs prévus par l'article 28 CCS.....	241
5. Les modifications du projet de réforme suisse.....	242
§.2 Les pistes de réflexion pour le droit français.....	246
A Le recoupement entre la faute et l'illicéité.....	248
1. Le droit positif européen et la notion de norme de protection.....	248
a Droit communautaire.....	248
(1) La responsabilité de l'Union.....	249
(2) La responsabilité des Etats membres.....	250
b Norme protectrice et droit français.....	250
2. Les principes du droit européen de la responsabilité civile.....	251
3. Illicéité et projet de réforme français.....	252
B La jonction entre les notions de dommage réparable et d'illicéité.....	253
TITRE 2. COORDINATION DU DROIT COMMUN AVEC LES RÉGIMES SPÉCIAUX.....	255
CHAPITRE 1 LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE EST-ELLE ENCORE UN DROIT SPÉCIAL ?.....	257
SECTION 1 ÉLÉMENTS DE COMPARAISON.....	259
§.1 Le droit positif en France et en Suisse.....	259
A La compétence juridictionnelle.....	260
B Le droit matériel applicable.....	262
1. Le droit applicable à la responsabilité des personnes publiques.....	262
2. La responsabilité des agents publics.....	263
3. Le projet de réforme suisse.....	264
§.2 Les droits belge et luxembourgeois.....	267
A Corps de règles applicable à la responsabilité publique.....	268
1. Le droit luxembourgeois.....	268
2. Le droit belge.....	269
B Matières concernées.....	270
1. Responsabilité du fait du législateur.....	270

2. Responsabilité du fait de l'administration.....	270
C Jurisdiction compétente.....	271
SECTION 2 DES CONDITIONS DE MISE EN JEU SIMILAIRES.....	272
§.1 Faits de rattachement.....	272
A Organisation et service.....	273
B La responsabilité sans faute.....	276
§.2 L'illicéité.....	279
A Le droit positif suisse.....	279
B Les projets de réforme.....	280
CHAPITRE 2 LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE.....	283
SECTION 1 LE DROIT POSITIF.....	284
§.1 Différences de régime.....	284
A La prescription.....	285
B La violation du contrat.....	286
1. Existence d'un contrat entre la victime et l'auteur du dommage.....	286
a La responsabilité précontractuelle.....	286
b Le tiers au contrat.....	290
2. Le contenu du contrat.....	293
a Die positive Vertragsverletzungstheorie.....	294
b La violation d'une obligation de résultat.....	295
3. Le régime d'exonération.....	297
4. La charge de la preuve.....	298
C Le dommage réparable au titre de la responsabilité contractuelle.....	298
D Les clauses relatives à la responsabilité.....	300
1. Les types de clauses.....	300
2. Validité des clauses.....	301
a Les limites légales.....	301
b Les limites jurisprudentielles.....	302
3. Portée des clauses.....	302
§.2 Les interférences entre responsabilités délictuelle et contractuelle.....	303
A Le principe de non option.....	303
B L'application commune de certaines règles.....	304
C L'application cumulative de certaines règles.....	305
SECTION 2 QUELLES RÉFORMES ?.....	306
§.1 Maintien de la dualité de prescriptions.....	307
§.2 La restriction du champ de la responsabilité contractuelle.....	308
§.3 Les conventions relatives à la responsabilité.....	309
§.4 Le dommage réparable et le rôle du juge.....	310
CHAPITRE 3 ORDRE D'APPLICATION DES RÉGIMES DE RESPONSABILITÉS.....	313
SECTION 1 LA NÉCESSITÉ DE DÉGAGER DES CRITÈRES.....	313
SECTION 2 PROPOSITION DE CRITÈRES.....	315
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	317
PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	319
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LE DROIT À RÉPARATION.....	321
SECTION 1 LA NAISSANCE DU DROIT À RÉPARATION.....	321
§.1 Les différentes théories.....	322
§.2 Droit et créance.....	326
SECTION 2 LA DISPONIBILITÉ DU DROIT À RÉPARATION.....	328
SECTION 3 LA TRANSACTION.....	332
A La remise en cause de la transaction.....	335
1. Conditions de formation du contrat et vices du consentement.....	336
2. La théorie de l'imprévision.....	339
B La révision de la transaction.....	339
1. La procédure de révision des jugements.....	340
2. L'applicabilité de la révision à la transaction.....	340

TITRE 1. L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE.....	345
CHAPITRE 1 LE JUGE ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	347
SECTION 1 LE JUGE CRÉATEUR DE DROIT.....	348
§.1 Le juge, législateur supplétif.....	349
A La lacune de la loi suisse.....	349
B Le juge du cas dans le vide législatif français.....	350
§.2 Le statut de la règle jurisprudentielle.....	352
A La jurisprudence source de droit.....	353
1. La portée de la décision du juge.....	354
2. La motivation.....	355
3. Compilation et publication.....	357
B La sécurité juridique limite nécessaire.....	358
1. La bonne foi principe directeur du droit suisse.....	359
a La motivation du revirement de jurisprudence.....	359
b L'aménagement dans le temps des effets du revirement.....	360
2. L'évolution du droit français.....	362
C Propositions.....	364
SECTION 2 LE POUVOIR DU JUGE DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI.....	365
§.1 Le pouvoir de modulation.....	366
A Le principe de l'article 4 du Code civil suisse.....	366
1. L'existence d'une obligation de réparer	367
a Existence d'une responsabilité.....	367
b Existence d'un dommage réparable.....	368
2. La modulation du quantum de la réparation.....	368
3. L'octroi d'une indemnisation en équité.....	370
B Propositions de réforme.....	370
1. L'admission en équité d'une obligation à réparation.....	371
2. L'étendue de la réparation.....	372
a La faute de la victime.....	372
b La réparation de la faute lucrative.....	373
c La réparation du dommage nécessaire.....	375
§.2 Le pouvoir d'appréciation du juge.....	376
A Le choix du mode de réparation.....	376
B La qualification juridique.....	379
C L'appréciation des preuves.....	380
CHAPITRE 2 LES MODALITÉS DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE.....	381
SECTION 1 LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE.....	382
A Les différents délais de prescription.....	387
1. Les délais de prescription civile.....	387
a Les délais de droit commun.....	387
b Les délais spéciaux.....	390
c Les modifications conventionnelles des délais de prescription.....	392
2. Les délais de la prescription pénale.....	393
3. Les délais de la prescription administrative.....	395
4. Délais préfix ou de péremption.....	396
B Les règles de computation des délais.....	398
1. Le point de départ du délai.....	399
2. Interruption et suspension.....	405
a Interruption.....	406
(1) Les causes d'interruption.....	406
(2) Les effets de l'interruption.....	407
b La suspension.....	410
C Les effets de la prescription extinctive.....	413
1. La portée de l'effet extinctif de la prescription.....	414
2. L'absence d'automatisme de la prescription.....	416
a La prescription doit être invoquée.....	416
b L'absence de pouvoir d'appréciation du juge.....	418
3. La prescription des actions directes ou récursoires.....	419

D Les règles de droit transitoire en matière de prescription.....	422
SECTION 2 LA PLURALITÉ DE RESPONSABILITÉS.....	426
§.1 Les conditions de la coresponsabilité.....	427
A Les faits cause du dommage.....	427
1. La faute commune.....	427
2. La faute conjointe.....	428
3. La victime coresponsable.....	428
a La faute de la victime.....	429
b Opposabilité de la faute de la victime à ses ayants-droits.....	430
4. Pas de force majeure partielle.....	433
B Le préjudice unique.....	434
§.2 Les effets de la coresponsabilité.....	435
A La compétence territoriale en cas de pluralité de responsables.....	435
B La responsabilité solidaire des coauteurs.....	435
1. Source(s ?) de la solidarité.....	436
a La solidarité légale des coresponsables.....	436
b L'absence de principe légal général.....	436
2. Les effets de la solidarité entre coresponsables.....	440
a Obligation au tout.....	440
b Les autres conséquences de la coresponsabilité.....	441
(1) Solidarité parfaite.....	441
(2) L'obligation in solidum des coresponsables.....	442
C La répartition de la dette entre co-obligés.....	443
1. Les actions.....	443
a L'action subrogatoire.....	443
b L'action personnelle.....	444
2. Les règles de répartition.....	445
D Le projet de réforme suisse.....	448
1. La compétence territoriale en cas de pluralité de responsables.....	448
2. La généralisation de la solidarité parfaite.....	449
3. La suppression de l'obligation in solidum.....	449
4. Une solution adaptée au droit de la responsabilité civile ?.....	450
SECTION 3 ACTIONS PARTICULIÈRES.....	451
§.1 L'action civile devant les juridictions pénales.....	451
A Les titulaires de l'action.....	454
B Les modalités de l'action.....	456
§.2 L'action constatatoire de droit.....	457
A Le droit positif français.....	458
B Le droit positif suisse.....	459
C Les projets de réforme.....	460
TITRE 2. LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	463
CHAPITRE 1 LES DIFFÉRENTS PAYEURS.....	467
SECTION 1 LES ASSURANCES SOCIALES.....	467
§.1 L'intervention de l'assurance.....	468
§.2 Les actions récursoires des caisses.....	471
SECTION 2 LES FONDS DE GARANTIE.....	474
§.1 Généralités.....	476
§.2 L'impossibilité d'indemnisation.....	477
SECTION 3 LE CONTRAT D'ASSURANCE.....	479
§.1 L'obligation d'assurance.....	481
A L'édiction de l'obligation d'assurance.....	481
1. La compétence législative de principe.....	482
2. Relation avec la responsabilité pour risque.....	484
§.2 Le contenu impératif du contrat.....	486
A L'appel en garantie.....	486
B Les exclusions de garantie.....	487

C Propositions du projet de réforme.....	489
CHAPITRE 2 LES MÉCANISMES DE COORDINATION.....	493
SECTION 1 L'ACTION DIRECTE.....	493
§.1 L'admission de l'action directe.....	495
A Prise de conscience du problème et réponse législative partielle.....	495
B La consécration de l'action directe.....	496
C La nature duale de l'action directe.....	498
§.2 La mise en œuvre de l'action directe.....	500
A La compétence territoriale.....	501
B Loi applicable.....	502
C Prescription.....	503
D La créance d'indemnisation.....	506
E Opposabilité des exceptions.....	507
1. L'admission de l'opposabilité des exceptions.....	507
2. Les exceptions.....	508
F L'obtention d'une provision.....	510
1. La décision accordant une provision.....	510
2. L'exécution provisoire.....	512
SECTION 2 LES RECOURS EN CONTRIBUTION.....	512
§.1 L'action subrogatoire.....	513
A La subrogation.....	514
1. Le droit français.....	514
2. Le droit suisse.....	516
B Le recours subrogatoire.....	516
1. L'admission générale du recours subrogatoire.....	517
2. Limites au recours subrogatoire.....	518
a Les immunités.....	519
(1) Les proches.....	519
(2) Le préposé ou l'auxiliaire.....	519
(3) La responsabilité pour faute.....	521
b Le droit préférentiel de la victime.....	522
§.2 L'action personnelle.....	524
A Le principe de l'action personnelle.....	525
B Les obstacles à l'exercice de l'action récursoire.....	526
1. L'ordre des recours.....	526
2. La prescription de l'action personnelle.....	527
§.3 Propositions.....	528
CHAPITRE 3 LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LE TEMPS.....	531
SECTION 1 L'ÉVOLUTION FUTURE DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ.....	531
SECTION 2 LE DROIT TRANSITOIRE.....	532
CONCLUSION	535
ANNEXES	539
PROJET DE LOI PORTANT RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.....	539
PROJET DE RÉFORME SUISSE (1998).....	547
PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW (2003)	556
EXTRAITS DU PROJET CATALA (2005).....	567
BIBLIOGRAPHIE.....	577
OUVRAGES GÉNÉRAUX.....	577
MONOGRAPHIES.....	581
OUVRAGES COLLECTIFS	583
RAPPORTS OFFICIELS, TRAVAUX LÉGISLATIFS, TEXTES DE LOI.....	585
ARTICLES	587
Sites internet.....	609
INDEX.....	611