

# DROIT DES OBLIGATIONS, PARTIE GÉNÉRALE

Troisième semestre

Responsabilité civile



Moi ! que j'aïlle crier dans ce pays barbare,  
Où l'on voit tous les jours l'innocence aux abois  
Errer dans les détours d'un dédale de lois ?

Boileau, Œuvres poétiques

Sylvain Marchand

– Eh ! Monsieur, c'est ce qui fait mon chagrin, parce que, voyez-vous, ça me rend un peu responsable.

Zola, Le docteur Pascal, Ch. X.

## I. D'UNE OBLIGATION CONSENTIE À UNE OBLIGATION IMPOSÉE

### a. Responsabilité contractuelle et responsabilité civile

1. La responsabilité contractuelle, exprimée dans son principe à l'article 97 CO, a deux caractéristiques :

- *Il s'agit d'une responsabilité consentie* : n'est responsable contractuellement que celui qui a consenti à assumer ce risque en concluant un contrat.
- *Il s'agit d'une responsabilité particulière* : la responsabilité contractuelle découle de la violation d'une obligation à l'égard d'un ou plusieurs contractants, à l'exclusion de tout tiers. Seules peuvent se prévaloir de la responsabilité contractuelle d'une partie au contrat les autres parties à ce contrat. Il existe à cette expression du principe de la relativité du contrat quelques exceptions légales (notamment la stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO) et quelques exceptions envisagées par la doctrine (avec les théories du contrat avec un effet protecteur à l'égard des tiers - *Vertrag mit Schutzwirkung gegenüber Dritten*, ou de la réparation du dommage d'un tiers - *Drittschadensliquidation* ; voir à ce sujet ATF 117 II 315 cons. 5c)) mais il s'agit d'épiphénomènes par rapport au principe essentiel du caractère particulier de la responsabilité contractuelle.

2. Les tribunaux suisses restent à juste titre prudents quant à la perspective d'une responsabilité contractuelle à l'égard de tiers, qui nous semble dénaturer l'idée même du contrat :

*« Toutefois, l'obligation de bonne et fidèle exécution du mandat n'existe qu'à l'égard du mandant et non pas à l'égard de tierces personnes, conformément au principe de la relativité des conventions qui découle de la liberté de conclure (...)*

*En particulier, la construction doctrinale d'origine allemande d'un contrat avec effet protecteur pour les tiers n'est pas admise par le Tribunal fédéral et n'a pas de véritable raison d'être en droit suisse (Tercier/Pichonnaz, op. cit., p. 57s n. 230a et 230b avec références ; Morin, op. cit., n. 43 ad art. 1 CO). Il en va de même pour l'autre construction doctrinale – également d'origine allemande – de la Drittschadensliquidation dont l'application n'est de toute façon proposée que dans*

*certaines hypothèses bien délimitées (dont essentiellement celle de la représentation indirecte ; cf. à ce sujet l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_422/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.6) et non réalisées en l'espèce. »*

*(Cour de justice de Genève, ACJC/398/2014 du 28.03.2014 cons. 4)*

3. Indépendamment de tout contrat, il existe de nombreuses circonstances dans lesquelles le responsable d'un dommage causé à autrui doit réparer ce dommage, et assume donc une responsabilité à l'égard du lésé. Celui qui endommage fautivement la propriété d'autrui ou porte atteinte à son intégrité corporelle assume potentiellement une responsabilité pénale, mais aussi l'obligation de droit privé de réparer le dommage ainsi causé. Cette responsabilité ne repose pas sur l'existence d'un contrat préexistant entre l'auteur du dommage et le lésé, mais sur les règles de la responsabilité civile.
4. Par opposition à la responsabilité contractuelle, la responsabilité civile a deux caractéristiques :
  - *Il s'agit d'une responsabilité imposée par la loi.* La responsabilité de l'auteur du dommage ne résulte pas de son consentement mais de la loi.
  - *Il s'agit d'une responsabilité générale.* La responsabilité civile est la conséquence de la violation d'un devoir général assumée par chacun à l'égard de tous.

*Le dommage est causé de manière illicite s'il résulte de la violation d'un devoir général imposé par l'ordre juridique (ATF 123 III 306 consid. 4a ; 119 II 127 consid.3 ; 115 II 15 consid. 3a).*

*(TF, 4C.311/2001 24 janvier 2002 cons. 2b)*

5. Le droit suisse de la responsabilité civile trouve son siège dans le chapitre II du titre premier de la première partie du Code des obligations : « *des obligations résultant d'actes illicites* ». L'article 41 CO est à la responsabilité civile ce que l'article 97 CO est à la responsabilité contractuelle : une règle de base, étoffée d'une abondante jurisprudence et doctrine, et complétée de nombreuses dispositions légales complémentaires.
6. Le droit suisse de la responsabilité repose donc, dans la droite ligne de la tradition romaniste, sur ces deux piliers que sont la responsabilité contractuelle et la responsabilité civile, également désignée comme « *responsabilité délictuelle* ». Comme le notait à juste titre Gaius, s'ajoutent à ces deux piliers « *quelques autres causes particulières* » comme la responsabilité précontractuelle, la responsabilité fondée sur la confiance, ou la responsabilité d'un gérant d'affaire sans mandat.

*Obligiones aut ex contractus nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis Causarum figuris*

*(Les obligations naissent des contrats ou des délits ou de quelques autres causes particulières)*

*(Gaius, Digeste, Livre XLIV, Titre VII, 1)*

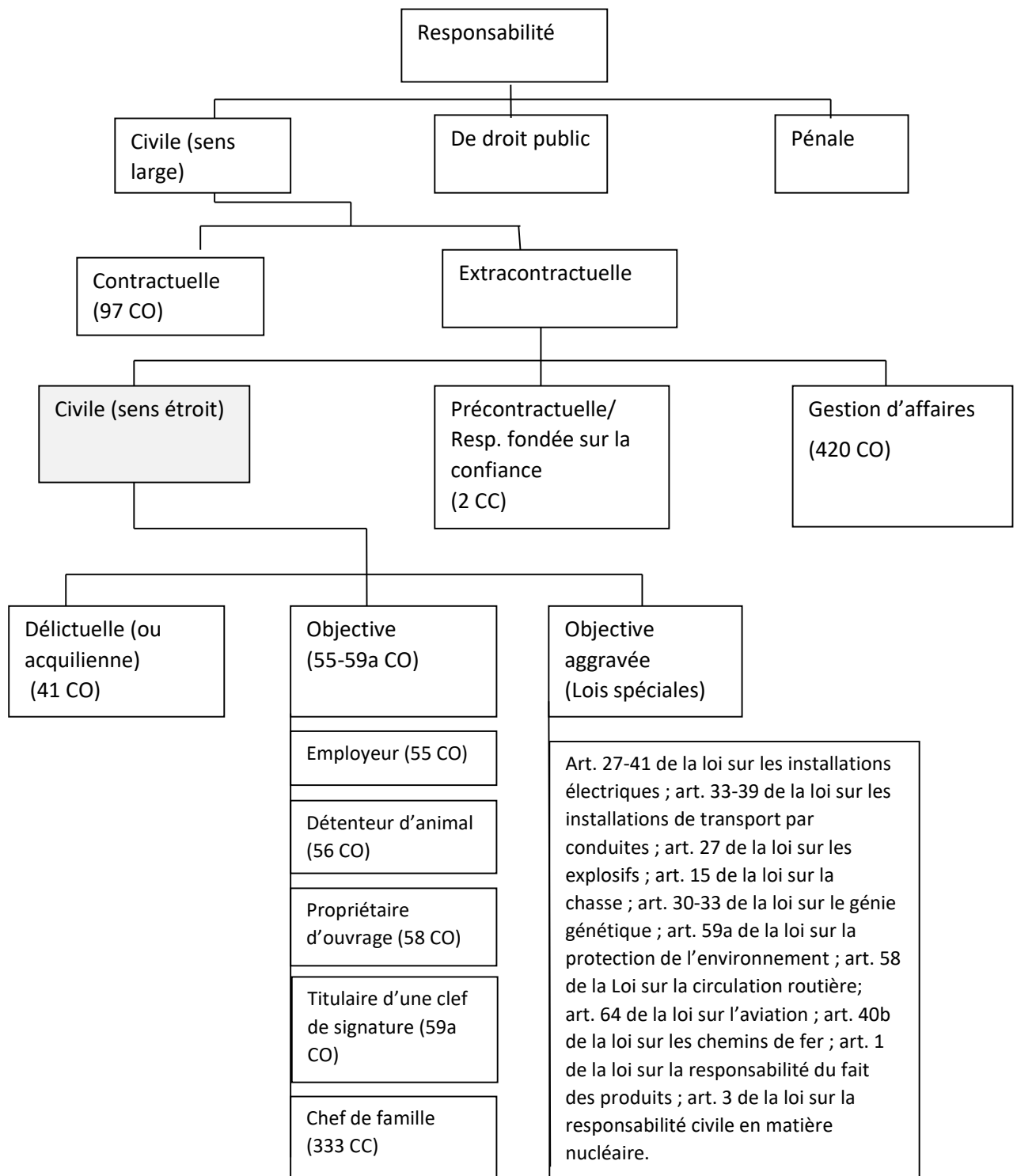
## b. Cadre terminologique

7. Le terme de responsabilité civile est polysémique, et peut être utilisé au sens large ou au sens strict. Au sens large, la responsabilité civile désigne toute responsabilité de droit privé, par opposition aux responsabilités de droit public ou aux responsabilités pénales. Ainsi le terme « *d'assurance responsabilité civile* » couvre en général toutes les responsabilités de droit civil de l'assuré, qu'il s'agisse de sa responsabilité contractuelle ou délictuelle.

*Au sens strict, le droit de la responsabilité civile comprend les règles relatives aux conditions de la responsabilité (not. art. 41, 55, 56 et 58 CO) et celles qui en déterminent les effets (art. 42 ss CO ; Werro, La responsabilité civile, 2011, pp. 3-4, nos 1 et 2). Toutefois, Brehm évoque une controverse doctrinale et expose l'avis des auteurs en droit des assurances enclins à étendre la notion de "responsabilité civile selon la loi" à la responsabilité contractuelle.*

*(Genève, Cour de justice, ACJC/586/2014 du 23.05.2014 cons. 3.3.1)*

8. Nous utiliserons cependant le terme de responsabilité civile au sens strict, qui désigne une responsabilité extracontractuelle, comprenant :
- *La responsabilité délictuelle (ou aquilienne)* basée sur l'article 41 CO. Le terme de délit ne doit pas être entendu dans son sens pénal. Il renvoie à la notion d'acte illicite, à laquelle se réfère de façon très générale à l'article 41 CO (« *d'une manière illicite* ») sans définir le terme.
  - *Les responsabilités objectives* prévues aux articles 55 à 59a CO. Il s'agit de responsabilités reposant sur un *défaut de diligence* spécifiquement réglementé par le législateur (défaut de diligence de l'employeur qui surveille mal son employé, art. 55 CO ; défaut de diligence du propriétaire d'animal qui surveille mal son animal (art. 56 CO) ; défaut de diligence du propriétaire d'ouvrage qui ne prend pas les mesures de sécurité requises (art. 58 CO) ; défaut de diligence du titulaire d'une signature électronique qui ne prend pas les mesures utiles pour éviter un usage abusif de cette signature (art. 59a CO). On trouve également un cas de responsabilité objective en droit de la famille, reposant sur le défaut de diligence du chef de famille qui surveille mal une personne qui se trouve sous son autorité (art. 333 CC). Ces responsabilités sont qualifiées d'objectives car il appartient à celui dont la responsabilité est mise en cause d'apporter la preuve libératoire de sa diligence.
  - *Les responsabilités objectives aggravées* sont des responsabilités qui découlent d'une *activité*, indépendamment de tout défaut de diligence. Certaines activités intrinsèquement dangereuses sont tolérées par le législateur en raison de leur utilité. En contrepartie, le législateur organise un système de responsabilité garantissant aux victimes de ces activités un droit quasiment systématique à une indemnisation. On trouve ces règles de responsabilité objective aggravées dans des lois spéciales qui viennent compléter le Code des obligations.
9. Le tableau suivant permet d'avoir une vision panoramique du droit de la responsabilité, et de la terminologie consacrée en la matière.



## II. CHAMPS RESPECTIFS DU CONTRAT ET DU DÉLIT

### a. Principe du concours alternatif

10. Le chef de responsabilité est l'acte qui génère l'obligation de réparer un dommage. Il s'agit :

- De l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat pour la responsabilité contractuelle (art. 97 CO).
- De l'acte illicite pour la responsabilité délictuelle (art. 41 CO).

11. Ces deux chefs de responsabilité sont indépendants l'un de l'autre. L'acte illicite ne suppose pas l'existence d'une relation contractuelle préexistante entre le lésé et le responsable. A l'inverse, la violation d'un contrat n'est pas un acte illicite, car elle procède de la violation d'un devoir particulier, et non d'un devoir général assumé par tous à l'égard de tous (parfois qualifié par la jurisprudence de « *devoir universel* »).

*Or, la violation d'une obligation contractuelle, en l'absence d'un devoir universel, ne saurait fonder la responsabilité sur la base de l'art. 41 CO.*

*(TF, 4C.311/2001 24 janvier 2002 cons. 2.3)*

12. Pour autant, il peut arriver qu'un acte illicite et la violation d'un contrat coïncident. L'erreur médicale d'un médecin privé est à la fois la violation d'un contrat (le contrat de mandat conclu entre le médecin et son patient) et un acte illicite (une atteinte à l'intégrité corporelle). Un garagiste qui remet à son client un véhicule défectueux est responsable contractuellement (mauvaise exécution du contrat) et pour acte illicite (atteinte à l'intégrité corporelle ou dommage à la propriété) des dommages causés à son client par l'accident qui en résulte.

*[la demanderesse] ne pouvait ignorer, en sa qualité de spécialiste, les risques liés à une telle défektivité. Si elle ne parvenait pas à en déterminer la cause, elle ne pouvait se contenter de remettre le véhicule à son client en déclarant qu'il était en ordre. (...). Le garagiste a ainsi commis une faute engageant sa responsabilité selon l'art. 41 CO.*

*(TF, 04.11.1980 in JdT 1981 I p. 388 ss)*

13. Dans ces situations, le droit suisse retient la solution d'un concours alternatif entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (voir notamment Engel, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e éd., Berne 1997, ch. 44, Le concours de l'action contractuelle avec l'action délictuelle).

*En principe, le Tribunal fédéral a admis le cumul des moyens pris de la faute contractuelle et des actes illicites lorsque la violation d'un contrat implique celle d'un devoir général de l'ordre juridique (RO 64 II 259 s. ; 71 II 113).*

*(ATF 91 I 223 cons. vvi.2)*

14. Ce concours alternatif signifie :

- Que le lésé peut choisir de faire valoir la violation du contrat ou l'existence d'un acte illicite. Il est ainsi admis en droit de la vente qu'en cas de livraison d'une chose défectueuse, l'acheteur peut choisir entre responsabilité contractuelle (garantie pour les défauts) et délictuelle lorsque la chose défectueuse cause un dommage à son intégrité corporelle ou à sa propriété.

*Gemäss ständiger Rechtsprechung stehen nun zwar dem Käufer, dem durch die Lieferung einer mit Mängeln behafteten Sache ein Schaden erwachsen ist, nicht nur die vertraglichen Ansprüche aus Art. 97 ff. und Art. 197 ff. OR zu Gebote, sondern er kann sich unter bestimmten Voraussetzungen auch auf die Vorschriften über die Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) berufen.*

*(ATF 90 II 86 cons. 2)*

- Que les conditions respectives des deux actions restent en principe autonomes, en ce sens que si les conditions d'une action contractuelle ne sont pas remplies, cela n'affecte pas nécessairement l'action délictuelle. La victime d'un acte illicite ne saurait en effet être pénalisée par le fait qu'elle a conclu un contrat avec l'auteur de l'acte dommageable (voir Kramer Ernst A., Juristische Methodenlehre, 6e éd., Berne 2019, p. 130). Il peut cependant arriver que les régimes juridiques influent l'un sur l'autre. Il a ainsi été considéré dans un arrêt ancien que l'acheteur qui reçoit une chose défectueuse et omet d'en signaler les défauts au vendeur ne perd pas seulement ses droits découlant du contrat comme c'est prévu à l'article 201 CO, mais également le droit de faire valoir la responsabilité délictuelle du vendeur. Selon le Tribunal fédéral l'acheteur qui ne signale pas le défaut immédiatement reconnaît de façon irréfugable qu'il a reçu une chose sans défaut (ATF 67 II 132 = SJ 1941, 488). La question reste discutée en droit suisse (voir Honsell, Basler Kommentar, art. 201, N 3 ; Giger, Berner Kommentar, art. 201, N 101, et 102).
- Qu'en vertu du principe *jura novit curia*, le juge garde le pouvoir, dans les limites de sa compétence *ratione loci*, d'accorder à une partie lésée des dommages et intérêts sur la base d'un chef de responsabilité qui n'est pas celui qui était invoqué par cette partie, dans la mesure où tous les faits nécessaires à la reconnaissance de ce chef de responsabilité ont été portés à la connaissance du juge.

*Le principe "jura novit curia" est d'application générale en procédure civile. Il oblige le juge à examiner une prétention sous tous ses angles juridiques, quoi qu'en disent les règles d'organisation judiciaire (SJ 1965 p. 608) ou les conventions de procédure et quelle qu'ait été l'argumentation juridique soutenue par les parties (SJ 1965 p. 616). Ce principe trouve sa cohérence dans le fait que la détermination de l'objet du litige est indépendante de la norme légale invoquée par les parties.*

*[Genève, Cour de justice, ACJC/403/2013 du 22.03.2013 cons. 5.1]*

## **b. Discussions sur une dichotomie**

15. La dichotomie responsabilité civile/responsabilité contractuelle, clairement délimitées et en concours alternatif, fait l'objet de fréquentes remises en cause.

16. D'autres ordres juridiques prévoient la spécialité de la responsabilité contractuelle au motif que le régime contractuel consenti par les parties doit l'emporter sur les règles générales. Ce principe de non-cumul a été posé en France par un arrêt de la Cour de Cassation en 1922.

*Attendu que c'est seulement en matière de délit ou quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait ; Que les articles 1382 et suivants [la responsabilité délictuelle] sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat*

*(Cass. civ. 11 janvier 1922, D. 1922, 1, 16 ; S. 1924, 1, 105, n. R. Rodière. commenté dans Les grands arrêts de la jurisprudence civile, H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Tome 2, 12ème éd., Dalloz 2008, p. 279 et s.)*

17. Des projets de réforme du droit suisse de la responsabilité civile tendaient au contraire à privilégier la responsabilité civile, par absorption de la responsabilité contractuelle découlant de la mauvaise exécution du contrat. Ce projet n'a pas été retenu par le législateur mais faisait échos aux doutes qui s'expriment souvent sur la dichotomie entre responsabilité civile et responsabilité contractuelle.

*En Suisse, à l'instigation de Jäggi (Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in : Mélanges W. Schönenberger, Fribourg 1968, p. 181 ss), un courant de la doctrine a émis des critiques sérieuses sur la justification du concours d'actions et sur l'opportunité de maintenir en l'état la dichotomie entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle.*

*(Pierre Widmer, Pierre Wessner, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, rapport explicatif, p. 64)*

18. Dans la même perspective, diverses propositions doctrinales ont été faites de déplacement de la ligne de démarcation entre responsabilité civile et responsabilité contractuelle, à l'instar de la proposition du prof. Werro. Cet auteur a ainsi proposé que tous les cas de mauvaise exécution des contrats comportant des obligations de moyens (contrats de service) soient traités sous l'angle de l'article 41 CO. Ces solutions, peut-être trop subtiles pour avoir la lisibilité nécessaire à un ordre juridique, sont écartées par le Tribunal fédéral.

*L'opinion de WERRO (op. cit., ibidem), qui entend soumettre à un régime différend la violation d'une obligation selon sa nature (obligation de moyens/obligation de résultat) est une opinion isolée, qui ne se concilie pas avec la distinction qu'il y a lieu d'opérer entre la responsabilité délictuelle, qui sanctionne la violation d'un devoir général qui s'impose à tous les sujets de droit, et la responsabilité contractuelle, qui sanctionne la violation d'un devoir relatif, qui lie généralement une personne unique envers une autre personne précise.*

*(TF, 4A\_201/2016 du 01.03.2017 cons. 5)*

19. A notre avis aussi, cette délimitation traditionnelle entre responsabilité délictuelle basée sur un acte illicite (devoir général) et responsabilité contractuelle basée sur le contrat (devoir particulier) garde tout son sens. La solution du concours alternatif s'impose, car l'existence d'un contrat ne doit pas faire perdre aux cocontractants le bénéfice de règles générales applicables à tous. A l'inverse, il n'y a pas de raison que l'existence d'un acte



illicite commis dans le cadre de l'exécution d'un contrat fasse perdre au lésé le bénéfice du régime contractuel consenti par les deux parties.

20. Une uniformisation des deux régimes (qui supprimerait la question du concours et de la ligne de démarcation) est par ailleurs régulièrement envisagée en doctrine ou par le législateur. Dans son ouvrage de référence *The death of contract*, un auteur américain, *Grant Gillmore*, préconisait en 1976 déjà l'abandon des concepts de responsabilité contractuelle (*contract*) et délictuelle (*tort*) au profit d'une responsabilité unique, élargiment appelée *contort*. Quarante ans plus tard, le contrat est toujours vivant.
21. Cette idée se retrouve en droit du transport international, où le législateur international n'a pas renoncé à la distinction entre les deux régimes, mais a inséré dans toutes les conventions du transport international la règle selon laquelle le régime spécifique (et en grande partie impératif) de la responsabilité contractuelle du transporteur, fait d'exonérations et de limitations, s'applique également lorsque l'expéditeur agit sur une base délictuelle (atteinte à la propriété). En droit maritime par exemple, les règles de La Haye-Visby prévoient cette convergence des régimes de responsabilité.

*Les exonérations et limitations prévues par la présente Convention sont applicables à toute action contre le transporteur en réparation de pertes ou dommages à des marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport, que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou sur une responsabilité extracontractuelle.*

*(Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance (règles de La Haye Visby), RS 0.747.354-11, art. 4bis al. 1)*

22. Plus modestement, le législateur suisse a envisagé récemment de renoncer à un régime distinct de prescription pour les responsabilités contractuelle et délictuelle.

*L'ensemble du régime relatif à la prescription doit être unifié en vue d'une simplification et d'une amélioration de la sécurité du droit. L'avant-projet (...) vise à harmoniser les régimes de prescription appliqués aux contrats et à l'enrichissement illégitime avec les règles de la responsabilité civile. Il sera ainsi possible d'appréhender de la même manière, sous l'aspect de la prescription, des situations similaires (on pense notamment aux prestations en dommages-intérêts découlant de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité civile ; voir la partie générale, ch. 2.3.1).*

*(Rapport relatif à l'avant-projet (droit de la prescription), Août 2011)*

23. Le projet a été jugé trop audacieux, et les différences maintenues mais atténuées. L'approche ancestrale de ces deux piliers de la responsabilité, clairement délimités, autonomes et en concours alternatifs, que sont la responsabilité contractuelle et la responsabilité civile reste au cœur de notre système de droit de la responsabilité.

### **c. Comparaison des régimes juridiques**

24. Tout régime de responsabilité suppose un chef de responsabilité, un dommage, un lien de causalité, et en règle générale une faute.
25. Si les chefs de responsabilité en matière délictuelle (l'acte illicite) et contractuel (la violation du contrat) sont distincts, le régime général de responsabilité en termes de

*détermination du dommage, fixation de l'indemnité, et lien de causalité* sont identiques. En effet, ce régime général est déterminé par les articles 42 à 54 CO dans le chapitre consacré aux obligations résultant d'un acte illicite. Ces dispositions sont cependant également applicables à la responsabilité contractuelle, par le renvoi général de l'article 99 al. 3 CO, qui crée un pont entre ces deux champs de responsabilité.

26. En revanche, le *régime de la faute* n'est pas le même. En matière contractuelle, la faute est présumée. Il appartient donc au débiteur qui n'exécute pas ou mal le contrat de prouver le cas échéant son absence de faute, c'est-à-dire l'absence de manquement à la diligence due. Il peut ainsi se prévaloir d'un cas de force majeure, qui le libère de son obligation (art. 119 al. 1 CO). La responsabilité délictuelle de l'article 41 CO repose également sur une condition de faute (« *soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence* »), mais la faute n'est pas présumée et la charge de sa preuve incombe au lésé. Cette différence en termes de charge de la preuve nous paraît justifiée, car une présomption de faute généralisée relèverait d'une vision très autoritariste du droit.
27. La *notion de faute* est en revanche similaire dans les deux régimes. Il s'agit d'un manquement à la diligence due, qui peut être grave, moyen ou léger. La faute légère n'exempte pas son auteur mais cette légèreté peut être prise en considération par le juge dans la fixation de l'indemnité due (art. 43 al. 1 CO). Les critères retenus par les tribunaux sont exprimés en termes très généraux, par rapports aux règles raisonnables de la prudence.

*Constitue une faute grave la violation de règles élémentaires de prudence dont le respect se serait imposé à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances (arrêt précité 4A\_398/2009 consid. 6.1 ; ATF 128 III 76 consid. 1b p. 81 ; 119 II 443 consid. 2a). Commet, en revanche, une négligence légère la personne qui ne fait pas preuve de toute la prudence qu'on aurait pu attendre d'elle, sans toutefois que sa faute - non excusable - puisse être considérée comme une violation des règles de prudence les plus élémentaires (arrêt précité 4A\_398/2009 consid. 6.1. ; LUC THÉVENOZ, in Commentaire romand, 2e éd. 2012, n° 15 ad art. 100 CO)*

*TF 4A\_386/2016, du 5 décembre 2016, cons. 2.2.5.*

28. De même, une différence importante entre les deux régimes existe en matière *d'imputabilité du fait d'un tiers*. Il arrive fréquemment qu'une partie soit responsable à l'égard du lésé en raison de faits commis par un tiers. Cela suppose que le fait de ce tiers soit imputé à cette partie. Le régime d'imputabilité du droit suisse est le suivant :
- *Responsabilité contractuelle d'une partie du fait de son auxiliaire*. Lorsqu'une partie à un contrat confie à un tiers (désigné comme l'« *auxiliaire* ») l'exécution de ses obligations contractuelles, le fait de cet auxiliaire est imputable à cette partie comme si elle avait agi elle-même (art. 101 CO). Le fait d'employés ou de sous-traitants exécutant les obligations contractuelles d'une partie au contrat lui est imputable, et peut donc conduire à sa responsabilité contractuelle.
  - *Responsabilité du mandataire pour le fait d'un substitut*. Cette règle générale d'imputabilité de l'article 101 CO connaît une exception pour les contrats de mandat, si le contrat autorisait le mandataire à se substituer un tiers pour l'exécution du

mandat. Selon l'article art. 399 al. 2 CO, le mandataire ne répond alors que du choix du substitut, dans la mesure en tout cas où cette substitution a eu lieu dans l'intérêt du mandant (ATF 112 II 347).

- *Responsabilité objective d'un employeur pour l'acte illicite d'un employé.* En matière de responsabilité délictuelle, il n'existe pas de règle d'imputabilité similaire à celle de l'article 101 CO, en ce sens que chaque personne est responsable à titre personnel des actes illicites qu'elle commet. Cependant, un employeur peut être tenu responsable civilement des actes illicites commis par ses employés dans le cadre de l'exécution de leur travail, du fait de la responsabilité objective de l'employeur prévue à l'article 55 CO. L'employé et l'employeur sont donc tous deux solidairement responsables pour le même dommage, mais selon des causes différentes. Il s'agit d'un cas de solidarité imparfaite (art. 51 CO).
- *Responsabilité subsidiaire d'une entreprise pour un acte illicite commis par un employé non-identifié.* En matière pénale, une entreprise est responsable d'un crime ou d'un délit commis en son sein lorsque la personne physique incriminée ne peut être déterminée (art. 102 al. 1 CP). Si ce crime ou délit est également un acte illicite au sens de l'article 41 CO, l'entreprise est également civilement responsable. Il s'agit donc d'un cas de responsabilité subsidiaire.
- *Responsabilité alternative d'une entreprise pour l'acte illicite d'un employé identifié.* Pour certains délits en matière financière (organisation criminelle, financement du terrorisme, blanchiment d'argent, corruption), l'entreprise peut se voir imputer le crime ou le délit de l'un de ses employés, même si cet employé a été identifié, dans la mesure où l'entreprise peut se voir reprocher de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction (art. 102 al. 2 CP). Le Tribunal fédéral a confirmé que l'article 102 al. 2 CO constitue une norme d'imputabilité, et non une contravention autonome pour défaut d'organisation (sur le débat doctrinal, voir Macaluso/Garbarski, L'article 102 CP ne consacre pas une infraction de mauvaise organisation in AJP 2019, 194 ss). L'entreprise répond des crimes ou délits commis par son employé (dans les délais de prescription afférant à ces infractions). Elle assume donc la responsabilité civile correspondant à ces infractions, comme si elle les avait commis elle-même.

*Zusammengefasst stützte die Beschwerdeführerin die Einstellung infolge Verjährung auf eine Lehrmeinung, welche in der bisherigen Rechtsprechung und mehrheitlich auch in der übrigen Lehre kritisch aufgenommen wurde und welche sich entgegen der Gesetzessystematik und dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 1 StGB gegen eine Zurechnungsnorm und für einen selbstständigen Übertretungstatbestand ausspricht »*

*(TF, 12 décembre 2019, 6B\_31/2019 con. 2.4)*

- *Responsabilité du chef de famille pour les personnes placées sous son autorité.* Le chef de famille répond du fait d'un mineur, d'une personne sous curatelle ou d'un incapable de discernement placé sous son autorité, s'il ne peut se libérer en prouvant une surveillance appropriée de ces personnes (art. 333 CC).

- *Responsabilité de la Confédération pour les faits dommageables des fonctionnaires.* La confédération est responsable des dommages causés par ses fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions (art. 3 al. 1 LRCF). Le fonctionnaire lui-même ne répond pas à l'égard du lésé (art. 3 al. 3 LRCF).
  - *Responsabilité du détenteur pour la faute du conducteur.* Selon l'article 58 al. 4 LCR, le détenteur répond de la faute du conducteur ou d'autres auxiliaires au service du véhicule. Cette norme d'imputabilité exclut souvent la preuve libératoire du détenteur à l'égard du lésé selon l'article 59 LCR, mais ne s'applique pas dans le cadre des rapports entre le détenteur assuré et son assurance RC obligatoire (ATF 91 II 226).
29. De ces règles d'imputabilité du fait d'autrui doit être distinguée la question de la responsabilité *d'une personne morale du fait de ses organes*. Le fait d'un organe est réputé avoir été commis par la personne morale, que ce soit en matière contractuelle dans le cadre de l'exécution d'un contrat auquel cette personne morale est partie, ou pour la commission d'un acte illicite commis par cet organe dans le cadre de ses activités pour cette personne morale (art. 55 CC). Il s'agit d'une règle essentielle du fonctionnement des personnes morales, qui n'agissent qu'à travers leurs organes. L'organe n'est pas un tiers, mais fait partie *es fonction* de la personne morale. Le fait de l'organe est donc considéré comme ayant été directement commis par la personne morale à titre personnel, aux conditions de l'article 55 CC.
30. Le *régime de prescription* de la responsabilité civile diffère de celui de la responsabilité contractuelle. En matière contractuelle, la prescription est de dix (art. 127 CO), parfois cinq ans (art. 128 CO) dès la violation du contrat. En matière délictuelle, la prétention en dommages et intérêts se prescrit dans un délai (relatif) de trois ans dès la connaissance de l'auteur de l'acte illicite et du dommage, et au plus tard de dix ans dès le fait générateur de responsabilité (soit l'acte illicite). Ce délai absolu de dix ans est allongé à vingt ans lorsque l'acte illicite est une atteinte à l'intégrité physique. Les deux délais (relatif et absolu) sont rallongés de la durée de la prescription pénale lorsque l'acte illicite est également un crime ou un délit, pour éviter des situations où le lésé pourrait encore porter plainte mais plus se constituer partie civile (art. 60 al. 1, 1 bis et 2 CO). Ce régime s'applique à la responsabilité délictuelle (art. 41 CO) et objective (art. 55 à 59 CO). Les responsabilités objectives aggravées font en général l'objet de règles de prescription spéciales prévues dans les lois instaurant ces responsabilités, qui pour la plupart (infra chapitre sur la prescription) renvoient à l'art. 60 CO.
31. Il existe néanmoins des liens entre les deux régimes de prescription des responsabilités contractuelle et civile.
- *Modalités de la prescription.* Les articles 132 à 142 CO qui concernent les modalités de la prescription, en particulier les règles d'interruption (art. 135 à 138 CO) et de suspension (art. 134) de la prescription, ainsi que la possibilité de renoncer à la prescription (art. 142 CO) sont également applicables à la prescription de l'article 60 CO.
  - *Atteinte à l'intégrité corporelle.* Lorsque la violation d'un contrat cause une atteinte à l'intégrité corporelle du cocontractant, l'article 128a CO reprend le régime de la

responsabilité civile (délai relatif de trois ans, délai absolu de vingt ans). Il s'agit d'un reliquat de la volonté initiale du législateur d'unifier le régime de prescription de la responsabilité contractuelle et civile. Le *dies a quo* du délai relatif de l'article 128a CO ne reprend pas le critère de la connaissance de l'auteur que l'on trouve à l'article 60 al. 1 CO. Cette omission est justifiée par l'existence d'un contrat entre le lésé et le responsable, qui implique que le responsable soit connu. On peut cependant regretter que le législateur n'ait pas envisagé des situations où le lésé connaît l'existence du dommage mais ignore que ce dommage est causé par la faute contractuelle de son cocontractant. La victime d'une erreur médicale peut constater l'atteinte à son intégrité corporelle (connaissance du dommage) sans forcément identifier le médecin comme le responsable (connaissance de l'auteur). Dans un tel cas, il serait absurde que la prescription contractuelle intervienne avant la prescription délictuelle, mais ce serait pourtant la conséquence logique d'une application stricte du texte de l'article 128a CO.

32. Il résulte de cette analyse que le régime de la responsabilité contractuelle est plus avantageux pour le lésé que celui de la responsabilité civile, même si ces différences tendent à s'estomper et si de nombreux renvois lient les deux régimes. Tel est en tout cas le diagnostic généralement retenu par la jurisprudence.

*Dans l'hypothèse d'un dommage résultant à la fois de la violation d'un contrat et de la commission d'un acte illicite, le responsable aquilien serait généralement avantage par rapport au responsable contractuel, en dérogation à la règle de l'art. 51 al. 2 CO, étant donné que le lésé, pour bénéficier du délai de prescription décennal (art. 127 CO) et du renversement du fardeau de la preuve (art. 97 al. 1 CO), serait le plus souvent enclin à actionner le second et qu'il pourrait le faire bien après l'expiration du délai de prescription annuel applicable à la prétention concurrente (art. 60 al. 1 CO), sans être tenu du reste à entreprendre quoi que ce soit pour interrompre le cours de ce délai.*

*(ATF 133 III 6 cons. 5.3.1)*

33. Cela dit, il n'est pas rare que la faute soit manifeste, que l'acte générateur de responsabilité ait été commis par le responsable lui-même (par opposition à l'acte d'un tiers qui lui serait imputé) et que le lésé ne tarde pas à agir dès l'acte générateur de responsabilité. Dans une telle situation les enjeux du choix entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle s'estompent considérablement. Restent cependant des enjeux de droit international privé qui ne sont pas négligeables.

#### **d. Enjeux du droit international privé**

34. Lorsque la situation factuelle présente des éléments d'extranéité, en particulier lorsque le lésé et l'auteur du fait dommageable sont domiciliés dans des Etats différents, mais également lorsque le fait dommageable est survenu dans un pays qui n'est pas celui du domicile des parties, se posent les questions du droit applicable à la responsabilité éventuelle de l'auteur de l'acte dommageable, et de la compétence *ratione loci* du juge.
35. Un juge suisse détermine le droit applicable selon la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) et les Conventions internationales. Les juges d'Etats membres de l'Union

européenne déterminent le droit applicable selon le règlement de Rome I (obligations contractuelles) et Rome II (obligations non contractuelles).

36. Pour la responsabilité contractuelle, les parties sont en principe libres de déterminer dans le contrat le droit applicable aux prétentions découlant de ce contrat (élection de droit - Art. 116 LDIP et 3 Rome I). Il s'agit de l'un des aspects de la liberté contractuelle (art. 19 CO).

➤ Exemple de clause l'élection de droit

Tout litige au sujet du présent contrat sera soumis au droit suisse.
--

37. A défaut d'élection de droit, le droit du domicile de la partie qui exécute la prestation caractéristique (la prestation qui permet de qualifier le contrat, et qui est en générale la prestation rémunérée du contrat) est applicable (art. 117 LDIP, art. 4 Rome I). La liberté du choix du droit applicable connaît cependant des restrictions, notamment en faveur des consommateurs, c'est-à-dire des personnes qui acquièrent un bien ou un service pour un usage personnel ou familial. L'élection de droit est dans ce cas exclue (en droit suisse) ou limitée (en droit européen), et, à certaines conditions, le consommateur peut se prévaloir du droit applicable au lieu de son domicile (art. 120 LDIP ; art. 6 Rome I).
38. Pour la responsabilité délictuelle, le droit applicable est dans la règle le droit du domicile commun du lésé et du responsable, ou à défaut de domicile commun le droit du lieu où l'acte illicite a été commis, ou a déployé ses effets prévisibles (art. 133 LDIP, art 4 Rome II qui met l'accent sur le lieu où surviennent les effets).
39. L'article 133 al. 3 LDIP (qui trouve son équivalent à l'article 4 al. 3 *in fine* Rome II) crée cependant un nouveau pont entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, en prévoyant que si un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique. En d'autres termes, lorsque l'acte dommageable est à la fois la violation d'un contrat et un acte illicite, le droit applicable au contrat l'est également à la responsabilité délictuelle de l'auteur. Les parties le prévoient parfois expressément dans le contrat, par une clause qui confirme le principe de l'article 133 al. 3 LDIP.

➤ Exemple d'élection de droit comprenant la responsabilité délictuelle

Tout litige directement ou indirectement lié au présent contrat, quelle qu'en soit la cause, contractuelle délictuelle ou autre, sera soumis au droit suisse.
---

40. Cette formulation générale permet d'étendre l'élection de droit à la responsabilité civile, mais aussi à d'autres causes justifiant une prétention en lien avec le contrat, par exemple une prétention en enrichissement illégitime.

*Le droit suisse s'applique au vu de l'élection de droit que les parties ont stipulée par écrit (art. 116 al. 1 et 2 LDIP), y compris en rapport avec les prétentions des intimés pour cause d'enrichissement illégitime (art. 128 LDIP), respectivement en dommages-intérêts consécutifs à un acte illicite violant les rapports juridiques des parties (art. 133 al. 3 LDIP).*

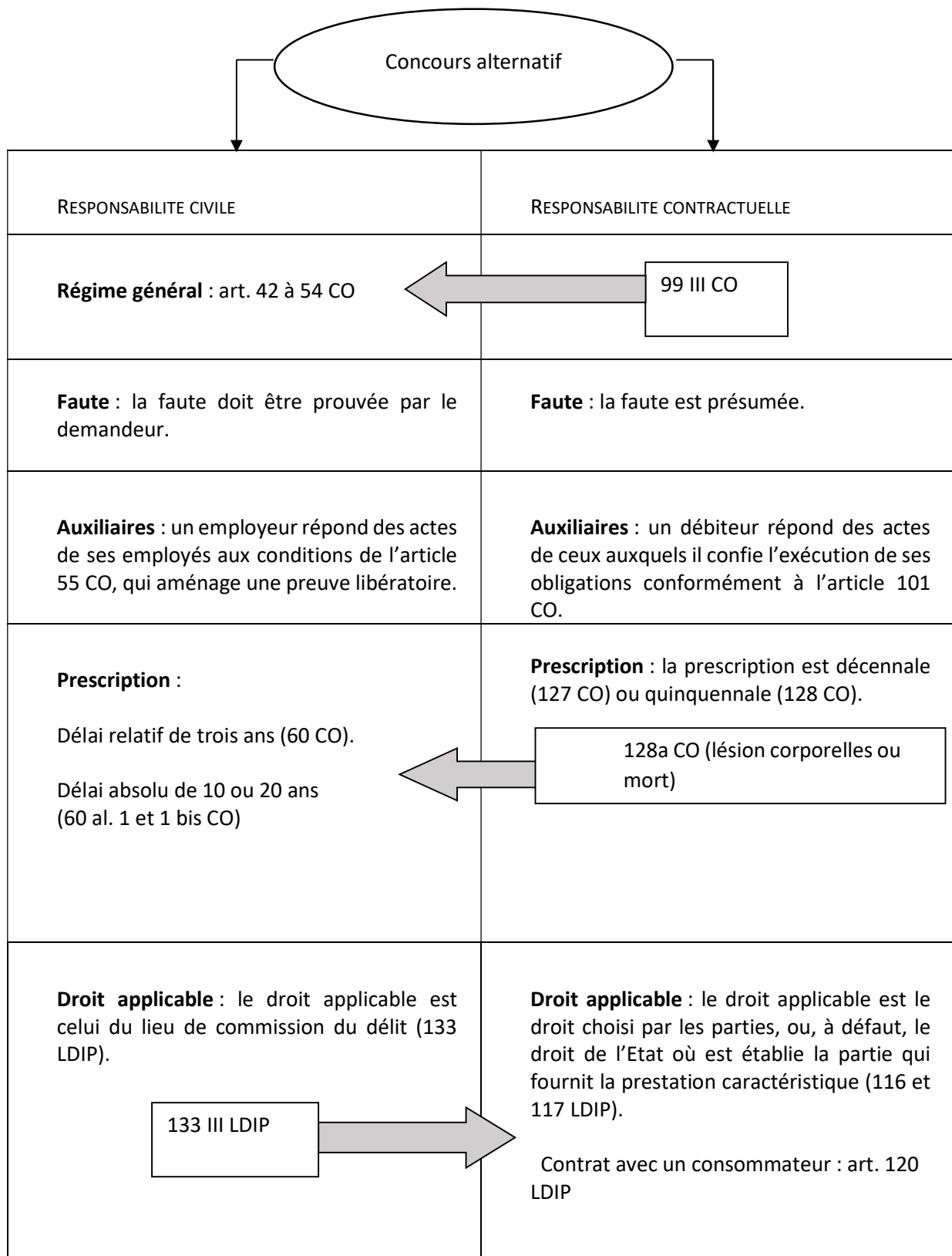
*(Genève, Cour de justice, ACJC/893/2016 du 24.06.2016 cons. 2.1)*

41. Le juge saisi détermine sa propre compétence selon son droit national, y compris les Conventions internationales en vigueur au siège du juge. Le juge Suisse détermine ainsi sa compétence selon le CPC en matière interne, et selon la LDIP en matière internationale. Lorsqu'une partie est domiciliée dans un Etat membre de l'Union européenne, le juge suisse doit cependant déterminer sa compétence selon la Convention de Lugano, qui reprend le règlement UE de Bruxelles 1215/2012.
42. La Convention de Lugano pose le principe d'un for général au domicile du défendeur (art. 2 CLug.), et y ajoute des fors spéciaux selon distinction classique du domaine contractuel (art. 5 ch.1 CLug.) et délictuel (art. 5 ch. 3 LDIP). La Convention reconnaît par ailleurs de façon générale la validité d'une prorogation de for (art. 23 CLug.). Les parties au contrat peuvent donc tout à fait prévoir une prorogation de for comprenant la responsabilité délictuelle.

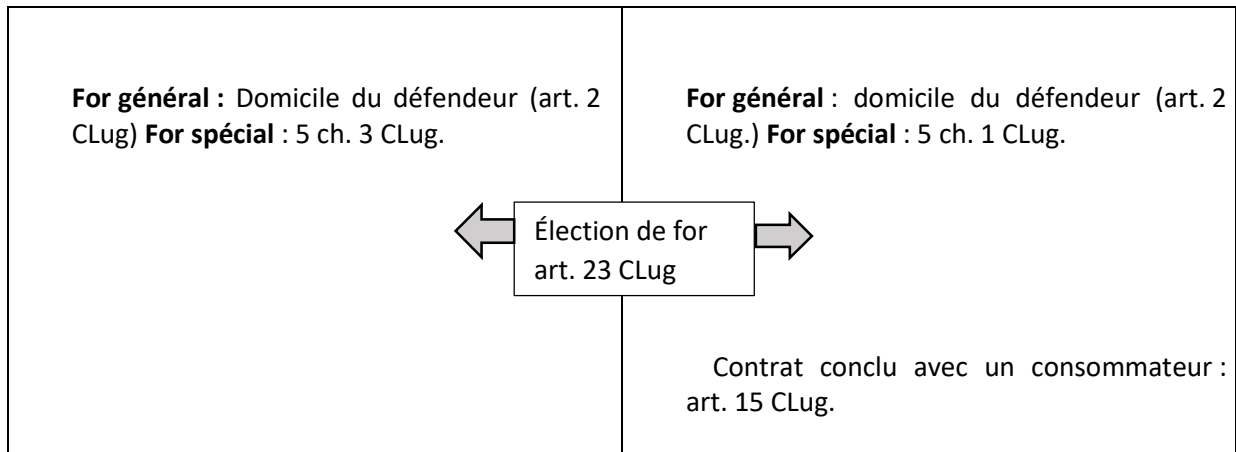
➤ Exemple d'une prorogation de for comprenant la responsabilité délictuelle

Tout litige directement ou indirectement lié au présent contrat, quelle qu'en soit la cause, contractuelle, délictuelle ou autre, sera soumis aux tribunaux genevois, le recours au Tribunal fédéral étant réservé.
---

43. Lorsque le contrat est conclu avec un consommateur, l'article 15 CLug. permet au consommateur de saisir les tribunaux de son domicile, aux conditions de cette disposition, nonobstant une clause d'élection de for.
44. En conclusion, l'enjeu du choix entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle peut aussi être celui du for et du droit applicable. Le renvoi général de l'article 133 al. 3 LDIP au droit applicable au contrat, et la liberté pour les parties, dans les limites des règles de protection des consommateurs, de conclure une élection de droit et de for comprenant la responsabilité délictuelle, relativise cependant cet enjeu.
45. Le *Contort* de Gilmore ne s'est pas imposé. Les nombreux ponts entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle témoignent néanmoins d'un indubitable rapprochement de ces deux responsabilités. Le tableau qui suit récapitule ces différences et ces similitudes :







Il couvrait de mépris, d'aversion et de dégoût tout ce qui avait franchi une fois le seuil légal du mal.

Hugo, Les misérables

## I. ACTE ILLICITE

### a. Illicéité de résultat et illicéité de comportement

46. L'illicéité est mentionnée à l'article 41 CO (« *d'une manière illicite* ») sans être définie. La définition est donc prétorienne, et le Tribunal fédéral a adopté une approche objective de l'illicéité, définie de façon générale comme la violation d'une règle de droit.
47. Au fil du temps, s'est installée dans la jurisprudence une distinction entre deux types d'illicéité : l'illicéité de résultat et l'illicéité de comportement.
48. Les droits subjectifs absolus, en particulier le droit à l'intégrité corporelle et à la vie, le droit de propriété et les droits de la personnalité, se caractérisent par leur opposabilité à tout tiers. Une atteinte par un tiers à de tels droits implique donc la violation d'une règle universelle (qui s'impose à tous) de respect des droits subjectifs absolus. Dès lors, l'illicéité découle de la simple constatation du résultat de l'acte : lorsqu'une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la vie, une atteinte à la propriété d'autrui ou une atteinte à l'honneur ou aux droits de la personnalité d'autrui découle de l'acte d'un tiers, cet acte est en soi illicite. Les tribunaux admettent donc que toute atteinte à ces droits subjectifs absolus est constitutive d'un acte illicite.
49. C'est donc dans le résultat de l'acte dommageable que les tribunaux discernent l'illicéité, ce qui les a conduits à qualifier ce premier type d'atteintes d'*illicéité de résultat*.
50. En revanche, lorsque l'acte dommageable ne porte atteinte qu'à des intérêts économiques sans compromettre un droit subjectif absolu, l'acte n'est illicite que s'il transgresse une règle de droit. Le Tribunal fédéral est flexible dans sa définition de la règle de droit dont la violation est susceptible de constituer un acte illicite. La règle peut être fédérale ou cantonale, écrite ou non écrite, de droit public, pénal ou civil. En revanche, Le Tribunal fédéral considère qu'une règle de droit qui ne vise que la protection d'intérêts publics ou d'intérêt d'une autre nature que ceux du lésé ne doit pas fonder une responsabilité civile. S'ajoute donc à la définition de l'acte illicite la condition que la règle violée ait pour but la protection d'intérêts conformes à ceux du lésé.
51. Dans ce cas, c'est la violation de la règle par l'auteur de l'acte dommageable qui est mise en exergue, et donc son comportement. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral qualifie ces situations d'*illicéité de comportement*.

*Dans la conception objective de l'illicéité suivie par le Tribunal fédéral (ATF 132 III 122 consid. 4.1 et les arrêts cités), on distingue l'illicéité de résultat (Erfolgsunrecht), qui suppose l'atteinte à un droit absolu du lésé, de l'illicéité du comportement (Verhaltensunrecht). Lorsqu'il est question, comme en l'espèce, d'un préjudice purement économique, celui-ci ne peut donner lieu à réparation, en vertu de l'illicéité déduite du comportement, que lorsque l'acte dommageable viole une norme qui a pour finalité de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé (ATF 132 III 122 consid. 4.1). De telles normes 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 fédéral ou de droit cantonal (ATF 116 la 169 consid. 2c p. 169 et les références).*

*(ATF 133 III 323 cons. 5.1)*

52. La condition supplémentaire du but de la règle violée dans l'illicéité de comportement donne lieu à une abondante jurisprudence et à une casuistique complexe (voir à ce sujet Brehm, Berner Kommentar, art. 41 CO, N 39). Il a par exemple été considéré que l'art. 239 CP (entrave aux services d'intérêt général) tend à protéger le public en général, soit aussi les consommateurs de ces services (et pas seulement les propriétaires des installations affectées par cet acte), contre les actes de nature à troubler l'exploitation régulière de ces installations (ATF 101 Ib 252, c. 2d.). Ces utilisateurs peuvent donc se prévaloir de la violation de cette règle pour faire valoir la lésion à leurs intérêts purement économiques. En revanche, l'art. 229 CP (violation des règles de l'art de construire) ne peut fonder la réparation d'un dommage purement économique car cette règle a pour seul bien juridiquement protégé l'intégrité corporelle d'autrui (ATF 117 II 259, c. 3 ; ATF 119 II 127, c. 3). L'art. 305bis CP (blanchiment d'argent) protège également les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le crime préalable, lorsque les valeurs patrimoniales proviennent d'actes délictueux dirigés contre des intérêts individuels. Le blanchisseur répond donc civilement du dommage causé aux victimes de ces actes (ATF 129 IV 322, c. 2.2.4 ; ATF 133 III 323, c. 5.1 ; TF, 4A\_653/2010, c. 3.2.3). En revanche la LBA et les ordonnances d'application de la FINMA ne prévoient pas des règles de comportement servant à protéger des particuliers (ATF 134 III 529, c. 4.3).
53. Lorsque la règle violée est une règle pénale qui ne prévoit pas la punissabilité de la négligence (art. 12 CP), l'acte commis par négligence n'est pas illicite sur le plan civil. Alors que la notion de faute, qui est une condition de la responsabilité civile, comprend autant la négligence que l'intention, la condition de l'acte illicite limite le champ de la responsabilité à l'intention lorsque la norme pénale violée ne réprime pas la négligence.
54. Tel était l'enjeu de la distinction entre l'article 305bis CP (qui implique l'intention) et la LBA (qui réprime la négligence). Le fait de ne retenir que l'article 305bis CO comme norme susceptible de fonder l'illicéité civile conduit à ce que les intermédiaires financiers négligents, dont la conduite viole les règles de la LBA, mais n'est pas intentionnelle, ne sont pas responsables civilement à l'égard des victimes de l'infraction dont le produit a été blanchi.

*En d'autres termes, un acte de blanchiment commis par négligence, qui n'est donc pas sanctionné par la loi pénale, ne saurait constituer un acte illicite tel que l'entend l'art. 41 CO.*

*(ATF 133 III 323 S. 334 cons. 5.2.3)*

55. Cette définition jurisprudentielle de l'acte illicite suscite des critiques. Il est vrai que dans cette conception, la réparation d'un dommage purement économique fait l'objet d'un régime juridique qui ne brille pas par sa prévisibilité. Le lésé doit d'abord trouver une règle dont il estime qu'elle a été violée, puis s'en remettre à l'analyse du Tribunal sur le but de la règle dont il invoque la violation. Il faut bien admettre que cette analyse comporte sa part d'aléatoire lorsqu'il n'existe pas de précédent clair.
56. La règle générale de l'article 2 CC ne permet pas de contourner la difficulté de la recherche d'une règle tendant à protéger des intérêts conformes à ceux du lésé. Il ne suffit en effet pas de se prévaloir d'une violation des règles de la bonne foi pour établir une illicéité de comportement. Le Tribunal fédéral s'est toujours refusé à une généralisation de l'article 2 CC comme norme de protection d'intérêts purement économiques, ce qu'on ne peut qu'approuver compte tenu des contours pour le moins incertains des règles de la bonne foi.

*De même, le caractère abusif du congé ne permet pas de qualifier ce dernier ipso facto d'acte illicite ; en effet, sauf cas tout à fait exceptionnels, l'art. 2 CC n'est pas considéré comme une norme de protection fondamentale dont la violation est propre à entraîner une responsabilité fondée sur l'art. 41 CO (ATF 108 II 305 consid. 2b p. 311 ; 121 III 350 consid. 6b p. 354).*

*(TF, 26 mai 2009, 4A\_564/2008, JAR 2010, Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne 2010, p. 322)*

57. Certains auteurs réproouvent l'approche objective du Tribunal fédéral, qui voit dans l'illicéité la violation d'une norme. Ils proposent une vision plus subjective, selon laquelle tout comportement causant un dommage est considéré comme illicite, à moins qu'il ne soit expressément autorisé (voir à ce sujet Werro, Commentaire Romand, CO I art. 41 CO, N 89, qui plaide pour une illicéité basée non sur la violation d'une règle mais sur le comportement de l'auteur. Pour un rapprochement de l'illicéité et de la faute, voir Chappuis, La distinction entre l'illicéité et la faute : n'est-il pas temps de renoncer ? in Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, p. 83-95. Dans le même esprit, le groupe de recherches CO-2020 prévoyait de fondre la faute et l'illicéité dans le concept flou de « violation d'un devoir de comportement »).
58. Abélard, qui ne pensait pas qu'à Héloïse, enseignait au XIIème siècle déjà, dans son traité sur l'éthique, que les hommes répondent de leurs crimes devant les hommes et de leurs péchés devant Dieu. Le droit suisse ne gagnerait pas, à notre avis, à revenir à l'illicéité du péché.

## b. Notion d'atteinte

59. Qu'il s'agisse de l'illicéité de résultat (atteinte à un droit subjectif absolu) ou de l'illicéité de comportement (atteinte à des intérêts purement économiques), la notion d'atteinte est au cœur du concept d'illicéité.
60. L'atteinte peut être directe lorsque l'acte du responsable impacte immédiatement le lésé dans son intégrité corporelle (agression physique), sa propriété (destruction d'un bien lui appartenant), son honneur (diffamation), ou ses intérêts patrimoniaux (détournement de fonds). L'atteinte peut cependant prendre d'autres formes, moins directes.
61. Une atteinte peut avoir lieu *par omission* lorsque l'auteur de l'acte illicite avait l'obligation juridique d'agir. Cette obligation juridique d'agir peut résulter des règles de la bonne foi, comme l'obligation d'informer son cocontractant dans le cadre de pourparlers. Un dol par omission est donc considéré comme un acte illicite, à l'instar d'une tromperie intentionnelle.

*De surcroît, comme l'a retenu la cour cantonale, il s'agissait de faits que la loyauté commerciale lui commandait d'indiquer à la banque, puisqu'il s'agissait d'éléments essentiels pour elle, cette condition n'étant d'ailleurs pas nécessaire pour retenir le dol (art. 28 al. 1 in fine CO). Le défendeur a péché par omission alors qu'il avait une obligation juridique de renseigner dans le cadre des pourparlers contractuels et, par la suite, au cours de la relation.*

*(TF 4A\_285/2017, 03.04.2018 cons. 6.3)*

62. Une atteinte à l'intégrité corporelle, et donc une illicéité de résultat, pourrait ainsi être retenue en cas d'omission de prêter secours au sens de l'article 128 CP. Dans ce cas, l'illicéité de résultat et l'illicéité de comportement se rejoignent dans la nécessité d'identifier la violation d'une règle. En matière d'illicéité de résultat, cette règle instaurant une obligation d'agir est nécessaire pour retenir l'atteinte par omission à un droit subjectif absolu.
63. Une atteinte peut intervenir par la création d'un état de fait dangereux, lorsque le danger se réalise par un accident. L'illicéité résulte alors du risque créé (*Gefahrensatz*). Lorsque ce risque conduit à une atteinte à un droit subjectif absolu (illicéité de résultat), il est admis que l'atteinte résulte du lien entre le risque créé et la survenance du dommage. Ainsi, le fait de laisser ouverte une trappe dans le sol sans prendre les mesures de précaution nécessaires peut être une atteinte à l'intégrité corporelle, si un tiers tombe dans cette trappe et se blesse.

*Celui qui crée un état de fait dangereux pour autrui (Gefahrensatz) doit prendre les mesures de précaution commandées par les circonstances afin d'éviter la survenance d'un accident (ATF 126 III 113 consid. 2a/aa et les arrêts cités). Cette obligation d'agir résulte directement du devoir général de respecter le droit à la vie et à l'intégrité corporelle, en tant que droit absolu (ATF 126 III 113 consid. 2a/aa). La création d'un état de fait dangereux peut intervenir d'une part pour déterminer s'il y a illicéité, d'autre part pour juger de la faute de celui qui a négligé de prendre les mesures de protection nécessaires (ATF 124 III 297 consid. 5b ; Rey/Wildhaber, op. cit., n. 901 et*

1025 ; Vito Roberto, *Haftpflichtrecht*, 2e éd. 2018, n. 04.82 ss ; Fellmann/Kottmann, *op. cit.*, n. 579 ss).

(TF, 4A\_38/2018, 25.02.2019, cons. 4.1 - dans cet arrêt, l'illicéité n'a pas été retenue car la trappe se trouvait dans un local fermé qui n'était pas destiné au public, et où des invités du propriétaire avaient pénétré à son insu pendant sa sieste).

64. En revanche, lorsque les intérêts atteints sont purement patrimoniaux, la jurisprudence récente n'admet pas la violation d'une règle générale non écrite interdisant de créer une situation dangereuse. En l'absence de la violation d'une règle spécifique, la création d'un état de fait dangereux ne suffit pas à constituer une atteinte illicite à des intérêts purement patrimoniaux.

*Die Widerrechtlichkeit darf entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht dadurch begründet werden, dass im Widerspruch zur positivrechtlichen Haftungsordnung als Ersatz für die mangelnde Schutznorm der sogenannte Gefahrensatz herangezogen wird (BREHM, N. 49 und 51 zu Art. 41 OR).*

(ATF 119 II 127, cons. 3)

65. Une atteinte à un droit subjectif absolu ou à des intérêts purement patrimoniaux peut également résulter de *renseignements inexacts*, donnés indépendamment de tout contrat par le responsable au lésé, si le lésé s'est raisonnablement fié à ces informations et s'il en est résulté un dommage.

*Le Tribunal fédéral a jugé dans son arrêt ATF 124 III 363 que l'art. 2 CC peut imposer, à titre tout à fait exceptionnel, certains devoirs de comportement dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par l'art. 41 CO, par exemple lorsqu'une personne donne intentionnellement ou à la légère des informations inexactes ou passe sous silence des faits dont elle doit reconnaître l'importance pour l'autre partie (ATF 124 III 363 in: JdT 1999 I 402 ; ATF 111 II 471 in: JdT 1986 I 486 ; BRACONI/CARRON, CC&CO annotés, 10e éd. 2016, annotations ad art. 41 CO p. 41).*

(TF BB.2018.213, 06.08.2019, cons. 3.1.2)

66. Le Tribunal fédéral y voit une règle non écrite, qui permet de fonder une illicéité de comportement.

*Donner des renseignements inexacts viole une règle de droit non écrite selon laquelle "celui qui est interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître doit donner un renseignement exact, dès qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement a ou peut avoir pour celui qui le demande une signification grosse de conséquences" (Schönle, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 387 ss, 399 s.).*

(TF, 23.12.2002 in : SJ 2003 I p. 307 cons. 2.3 p. 310)

67. Une atteinte à des droits subjectifs absolus ou à des intérêts purement économiques peut donc être constituée par cet élément très indirect de faux renseignements, donnés par celui qui peut se rendre compte que ces renseignements seraient pris au sérieux par son destinataire et pourraient avoir des conséquences graves. C'est tout le danger des consultations amicales ou à bien plaisir données par des avocats, des médecins, des gestionnaires de fortune, ou d'autres personnes dont les compétences sont reconnues

dans leur domaine : ces conseils amicaux donnés hors de toute relation contractuelle, et sans rémunération, ne sont pas moins source de responsabilité pour leurs auteurs.

**c. Faits justificatifs**

68. Certaines circonstances peuvent justifier une atteinte à des droits subjectifs absolus, ou une atteinte à des intérêts purement économiques, et la rendre licite.

69. Le consentement du lésé à une atteinte portée à ses droits subjectifs absolus ou à ses intérêts purement économiques peut ainsi justifier cette atteinte et lui enlever son caractère illicite (art. 44 CO). Toute intervention chirurgicale est ainsi une atteinte à l'intégrité corporelle. Elle est cependant justifiée par le consentement du lésé ou de ses représentants. Il en est de même dans le cas d'un sport de combat, par exemple la boxe, qui implique des atteintes à l'intégrité corporelle. Ces atteintes sont rendues licites par le consentement des deux combattants.

*Une atteinte à l'intégrité corporelle, à l'exemple d'une intervention chirurgicale, est illicite, sauf consentement ou état de nécessité, parce qu'elle porte atteinte à des droits absolus ; elle représente un délit civil (ATF 133 III 121 consid. 4.1.1. p. 128). (...)  
Une atteinte à l'intégrité est licite si elle est effectuée avec le consentement du lésé capable de discernement, ou du représentant légal du lésé incapable.*

*(Genève, Cour de justice, ACPR/348/2015, 25.06.2015, cons. 4.2.1)*

70. La question s'est ainsi posée pour la circoncision, qui est indubitablement une atteinte à l'intégrité corporelle. Le consentement des représentants légaux (en général les parents) de l'enfant circoncis enlève à cet acte son illicéité.

*Traditionnellement, la circoncision est pratiquée chez de jeunes enfants, lesquels sont représentés par leurs parents pour cette décision. Cette construction est cependant douteuse au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de consentement à l'acte médical des patients mineurs ou incapables (O. PELET, ibid.). Une circoncision dépourvue d'indication médicale peut être autorisée par le consentement du représentant légal, lorsque l'intervention est dans l'intérêt de l'enfant et lorsque l'atteinte est bénigne (D. MANAÏ, Droits du patient face à la biomédecine, Berne 2013, p. 205).*

*(Genève, Cour de justice, ACPR/348/2015, 25.06.2015, cons. 4.2.1)*

71. Ce fait justificatif a donné lieu à l'abondante littérature relative au consentement éclairé du patient. En matière médicale, le Tribunal fédéral a en effet posé depuis longtemps le principe selon lequel le consentement du patient n'est un fait justificatif que si le patient a été pleinement informé de l'acte qu'il allait subir, et de ses conséquences (voir Madeleine Hirsig-Vouilloz, La responsabilité du médecin, Aspects de droit civil, pénal et administratif, 2017 ; Coralie Devaud, L'information en droit médical, Etude de droit suisse, thèse 2009). Cela concerne autant la médecine privée que la médecine en hôpital public, et s'applique tant à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle du médecin.

*La relation entre le patient et son médecin privé est d'ordinaire régie par un contrat de mandat au sens des art. 394 s. CO (ATF 110 II 378 consid. b, ATF 105 II 284 /285 et les arrêts cités ; WOLFGANG WIEGAND, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung*

*des Arztes, in: Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Berne 1985, p. 81 s., 84/86 ; WERNER E. OTT, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, thèse Zurich 1978, p. 23), aux termes duquel le mandataire assume un devoir d'information. Lorsque le patient se confie aux soins d'un hôpital public, il se noue entre eux des liens juridiques qui impliquent également un tel devoir. Aucune intervention médicale ne peut être pratiquée sur un patient sans qu'il ait donné son consentement libre et éclairé, ce qui suppose qu'il ait été informé par le praticien quant à la nature et aux conséquences de l'intervention et qu'il y ait donné son accord préalable. Le droit de l'individu d'être informé et de se décider en conséquence se déduit du reste directement de son droit à la liberté personnelle et à l'intégrité physique.*

*(ATF 114 Ia 350 cons. 6)*

72. Les articles 370 ss CC permettent au patient de donner son consentement à l'avance (directives anticipées) et l'article 377 CC compète ce régime de consentement du patient (plan de traitement en l'absence de directives anticipées).
73. C'est à tort à notre avis que le Tribunal fédéral, dans un *obiter dictum* maladroit, a indiqué que le consentement du lésé n'enlevait pas à l'acte son illicéité, mais permettait uniquement au juge de réduire ou supprimer l'indemnité (art. 44 CO). Il n'est pas admissible de considérer que l'acte d'un médecin qui opère un patient avec le consentement éclairé de ce dernier constitue par principe un acte illicite.

*En tant que le recourant soutient que ses actes auraient perdu leur caractère illicite du fait du consentement du lésé, il omet que l'application de l'art. 44 CO ne dédouane pas l'auteur de sa responsabilité, mais permet uniquement au juge de réduire, voire de supprimer les dommages-intérêts.*

*(TF 5A\_388/2018 du 03.04.2019 cons. 6.1)*

74. La loi prévoit parfois que le consentement du lésé ne suffit pas à justifier l'acte. L'assistance au suicide reste, à certaines conditions, illicite malgré le consentement du lésé (art. 115 CP), de même que l'euthanasie active (art. 114 CP). Les proches de la victime pourraient à notre avis avoir une prétention en dommages-intérêts contre l'auteur de ces actes pour leur tort moral (art. 47 CO) ou leur perte de soutien (art. 45 al. 3 CO) même si l'accord du lésé est établi. Le juge peut dans ces cas tenir compte des circonstances particulières pour limiter l'indemnité due (art. 43 al. 1 CO).
75. D'autres circonstances propres à justifier un acte et à lui enlever son illicéité peuvent être la légitime défense (art. 52 al. 1 CO) ou l'état de nécessité (art. 52 al. 2 et 3 CO). Le régime de l'état de nécessité est complété en matière immobilière par l'art. 702 CC. Ces concepts correspondent à des principes de droit pénal, mais le juge civil reste indépendant du juge pénal dans son appréciation de la légitime défense ou du cas de nécessité (art. 53 CO). Cela n'interdit pas au juge civil de faire sienne les conclusions du juge pénal (TF, 5P.326/2004, 13.10.2004 cons. 2.3 ; TF, 4C.74/2000, 16.08.2001 consid. 3).
76. L'intérêt public est un fait justificatif expressément prévu à l'article 28 al. 2 CC.



*Selon l'art. 28 al. 2 CC, une atteinte à la personnalité 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 (...).*

*Lorsqu'il doit vérifier si un intérêt public prépondérant justifiait l'atteinte, le juge a le devoir de procéder à une pondération des intérêts antinomiques en présence, lesquels sont, d'un côté, l'intérêt de la victime à ne pas souffrir une atteinte à sa personnalité, de l'autre celui de l'auteur de l'atteinte à réaliser un objectif (ATF 134 III 193 consid. 4.6.2).*

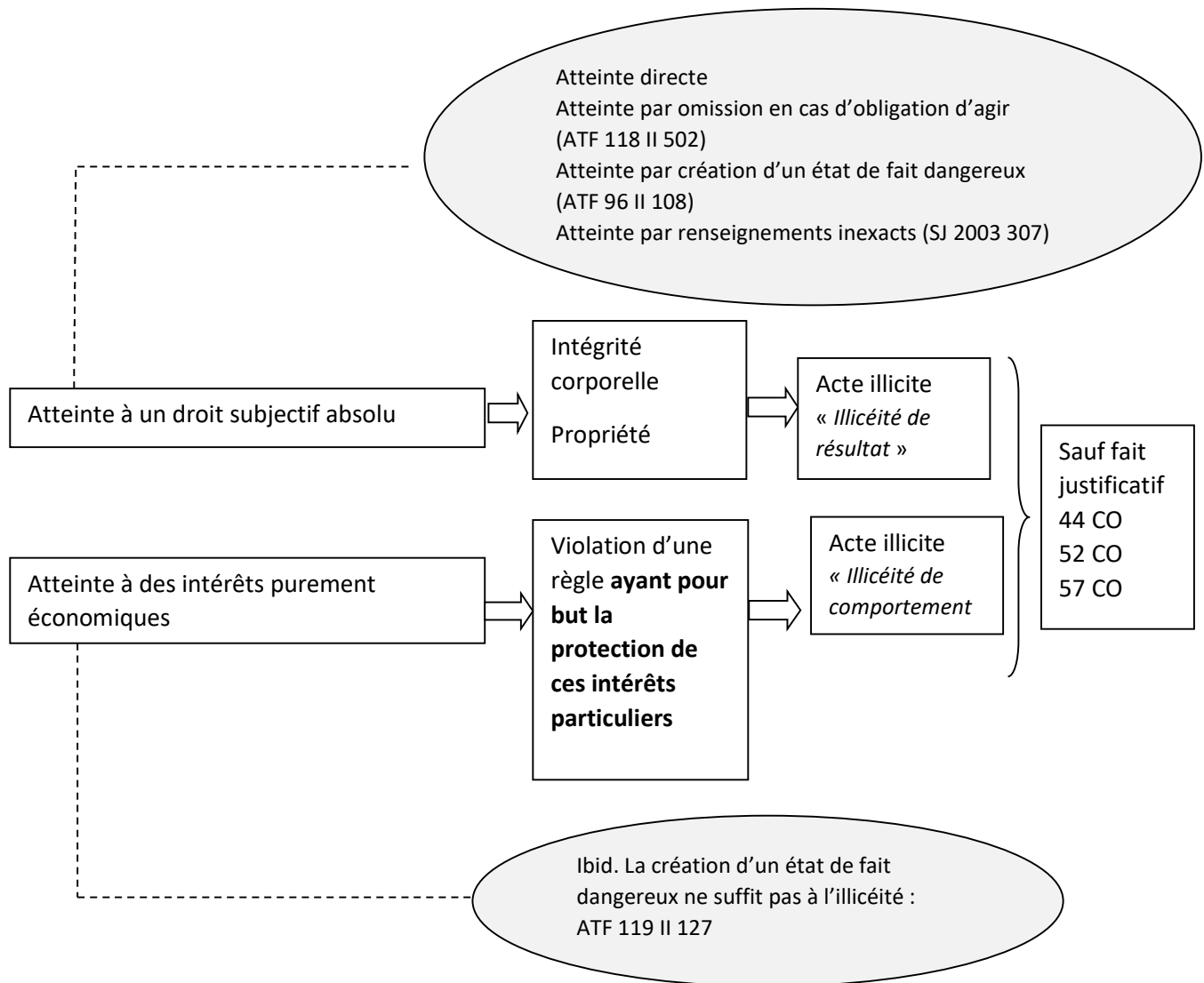
*(TF, 4A\_313/2008, 27.11.2008 cons. 4.2.2)*

77. L'Etat est susceptible de commettre des actes illicites et de répondre à l'égard du lésé selon l'article 41 CO. Les législations cantonales sur la responsabilité de l'Etat renvoient à cette réglementation de droit civil (voir par exemple à Genève la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes, RSGE A 240, art. 6). L'activité de l'Etat est cependant règlementée par le droit public qui peut déroger aux règles communes (art. 61 CO). Le droit public est susceptible de justifier, dans certaines limites, des atteintes à des droits subjectifs absolus. Il peut également protéger les agents publics de leur responsabilité personnelle, en les soustrayant au régime général du droit civil (voir art. 3 al. 3 LRFC).

*En principe, les agents publics répondent de leurs actes illicites selon les règles ordinaires des art. 41 ss CO. Toutefois, la législation fédérale ou cantonale peut déroger à ces règles en ce qui concerne la responsabilité encourue par ces agents publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (art. 61 al. 1 CO). Lorsque de telles normes existent, la responsabilité des agents publics échappe au droit civil fédéral, ce qui découle aussi de l'art. 59 al. 1 CC (cf. ATF 122 III 101 consid. 2 p. 103 et les arrêts cités).*

*(TF, 2C.2/1999, 26.03.2004, cons. 1.2)*

#### d. Récapitulation graphique



#### e. Contrariété aux mœurs

78. Il peut arriver qu'un comportement choquant ne puisse être qualifié d'illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO, en raison de l'impossibilité d'identifier une règle de droit qui aurait été violée. Dans un tel cas, la responsabilité de l'auteur peut découler du fait que ses actes sont contraires aux mœurs au sens de l'article 41 al. 2 CO.
79. La question ne se pose que pour des atteintes à des intérêts purement économiques, puisqu'une atteinte à des droits subjectifs absolus est considérée comme illicite par son résultat.
80. L'abus d'une procédure, qui ne procède pas de la violation d'une règle puisque le justiciable utilise des voies de droit qui lui sont offertes, peut ainsi être qualifiée de contraire aux mœurs, et justifier une responsabilité civile au sens de l'article 41 al. 2 CO. C'est le cas lorsque l'intention du plaideur est principalement de nuire à autrui, et non de défendre ses intérêts légitimes.

*Quant à l'art. 41 al. 2 CO - qui fonde une responsabilité délictuelle pour faits contraires aux bonnes mœurs - il vise surtout les comportements chicaniers, servant exclusivement ou au moins principalement, à nuire autrui (ATF 124 II 297 = JdT 1999 I 268).*

*(Genève, Cour de justice, Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne 2012, p. 471)*

81. Cela dit, il suffirait que le Tribunal fédéral reconnaisse une règle non écrite prohibant l'abus malveillant de la procédure pour que les actes du responsable rentrent dans le champ de l'illicéité.

## **II. PRÉJUDICE**

### **a. Théorie de la différence**

82. Le préjudice comprend, en matière délictuelle comme en matière contractuelle :
- Le *tort moral*, qui correspond à une souffrance de nature psychologique. En principe, le tort moral est réservé aux victimes d'atteinte à l'intégrité corporelle ou à leurs proches (art. 47 CO) ou aux victimes d'atteinte à la personnalité (art. 49 CO). Des réformes récentes du droit tendent à permettre la réparation de torts moraux moins essentiels, par exemple la valeur effective d'un animal tué (art. 43 al. 1 bis CO) ou, en droit européen, la perte de jours de vacances (CJE, 2 mars 2002. - Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG. - Affaire C-168/00).
  - Le *dommage économique* qui correspond à la différence entre la situation patrimoniale effective du lésé, et sa situation patrimoniale hypothétique. L'hypothèse retenue peut être (i) la bonne exécution du contrat (intérêt positif à la bonne exécution du contrat), (ii) la non-conclusion du contrat (intérêt négatif à la non-conclusion du contrat), ou (iii) en matière délictuelle, l'absence d'acte illicite.
83. Le but du calcul du dommage est de remettre le lésé dans la situation qui serait la sienne si l'acte dommageable n'était pas survenu. Il n'existe pas en droit suisse de dommage punitif, dont le but serait dissuasif. Il s'agit uniquement de compenser les effets de l'acte dommageable pour le lésé. Cette approche compensatoire s'exprime à travers la théorie de la différence (différence entre patrimoine effectif du lésé et son patrimoine hypothétique) adoptée par le Tribunal fédéral.

*Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Selon la théorie de la différence adoptée par le Tribunal fédéral, il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le dommage 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 (ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366 ; 129 III 18 consid. 2.4, 331 consid. 2 ; 128 III 22 consid. 2e/aa, 180 consid. 2d).*

*(TF, 4C\_87/2007, 26.09.2007)*

84. Le but n'est en effet pas d'enrichir le lésé, mais de compenser les effets négatifs de l'acte dommageable.

*Un principe cardinal du droit de la responsabilité civile veut que la réparation du dommage ne provoque pas l'enrichissement de la victime (ATF 132 III 321 consid. 2.2.1 p. 323 ; 131 III 12 consid. 7.1 in initio, 360 consid. 6.1 p. 365 ; 129 III 135 consid. 2.2 p. 143).*

(TF, 4C\_87/2007 du 26.09.2007)

85. Exceptionnellement la loi prévoit une indemnité de nature punitive. Tel est par exemple le cas d'une indemnité pour licenciement injustifié en droit du travail.

*La nature juridique de l'indemnité prescrite à l'art. 336a CO - et, partant, de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié - a fait l'objet d'une analyse approfondie dans l'arrêt publié aux ATF 123 III 391. Le Tribunal fédéral a relevé la double finalité - punitive et réparatrice - de l'indemnité. Comme elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage, il ne s'agit pas de dommages-intérêts au sens classique, mais d'une indemnité sui generis, s'apparentant à une peine conventionnelle.*

(TF 4A\_592/2008, 22.04.2009, cons. 3.1)

86. Il s'agit cependant d'une règle dérogatoire, qui ne doit en aucun cas être généralisée et remettre en cause le but compensatoire du régime de responsabilité.

*Or, les dommages-intérêts punitifs, tels que les connaissent des ordres juridiques comme les Etats-Unis, sont étrangers au droit suisse (en ce sens, cf. WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 5 p. 4). Par conséquent, il y a lieu de retenir que l'art. 337c al. 3 CO prévoit une règle d'exception qui mérite une application restrictive, ce qui exclut a fortiori qu'il y soit fait recours par analogie.*

(ATF 133 III 657 cons. 3.4)

87. Même si le calcul du dommage repose sur une hypothèse, cette hypothèse doit revêtir un certain degré de certitude.

*« Il incombe au client demandeur de prouver son dommage avec certitude, conformément à l'art. 42 al. 1 CO, applicable par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO. »*

(ATF 147 III 463 cons. 4.2.)

88. Il ne doit pas donc s'agir de conjecture ou de simples possibilités, mais d'une situation hypothétique hautement probable, qui emporte la conviction (« Überzeugungskraft »).

*« Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefährlichen eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (BGE 98 II 34 E. 2, S. 37, mit Hinweisen). Die Zusprechung von Schadenersatz setzt voraus, dass der Eintritt desgeltend gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint (BREHM, a.a.O., N. 52 zu Art. 42 OR; vgl. auch BGE 99 II 221 E. 3b, S. 226). »*

(ATF 122 III 219 cons. 3a)

89. La question se pose surtout pour les dommages futurs. Par principe, un dommage futur hypothétique n'entre pas en considération (TF, 4C.114/2006, 30 août 2006 cons. 5.1 ; TF, 4A\_32/2018, 11.07.2018 cons. 3.1), si l'hypothèse ne revêt pas ce degré de certitude.
90. Cette exigence d'une certaine *Überzeugungskraft* a conduit le Tribunal à exclure des dommages réparables la *perte d'une chance*, ou *l'augmentation d'un risque* (ATF 133 II 462). Il peut arriver qu'un acte illicite ou la violation d'un contrat fasse perdre au lésé une chance d'éviter un dommage (par exemple une chance de guérir si le diagnostic du médecin est faux) ou une augmentation d'un risque (par exemple l'augmentation d'un risque de développer une maladie par exposition à un produit toxique). Cette question suscite d'intenses débats en Suisse, notamment en lien avec la responsabilité du fait d'un produit dangereux (voir à ce sujet Vigneron-Maggio-Aprile, Les fondamentaux de la responsabilité du fait des produits Entre dommage et causalité : la perte d'une chance au secours du lésé ?, dans : Chappuis Christine/Winiger Bénédict/Campi Arnaud (éd.), La responsabilité du fait des produits, Journée de la responsabilité civile 2016, Genève - Zurich - Bâle 2018, p. 32).
91. Cette jurisprudence implique qu'un industriel qui met sur le marché un produit dangereux, dont il est prouvé scientifiquement qu'il augmente en pourcentage le risque de contracter une maladie, peut toujours opposer à un malade le fait qu'il n'est pas certain que sa maladie ait été causée par ce produit. La question s'est posée en France avec l'affaire du sang contaminé (des poches de sang contaminé par le virus du VIH et néanmoins utilisées en connaissance de cause par des centres de transfusion sanguine). La Cour de cassation est arrivée à la solution créative que l'augmentation du risque avait pour effet un renversement du fardeau de la preuve. Il était donc présumé que les malades du sida ayant utilisé ces poches de sang avaient été contaminés par ces produits, et il appartenait à celui qui les avait mis sur le marché d'apporter la preuve (quasi-impossible) du contraire (Cass., 1<sup>re</sup> ch. civile, 9 mai 2001, D. 2001, p. 2150, rapp. Sargos). Le droit suisse reste cruellement lacunaire sur ces questions.
92. La condition du caractère certain du dommage pose également des difficultés liées à l'établissement d'un gain manqué, qui relève du dommage réparable, mais qui reste toujours relativement aléatoire dans un monde économique incertain. La jurisprudence reste cependant assez ferme sur ses exigences quant au caractère certain du gain allégué.

*D'après les principes du droit des obligations, un gain manqué n'est pris en considération que si le profit était usuel ou prévu avec une quasi-certitude (cf. ATF 132 III 379 consid. 3.3.3 ; 82 II 397 consid. 6 ; arrêt TF 4A\_651/2015 du 19 avril 2016 consid. 3 ; 4C.221/2006 du 1<sup>er</sup> septembre 2006 consid. 1.3). Une différence de patrimoine seulement éventuelle ou possible, dont la naissance dépend de conditions incertaines, ne peut être invoquée que si dites conditions sont réalisées (cf. arrêt TF 4C.221/2006 précité consid. 1.3). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le caractère usuel du profit, alternative à la prise en compte d'un gain manqué, doit s'analyser en fonction de la situation concrète du cas d'espèce ("Ersatz für entgangenen Gewinn ist nur soweit geschuldet, wie dieser üblich war [...]"; cf. arrêt TF 4C.221/2006 précité consid. 1.3). Un profit usuel ne peut donc être retenu que si, entre les parties au litige, il était habituel qu'un type de transaction génère un profit.*

*(Fribourg, Tribunal cantonal, 102 2017 61 du 10.01.2018 cons. 8.2.1)*

93. La perte de la simple possibilité de faire un gain relève en effet d'une perte d'une chance, qui n'est pas un dommage réparable en droit suisse. On voit les limites de cette approche restrictive du Tribunal fédéral, qui a pour conséquence que la privation d'expectatives contractuelles ruinant des espoirs raisonnables de bénéfices reste sans conséquence de droit civil, quand bien même elle résulte de la violation fautive d'un engagement contractuel. A notre avis, la question doit être réglée au moyen de l'article 42 al. 2 CO, qui permet au juge d'estimer un dommage dont la preuve est impossible.

*Comme observé en doctrine, « la détermination certaine du gain manqué n'étant pratiquement jamais possible, l'application de l'art. 42 al. 2 CO constitue ici la règle » (SCHLOSSER, Equivalence entre le bénéfice réalisé par l'auteur de l'atteinte et le gain manqué, in Sic!, 2008, p. 154).*

*(TC Neuchâtel, 14.05.2013 in RJN 2013 p. 221 ss, 229)*

#### **b. Preuve du dommage**

94. Le lésé a la charge de la preuve du dommage (art. 42 al. 1 CO). C'est donc à lui qu'il appartient de rendre certaine l'hypothèse de la situation patrimoniale qui aurait été la sienne en l'absence d'acte dommageable.
95. L'article 42 al. 2 CO allège cette charge la preuve, en ce qu'il permet une détermination équitable par le juge d'un dommage qui ne peut être prouvé. Cette règle ne libère cependant pas le lésé de son incombance d'apporter tous les éléments de fait permettant au juge d'apprécier le dommage (voir Chaix François, La fixation du dommage par le juge [art. 42 al. 2 CO], in Le préjudice - une notion en devenir, Zurich 2005, p. 39 ss, n. 22.).

*L'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 42 al. 2 CO doit être appliqué de manière restrictive (ATF 142 IV 237 consid. 1.3.1 p. 240 ; arrêt 6B\_928/2014 précité consid. 4.1.2 non publié aux ATF 142 IV 163). Il n'entre en ligne de compte que si le préjudice est très difficile, voire impossible, à établir, si les preuves nécessaires font défaut ou si l'administration de celles-ci ne peut raisonnablement être exigée du lésé (ATF 144 III 155 consid. 2.3 p. 160 ; arrêts 4A\_431/2015 du 19 avril 2016 consid. 5.1.2 ; 4A\_396/2015 du 9 février 2016 consid. 6.1). Si le lésé ne satisfait pas entièrement à son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation du dommage, l'une des conditions dont dépend l'application de l'art. 42 al. 2 CO n'est pas réalisée, alors même que, le cas échéant, l'existence d'un dommage est certaine.*

*(TF, 6B\_1418/2019, 05.02.2020, cons. 4.1)*

96. L'application de l'art. 42 al. 2 CO, qui déroge aux principes du droit suisse en matière de preuve, ne peut être admise que restrictivement.

*L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (arrêts 6B\_1061/2014 précité consid. 1.3.1 ; 6B\_928/2014 précité consid. 4.1.2 et les références citées).*

*(TF, 22.06.2016, 6B\_909/2015, cons. 1.1)*

97. Il ne suffit pas que le lésé manque de preuve. Il doit démontrer l'impossibilité objective de la preuve certaine.

*Le demandeur doit se trouver dans un état de nécessité quant à la preuve (Beweisnot). Une telle situation n'est pas déjà réalisée lorsque le demandeur, dans le cas concret, manque de preuves pour établir un fait qui serait par nature accessible à la preuve stricte (ATF 130 III 321 consid. 3.2 p. 324)*

*(TF, 10.02.2017, 4A\_343/2016, cons. 3.2.1)*

*Ce n'est en effet que lorsque le dommage est d'une nature telle qu'une preuve certaine est objectivement impossible à rapporter ou ne peut pas être raisonnablement exigée, au point que le demandeur se trouve dans un état de nécessité quant à la preuve (Beweisnot), que cette disposition entre en jeu (ATF 131 III 360 consid. 5.1; ATF 122 III 219 consid. 3a et les arrêts cités; arrêt 4A\_431/2015 du 19 avril 2016 consid. 5.1.2).*

*(ATF 147 III 463 cons. 4.2.3)*

98. Si l'application de l'art. 42 al. 2 CO est admise, le fardeau de la preuve n'est pas pour autant inversé. Le lésé doit apporter au juge tous les éléments objectifs permettant à ce dernier d'apprécier le dommage.

*L'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 42 al. 2 CO doit être appliqué de manière restrictive (ATF 142 IV 237 consid. 1.3.1 p. 240 ; arrêt 6B\_928/2014 précité consid. 4.1.2 non publié aux ATF 142 IV 163). Il n'entre en ligne de compte que si le préjudice est très difficile, voire impossible, à établir, si les preuves nécessaires font défaut ou si l'administration de celles-ci ne peut raisonnablement être exigée du lésé (ATF 144 III 155 consid. 2.3 p. 160 ; arrêts 4A\_431/2015 du 19 avril 2016 consid. 5.1.2 ; 4A\_396/2015 du 9 février 2016 consid. 6.1). Si le lésé ne satisfait pas entièrement à son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation du dommage, l'une des conditions dont dépend l'application de l'art. 42 al. 2 CO n'est pas réalisée, alors même que, le cas échéant, l'existence d'un dommage est certaine.*

*(TF, 6B\_1418/2019, 05.02.2020, cons. 4.1)*

*Quand l'art. 42 al. 2 CO est applicable (état de nécessité quant à la preuve; Beweisnot), il ne libère toutefois pas le demandeur de la charge de fournir au juge, dans la mesure où cela est possible et où l'on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du dommage et qui permettent ou facilitent son estimation; il n'accorde pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (ATF 131 III 360 consid. 5.1 p. 363 s.; 122 III 219 consid. 3a; arrêt 4A\_97/2017 du 4 octobre 2017 consid. 4.1.3 et les arrêts cités). »*

*(TF, 4A\_175/2018 du 19.11.2018 cons. 4.1.1é)*

99. Lorsque les conditions restrictives de l'art. 42 al. 2 CO sont remplies, le lésé doit établir que le montant du dommage qu'il allègue se situe au moins au niveau de la vraisemblance prépondérante.

*Dans ce cas, le lésé doit apporter tous les éléments au juge qui lui permette de démontrer que l'hypothèse sur la base de laquelle il calcule son dommage est une hypothèse qui se situe au niveau de la vraisemblance prépondérante.*

*(TF, 4A\_175/2018 du 19.11.2018 cons. 4.1.1)*

*La jurisprudence et la doctrine admettent toutefois que, dans la mesure où l'ayant droit est dans l'impossibilité de rapporter la preuve matérielle du sinistre, il se trouve dans un "état de nécessité en matière de preuve" (Beweisnot) qui justifie l'allègement de la preuve (cf. ATF 133 III 81 précité consid. 4.2.2 et les arrêts cités). Le degré de preuve requis, s'agissant de la survenance du sinistre, se limite alors à la vraisemblance prépondérante (überwiegende Wahrscheinlichkeit; ATF 140 III 610 précité consid. 4.1 p. 612; 130 III 321 consid. 3.2 p. 324).*

*(TF, 4A\_193/2008 du 08.07.2008 cons. 2.1.2)*

100. Le seuil de la vraisemblance prépondérante est atteint lorsque les motifs de tenir une allégation pour exacte sont, d'un point de vue objectif, tellement impérieux que d'autres hypothèses n'entrent pas sérieusement en considération.

*Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le seuil du degré de la vraisemblance prépondérante est atteint si les motifs de tenir une allégation pour exacte sont, d'un point de vue objectif, tellement impérieux que les autres possibilités hypothétiques n'entrent pas sérieusement en considération (ATF 140 III 610 consid. 4.1 p. 612 et les références citées). La simple possibilité d'un certain état de fait ne suffit pas pour remplir cette exigence de preuve (ATF 144 V 427 consid. 3.2 p. 429; 138 V 218 consid. 6 p. 221).*

*(TF, 8C\_331/2020 du 04.03.2021 cons. 5.3)*

### **c. Tort moral**

101. Une indemnité équitable à titre de réparation morale est due dans deux cas :

- *En cas d'atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle (art. 47 CO).* Cette réparation est due à la famille de la victime en cas de mort d'homme. Il s'agit d'un des rares cas où l'action en dommages et intérêts n'est pas conférée à la victime immédiate de l'acte illicite mais à des tiers qui en sont des victimes indirectes. Pour les atteintes à l'intégrité corporelle, le Tribunal fédéral exige un certain degré de gravité de l'atteinte, pour admettre la réparation d'un tort moral.

*Les lésions corporelles, qui englobent tant les atteintes physiques que psychiques, doivent donc en principe impliquer une importante douleur physique ou morale ou avoir causé une atteinte durable à la santé. S'il s'agit d'une atteinte passagère, elle doit être grave, s'être accompagnée d'un risque de mort, d'une longue hospitalisation (Roland Brehm, Commentaire bernois, n. 28 ad art. 47 CO) ou de douleurs particulièrement intenses ou durables (Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, 2<sup>e</sup> éd., tome II, p. 132). Un bras ou une jambe cassés qui se guérissent rapidement et sans complication ne justifient par exemple aucune réparation morale (Brehm, op. cit., n. 29 ad art. 47 CO ; Keller, op. cit., p. 132 s.).*

*(TF, 4C.283/2005 du 18.01.2006, cons. 3.1.3.1 ; voir aussi à ce sujet Guyaz Alexandre, Le seuil de gravité dans le cadre de l'art. 47 CO, REAS 2015 p. 200 ss)*

- *Dans les cas graves, en cas d'atteinte à la personnalité (art. 49 CO).* La réparation morale reste subsidiaire à d'autres types de réparation, notamment la publication d'un droit de réponse ou d'un démenti (voir à ce sujet les art. 28 a ss CC).



*L'art. 49 al. 1 CO 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.*

*L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. Sa détermination relève du pouvoir d'appréciation du juge.*

*(TF, 6B\_268/2016 du 15.02.2017 cons. 8.1)*

102. Le lésé doit alléguer et prouver la gravité de sa souffrance morale.

*Le recourant prétend, sans autre explication, à l'allocation d'une indemnité pour tort moral. Il n'expose pas en quoi l'atteinte prétendument subie serait suffisamment grave pour justifier une telle allocation, ni ne fournit de précision concernant la souffrance morale qu'il aurait éprouvée ensuite des agissements dont il se plaint. Ses allégations ne sont dès lors pas suffisantes (cf. art. 42 al. 2 LTF) pour fonder sa qualité pour recourir selon l'art. 81 al. 1 let. a et b ch. 5 LTF.*

*(TF, 6B\_89/2022 du 02.06.2022 cons. 1.2)*

103. Même s'il a subi une atteinte à sa personnalité, le lésé n'a droit à une indemnité que s'il arrive à démontrer les conséquences concrètes de cette atteinte.

*L'existence d'un tort moral doit être démontrée par le lésé et ne découle pas du seul fait de l'atteinte à la personnalité (ATF 120 II 97 consid. 2b).*

*(TF, 5A\_639/2014 du 08.09.2015 cons. 1.2.2)*

104. Ces conséquences concrètes impliquent des préjudices psychiques sérieux et médicalement constatables.

*Une longue période de souffrance et d'incapacité de travail, ou des préjudices psychiques importants, tel un état post-traumatique avec changement durable de la personnalité, peuvent ainsi justifier une indemnité (arrêts 6B\_768/2018 du 13 février 2019 consid. 3.1.2 et les références citées; 6B\_213/2012 du 22 novembre 2012 consid. 3.1, in SJ 2013 I 169; 1C\_509/2014 du 1er mai 2015 consid. 2.4). S'il s'agit d'une atteinte passagère, elle doit être grave, prenant par exemple la forme d'une exposition à un risque de mort, d'une longue hospitalisation ou de douleurs particulièrement intenses (arrêt 4A\_307/2013 du 6 janvier 2014 consid. 3.2).*

*(TF, 6B\_154/2021 du 17.11.2021 cons. 8.1)*

105. L'article 47 CO confère le droit à une réparation morale à la « famille » du lésé. La jurisprudence a élargi ce concept, en y intégrant les proches du lésé.

*Même si le terme "famille" est employé dans la version française de l'art. 47 CO, il faut lui préférer celui de "proches" ("Angehörige") utilisé depuis toujours dans le texte allemand. Cette dernière notion doit s'entendre dans une acception restrictive, en ce sens qu'il s'agit des personnes qui vivaient dans l'entourage du défunt et entretenaient avec lui des relations étroites (ATF 138 III 157 consid. 2.3.2 et 2.3.3 p. 160).*

*(Genève, Cour de justice, ACPR/174/2020 du 06.03.2020 cons. 2.1.3 - cas du fils de la compagne de la victime)*

106. Le débat porte régulièrement sur la nécessité d'indemniser les victimes d'autres souffrances, plus légères. Le législateur a ainsi admis que la valeur sentimentale d'un animal de compagnie pouvait être prise en considération par le juge (art. 43 al. 1bis CO) et non seulement sa valeur vénale. En droit du voyage, la jurisprudence Leitner de la Cour européenne de justice a posé le principe de la réparation du dommage de frustration causé par le fait qu'un consommateur n'a pas pu jouir du voyage qui lui était promis, en raison de sa mauvaise organisation par le voyageur.

*Il convient donc de répondre à la question posée que l'article 5 de la directive doit être interprété en ce sens qu'il confère en principe au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constituant un voyage à forfait*

*(Arrêt de la Cour du 12 mars 2002. - Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG. - Affaire C-168/00. Ch- 24)*

107. La doctrine suisse s'est montrée plutôt favorable à l'introduction de ce concept en droit suisse (voir à ce sujet Christine Chappuis, SJ 124 (2002) II pp 395-396), ne serait-ce qu'en raison de l'euro-compatibilité de la loi fédérale sur les voyages à forfait. A notre avis, ces questions relèvent plutôt d'un remboursement partiel de prestations non effectuées conformément au contrat (art. 13 L VF). De façon plus générale, la doctrine se réfère à la notion de « *petit tort moral* », qui correspond aux frustrations, déplaisirs, chagrins, vexations, mal-être, qui peinent à se traduire en termes de responsabilité (voir Werro, Tort moral et circulation routière, Journées du droit de la circulation routière 2010, pp. 26-27 ; Petitpierre, Le préjudice patrimonial et le tort moral : vers de nouvelles frontières ? Journée de la responsabilité civile 2004, p. 71 ss ; Weber, Berner Kommentar, art. 97, N 171). La jurisprudence suisse ne s'est guère montrée favorable à cette approche, restant sur la position traditionnelle selon laquelle le déplaisir ou la frustration n'est pas un préjudice réparable (ATF 115 II 474 cons. 3a). Il nous semble raisonnable de ne pas faire du juge l'arbitre des désagréments, et des tribunaux les déversoirs des irritations sociales.

*Ein Frustrationsschaden wird vom überwiegenden Teil der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung nicht als Vermögensschaden im Sinne des traditionellen, auf der Differenztheorie basierenden Schadensbegriffs qualifiziert (REY, a. a. O., N. 393).*

*(TPF, BK.2010.1, 30.06.2010, cons. 2.3)*

108. N'importe quel désagrément, déception, frustration, ne constitue en effet pas une atteinte à la personnalité susceptible de réparation. Les frustrations courantes de la vie sociale ne suffisent pas à justifier une atteinte grave à la personnalité. L'atteinte doit être d'une gravité exceptionnelle et clairement dépasser la mesure d'un trouble ou d'un souci quotidien.

*N'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation. L'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO suppose que l'atteinte présente une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation (arrêts 6B\_1043/2019 précité consid. 2.1; 6B\_637/2019 précité consid. 1.2;*

6B\_576/2019 précité consid. 2.1; 6B\_1202/2018 du 11 janvier 2019 consid. 1.1 et les références citées).

(TF, 6B\_89/2022 du 02.06.2022 cons. 1.1 s.)

109. Même si elle reste inscrite dans la théorie de la différence, la réparation du tort moral a un effet compensatoire qui ne peut être que symbolique : aucune somme d'argent ne permet de compenser une souffrance psychologique. Il est impossible d'enfermer une détresse morale dans une formule mathématique.

*En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une simple somme d'argent, échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites. L'indemnité allouée doit toutefois être équitable (ATF 132 II 117 consid. 2.2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_405/2012 précité consid. 4.1 et 6B\_199/2007 du 13 mai 2008 consid. 6.1). Les critères d'appréciation sont le genre et la gravité de l'atteinte, l'intensité et la durée de ses effets sur les personnes concernées, ainsi que la gravité de la faute de l'auteur (ATF 125 III 412 consid. 2a).*

(Genève, Cour de justice, AARP/9/2020, 16.01.2020, cons. 5.2.1)

110. Il est néanmoins important que notre ordre juridique ne s'arrête pas à une approche purement économique du préjudice, et soit capable d'appréhender des préjudices d'une autre nature qu'une diminution involontaire de la fortune. Il peut être glaçant de mettre un chiffre devant la mort d'un enfant ou d'un proche. Ce serait une solution de facilité que d'absoudre civilement l'auteur de l'acte dommageable des souffrances infligées à ses victimes ou à leurs proches, au motif que ces souffrances n'ont pas de prix.
111. Dans cette perspective, les recensions de jurisprudence permettent d'avoir une vision assez précise du montant du tort moral en lien avec une situation particulière (notamment Hütte et autres, Le tort moral, tableaux de jurisprudence). Le Guide relatif à la fixation du montant de la réparation morale selon la loi sur l'aide aux victimes du 3 octobre 2019, publié par l'OFJ, contient également des tables d'indemnisation en forme de fourchettes.
112. Reste ensuite au juge à adapter ce montant au cas d'espèce.

*L'indemnité due à titre de réparation du tort moral est fixée selon une méthode s'articulant en deux phases. La première consiste à déterminer une indemnité de base, de nature abstraite, la seconde implique une adaptation de cette somme aux circonstances du cas d'espèce (ATF 132 II 117 consid. 2.2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_118/2009 du 20 décembre 2011 consid. 9.1 et 6B\_1218/2013 du 3 juin 2014 consid. 3.1.1).*

*Toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence, dès lors que le tort moral touche aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment face au malheur qui le frappe. Une comparaison avec d'autres cas similaires peut cependant, suivant les circonstances, constituer un élément d'orientation utile (ATF 138 III 337 consid. 6.3.3 p. 345 et l'arrêt cité).*

(Genève, Cour de justice, AARP/9/2020, 16.01.2020, cons. 5.2.2 et 5.2.3)

113. La loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions prévoit que les Cantons doivent prendre en charge le tort moral (art. 2 let. e LAVI) des victimes d'une atteinte directe à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle (art. 1 al. 1 LAVI) ou de leurs proches (art. 1 al. 2 LAVI). La LAVI renvoie aux articles 47 et 49 CO (art. 22 al. 1 LAVI) mais plafonne le montant de l'indemnité (art. 23 al. 2 LAVI). En cas d'indemnisation, le Canton est subrogé aux droits de la victime contre l'auteur de l'acte illicite à hauteur de l'indemnisation versée (art. 7 LAVI).
114. La LAVI n'instaure cependant pas une fixation administrative du tort moral, qui serait dans son principe assez glaçante. On imagine mal le formulaire B1 pour la perte d'un enfant et le formulaire B2 pour la perte du conjoint. La victime garde ses droits contre l'auteur de l'acte illicite, subsidiairement à la subrogation du Canton. Elle peut donc agir civilement si elle considère que le montant alloué au titre de la LAVI ne la dédommage pas entièrement de sa souffrance psychologique et qu'il revient à un juge d'apprécier en toute humanité les circonstances du cas particulier.

#### **d. Dommage économique**

115. Le dommage économique s'exprime comme la différence entre la situation patrimoniale effective du lésé, et la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si l'acte illicite n'avait pas été commis (ATF 144 III 155 cons. 2.2 et la jurisprudence citée). Cette théorie de la différence s'applique également en matière contractuelle, où l'hypothèse retenue est celle de la bonne exécution du contrat (intérêt positif à la bonne exécution du contrat) ou, le cas échéant, celle de la non-conclusion du contrat (intérêt négatif à la non-conclusion du contrat).
116. En revanche, l'hypothèse retenue ne peut en aucun cas correspondre à une situation illégale. Lorsque le lésé a commis une infraction en Suisse ou à l'étranger, et lorsque l'acte illicite ou la violation d'un contrat a conduit à ce qu'il soit découvert, les sanctions qui lui sont infligées par les autorités suisses ou étrangères ne sont pas des dommages réparables. Cette question s'est notamment posée avec des violations du secret bancaire. Les amendes fiscales infligées au fraudeur ne sont pas des dommages dont la banque répond (TF in SJ 2008 I p. 169). De même le gain manqué d'une activité illicite n'est-il pas un dommage réparabile. Le petit dealer victime d'une infraction de la route ne saurait demander à titre de dommages et intérêts le bénéfice de son trafic, interrompu par quelques jours d'hôpital.
117. Dans le cadre de cette formule générale du calcul du dommage, l'art 45 CO identifie des postes particuliers du dommage en cas de *décès* du lésé :
- Frais liés au décès, notamment frais d'inhumation.
  - Frais médicaux ayant précédé le décès
  - Perte de soutien. Cette perte de soutien peut être financière ou ménagère. Les tribunaux utilisent les statistiques ESPA pour évaluer le coût de remplacement du soutien ménager (femme de ménage, garde d'enfants, jardinier etc..).

118. La perte de soutien est un dommage indirect, subi par les proches de la victime. En règle générale, le dommage par ricochet (dommage d'un tiers résultant du dommage causé au lésé) n'est pas réparable. L'article 45 CO, complété par l'article 47 CO, font exception à ce principe en permettant aux proches du lésé ayant subi ces dommages du fait du décès du lésé d'en demander la réparation. Cela peut s'ajouter aux prétentions personnelles du lésé, qui sont transférées à ses héritiers par voie de succession (par exemple le tort moral du lésé pour les souffrances subies avant son décès).

*Le droit suisse tend à contenir la responsabilité civile dans des limites raisonnables. C'est pourquoi seule la victime d'un dommage direct, causé par un acte illicite, peut en exiger la réparation. En revanche, la victime d'un dommage indirect, subi par ricochet, ne peut en principe prétendre à aucune réparation. La loi prévoit toutefois quelques exceptions. Ainsi, en cas de mort d'homme, l'art. 45 al. 3 CO prévoit une action des personnes entretenues par le défunt en réparation de leur perte de soutien. Par ailleurs, l'art. 47 CO prévoit une action des proches du défunt en paiement d'une indemnité pour réparer leur tort moral (ATF 138 III 276 consid. 2.2).*

*(Genève, Cour de justice, ACJC/1530/2015, 11.12.2015 cons. 3.2)*

119. Les ayants droit sont tous ceux qui bénéficiaient ou auraient hypothétiquement bénéficié de ce soutien financier ou ménager si le lésé n'était pas décédé. La perte de soutien financier correspond ainsi au montant hypothétique que le défunt aurait consacré à l'entretien de ses survivants.

*Le montant hypothétique que le défunt aurait régulièrement consacré à l'entretien de ses survivants doit être estimé individuellement pour chacun d'eux, d'après leur situation au jour du décès, et capitalisé à cette date.*

*(TF, 4A\_122/2016, 04.07.2016 cons. 8.1)*

120. L'approche des tribunaux quant au champ des bénéficiaires est casuistique, et ne repose pas sur des liens familiaux ou juridiques particuliers.

*La qualité de soutien relève du fait ; elle n'est déterminée ni par le lien de parenté, ni par les droits de succession (cf. ATF 82 II 36 consid. 4). Il importe donc peu de savoir si le soutien est fourni à titre d'obligation légale, contractuelle ou morale (cf. ATF 114 II 144 consid. 2a ; ATF 72 II 165 ; ATF 54 II 9 consid. 2 ; ATF 53 II 50 ; Brehm, Berner Kommentar, ch. 41, 42 et 43a ad art. 47 CO ; Le même, La réparation du dommage corporel, p. 91 ch. 173 s. et p. 115 ch. 243 s. ; Anton Schnyder in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éd.), 4ème éd., Bâle 2007, art. 45 CO ch. 8 ; Werro, Commentaire romand, p. 316 ch. marg. 17 ad art. 45 CO). Ce qui est décisif, c'est que - si l'accident n'avait pas eu lieu - le défunt aurait subvenu ou continué de subvenir, en totalité ou en partie, à l'entretien de la personne dans un avenir plus ou moins proche (cf. ATF 114 II 144 consid. 2a ; ATF 112 II 87 consid. 2 ; ATF 82 II 39 ; Werro, La responsabilité civile, p. 271, ch. marg. 1075 ; Le même, Commentaire romand, p. 316 ch. marg. 17 ad art. 45 CO).*

*[TAF, A-845/2007, 17.02.2010 cons. 6.5)*

121. Lorsque la victime d'une atteinte à l'intégrité corporelle survit, elle 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

(art. 46 al. 1 CO). Cette perte de gain s'inscrit dans le principe général de la différence, et implique le calcul du gain hypothétique du lésé si l'acte illicite n'avait pas eu lieu.

*La perte de gain correspond alors à la différence entre, d'une part, le revenu de valide (revenu hypothétique sans l'accident) et, d'autre part, le revenu d'invalidé (revenu qui peut probablement être réalisé après l'accident) qui comprend les revenus qui découlent de la capacité de gain restante du lésé (cf. arrêt 4A\_481/2009 du 26 janvier 2010 consid. 4.2.5 ; cf. ATF 129 III 135 consid. 2).*

*(TF, 4A\_437/2017 du 14 juin 2018, cons 4.1)*

122. Pour la perte de gain au sens de l'article 46 CO, il convient alors de distinguer :

- *La perte de gain actuelle*, qui est éprouvée au jour du jugement de la dernière juridiction d'appel (à l'exclusion du TF, devant lequel des faits nouveaux ne peuvent être allégués (ATF 125 III 14 cons. 2c)). Le lésé doit être indemnisé pour ce que qu'il n'a effectivement pas pu gagner du fait de son invalidité sur la base du travail que le lésé aurait pu faire si l'acte générateur de responsabilité n'était pas survenu (TF, 4A\_437/2017 du 14 juin 2018, cons. 4.2.1).
- *La perte de gain future*, pour la période qui suit le jugement, et qui suppose une estimation de la durée de l'incapacité de travail, et de l'avenir économique possible du lésé. L'évolution de la situation de santé du lésé étant parfois incertaine au moment du jugement, l'article 46 al. 2 CO autorise le juge à réserver une révision du jugement pendant un délai de deux ans.

123. La perte de soutien et la perte de gain future sont des dommages qui s'étalent dans le temps. Pour de tels dommages, le juge peut théoriquement condamner le responsable à payer une rente et à fournir des sûretés (43 al. 2 CO).

124. Le plus souvent le dommage est *capitalisé*, en tenant compte de l'évolution concrètement prévisible des revenus de la victime. Cette capitalisation est réalisée au moyen des tables et programmes à disposition, qui tiennent compte de paramètres tels que le jour du calcul, le sexe et l'âge du lésé (STAUFFER/SCHAETZLE/WEBER, Tables et programmes de capitalisation, Tome I, 6e éd. 2013, p. 112 ss). Le juge doit ainsi calculer le revenu hypothétique probable dont la victime sera privée (en cas d'incapacité de travail) ou dont ses proches seront privés (perte de soutien financier en cas de décès).

*Ainsi, le revenu hypothétique doit être autant que possible établi de manière concrète, sur la base du revenu effectivement obtenu avant l'accident (ATF 131 III 360 consid. 5.1 p. 363). La capitalisation au taux de 3½% compense correctement le renchérissement futur (ATF 125 III 312 consid. 5a p. 317 et consid. 7 p. 321) ; une progression future du revenu réel ne doit être prise en considération que si elle apparaît concrètement prévisible au regard de la profession de la victime et des circonstances particulières de son cas (ATF 132 III 321 consid. 3.7.2.1 et 3.7.2.2 p. 337 ; arrêt 4A\_543/2015 du 14 mars 2016, consid. 6).*

*(TF, 4A\_122/2016, 04.07.2016 cons. 8.1)*

125. Le dommage économique peut comprendre autant une *perte effective* (diminution du patrimoine du lésé) qu'un *gain manqué* (non-augmentation du patrimoine du lésé).

Des dommages moins tangibles comme un dommage à la réputation ou à l'image commerciale sont également des postes de dommages réparables, dans la mesure où il est possible de chiffrer l'impact économique de ces atteintes, par exemple en termes de perte de clientèle ou de frais de rétablissement de l'image du lésé.

126. La *perte de valeur vénale d'une chose* consécutive à un acte illicite est un dommage réparable, même si son propriétaire n'entend pas la revendre (TF, 4A\_394/2018 [20.05.2019], 4.2.2 ; ATF 84 II 158 ; ATF 64 II 137). Cette dépréciation est un poste du dommage qui s'ajoute à tous les frais de réparation nécessaires (TF, 4A\_113/2017 c. 4.4). Dans cette optique, l'article 191 CO autorise en matière contractuelle un calcul abstrait du dommage, c'est-à-dire le dommage calculé sur la base du prix de revente potentiel d'un bien, et non sur la base d'un prix de revente effectif. Ce calcul abstrait suppose cependant l'existence d'un marché sur lequel la valeur de la chose peut être fixée avec un certain degré de certitude. La valeur de la chose sur le marché doit être calculée après la réparation de la chose (TF, 4A\_113/2017 c. 4.4). Les fluctuations de cours subséquentes n'ont pas à être prises en considération par le juge car il appartient au lésé vendre la chose endommagée s'il veut éviter des pertes plus importantes (art. 44 CO).
127. Le but compensatoire et économique de la réparation s'exprime dans le débat relatif à la *perte de l'usage* d'un bien. Selon le Tribunal fédéral, le fait que le propriétaire d'un bien en ait perdu l'usage en raison d'un acte illicite ne suffit pas à fonder un dommage : encore faut-il que le propriétaire de ce bien démontre qu'il aurait utilisé ce bien, et que le fait de ne pas avoir pu l'utiliser a conduit à une diminution de sa fortune. Ainsi un vol est-il un acte illicite, mais si l'objet volé est rendu à son propriétaire, et s'il est probable que ce celui-ci ne se serait pas servi de cet objet durant la période où il en a été privé, cet acte illicite ne cause pas de dommage.

*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 (HERMANN LANGE, Schadensersatz, 2e éd. Tübingen 1990, p. 283 ; ROBERTO, op. cit., p. 208).*

(ATF 126 III 388 cons. 1.1.a)

128. Des auteurs proposent au contraire que le simple *inconvenient* de ne pas avoir pu utiliser un bien soit un dommage réparable, même si cela ne correspond pas à une diminution de la fortune du lésé. La perte de prestige lié au fait que le lésé n'a pu utiliser sa voiture de luxe pour se rendre à un événement social, la privation du plaisir d'avoir un beau tableau chez soi, devraient selon eux, impliquer une réparation civile (voir Weber, Berner Kommentar, art. 97, N 174 et 175 ; Rey, Ausservertragliches Hafpflichtsrecht, 1 auf. 1998 N 374 ss ; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 1998, N 14.06). On retrouve ici le débat du « *petit tort moral* » (supra b). Nous aurions pour notre part quelques réticences à faire des tribunaux une chambre d'enregistrement des contrariétés.

#### **e. Intérêt compensatoire**

129. Le but du régime de responsabilité est de remettre le lésé dans la situation qui aurait été la sienne si l'acte illicite n'avait pas eu lieu. Dans cette perspective, il convient de tenir compte du décalage temporel entre l'acte illicite et la date du jugement. L'intérêt compensatoire est un poste du dommage qui permet de tenir compte de ce décalage.
130. Le taux de l'intérêt compensatoire, comme celui de l'intérêt moratoire, est un taux forfaitaire de 5 % que le lésé n'a pas à prouver. La preuve d'un dommage supplémentaire reste cependant possible.

*Selon la jurisprudence, tant l'intérêt moratoire que l'intérêt compensatoire visent à réparer le préjudice résultant de la privation de l'usage d'un capital. Il ne se justifie donc pas d'appliquer des taux d'intérêts différents en fonction du type d'intérêts dont il s'agit (ATF 122 III 53 consid. 4b concernant en particulier les intérêts compensatoires en matière contractuelle). Par application analogique des art. 73 et 104 al. 1 CO, le taux forfaitaire (pauschalierter Zinssatz) de l'intérêt compensatoire a donc été fixé à 5 % (ATF 139 V 176 consid. 8.1.2 ; 131 III 12 consid. 9.4 ; 122 III 53 consid. 4b). Il s'agit d'une présomption réfragable, le lésé ayant la possibilité de faire la preuve d'un dommage plus important (ATF 131 III 12 consid. 9.4 en matière de responsabilité civile).*

*(TF, 5A\_388/2018, 03.04.2019, cons. 5.5.4.3.2)*

131. Des auteurs critiquent ce principe en considérant que le taux d'intérêt compensatoire devrait être le taux moyen du marché pendant la période considérée (Arnaud Philippe, L'intérêt compensatoire ou la réparation du dommage de temps - Analyse et pratique souhaitable, RDS 2012 I 389, 396). Le Tribunal fédéral a refusé de remettre en cause le principe de la présomption réfragable d'un taux à 5 % (arrêt cité). Cette solution, avantageuse pour le lésé en période de taux bas, a le mérite de créer une certaine cohérence entre le régime prétorien des intérêts compensatoires et le régime légal des articles 104 CO et 73 CO.
132. Si leur régime juridique forme une unité cohérente, il faut néanmoins distinguer l'intérêt compensatoire (poste du dommage) de l'intérêt moratoire (sanction du retard dans l'obligation de payer une somme d'argent, art. 104 CO) et de l'intérêt conventionnel (rémunération d'un prêt, art. 313 CO).
133. Une fois que le juge a condamné le responsable à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts (y compris l'intérêt compensatoire qui est un des postes du dommage), tout retard sur le paiement de cette somme, qui est exigible dès le prononcé du jugement définitif, fait courir des intérêts moratoires.

#### **f. Imputation des avantages**

134. Pour que la comparaison entre la situation patrimoniale effective et la situation patrimoniale hypothétique du lésé soit exacte, il faut tenir compte du fait que l'acte illicite peut générer des avantages, ou des non-dépenses, pour le lésé. Ainsi certains postes du dommage peuvent être pris en charge par des assurances sociales ou privées. Le changement de vie du lésé (par exemple en cas d'incapacité de travail) peut lui



épargner certains frais (par exemple les frais de déplacement professionnels). Le juge doit donc déduire ces avantages du montant du dommage, selon le principe de l'imputation des avantages (*compensatio lucri cum damno*).

*Que ce soit en matière de responsabilité délictuelle ou de responsabilité contractuelle, les avantages financiers qui trouvent leur source dans l'événement dommageable doivent être imputés sur le montant du dommage subi par le lésé (principe de l'imputation des avantages ou *compensatio lucri cum damno*); l'imputation n'est cependant justifiée que pour les avantages qui sont en lien de connexité avec le sinistre (ATF 136 III 113 consid. 3 ; 112 Ib 322 consid. 5a ; arrêts 4A\_76/2018 du 8 octobre 2018 consid. 3.5 ; 4A\_101/2015 du 21 juillet 2015 consid. 5.2 et 4A\_310/2014 du 10 octobre 2014 consid. 4.4.2).*

*(TF, 5A\_388/2018, 03.04.2019, cons. 6.2.1)*

135. Sont notamment des avantages devant être déduits du dommage réparable du lésé toutes les prestations d'assurance touchées par le lésé, de même que les prestations reçues dans le cadre de la LAVI, dans la mesure où il existe entre la prestation versée et le dommage un concordance causale (en raison de l'événement dommageable), matérielle, temporelle et personnelle (*Kongruenzgrundsatz* : ATF 134 III 489 cons 4.2 ; 130 III 12 cons. 7.1).

*En vertu du principe de l'imputation des avantages, les prestations des assurances sociales versées au lésé, pour lesquelles l'assureur social est au bénéfice d'un droit de subrogation, doivent encore être imputées sur la créance que celui-là détient contre le responsable (ATF 131 III 360 consid. 6.1 et les références doctrinales)*

*(TF, 4A\_437/2017, 14 juin 2018, cons. 4.3. L'arrêt explique de façon assez précise les effets de la *Kongruenzgrundsatz* sur le calcul des indemnités pour perte de gains passée et future).*

136. Lorsqu'un poste du dommage est pris en charge par une assurance sociale, privée, ou selon la LAVI, l'institution qui a indemnisé le lésé est subrogée aux droits du lésé contre le responsable (art. 74 LPG, art. 95c al. 2 LCA, art. 7 LAVI). Le fait qu'une partie du dommage soit assurée ne libère donc pas le responsable de sa responsabilité, car il répond de ces montants à l'égard des institutions qui ont indemnisé le lésé.
137. Lorsque l'acte illicite a causé la mort d'une personne et que des proches font valoir leur dommage indirect, la question s'est posée de savoir si ces proches devaient imputer sur le montant du dommage l'éventuelle somme d'assurance-vie dont ils pouvaient être bénéficiaires du fait du décès de la victime. A juste titre, la jurisprudence a exclu cette imputation, au motif que l'assurance-vie ne vise pas à indemniser le bénéficiaire pour son dommage (ATF 95 II 411). Le montant de l'assurance correspond à une somme forfaitaire, fixée non en fonction du dommage mais en fonction du montant des primes payées par l'assuré, et devant être versée par l'assureur au bénéficiaire en cas de réalisation du risque. Ce principe vaut pour toutes les assurances qui ne sont pas corrélées au montant du dommage, et qui sont qualifiées d'assurances de sommes.

*Dans le cas d'une assurance de personnes conçue comme une assurance de sommes, l'assuré peut cumuler les prétentions en versement des indemnités journalières prévues par le contrat d'assurance avec d'autres prétentions en raison du même*

*événement dommageable ; la prestation de l'assureur de sommes est due indépendamment du point de savoir si l'ayant droit reçoit des prestations de la part d'autres assureurs ou d'un tiers responsable ; la surindemnisation de l'ayant droit est possible et, conformément à l'art. 96 LCA, les droits que l'ayant droit aurait contre des tiers en raison du sinistre ne passent pas à l'assureur.*

*(TF, 4A\_435/2019, 28.01.2020, cons. 6.2)*

138. De même, les droits de successions ne sont pas imputés sur le montant du dommage des héritiers en lien avec un décès causé par un acte illicite, car leur qualité d'héritier est indépendante de cet acte dommageable. En revanche, lorsque la masse successorale génère un revenu, ce revenu doit être pris en compte dans le calcul de la perte de soutien financier, en ce sens que ce revenu peut se substituer au soutien apporté par la victime à l'ayant droit avant son décès (ATF 95 II 411).

139. Le principe de l'imputation des avantages s'applique également en matière contractuelle (art. 99 al. 3 CO). Cela pose la question délicate de la fluctuation des cours de bourses, par exemple dans un cas où un intermédiaire financier a constitué un portefeuille de titres pour le compte de son client en violation des instructions données par celui-ci. Suivant ces fluctuations, et en fonction de la période retenue, cette violation du contrat peut avoir des effets partiellement positifs pour le lésé. Les Tribunaux se refusent à suivre les aléas de la bourse pour fixer le dommage.

*En matière de gestion d'un portefeuille de titres, il ne saurait être question de suivre les aléas de la bourse jusqu'au jour du jugement pour savoir si le demandeur doit se voir opposer la compensation des avantages obtenus en cas de montée des cours ou si, au contraire, il peut augmenter ses prétentions contre l'auteur du fait générateur de responsabilité, en cas de baisse des cours. Une telle manière de faire serait totalement aléatoire, faisant dépendre le sort du procès des effets conjugués de l'évolution imprévisible des cours de la bourse et de la durée du procès.*

*(TF, 5A\_388/2018, 03.04.2019, cons. 6.2.1)*

140. Le Tribunal fédéral a néanmoins laissé la porte ouverte à une prise en compte des gains réalisés « *dans une certaine mesure* », concept juridique qui ne brille pas par sa précision.

*En revanche, de substantiels gains, réalisés subséquentement par le lésé sur les titres achetés en violation du devoir de diligence de l'auteur, pourraient amener le juge à en tenir compte dans une certaine mesure (cf. CHAPPUIS, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_351/2007 du 15 janvier 2008, op. cit., p. 145).*

*(TF, 5A\_388/2018, 03.04.2019, cons. 6.2.1)*

141. A notre avis, l'évolution des cours doit être prise en compte dans la détermination de la situation patrimoniale effective du lésé jusqu'au jour où il a eu connaissance de la violation de ses instructions. Le juge doit donc établir le résultat net de la gestion pendant cette période. Le lésé doit ensuite rendre plausible le résultat hypothétique supérieur qu'il aurait eu si ses instructions avaient été respectées. Les évolutions de la bourse après la date où le lésé a eu connaissance de la violation de ses instructions ne

doivent pas être prises en considération, car dès cette date le lésé a repris le contrôle de son portefeuille.

**g. Facteurs de réduction de l'indemnité**

142. Une fois que le juge a établi le montant du dommage, il doit encore tenir compte de certains facteurs de réduction, avant de fixer l'indemnité due par le responsable. Cette indemnité peut être réduite par rapport au dommage en tenant compte :

- Des circonstances et de la gravité de la faute du responsable (art. 43 al. 1 CO).
- De l'éventuelle faute concomitante du lésé (art. 44 CO).

143. La faute concomitante (art. 44 CO) peut concerner :

- La survenance du dommage. Il se peut qu'un manquement à la diligence du lésé ait contribué à la survenance du dommage (le chauffeur roulait trop vite mais le piéton (lésé) a traversé en dehors du passage-piétons).
- L'aggravation du dommage. Dès qu'il constate l'existence du dommage, le lésé à l'incombeance de prendre des mesures raisonnables pour réduire ce dommage (le blessé (lésé) ne se fait pas soigner et la plaie s'infecte).

144. La faute concomitante dans la survenance du dommage peut être soit un facteur de réduction de l'indemnité, soit un facteur de rupture du lien de causalité et donc d'exclusion de la responsabilité. Une rupture du lien de causalité doit être admise lorsque la faute concomitante est si importante qu'elle semble être la seule cause du dommage, ou en tous cas sa cause principale, relayant l'acte illicite à l'arrière-plan dans la chaîne causale (ATF 142 IV 237, c. 1.5.2). Dans les autres cas, la faute concomitante est un facteur de réduction de l'indemnité, proportionnel à sa gravité.

145. La faute concomitante dans l'aggravation du dommage est un facteur de réduction de l'indemnité, qui doit être réduite à ce qui aurait été le dommage si le lésé avait pris les mesures nécessaires. Le critère retenu par les tribunaux est celui des mesures que prendrait une personne raisonnable qui devrait supporter seule les conséquences du dommage. L'idée est que la perspective d'agir en responsabilité ne doit pas conduire le lésé à l'insouciance.

*Le devoir de diminuer le dommage dans l'intérêt du responsable trouve ses limites dans ce qui est équitablement exigible de la victime. L'étendue de ce devoir peut être déterminée en se référant au comportement que le lésé adopterait s'il devait assumer seul la totalité de son préjudice. A la suite de lésions corporelles, il s'agit, par exemple de se soumettre à une opération chirurgicale, respectivement à un traitement médical, apte à favoriser la guérison (arrêt du Tribunal fédéral 4C.83/2006 du 26 juin 2006 consid. 4 et les références citées). Les efforts exigibles de la victime doivent être évalués en tenant compte de circonstances telles que sa personnalité, son âge, etc. (arrêt du Tribunal fédéral 4C.83/2006 précité ; ATF 89 II 222 consid. 6).*

*(Genève, Cour de justice, ACJC/1478/2013, 13.12.2013 cons. 5.2)*

146. Les critères de ce qui semble raisonnable peuvent évoluer. C'est dans cette optique que le législateur a posé le principe qu'il n'est pas déraisonnable de la part du propriétaire d'un animal de compagnie de lui faire prodiguer des soins qui vont au-delà de sa valeur vénale (art. 42 al. 3 CO). En soi, ces mesures conduisent à augmenter un dommage qui aurait pu s'arrêter à cette valeur vénale de l'animal. Comme le législateur autorise le juge à prendre en considération la valeur sentimentale de l'animal (art. 43 al. 3 bis CO), il est logique que l'obligation du lésé de diminuer le dommage ne contraigne pas le propriétaire de l'animal à le faire piquer pour réduire les coûts.
147. Le consentement du lésé prévu à l'article 44 CO ne devrait pas être, d'après nous, un facteur de réduction de l'indemnité : soit il s'agit d'un consentement libre et éclairé, et l'acte n'est pas illicite, soit il s'agit d'un consentement vicié, et il ne faut pas en tenir compte. Lorsque la loi prévoit que le consentement du lésé n'enlève pas à l'acte son illicéité (assistance au suicide, euthanasie), ce n'est pas ce consentement qui peut conduire à une réduction de l'indemnité, mais les circonstances au sens de l'article 43 al. 1 CO.

#### **h. Clauses limitatives de responsabilité**

148. Lorsque l'acte illicite correspond à la violation d'un contrat, il arrive souvent que ce contrat contienne des clauses limitatives de responsabilité (plafond de responsabilité, exclusion de certains postes de dommages, etc.).
149. Il convient d'abord de déterminer si cette clause s'applique aussi à la responsabilité délictuelle du responsable. C'est une question d'interprétation qui dépend en premier lieu de la volonté des parties (art. 18 CO). Il est devenu courant dans certains domaines de prévoir expressément le prolongement de la clause à la responsabilité délictuelle.

➤ Exemple de clause limitative de responsabilité étendue à la responsabilité délictuelle

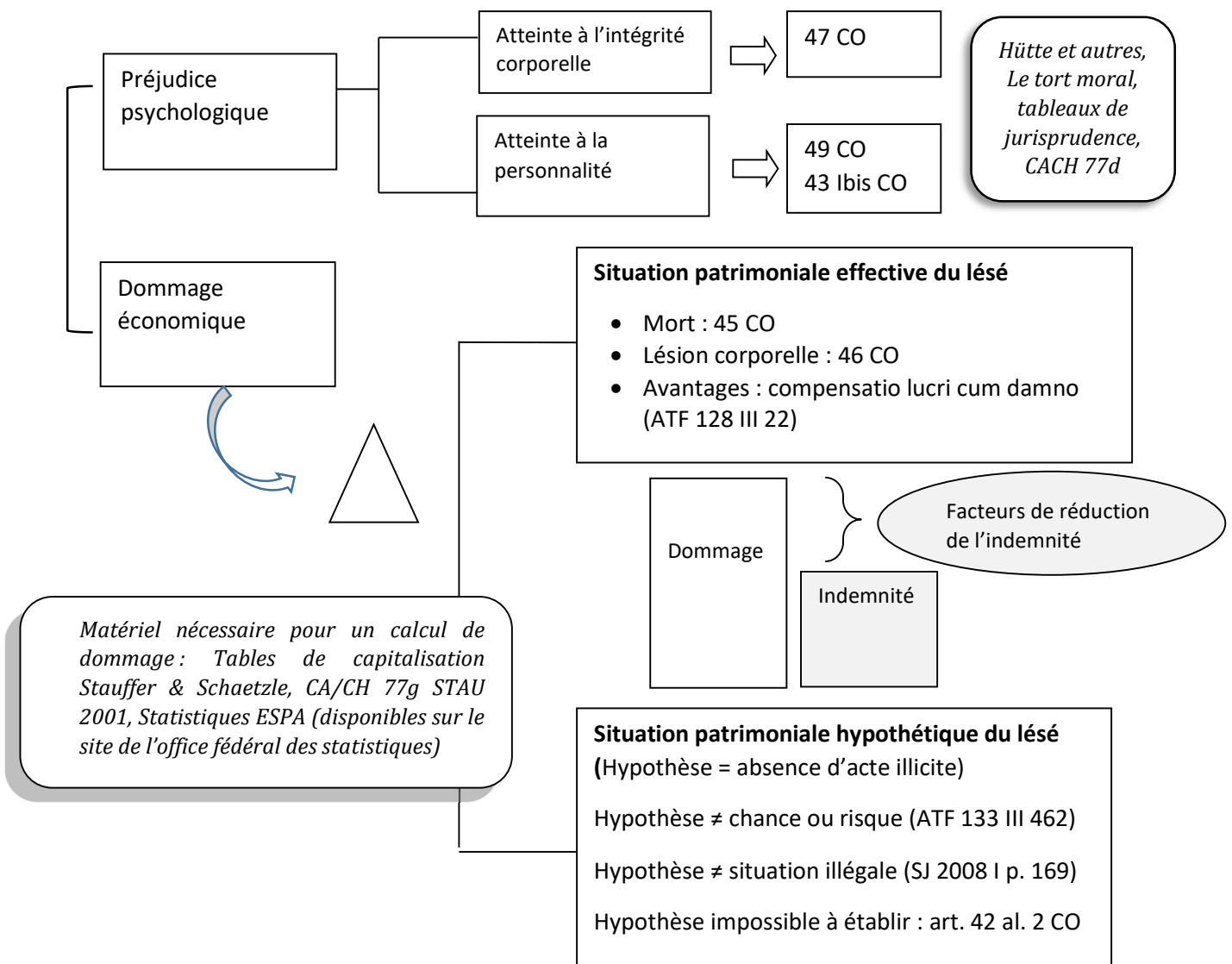
La responsabilité de X découlant directement ou indirectement de l'exécution du présent Contrat, quelle qu'en soit la cause, contractuelle, délictuelle ou autre, sera limitée au montant du Prix Global défini à l'article III du présent Contrat.
---

150. Cette clause ne s'applique qu'aux parties au contrat, et ne lie pas des tiers (comme par exemple les employés d'une partie, qui subiraient une atteinte à leur intégrité corporelle dans le cadre de l'exécution du contrat). De même, en cas de décès d'une partie au contrat, une telle clause n'est à notre avis pas opposable à des tiers qui pourraient se prévaloir d'un dommage par ricochet (art. 45 al. 3 CO, art. 47 CO). Une telle opposabilité serait contraire au principe de la relativité des contrats.
151. Toute clause limitative de responsabilité est soumise aux limites des articles 100 et 101 CO, et ne s'applique donc pas en cas de faute personnelle grave de la partie responsable. Certains auteurs contestent la validité d'une telle clause au regard de l'article 27 CC, en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle. A notre avis, dès lors et dans la mesure où le consentement de la victime peut justifier l'acte, le même consentement doit pouvoir valablement limiter les conséquences de cet acte. La question ne se pose pas en cas de

décès, dès lors que les proches de la victime qui peuvent se prévaloir d'un dommage par ricochet ne sont pas lié par la clause.

152. Enfin, si la clause se trouve dans des conditions générales imposées à un consommateur, elle peut le cas échéant être tenue pour abusive (art. 8 LCD) si elle paraît contraire aux règles de la bonne foi et crée un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties (voir à ce sujet Probst Thomas, dans : Jung Peter/Spitz Philippe (éd.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2e éd., Berne 2016, Art. 8 / IX. Potentiell problematische Klauseln N 314 ss). Ces critères dépendent des circonstances concrètes, et il n'est pas possible à notre avis de poser le principe selon lequel l'extension d'une limitation de responsabilité à la responsabilité délictuelle serait intrinsèquement abusive.

### i. Récapitulation graphique



### III. CAUSALITÉ

#### a. Concept

153. Une responsabilité de droit privé n'existe que s'il existe un lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage. Le fait dommageable peut être : l'acte illicite (art. 41 CO), les circonstances couvertes par une responsabilité objective (par exemple le mauvais entretien d'un ouvrage : article 58 CO) ou objective aggravée (par exemple l'usage d'un véhicule motorisé : art. 58 LCR), ou la violation d'un contrat (art. 97 CO). Il n'y a pas de différence dans le concept de causalité en matière contractuelle et en matière de responsabilité civile. En revanche, le droit des assurances sociales a développé un concept relativement autonome de la causalité qui ne correspond pas toujours à celui du droit de la responsabilité civile (voir à ce sujet Anne-Sylvie Dupont, Points communs et différences des régimes indemnitaires – quelques conséquences pratiques, in : l'indemnisation du préjudice corporel, Helbing & Lichtenhahn, 2019). On ne peut pas dire que ces excroissances de concepts généraux du droit par domaines juridiques participent à la cohérence générale du système légal, et à sa lisibilité par le justiciable.

154. Le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage est un concept qui s'analyse en deux étapes :

- Une étape factuelle : il s'agit du lien de cause à effet entre l'acte illicite et le dommage. Ce lien relève des faits et n'est pas revu par le Tribunal fédéral. Il s'agit de la *causalité naturelle*.
- Une étape juridique : il s'agit de l'appréciation du juge sur la question de savoir si l'acte illicite était de nature à conduire à ce type de dommage, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie. C'est une question juridique et l'appréciation des juges cantonaux peut être contestée devant le Tribunal fédéral. Il s'agit de la *causalité adéquate*.

*Elucider la causalité naturelle relève de la constatation des faits; apprécier la causalité adéquate s'inscrit dans l'application du droit, que le Tribunal fédéral contrôle librement (ATF 139 V 176 consid. 8.4.3 p. 190; 116 II 519 consid. 4a i.f. p. 524).*

*(TF, 4A\_22/2020, 28.02.2020, cons. 7)*

155. Même si la causalité naturelle relève des faits, elle n'en est pas moins une condition juridique de la responsabilité. Le Tribunal fédéral ne revoit pas les constatations en fait des juridictions cantonales, mais peut admettre un recours contre une décision cantonale qui méconnaît le concept même de causalité naturelle ((ATF 122 IV 17 cons. 2c/aa).

156. Le rapport factuel de causalité naturelle doit être prouvé par le demandeur. Il y a cependant souvent une part d'incertitude dans le rapport causal entre un fait et un autre, et le Tribunal fédéral se contente d'une vraisemblance prépondérante (ATF 130 III 324 c. 3.2).

## **b. Casualité naturelle et condition sine qua non**

157. Le rapport de causalité naturelle implique que le fait dommageable soit nécessaire dans la chaîne de causalité. Autrement dit, il en est une des « *conditiones sine qua non* », sans lesquelles le dommage n'aurait pas eu lieu.

*Un comportement est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non, c'est-à-dire si, sans lui, le résultat ne se serait pas produit ou du moins pas de la même manière ; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat (ATF 139 V 176 consid. 8.4.1 p. 189 s. et l'arrêt cité).*

*(TF 6B\_1180/2019 du 17.02.2020 cons. 3.1)*

158. Une façon de vérifier le caractère nécessaire du fait dommageable dans la chaîne de causalité consiste bien sûr à examiner l'hypothèse dans laquelle cet acte dommageable n'aurait pas eu lieu. En matière délictuelle, la question revient à examiner si le dommage aurait eu lieu si l'auteur de l'acte illicite n'avait pas commis cet acte.
159. Ce test négatif (hypothèse du fait dommageable non survenu) ne convient évidemment pas lorsque le fait dommageable est une omission. Une omission peut être une source de responsabilité lorsque celui qui s'est abstenu avait une obligation d'agir. Dans ce cas, la causalité nécessaire s'établit par la preuve que si l'auteur avait agi conformément à ses obligations, le dommage ne serait pas survenu. L'hypothèse est donc celle du comportement licite du lésé. Le responsable d'une omission peut s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve que le dommage serait survenu même s'il avait agi conformément à son obligation d'agir (comportement de substitution licite ; voir TF 4A-350/2019, cons. 3.2.2).
160. Ainsi en matière médicale, le médecin qui n'a pas informé le patient du risque lié à une opération peut se libérer de sa responsabilité s'il arrive à prouver que le patient aurait de toutes façons accepté l'opération (ATF 133 III 121 cons. 4.1.3 ; ATF 108 II 59, cons. 3). Le risque d'une telle objection à l'illicéité par omission est évidemment de décourager celui qui a l'obligation d'agir, au motif que l'action ne servirait à rien. Bref, l'objection du comportement de substitution licite à l'omission doit être admise avec réserve, et ne pas devenir une prime aux aquabonistes, pour reprendre l'expression de Gainsbourg.

## **c. Généralisation de l'objection du comportement de substitution licite**

161. La question de savoir si l'objection du comportement de substitution licite peut être généralisée à des cas où le fait générateur d'obligations est une action a donné lieu à d'intenses controverses doctrinales (voir notamment Werro, L'objection du comportement de substitution licite : de son utilité et de sa place, in : Les causes du dommage, Schulthess, 2007. p. 53-73). Dans une intéressante affaire de responsabilité de l'Etat (Genève) en raison de l'usage par la police d'une grenade détonante ayant blessé une journaliste pendant une manifestation, la Cour de justice de Genève avait absous l'Etat de Genève. Certes, l'acte du policier avait été reconnu comme illicite car la grenade avait été tirée en l'air contrairement aux règles de sécurité. Cependant, selon la Cour de justice, le dommage aurait été le même si le policier avait tiré la grenade à

terre conformément aux règles d'utilisation en usage (objection du comportement de substitution licite). Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral a rappelé les réserves de la jurisprudence sur ce concept, puis en a admis l'application. Il a cependant renvoyé l'affaire à la Cour pour une nouvelle instruction des faits.

*Le Tribunal fédéral a surtout examiné l'objection du comportement de substitution licite en lien avec des actes illicites résultant d'une omission. Il a alors abordé le problème par rapport à la causalité naturelle, si ce n'est expressément du moins implicitement, notamment en relation avec le consentement hypothétique du patient (cf. ATF 133 III 121 consid. 4.1.3 p. 129 s. ; 122 III 229 consid. 5a/aa p. 234 ; 117 Ib 197 consid. 5 p. 206 ss). En outre, il a admis la prise en compte de l'objection du comportement de substitution licite en lien avec la violation positive de contrats, dans le cadre de l'examen de la causalité naturelle (arrêts 4C.322/1998 du 11 mai 1999 consid. 2 et 4C.217/1988 du 24 avril 1990 consid. 3c). Récemment, il a encore envisagé la possibilité d'opposer cette objection en matière de responsabilité délictuelle (faux certificat médical), toujours sous l'angle de la causalité naturelle, mais a finalement estimé que la question ne se posait pas dans le cas d'espèce, car le défendeur ne l'avait pas soulevée (cf. arrêt précité 4C.156/2005 du 28 septembre 2005 consid. 3.5.6)*

*[Arrêt (Tribunal fédéral) 2C\_860/2008 du 20.11.2009 cons. 5.2]*

162. La Cour a finalement rendu un nouvel arrêt qui reconnaissait la responsabilité de l'Etat. Ce dernier a à son tour recouru au Tribunal fédéral, qui a confirmé l'arrêt et indiqué que la responsabilité de l'Etat devait être retenue malgré l'objection du comportement de substitution licite, car il n'était en aucun cas licite de tirer une grenade dans ces circonstances.

*Par ce raisonnement, le recourant entend se prévaloir d'un comportement de substitution licite. Cette figure juridique, fût-elle applicable lorsque l'illicéité consiste en une action et non en une omission (cf. à ce sujet arrêt 2C\_860/2008 du 20 novembre 2009 consid. 5.2), suppose toutefois que, concrètement, un dommage serait aussi survenu si son auteur s'était comporté de manière conforme au droit (Anton Schnyder, Commentaire bâlois, CO I, 4e éd. Bâle 2007, n. 29a ad art. 41). Sur ce point, le recourant perd toutefois de vue que, si la police s'était conformée aux prescriptions de sécurité, elle n'aurait tout simplement pas dû faire usage de grenades à l'encontre de l'intimé. En effet, elle ne pouvait ni tirer en rase-motte puisque l'intimé était au haut de l'escalier, ni viser les jambes compte tenu de la distance qui l'empêchait de viser. Partant, la Cour de justice pouvait sans arbitraire retenir qu'un usage correct de la force publique - soit conforme aux prescriptions de sécurité - n'aurait causé aucune blessure à l'intimé.*

*(TF, 07.07.2011, RDAF 2011 I p. 594 ss, 604)*

163. Malgré son résultat et quelques précautions oratoires, cet arrêt confirme la généralisation de l'objection du comportement de substitution licite à des actes illicites qui ne sont pas des omissions. Cela nous semble justifié dans tous les cas où ce qui est reproché à l'auteur du fait dommageable n'est pas le fait d'avoir agi, mais les modalités de cette action. Il nous semble justifié dans de tels cas de comparer les modalités licites et les modalités effectives, et d'examiner si le dommage serait survenu même si l'auteur avait agi conformément à ces modalités licites.



#### d. Causalité naturelle directe, indirecte, par ricochet

164. La chaîne de causalité peut être *directe ou indirecte*. Elle est indirecte lorsque d'autres événements s'interposent entre l'acte illicite et le dommage, qui en sont également des conditions nécessaires. Ces autres événements peuvent être des faits extérieurs fortuits, le fait d'un tiers, ou le fait du lésé. La chaîne de causalité n'est pas rompue tant que l'acte illicite reste un maillon essentiel de la chaîne de causalité. Ainsi dans une affaire où un accident de la circulation avait été la cause exclusive d'une opération qui elle-même avait été la cause d'un accident vasculaire, le Tribunal fédéral, désavouant les juridictions cantonales, a admis le lien de causalité entre l'accident de la route et l'accident vasculaire.

*C'est en effet bel et bien l'opération de 1998, laquelle n'aurait pas eu lieu sans l'accident de la circulation de 1990, qui a causé l'accident vasculaire fondant les prétentions de la demanderesse, et le pronostic rétrospectif objectif conduit incontestablement à la conclusion que cet accident vasculaire est une conséquence adéquate de l'accident de la circulation de 1990.*

*(TF 5C.125/2003, 31.10.2003, cons. 4.5)*

165. Ce n'est que lorsque la cause intermédiaire devient si importante dans la chaîne de causalité qu'elle relègue l'acte illicite au second plan, que cette cause intermédiaire peut être un facteur d'interruption du lien de causalité (*infra* lit. h).
166. Par ailleurs, lorsque la conjonction des causes implique que le lien de causalité naturelle entre le fait dommageable et le dommage paraît moins intense, sans toutefois être interrompu, le juge peut en tenir compte pour réduire l'indemnité.

*Il est de jurisprudence qu'en droit de la responsabilité civile, il sied de prendre en considération, dans la fixation de la réparation, la très faible intensité de l'événement dommageable, en rapport avec d'autres causes, sur le résultat survenu (ATF 123 III 110 consid. 3c p. 115 ; arrêt 4A\_382/2015 du 4 janvier 2016 consid. 12.5.2). Le juge doit ainsi réduire l'indemnité allouée au lésé s'il a admis dans un cas limite (Grenzfall) la causalité adéquate à l'avantage de celui-ci afin de trouver une solution équilibrée (arrêt 4A\_402/2006 du 27 février 2007 consid. 5.4 ; BREHM, Berner Kommentar, 4e éd. 2013, n° 54 ad art. 43 CO).*

*(TF, 4A\_74/2016 du 09.09.2016 cons. 4.1)*

167. En revanche le dommage *par ricochet* (ou « *réfléchi* »), causé à des tiers par le fait que le lésé subit un dommage, n'est pas réparable sauf exception légale. Lorsque l'acte illicite cause un dommage, l'auteur de l'acte illicite n'en est responsable qu'à l'égard du lésé. Le fait que le lésé a subi un dommage est cependant susceptible de causer par contrecoup des dommages à des tiers multiples (dommages par ricochet). Pour éviter que se mettent en place des chaînes de dommages imprévisibles et potentiellement infinies, la jurisprudence exclut par principe la réparation du dommage par ricochet, et voit dans les bases légales en prévoyant la réparation (art. 47 CO : tort moral des proches de la victime, art. 45 CO frais et perte de soutien des proches de la victime) des exceptions qui doivent être appliquées restrictivement.

*L'art. 45 al. 3 CO déroge au système général du code des obligations en permettant exceptionnellement la réparation du préjudice réfléchi, c'est-à-dire subi par contre-coup par des tiers indirectement lésés (cf. ATF 127 III 403 consid. 4b/aa ; ATF 112 II 118 consid. 5b ; ATF 82 II 36 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.195/2001 du 12 mars 2002 consid. 4 ; Brehm, La réparation du dommage corporel, p. 83 s. ; Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4ème éd., Zurich- Bâle - Genève 2005, p. 101 ch. 89 ; Werro, Commentaire romand, p. 315 ch. marg. 11 ad art. 45 CO). Cette disposition doit, de ce fait, être interprétée restrictivement (cf. ATF 112 II 118 consid. 5b ; ATF 82 II 36 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.195/2001 du 12 mars 2002 consid. 4 ; Brehm, Berner Kommentar, ch. 35 ad art. 45 CO).*

*(TAF, A-845/2007, 17.02.2010, cons. 6.2)*

#### **e. Causalité adéquate**

168. Le caractère adéquat de la causalité est une qualification juridique du rapport factuel de causalité naturelle. Les deux conditions sont cumulatives, et le juge doit d'abord déterminer s'il existe un rapport de causalité naturelle entre le fait dommageable et le dommage, avant de qualifier ce rapport de causalité comme adéquat. Le lien de causalité doit être considéré comme adéquat lorsqu'il est dans le cours ordinaire des choses et conforme à l'expérience générale de la vie que le fait dommageable conduise à un dommage du type de celui qui s'est produit.

*Selon la jurisprudence, le rapport de causalité est adéquat lorsque l'acte incriminé est propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (ATF 129 II 312 consid. 3.3 p. 318). Pour que la causalité adéquate puisse être admise, il faut au préalable qu'un lien de causalité naturelle soit établi.*

*(TF, 4A\_59/2009, 07.09.2009, cons. 6.2)*

169. Il s'agit donc d'un jugement de valeur, qui repose sur une appréciation juridique du juge. Ce jugement repose sur un pronostic rétrospectif objectif, qui consiste à examiner si le dommage s'inscrit dans le champ raisonnable des possibilités objectives pouvant résulter du fait dommageable. Le caractère objectif de ce pronostic distingue le concept de causalité adéquate de celui de la prévisibilité, qui est par exemple utilisé dans la Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises (art. 74 CVIM). Le juge ne doit pas déterminer si le dommage était subjectivement prévisible pour le responsable au moment du fait dommageable, mais s'il entraînait objectivement dans le champ des possibles que le fait dommageable puisse causer un dommage de ce type.

*Face à un enchaînement concret de circonstances, le juge doit examiner s'il était probable que la cause considérée produisît le résultat intervenu ; ce n'est pas la prévisibilité subjective mais la prévisibilité objective qui est déterminante (ATF 139 V 176, ibid. ; 112 II 439 consid. 1d p. 442 ; 101 II 69 consid. 3a p. 73)*

*(TF, 4A\_59/2009, 07.09.2009 cons. 6.2)*

170. En contradiction avec les critères de l'expérience générale de la vie et du cours ordinaire des choses, le Tribunal fédéral considère parfois que l'exigence de causalité adéquate ne repose pas sur des critères de fréquence, de régularité, ou de banalité. Même des

conséquences inattendues ou qui paraissent extraordinaires aux yeux du profane, mais non des experts, peuvent être dans un lien de causalité adéquate avec le fait dommageable (ATF 96 II 396 c. 2 ; ATF 119 Ib 345 c. 5b ; TF. 5C.125/2003, 31.10. 2003 c. 4.2 ; TF 5C.88/2004 du 26.10.2004 c. 4.1). On peut voir dans ces arrêts la volonté du Tribunal fédéral de se ménager une certaine marge de manœuvre, mais il faut à notre avis éviter que le concept de causalité adéquate, qui est un concept juridique, ne devienne un concept qui ne puisse être confirmé que par des experts.

171. Le but de cette condition juridique est de limiter de façon raisonnable l'étendue de la responsabilité de l'auteur de l'acte dommageable.

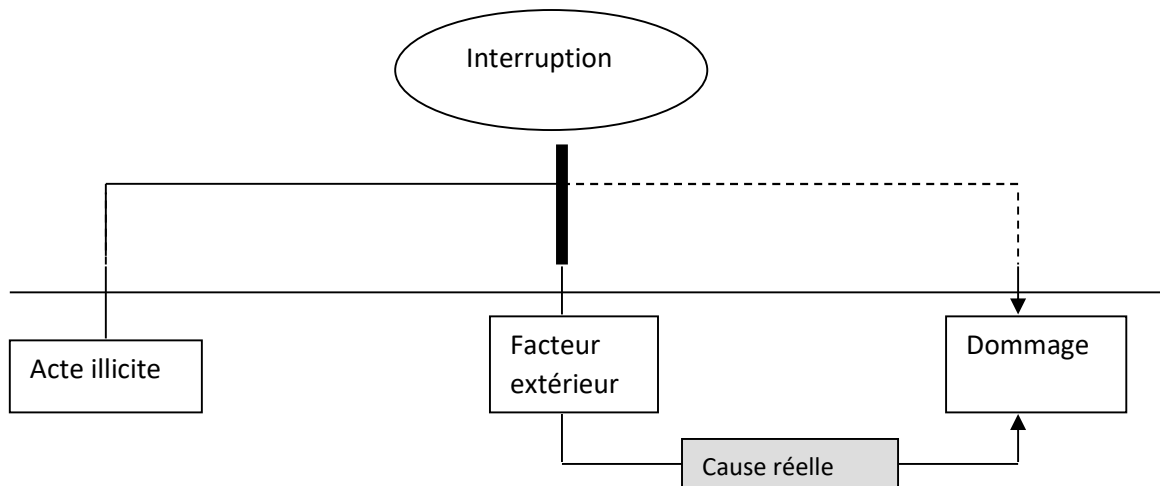
*En termes de politique législative, le but du caractère adéquat de la causalité (tant en matière de droit des assurances sociales qu'en matière de responsabilité civile) est de limiter la responsabilité (ATF 123 III 110 c. 3a p. 112 ; 117 V 369 c. 4a p. 382 ; 115 V 133 c. 7 p. 142 ; 96 II 392 c. 2 p. 397). La causalité adéquate sert à apporter à la causalité naturelle les limites dont celle-ci a parfois besoin pour rendre la responsabilité légale supportable (ATF 123 III 110 c. 3a p. 112 ; 107 II 269 c. 3 p. 276 ; 122 V 415 c. 2c).*

*[TF, 4A\_637/201, 29.06.2019, in : SJ 2017 I p. 149 cons. 4, arrêt en langue allemande publié aux ATF 142 III 433].*

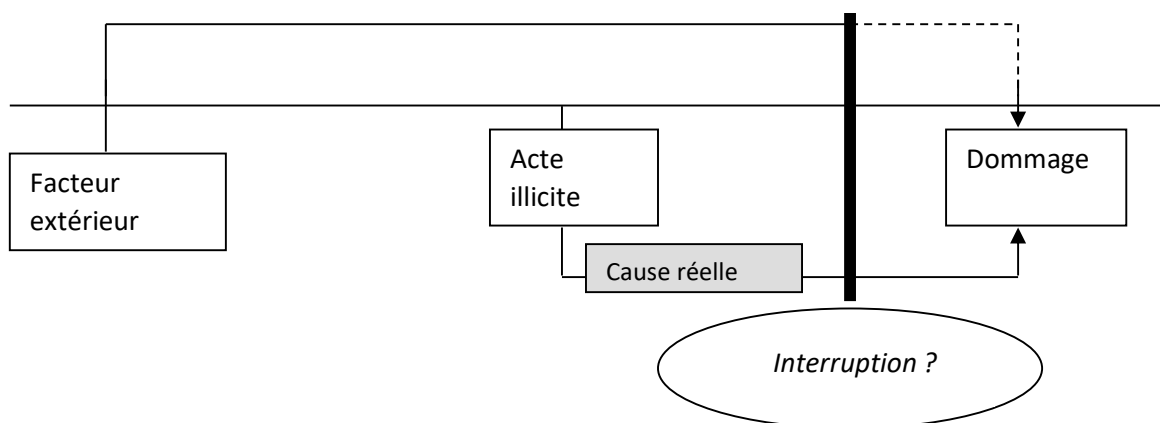
172. En effet, une application brute des critères de causalité naturelle pourrait conduire à des chaînes de causalité établies mais pourtant totalement improbables (le battement d'aile de papillon au Brésil qui provoque une tornade au Texas). Cela exposerait le responsable à des conséquences déraisonnables en termes de responsabilité.

#### **f. Causalité dépassée, hypothétique, outrepassante**

173. La doctrine rivalise d'imagination en matière de causalité, et de nombreuses hypothèses sont discutées en termes de causalité dans la littérature juridique. Nous nous contenterons de mentionner les figures les plus classiques.
174. La *causalité dépassée* vise des situations où le dommage, qui potentiellement aurait pu être causé par l'acte dommageable, est en fait causé par un autre événement. La causalité dépassée est un cas d'interruption du lien de causalité (exemple : une maison mal conçue par son architecte aurait pu s'effondrer. Elle brûle dans un incendie. L'architecte n'est pas responsable du dommage).

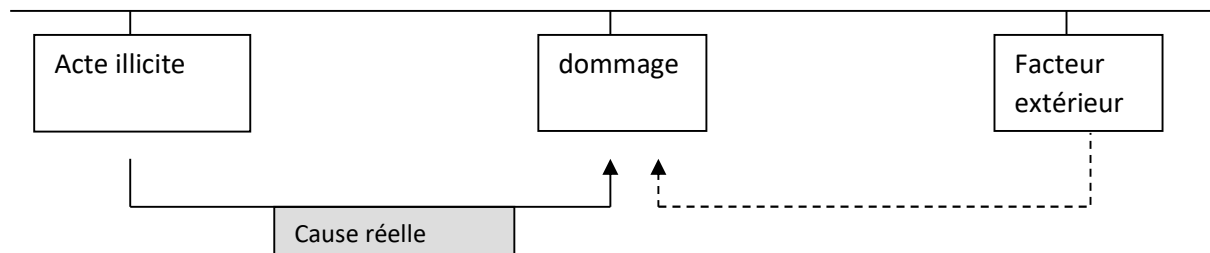


175. La *causalité hypothétique* vise une situation où le dommage est causé par un événement dommageable, mais aurait hypothétiquement pu être causé par un autre fait. La causalité hypothétique n'est pas un facteur d'interruption du lien de causalité, sauf dans certains cas exceptionnels où il peut être établi avec certitude que le facteur extérieur aurait conduit à ce dommage (exemple : une personne met le feu à une maison. Il est cependant établi que cette maison se serait de toute façon effondrée, car elle était rongée par les termites. L'incendiaire doit-il être déchargé de toute responsabilité ? La réponse dépend du degré de probabilité de la destruction due aux termites). A notre avis, cette question doit être appréhendée sous l'angle du calcul du dommage selon la théorie de la différence. La question est en effet de savoir quelle aurait été la situation hypothétique du lésé si l'acte dommageable n'était pas survenu.



176. La *causalité outrepassante* vise une situation où le lien de causalité entre un acte dommageable et un dommage est établi, mais de nouveaux faits qui potentiellement auraient pu entraîner le même dommage surviennent après l'acte dommageable. La causalité outrepassante n'est pas un cas d'interruption du lien de causalité (exemple : l'acte dommageable est la destruction d'un objet dans une maison qui, par la suite,

brûle. L'objet aurait été détruit dans l'incendie, mais l'auteur de la destruction n'est pas libéré de sa responsabilité).



177. Ces catégories doctrinales ne sont pas toujours suivies de façon stricte par la jurisprudence, où le terme de causalité hypothétique tend à être utilisé chaque fois qu'il y a un doute sur la causalité naturelle. Les catégories doctrinales ont en tout cas le mérite d'illustrer la variété des situations possibles, et la difficulté d'appréhender en système les insaisissables variations de la réalité.

#### g. Prédiposition au dommage

178. La question de la *prédiposition au dommage* se pose lorsque le lésé présentait des caractéristiques personnelles qui ont contribué au dommage (la constitution fragile du lésé ne lui a pas permis de résister au choc causé par l'acte dommageable), ou auraient de toutes façons causé le même dommage (le lésé est décédé du fait de l'acte dommageable, mais son espérance de vie était très faible, compte tenu de son état de santé). En principe, le Tribunal fédéral considère que cette prédiposition au dommage ne devrait pas jouer de rôle, car le responsable ne doit pas tirer argument de l'état maladif du lésé pour limiter sa responsabilité.

*Des causes concomitantes du dommage, comme une prédiposition constitutionnelle du lésé, ne sauraient interrompre le lien de causalité adéquate (arrêt 4C.415/2006 du 11 septembre 2007 c. 3.2 ; arrêt 4C.416/1999 du 22 février 2000, publié in : Pra 2000 n° 154 p. 920 c. 2a ; ATF 123 III 110 c. 3c p. 115 ; 113 II 86 c.*

*(TF 4A\_45/2009 in SJ 2010 I p. 73 cons. 3.3.3)*

179. Malgré cette position de principe, l'état de santé du lésé antérieur à l'acte dommageable peut jouer un rôle dans deux cas (TF, 4A\_45/2009 in SJ 2010 I p. 73, cons. 3.3.3 ; ATF 131 III 12 c. 4) :

- *Lorsque l'état antérieur du lésé aurait hypothétiquement conduit au dommage même si l'acte dommageable n'était pas survenu.* Cette situation est un cas particulier de la causalité hypothétique. La cause hypothétique n'est cependant pas un facteur extérieur mais une prédiposition du lésé (supra lit.f). Dans un tel cas, cette prédiposition peut être un facteur de réduction ou d'exclusion de l'indemnité. L'article 42 al.2 CO permet au juge de réduire l'indemnité en adaptant les règles de capitalisation du dommage à une espérance de vie plus réduite du lésé. Le Tribunal fédéral n'admet cette adaptation de l'indemnité qu'en cas de certitude ou de haute

vraisemblance des conséquences hypothétiques de l'état de santé du lésé. A notre avis, cette question relève du calcul du dommage selon la théorie de la différence. Il s'agit en effet de déterminer la situation hypothétique du lésé si l'acte dommageable n'était pas survenu et de la comparer à sa situation effective. Cela justifie les exigences du Tribunal fédéral sur le degré de preuve, qui correspond à celui qui est retenu en rapport avec le calcul du dommage (supra N II a).

- *Lorsque l'état antérieur du lésé a contribué au dommage* (qui ne serait cependant pas survenu sans l'acte dommageable). Le juge peut en tenir compte sous l'angle des articles 44 CO ou 43 al. 1 CO, comme d'un facteur de réduction de l'indemnité, par exemple lorsque le lésé a pris des risques particuliers compte-tenu de son état de santé (art. 44 CO), ou lorsqu'il y a une disproportion manifeste entre la faute du responsable et l'importance du dommage (art. 43 al. 1 CO).

#### **h. Facteurs d'interruption du lien de causalité**

180. Lorsque dans la chaîne de causalité naturelle intervient une autre cause qui paraît si essentielle qu'elle relègue le fait dommageable à l'arrière-plan, cette autre cause peut être de nature à interrompre le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage. Dans un tel cas, l'auteur de l'acte dommageable est libéré de sa responsabilité. Cette autre cause peut être un cas fortuit, la faute d'un tiers, ou la faute du lésé.

*La causalité adéquate peut être exclue, l'enchaînement des faits perdant alors sa portée juridique, si une autre cause concomitante, par exemple le comportement de la victime, s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener, et notamment le comportement de l'auteur (ATF 131 IV 145 consid. 5.2 ; cf. également ATF 130 III 182 consid. 5.4 p. 188).*

*(TF, 4A\_59/2009,07.09.2009, cons. 6.2)*

181. A titre d'exemple, la question s'est posée dans une situation où des entrepreneurs avaient confié la rénovation d'une grange à un maçon, en oubliant de mettre la grange hors tension. Le maçon a donné un coup de pioche dans un boîtier mural électrique et a été blessé par électrocution. Les juridictions cantonales ont considéré que les entrepreneurs avaient commis un acte illicite par omission, mais que le maçon avait commis une faute concomitante interruptive du lien de causalité en ne vérifiant pas que la grange était hors tension avant de donner ce coup de pioche. Le Tribunal fédéral a retenu que le maçon avait certes été négligent mais que cette négligence ne revêtait pas une importance telle qu'elle reléguait l'omission des responsables à l'arrière-plan au point de rompre le lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage (TF, 6B\_315/2016 01.11.2016).

182. L'interruption du lien de causalité n'est admise que de façon restrictive par la jurisprudence, les juges préférant en général voir dans le fait du lésé (art. 44 CO), le fait d'un tiers ou le cas fortuit (art. 43 CO) un facteur de réduction de l'indemnité.

*Par ailleurs, il faut rappeler que la jurisprudence n'admet l'interruption du lien de causalité que de manière restrictive (Franz Werro, La responsabilité civile, n. 223). Ainsi, une telle interruption a-t-elle été écartée en cas de complication opératoire, que celle-ci soit qualifiée par les médecins de "pas totalement exceptionnelle" (ATF 131 IV 145 consid. 5.3. p. 148 et les références) ou même de "rare" (arrêt 5C.125/2003, précité, consid. 4.4). Le fait qu'une personne victime d'un accident de la circulation fasse ensuite l'objet, dans une clinique, de soins médicaux inadaptés ne constitue pas non plus une circonstance à ce point extraordinaire que cela rejette complètement à l'arrière-plan le comportement de l'automobiliste fautif (arrêt 6S.155/2003 du 19 août 2003, consid. 3.3.2, cité par Brehm, op. cit., n. 140 ad art. 41 CO).*

*(TF, 4C.368/2005, 26.09.2006)*

183. Force est de constater que le droit de la responsabilité civile réserve une place importante au pouvoir d'appréciation du juge, qui ne s'exprime cependant pas à travers un sentiment de justice arbitraire, mais à travers ces instruments adaptatifs que sont le jugement de valeur de la causalité adéquate, les pouvoirs du juge dans la détermination du dommage (art. 41 al. 2 CO), les éléments de réduction de l'indemnité (circonstances, légèreté de la faute, faute concomitante, art. 43 et 44 CO), et le pouvoir exceptionnel d'exclure toute indemnité, malgré l'existence d'un acte illicite fautif commis par le responsable, à travers les facteurs de rupture du lien de causalité. Le caractère très circonstanciel du droit de la responsabilité civile, et les hasards improbables qu'il doit appréhender, rendent nécessaire cette flexibilité. Il est néanmoins indispensable que cette flexibilité s'exprime à travers des concepts juridiques définis, pour éviter que la balance judiciaire ne prenne des airs de roulette russe.

#### **i. Preuve de la causalité**

184. Il appartient au lésé de prouver que le dommage allégué est dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec l'acte dommageable.

*« Chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). La preuve d'un dommage dû à la mauvaise exécution d'un mandat incombe au mandant qui en demande réparation (cf. art. 99 al. 3 et art. 42 al. 1 CO). Il doit apporter la preuve du lien de causalité entre la violation du devoir de diligence du mandataire et le dommage qu'il fait valoir. »*

*(TF, 4A\_38/2008 du 21.04.2008 cons. 2.1)*

185. En cas d'omission, l'examen de la causalité naturelle suppose que le juge examine si le dommage aurait été empêché dans l'hypothèse où l'acte omis aurait été accompli.

*« En ce qui concerne le rapport de causalité, il y a causalité naturelle entre deux événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit (arrêts 4A\_624/2021 du 8 avril 2022 consid. 3.2; 4A\_133/2021 du 26 octobre 2021 consid. 9.1.1; 4A\_350/2019 précité consid. 3.2; 4A\_175/2018 du 19 novembre 2018 consid. 4.1.2).*

*Lorsque le manquement reproché au mandataire est une omission, le rapport de causalité doit exister entre l'acte omis et le dommage. Entre celui-ci et celui-là, le rapport de cause à effet est nécessairement hypothétique (une inaction ne pouvant pas modifier le cours extérieur des événements), de sorte qu'à ce stade déjà, il faut se demander si le dommage aurait été empêché dans l'hypothèse où l'acte omis aurait été accompli; dans l'affirmative, il convient d'admettre l'existence d'un rapport de causalité entre l'omission et le dommage (ATF 122 III 229 consid. 5a/aa; arrêts 4A\_624/2021 précité consid. 3.2; 4A\_133/2021 précité consid. 9.1.3; 4A\_350/2019 précité consid. 3.2.2; 4A\_175/2018 précité consid. 4.1.2). »*

*(TF, 4A\_244/2022 du 13.01.2023, cons. 3.1.2 – soulignement ajouté)*

186. Dans ce cas, comme l'examen de la causalité naturelle porte déjà sur une hypothèse devant être appréciée juridiquement, les juges s'abstiennent d'examiner la causalité adéquate car l'analyse serait similaire.

*« En règle générale, lorsque le lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage est établi, il ne se justifie pas de soumettre cette constatation à un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité. »*

*(TF, 4A\_543/2016 du 01.11.2016 – soulignement ajouté)*

187. Dès lors que le lien de causalité repose, en cas d'omission, sur une hypothèse, le Tribunal fédéral retient qu'une preuve au niveau de la vraisemblance prépondérante est requise.

*« Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur; ce faisant, il élimine d'emblée certains scénarios comme improbables d'après cette même expérience. Il suffit qu'il se convainque que le processus causal est établi avec une vraisemblance prépondérante (ATF 132 III 715 consid. 3.2; 115 II 440 consid. 5a; arrêts 4A\_624/2021 précité consid. 3.2; 4A\_133/2021 précité consid. 9.1.3). »*

*(TF, 4A\_244/2022 du 13.01.2023, cons. 3.1.2 – soulignement ajouté)*

188. La vraisemblance prépondérante se définit, comme en matière de dommage, comme le fait que la possibilité d'une autre hypothèse ne joue pas un rôle déterminant et n'entre pas raisonnablement en considération. L'expérience générale de la vie permet d'écarter d'emblée d'autres hypothèses comme improbables.

*Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur; ce faisant, il élimine d'emblée certains scénarios comme improbables d'après cette même expérience. Il suffit qu'il se convainque que le processus causal est établi avec une vraisemblance prépondérante (ATF 132 III 715 consid. 3.2 p. 720; 115 II 440 consid. 5a et les arrêts cités).*

*(TF, 4A\_175/2018 du 19.11.2018, cons. 4.1.2 – soulignement ajouté)*



#### IV. FAUTE

##### a. Manquement à la diligence due

189. La faute est une condition commune de la responsabilité contractuelle (art. 97 CO) et délictuelle (art. 41 CO). Elle est présumée en matière contractuelle alors qu'elle ne l'est pas en matière délictuelle. La victime d'un acte illicite doit donc prouver les faits constitutifs de la faute et doit succomber en cas de doute (TF 4A\_431/2015, 19.04.2016, cons. 5.1), alors qu'il appartient au débiteur de prouver que la violation du contrat n'est pas imputable à une faute de sa part.
190. Cette différence s'estompe pour les contrats de service, qui prévoient des obligations de diligence (not. art. 398 CO). Dans ce cas, la violation du contrat s'exprime comme la violation d'une obligation de diligence, et se confond donc avec la notion de faute. Or, il appartient au lésé de prouver la violation du contrat. La preuve de la violation du contrat comporte donc la preuve de la faute.
191. La faute se définit comme un manquement à la diligence due. La diligence due se détermine objectivement, en évaluant le comportement que l'on peut attendre d'une personne raisonnable confrontée aux circonstances concrètes du cas. La faute suppose en outre la capacité de discernement du responsable, selon les critères du droit civil (art. 16 CC).

*La faute comprend un aspect objectif et un aspect subjectif. La faute objective consiste dans le manquement à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur dans les circonstances de temps et de lieu où il s'est trouvé. Pour déterminer la diligence due, le juge doit comparer le comportement qu'a eu l'auteur à celui qu'une personne raisonnable aurait eu dans les circonstances concrètes du cas. La faute subjective s'analyse en relation avec la capacité de discernement de l'auteur du manquement objectif (Werro, La responsabilité civile, 2017, n. 290 ss).*

*[Genève, Cour de justice, ACJC/188/2018 du 08.02.2018 cons. 5.1.4]*

192. Au-delà de cette définition générale, la jurisprudence distingue entre l'acte intentionnel et la négligence. L'acte est volontaire lorsque le responsable a eu la volonté de violer un devoir général (responsabilité civile) ou particulier (responsabilité contractuelle). La négligence vise les cas où le responsable a violé ce devoir sans le vouloir, mais en ne faisant pas preuve de la diligence requise.

*La doctrine définit la faute comme un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique. Le responsable n'a pas agi conformément à ce que l'on était en droit d'attendre de lui, soit qu'il ait intentionnellement violé un devoir (faute intentionnelle), soit qu'il ait agi par négligence en ne faisant pas preuve de la diligence requise (cf. arrêts du TAF B-4610/2018 du 16 janvier 2020 consid. 6.5.1, B-558/2015 du 10 octobre 2017 consid. 6.5.1 et B-5547/2011 du 31 mai 2012 consid. 5.1 et les réf. cit. ; Franz Werro, in : Commentaire romand CO I, 2e éd. 2012, art. 41 CO no 56). La faute grave ne s'oppose pas seulement à la faute légère, mais aussi à la faute intermédiaire ou moyenne (cf. ATF 100 II 332 consid. 3a ; arrêt du TF 4A\_226/2013 du 7 octobre 2013 consid. 3.1).*

*(TAF, B-451/2019, 29.01.2020, cons. 6.4.1)*

193. Dans les cas de négligence, la jurisprudence distingue encore entre la négligence consciente (l'auteur avait conscience que sa conduite pouvait cause un dommage) et inconsciente (l'auteur n'en avait pas conscience)

*La faute est un manquement à la diligence due par l'auteur. Elle peut être intentionnelle ou intervenir par négligence. Il y a négligence lorsque sont transgressées les règles de la prudence ; elle est consciente lorsque l'auteur prévoit le résultat illicite de sa conduite et passe outre, en espérant que le résultat ne se produira pas. La négligence peut aussi être inconsciente, lorsque l'auteur ne prévoit pas le résultat illicite possible de sa conduite, mais qu'il pourrait et devrait le prévoir (Engel, op. cit., p. 465).*

*(Genève, Cour de justice, 20.02.1998 in SJ 1998 p. 646 ss, 647)*

194. Cette distinction entre volonté et négligence, puis entre négligence consciente et négligence inconsciente reste incomplète. Il suffit de penser à un tir de fusil pour évaluer tous les degrés de volonté possible de l'auteur de l'acte.

- L'auteur a visé la victime pour la tuer : il voulait l'acte et il voulait le dommage (*volonté malveillante*)
- L'auteur a visé la victime sans savoir si le fusil était chargé : il voulait l'acte et a envisagé le dommage (*volonté consciente*).
- L'auteur a visé la victime mais pensait que le fusil n'était pas chargé : il voulait l'acte mais pas le dommage (*volonté inconsciente*).
- L'auteur nettoyait le fusil en sachant qu'il était chargé et que c'était dangereux. Le coup est parti tout seul. Il ne voulait pas l'acte mais a été imprudent, il a envisagé le risque d'un dommage (*négligence consciente*).
- L'auteur nettoyait le fusil en croyant sans raison qu'il était déchargé. Le coup est parti tout seul. L'auteur ne voulait pas l'acte mais a été imprudent. Il n'a pas envisagé le risque du dommage (*négligence inconsciente*).
- L'auteur nettoyait le fusil en ayant des motifs raisonnables de croire qu'il n'était pas chargé (*Pas de faute*).

195. Il est un peu vain de faire ces catégories dès lors que la volonté comme la négligence sont constitutives d'une faute. L'article 43 al. 1 CO permet cependant au juge de réduire l'indemnité en fonction de la gravité de la faute et il est donc utile de systématiser cette réflexion sur les degrés de faute. Ces distinctions permettent aussi de mieux cerner les contours de la faute grave.

## **b. Faute grave**

196. Le concept de faute grave est spécifiquement utilisé par le législateur :

- Aux article 100 et 101 CO, avec pour effet de rendre inapplicable une clause limitative de responsabilité en cas de faute grave de la partie responsable.

- À l'article 14 LCA, avec pour effet de permettre à l'assurance de refuser d'indemniser l'assuré.
- En droit du transport de marchandises, avec pour effet de priver le transporteur des limitations et exonérations de responsabilité prévues dans les conventions internationales. Celles-ci utilisent cependant des termes variés qui ne recourent pas exactement le concept de faute grave en droit suisse (voir l'article 29 CMR (RS 0741 611) qui utilise le terme de dol, ou l'article 105a LNM qui mentionne l'intention de causer le dommage, ou la témérité, ou la conscience d'un dommage probable ; voir aussi art. 452 et 454 CO).

197. La faute grave est définie comme un manquement aux règles les plus élémentaires de la prudence. Elle peut couvrir autant la négligence que l'intention, et il est probable que l'intention malveillante ou consciente, et la négligence consciente sont des fautes graves, alors que les autres catégories sont plutôt des fautes moyennes ou légères. Il est cependant difficile de faire de ces catégories des critères généraux et abstraits, car la jurisprudence insiste sur la nécessité d'une approche circonstancielle de la faute grave. La jurisprudence distingue la faute légère (qui est également un critère légal mentionné par les art. 100 et 101 CO en cas d'industrie concédée), la faute moyenne, et la faute grave.

*Commet une faute grave, celui qui viole les règles les plus élémentaires de la prudence, négligeant les précautions qui se seraient imposées à l'évidence à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances (cf. ATF 128 III 76 consid. 1b ; arrêts du TAF B-4610/2018 du 16 janvier 2020 consid. 6.5.1, B-558/2015 du 10 octobre 2017 consid. 6.5.1, B-266/2014 du 21 décembre 2015 consid. 3.7.1 et B-5547/2011 du 31 mai 2012 consid. 5.1). La faute légère se définit comme le comportement objectif ou le manquement subjectif qui, sans être acceptable, n'est pas particulièrement répréhensible (cf. ATF 104 II 259). Quant à la faute moyenne, elle se définit de manière négative comme une faute qui n'est ni légère ni grave (cf. ATF 100 II 332 consid. 3). Il n'existe aucun critère strict permettant de distinguer entre faute grave et faute légère. Pour dire si la faute est grave, il faut l'apprécier de manière objective en tenant compte des circonstances d'espèce (cf. arrêt du TF 4A\_226/2013 du 7 octobre 2013 consid. 3.1 ; arrêts du TAF B-4610/2018 du 16 janvier 2020 consid. 6.5.1, B-558/2015 du 10 octobre 2017 consid. 6.5.1, B-5547/2011 du 31 mai 2012 consid. 5.1 ; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd. 1997, p. 457 ; Tobias Jaag, Le système général du droit de la responsabilité, in : La responsabilité de l'Etat, 2012, p. 23 ss, p. 35 ; Rubin, Commentaire, no 18 ad Rem. art. 82 ss LACI ; Idem, Assurance, p. 691).*

*[Arrêt (Tribunal administratif fédéral) B-451/2019 du 29.01.2020 cons. 6.4.1]*

198. La faute grave fait l'objet d'une abondante jurisprudence en droit du transport international, mais il s'agit de la mise en œuvre de textes internationaux, et cette jurisprudence n'est pas forcément transposable en droit interne suisse.
199. L'opposition entre faute grave et faute légère suscite également une intense jurisprudence en droit bancaire. Le Tribunal fédéral considère en effet que les banques exercent une industrie concédée (ATF 112 II 450 cons. 6.a). Les clauses de limitation de

responsabilité qui se trouvent dans les conditions générales des banques ne sont donc applicables qu'en cas de faute légère d'un employé de la banque (art. 101 al. 3 CO)

### **c. Capacité de discernement et exercice des droits civils**

200. Il ne peut y avoir de faute sans capacité de discernement au sens de l'article 16 CC. L'exercice des droits civils n'est en revanche pas une condition de responsabilité (art. 19 al. 3 CC). L'acte illicite commis par un incapable de discernement ou une personne sans l'exercice des droits civils peut en outre générer une responsabilité objective du chef de famille (art. 333 CC).
201. Le juge peut condamner un incapable de discernement à une réparation en tout ou en partie des dommages causés, si l'équité l'exige (art. 54 al. 1 CO). Il s'agit d'une exception à la condition de la faute, et donc d'un cas particulier de responsabilité objective, justifié par l'équité. L'état de fortune respectifs du lésé et du responsable sont les critères essentiels à prendre en considération dans le cadre de cette appréciation en équité.
202. En cas d'incapacité de discernement passagère, la faute de s'être mis dans cet état peut se substituer à la faute d'avoir commis l'acte illicite (art. 54 al. 2 CO). Cette faute de s'être mis soi-même en état d'incapacité de discernement est présumée.

### **d. Responsabilités sans faute**

203. Le droit suisse de la responsabilité est pour l'essentiel basé sur un régime de responsabilité pour faute. Les promoteurs d'une réforme du droit de la responsabilité civile (qui n'a finalement pas abouti) y voyaient un dogme absolu des juristes suisses.

*[Le Code des obligations] a consacré - dans une clause générale selon les modèles français et autrichien - le critère de la faute comme principe suprême et dominant de la responsabilité, au point que doctrine et jurisprudence ont par la suite érigé ce critère en dogme absolu, de sorte que toute responsabilité reposant sur un autre fondement apparaissait comme exception, si ce n'est comme sacrilège.*

*(Pierre Widmer, Pierre Wessner, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, p. 2)*

204. Sans participer à cette sanctification de la faute, il nous semble socialement justifié qu'une personne qui a respecté la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle, et dont le comportement était conforme à celui d'une personne raisonnable placée dans la même situation, ne soit pas tenue pour responsable des conséquences dommageables de ses actes. D'autres attentes seraient par définition déraisonnables. Les responsabilités sans faute doivent donc rester des exceptions, sinon des sacrilèges.
205. Les responsabilités objectives aggravées sont des responsabilités sans faute. Elle sont basées sur des activités qui sont autorisées mais dont la dangerosité potentielle est reconnue (voir art. 27-41 de la loi sur les installations électriques ; art. 33-39 de la loi sur les installations de transport par conduites ; art. 27 de la loi sur les explosifs ; art. 15 de la loi sur la chasse ; art. 30-33 de la loi sur le génie génétique ; art. 59a de la loi sur la

protection de l'environnement ; art. 58 de la Loi sur la circulation routière ; art. 64 de la loi sur l'aviation ; art. 40b de la loi sur les chemins de fer ; art. 1 de la loi sur la responsabilité du fait des produits ; art. 3 de la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire).

206. Les responsabilités objectives simples (art. 55 à 59a CO) ne prévoient pas la faute comme condition de responsabilité, mais autorisent le responsable à apporter des preuves libératoires qui correspondent de facto à son absence de faute. Contrairement à la situation qui prévaut en cas de responsabilité délictuelle, c'est le responsable qui doit prouver les faits constitutifs de ces preuves libératoires.
207. En droit de la propriété foncière, lorsque l'exploitation licite d'un fond cause un dommage à un voisin, celui-ci peut exiger des dommages et intérêts indépendamment d'une faute du propriétaire (art. 679a CC).
208. La Confédération est responsable de dommages causés sans droit par ses fonctionnaires, indépendamment de leur faute (art. 3 LRCF). Les Cantons prévoient des règles similaires dans les législations cantonales.
209. En matière contractuelle, le débiteur est responsable du fait de celui à qui il a confié l'exécution de son obligation (son auxiliaire), indépendamment de toute faute de sa part (art. 101 al.1 CO). En cas de demeure, le débiteur est responsable du cas fortuit (art. 103 CO), indépendamment de toute faute de sa part, mais c'est là la conséquence de la faute (présumée) de sa demeure. Le porte-fort doit indemniser le bénéficiaire pour le dommage causé par l'inexécution de la prestation garantie, ou la non-survenance de l'évènement garanti, indépendamment de toute faute de sa part (art. 111 CO). L'article 208 al. 2 CO prévoit que le vendeur est responsable sans faute des dommages directs causés par un défaut rédhibitoire de la chose vendue. Le voiturier est responsable de la perte ou de l'avarie de la marchandise (art. 457 CO) ou de son retard (art. 458 CO) indépendamment de toute faute de sa part. Le même principe se retrouve dans les conventions en matière de transport international. L'art. 14 de la loi fédérale sur les voyages à forfaits (LVF) prévoit qu'un voyageur est responsable sans faute des dommages résultant de la mauvaise organisation d'un voyage. L'art. 15 LVF prévoit cependant des preuves libératoires, notamment en cas de force majeure ou fait d'un tiers.
210. Bref, on peut être responsable sans être coupable pour reprendre la formule choc d'une ancienne ministre française de la santé.

La culpabilité d'un seul n'exclut pas la responsabilité de tout le monde.

Michel Audiard, Maigret et l'affaire Saint-Fiacre (1959)

## I. RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR POUR LES ACTES ILLICITES DE SES TRAVAILLEURS OU AUXILIAIRES

### a. Conditions

212. La responsabilité objective de l'employeur est engagée lorsque son travailleur ou auxiliaire commet un acte illicite dans l'accomplissement de son travail (art. 55 CO).
213. L'acte illicite du travailleur ou auxiliaire doit être examiné selon les critères généraux de l'article 41 CO. Il peut s'agir d'une illicéité de résultat ou de comportement. La faute du travailleur ou de l'auxiliaire n'est pas une condition de la responsabilité de l'employeur. (Kessler, Basler Kommentar, art. 55 N 14). Il peut donc y avoir des situations où l'employeur est responsable selon l'article 55 CO, sans que le travailleur ou l'auxiliaire ne le soit selon l'article 41 CO. Cela s'explique par le fait que l'employeur répond en réalité de sa mauvaise organisation, qui résulte de l'échec de la preuve libératoire. Le caractère objectif de la responsabilité de l'article 55 CO est donc très relatif, dès lors que cette responsabilité repose sur un défaut de vigilance (présumé) de l'employeur.
214. Dans les cas où le travailleur ou auxiliaire est également responsable selon l'article 41 CO, il s'agit d'un cas de solidarité imparfaite au sens de l'article 51 al. 1 CO. Les rapports internes sont réglés par le contrat (en général un contrat de travail) qui lie l'employeur et le travailleur ou auxiliaire, et subsidiairement par l'article 51 al. 2 CO (art. 55 al. 2 CO).
215. La notion de « *travailleur ou autres auxiliaires* » n'implique pas nécessairement un contrat de travail mais comprend tout rapport de subordination. D'autres rapports juridiques, voire factuels, peuvent fonder cette subordination du travailleur ou de l'auxiliaire, nécessaire à la responsabilité de l'employeur (ATF 61 II 339). En règle générale, un mandataire, qui est un prestataire de service indépendant, n'est pas un auxiliaire ou travailleur au sens de l'article 55 CO mais il faut examiner chaque cas d'espèce à la lumière de la preuve libératoire : n'est auxiliaire que celui que l'employeur doit choisir, surveiller, et instruire avec diligence. C'est sans doute dans la surveillance que se révèle le mieux le rapport de subordination.
216. L'acte illicite du travailleur ou auxiliaire doit avoir lieu « *dans l'accomplissement de son travail* ». C'est une condition dont les contours sont délicats à définir :
- L'employeur ne saurait être responsable de tout acte illicite commis par ses employés sans lien avec leur travail. Une entreprise de construction n'est pas responsable du fait que le contre-maître tue sa femme le soir lors d'une dispute.

- D'un autre côté, l'accomplissement correct du travail ne comporte pas la commission d'un acte illicite. La situation visée implique nécessairement que le travailleur ou auxiliaire soit sorti du schéma attendu de l'accomplissement de son travail. Un déménageur qui casse une vitre en portant une armoire engage la responsabilité de son employeur, même si l'accomplissement de son travail n'impliquait pas qu'il cassât cette vitre.

217. Des critères purement objectifs comme le lieu et le moment ne suffisent pas pour établir cette condition. Un acte illicite peut donc avoir été commis sans lien avec l'accomplissement du travail, pendant les horaires de travail et les lieux de travail. Selon la jurisprudence, le fait que l'acte illicite ait été commis à l'occasion du travail ne suffit pas à ce qu'il ait été commis dans l'accomplissement du travail.

*La première question litigieuse est de savoir s'il a agi dans l'accomplissement de son travail (art. 55 al. 1 CO). Depuis longtemps, la jurisprudence a souligné que l'employé devait avoir agi dans l'accomplissement de son travail, et non pas à l'occasion de celui-ci (ATF 95 II 93 consid. 4a p. 106). Cette notion est cependant assez difficile à cerner. On admet qu'il faut une relation directe et fonctionnelle entre l'activité confiée au travailleur et l'acte dommageable que celui-ci commet (Werro, Commentaire romand, Code des obligations, 2003, n° 15 ad art. 55 CO ; Schnyder, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 4e éd. 2007, n° 13 ad art. 55 CO ; Brehm, Berner Kommentar, 2e éd. 1998, n° 21 ad art. 55 CO).*

4A\_544/2008 Arrêt du 10 février 2009

218. Il faut donc que l'acte illicite soit un acte correspondant à l'accomplissement du travail mais accompli de façon incorrecte. La ligne de démarcation entre acte commis à l'occasion du travail et acte commis dans l'accomplissement du travail est souvent discutable. Le cas du vol chez un client est très discuté.

*Sur le cas d'école d'un ouvrier appelé dans un appartement pour y effectuer des travaux et qui saisit cette occasion pour commettre un vol, la doctrine est divisée. Certains admettent que l'employeur est responsable (par exemple : Werro, Commentaire romand, Code des obligations, 2003, n° 15 ad art. 55 CO ; Brehm, Berner Kommentar, 4e éd. 2007, n° 28 ad art. 55 CO), alors que d'autres soutiennent le contraire (Schnyder, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 2e éd. 1998, n° 12 ad art. 55 CO ; Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4e éd. 2008, n° 915). La difficulté de ce cas d'école réside dans le fait que le vol est une activité totalement étrangère aux travaux que l'ouvrier devait exécuter dans l'appartement.*

4A\_544/2008 Arrêt du 10 février 2009

219. A notre avis, cette question doit être pensée en lien avec la preuve libératoire de l'employeur. Si l'acte illicite a été rendu possible en raison du défaut de diligence de l'employeur en termes de choix, d'instruction, et de surveillance de l'employé, il faut admettre que l'acte illicite a été commis dans l'accomplissement du travail. Ainsi le vol chez le client devrait être un cas de responsabilité de l'employeur, si celui-ci a envoyé chez son client un auxiliaire avec des antécédent douteux et sans surveillance adaptée.

220. Enfin, les conditions classiques de dommage et de lien de causalité entre l'acte illicite du travailleur ou de l'auxiliaire et le dommage doivent être réalisées, selon les critères généraux de la responsabilité civile.

**b. Preuve libératoire**

221. L'employeur peut se libérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a exercé la diligence nécessaire dans :

- Le choix de l'auxiliaire (*cura in eligendo*) : l'auxiliaire ou le travailleur choisi pour la tâche qui lui a été confiée a le niveau de compétence et l'expérience nécessaire pour ce type de tâche. Ses antécédents et son profil psychologique sont adaptés à la situation que l'employeur lui a demandé de gérer.
- Les instructions données au travailleur ou auxiliaire (*cura in instruendo*). Le travailleur ou l'auxiliaire a reçu toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa tâche. L'employeur s'assure de la formation continue de ses employés dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur travail.
- La surveillance du travailleur ou de l'auxiliaire (*cura in custodiendo*). L'employeur encadre suffisamment ses employés, s'assure du suivi de leur tâche et a mis en place un système hiérarchique adapté au type d'activités confiées à ses employés.

222. De la *cura in custodiendo* le Tribunal fédéral a déduit une incombance générale d'organisation de l'employeur, dans le suivi de ses produits ou des services rendus, et dans la structure mise en place pour les activités poursuivies.

*La cour cantonale a retenu que la banque n'était pas parvenue à prouver qu'elle avait surveillé son employé avec toute la diligence commandée par les circonstances (défaut dans la cura in custodiendo). Il faut rappeler ici qu'un défaut dans l'organisation suffit pour que la preuve échoue (ATF 110 II 456 consid. 3a p. 462).*

*(4A\_544/2008 Arrêt du 10 février 2009)*

223. Les obligations d'organisation de l'employeur découlent des usages et des règles légales (par exemples les articles 698 ss CO pour la SA, ou 879 ss CO pour la société coopérative). L'employeur qui ne respecte pas ces règles ne pourra pas prétendre à la preuve libératoire de l'article 55 CO. Ainsi une délégation de gestion non conforme à l'article 716b CO fait courir à la société le risque d'une responsabilité pour les actes illicites commis par ses employés délégués. Cela dit, on ne peut exiger de l'employeur plus qu'un standard de diligence raisonnable dans le cadre d'une gestion quotidienne de l'entreprise.

*Enfin, si les exigences envers l'employeur sont élevées, elles doivent néanmoins rester dans le cadre de ce qui est raisonnablement exigible dans la marche quotidienne d'une entreprise (arrêt 4A\_326/2008 cité, consid. 5.3).*

*(Cour de justice Genève, ACJC/844/2013 du 28.06.2013 cons. 6.1)*

224. Ces défauts de diligence ou d'organisation ne font perdre à l'employeur le bénéfice de la preuve libératoire que s'ils ont joué un rôle causal dans la survenance du dommage.



L'employeur peut en effet se libérer en établissant que sa diligence n'aurait pas permis d'éviter le dommage (art. 55 al. 1 in fine CO). S'il est établi que la diligence de l'employeur n'aurait pas empêché le dommage (argument du comportement de substitution licite), le juge n'a plus à examiner si cette diligence a été respectée.

*L'employeur, outre la preuve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner le dommage, peut également se libérer en établissant que sa diligence n'eût pas empêché le préjudice de se produire (art. 55 al. 1 in fine CO). Il s'agit là d'une référence à la notion juridique de preuve d'un comportement de substitution licite (cf. ATF 131 III 115 consid. 3.1 p. 119; Roland Brehm, Berner Kommentar, 4e éd. 2013, n°s 91/92 ad art. 55 CO; Franz Werro, in Commentaire romand, 2e éd. 2012, n° 17 ad art. 55 CO). (...) l'intimée a établi qu'en dépit de toutes les mesures qu'elle aurait pu prendre, le dommage, soit le décès du prénommé, se serait de toute manière produit. L'établissement par l'intimée de cette autre preuve libératoire - ce qui a échappé à l'autorité cantonale - dispense le Tribunal fédéral d'examiner si la première, en tant qu'employeur des médecins C. et D., a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner le dommage qui s'est produit.*

(TF, 28.01.2914, 4A\_416/2013, cons. 5.2)

225. Il suffit en revanche qu'un de ces défauts de diligence ait joué un rôle causal dans la survenance du dommage pour que l'employeur perde le bénéfice de la preuve libératoire.

### **c. Responsabilité d'une personne morale pour ses organes**

226. Il faut distinguer la responsabilité d'un employeur pour les actes illicites commis par ses employés des situations où une personne morale commet elle-même un acte illicite. Une personne morale s'exprime à travers ses organes, et un acte illicite commis par un organe est réputé avoir été commis par la personne morale elle-même (art. 55 al. 2 CC). Elle en est donc responsable selon l'article 41 CO et non selon l'article 55 CO. L'organe reste responsable à titre personnel de l'acte illicite fautif commis (art. 55 al. 3 CC).

227. Peut être qualifié d'organe :

- Organe formel : toute personne chargée par la loi ou par les statuts de gérer et de représenter la personne morale (ATF 101 Ib 422 cons. 5a p. 435). Les membres du Conseil d'administration d'une SA en sont par exemple des organes formels.
- Organe de fait : toute personne qui exerce effectivement la fonction de l'organe, sans en avoir la fonction formelle (ATF 117 II 570 cons. 3 p. 571). Par exemple l'actionnaire unique d'une société anonyme qui dirige de fait la société en est l'organe de fait, même s'il n'en est pas un organe formel.
- Organe apparent : toute personne désignée par la personne morale comme disposant des pouvoirs de l'organe, alors même que ce n'est pas le cas (ATF 117 II 570 cons. 3 p. 571).

228. Les organes peuvent parfois être des employés de la personne morale. Dans les grandes structures, la qualité d'organe peut être reconnue à des employés qui dépendent directement de l'organe suprême chargé de la gestion et de la représentation, comme

le conseil d'administration dans le cas d'une société anonyme (ATF 128 III 29 cons. 3a ; 117 II 570 cons. 3). En revanche, un cadre de haut niveau subordonné à un autre employé de la structure se trouve dans une position par trop subalterne pour que la qualité d'organe formel lui soit reconnue (TF 10 février 2009, 4A\_544/2008).

229. La distinction entre organe et employé est essentielle pour déterminer :

- En matière délictuelle, si la société répond à titre personnel (41 CO et 55 al. 2 CC) ou en qualité d'employeur (55 CO) des actes d'une personne physique qui travaille en son sein.
- En matière contractuelle si la violation du contrat est imputable à la personne morale ou à un de ses auxiliaires, ce qui conduit à une analyse différente des clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité (art. 100 et 101 CO).

230. La question est particulièrement sensible en matière bancaire. Les banques, qualifiées d'industrie concédée par le Tribunal fédéral, ne peuvent limiter ou exclure leur responsabilité que pour les fautes légères de leurs employés (art. 101 al. 2 et 3 CO). Si la faute, même légère, peut être attribuée à l'un des organes de la banque, les clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité qui se trouvent souvent dans les conditions générales des banques ne sont pas applicables (art. 100 al. 1 et 2 CO).

231. Lorsqu'un acte illicite est commis au sein d'une entreprise, les chefs de responsabilité de cette entreprise et clauses de limitation contractuelle de responsabilité doivent donc être analysée selon la grille suivante :

	<i>Chef de responsabilité</i>	<i>Clause de limitation de responsabilité en cas de Faute grave</i>	<i>Clause de limitation de responsabilité en cas de faute légère</i>
Acte d'un organe	41 CO et 55 CC	Limitation de responsabilité non valable (CO 100 I)	Limitation de responsabilité valable (CO 100 I) sauf industrie concédée ou lésé au service du responsable (CO 100 II)
Acte d'un employé	55 CO	Limitation de responsabilité valable (CO 101 II) sauf industrie concédée ou lésé au service du responsable (CO 101 III)	Limitation de responsabilité valable (CO 101 II)

#### **d. Imputabilité pénale**

232. Lorsqu'une infraction pénale est commise au sein d'une entreprise sans qu'il soit possible d'en identifier l'auteur, l'entreprise assume la responsabilité pénale de l'acte (art. 102 al. 1 CP). Si cet acte correspond à un acte illicite au sens civil du terme, la société se voit donc imputer cet acte illicite dont elle répond à titre personnel selon l'art. 41 CO et non comme employeur au sens de l'art. 55 CO.
233. Même si l'employé ayant commis l'infraction est identifié, l'article 102 al. 2 CP rend une société responsable de certaines infractions (blanchiment d'argent, corruption etc.) commises en son sein, dès lors qu'il peut lui être « *reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction* ». Ces critères sont assez proches de ceux de la preuve libératoire de l'article 55 CO, mais le tribunal fédéral a précisé qu'il ne s'agissait pas d'une infraction autonome de mauvaise organisation, mais d'une imputation à la société des crimes commis en son sein (TF, 12 décembre 2019, 6B\_31/2019). Dès lors que l'infraction pénale sous-jacente est directement imputable à l'entreprise, celle-ci est civilement responsable selon l'article 41 CO, et non selon l'article 55 CO, du dommage causé par cette infraction.
234. Dans ces affaires pénales avec constitution de partie civile, le juge pénal peut prononcer la condamnation civile (art 126 al. 1 CPP), ou renvoyer les parties civiles à une action civile (art.126 al. 2 et 3 CPP). Dans ce cas, l'action civile doit être intentée dans les trois ans dès le jugement pénal de première instance (art. 60 al. 2 CO)

## **II. RESPONSABILITÉ DU DÉTENTEUR D'ANIMAL**

### **a. Principe de la responsabilité**

235. Un détenteur d'animal est responsable des dommages causés par son animal. Il s'agit, selon la jurisprudence, d'une responsabilité causale ordinaire (ATF 85 II 245), en ce sens que la faute du détenteur n'est pas une condition de la responsabilité. Cette qualification est importante en termes de recours internes entre co-responsables (art. 51 al. 2 CO ; voir ATF 85 II 245 : concours entre la responsabilité d'un détenteur d'automobile et la responsabilité d'un détenteur d'animal).
236. Il peut arriver que l'animal ne soit qu'un instrument aux mains de son maître. Dans ce cas, l'utilisateur de l'animal répond des dommages causés selon l'article 41 CO et non selon l'article 56 CO. L'animal est dans un tel cas considéré comme une arme. Celui qui utilise son pitbull pour attaquer son ennemi n'assume pas une responsabilité causale de détenteur d'animal, mais la responsabilité aquilienne d'un agresseur.
237. Le détenteur n'est pas nécessairement le propriétaire au sens juridique du terme, mais celui à qui la garde de l'animal est confiée de façon régulière. Les cas de co-détention (par exemple un couple qui garde un animal à la maison) créent des situations de solidarité parfaite. Si le détenteur confie l'animal à un tiers pour une courte période (par exemple à un promeneur de chien), il reste responsable des dommages causés par l'animal mais peut se libérer de sa responsabilité en établissant que le fait d'avoir confié

cet animal à un tiers était conforme à ses obligations de diligence en termes de garde et de surveillance.

#### **b. Preuve libératoire**

238. Le caractère causal de la responsabilité du détenteur doit être relativisé dès lors qu'il peut se libérer de sa responsabilité en établissant qu'il a gardé et surveillé l'animal avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Le juge doit tenir compte de l'ensemble des circonstances, et pas seulement des usages en termes de garde et surveillance des animaux. La configuration des lieux et l'usage qui en est fait sont des critères pertinents.

*Les premiers juges considèrent avec raison qu'il faut déterminer si le défendeur a pris les mesures adéquates, en tenant compte de toutes les circonstances, et notamment du caractère mixte de son entreprise, qui comporte non seulement une exploitation agricole, mais aussi un café-restaurant ouvert au public. S'il était en soi légitime que le défendeur eût un chien de garde, vu que sa ferme est isolée, il devait prendre les mesures propres à écarter tout danger à l'égard des personnes fréquentant son établissement*

ATF 102 II 232

239. Les mesures de prudence requises du détenteur comprennent les mises en garde du public sur la présence d'un animal.

*La prudence commandait aussi qu'un écriteau de dimensions suffisantes et visible à une distance appropriée signalât au public de faire attention au chien. Le défendeur n'a dès lors pas rapporté la preuve stricte de l'exception libératoire, exigée selon la jurisprudence.*

ATF 102 II 232

240. La réaction du lésé face à l'attaque de l'animal peut comporter un élément de faute concomitante (art. 44 CO). Il faut cependant tenir compte des circonstances particulières, et de la difficulté de choisir la réaction la plus adéquate face à une attaque violente et rapide (ATF 102 II 232 cons. 3).

241. La responsabilité causale du détenteur d'animal peut se trouver en concours avec celle d'un autre détenteur d'animal (par exemple en cas de bagarre de chiens, qui cause un dommage à un passant), voire avec un tiers qui a fautivement excité l'animal et assume une responsabilité délictuelle pour le dommage causé (art. 56 al. 2 CO). Il s'agit de cas de solidarité imparfaite (art. 51 al. 1 CO). Le rapport entre deux détenteurs d'animal impliqués dans la survenance du dommage est régi au niveau interne par l'article 50 al. 2 CO, qui réserve le pouvoir d'appréciation du juge.

#### **c. Droit de rétention**

242. L'article 57 al. 1 CO autorise le lésé à garder l'animal en garantie de sa prétention en dommages et intérêt. Il s'agit d'un droit de rétention légal qui se distingue du droit de rétention de l'article 895 CC par le fait que l'animal ne se trouve pas en possession du lésé avec l'accord du responsable.

243. Un droit de rétention ne peut porter que sur un bien ayant une valeur de réalisation (art. 896 al. 1 CC). Or, depuis 2003, les animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain sont insaisissables (art. 92 al. 1 ch. 3bis LP), sauf s'ils sont de grande valeur, auquel cas le détenteur peut proposer une garantie de substitution (art. 92 al. 3 LP). L'article 57 CO n'autorise donc pas le lésé à garder un animal domestique aimé d'amour tendre comme moyen de contrainte sur son propriétaire éploré. Les animaux de rendement sont en revanche saisissables et peuvent faire l'objet du droit de rétention de l'article 57 CO.
244. Le détenteur de l'animal peut en tout temps récupérer celui-ci en indemnisant le lésé, ou en substituant à l'animal d'autres garanties de valeur équivalente (voir art. 898 CC).
245. L'article 890 CC, qui exprime un principe général en matière de gages mobiliers (voir Foëx, commentaire romand du CC, CCI, art. 895, N 9), contraint le créancier à conserver l'animal dans de bonnes conditions et à ne pas l'aliéner en dehors de la procédure de réalisation du gage. Les frais de conservation sont à la charge du détenteur et augmentent la créance garantie (art. 455 CO ; Bauer, Basler Kommentar, art. 890, N 6).
246. Le droit de rétention de l'article 57 CO est soumis à une incombance du lésé de recherche et d'information du détenteur de l'animal (art. 57 al. 2 CO). La violation de cette incombance fait perdre au lésé le bénéfice du droit de rétention. Le fait de retenir sans droit un animal relève de l'appropriation illégitime au sens de l'article 137 CP.

#### **d. Etat de nécessité**

247. L'article 57 al. 1 CO autorise dans certains cas le lésé à tuer l'animal. Il s'agit d'une expression du principe de nécessité au sens de l'article 45 al. 2 et 3 CO. Hors nécessité, le fait de tuer un animal est un acte illicite (atteinte à la propriété : illicéité de résultat), susceptible de causer un dommage qui peut comprendre la valeur sentimentale de l'animal (art. 43 al. 1 bis CO).

### **III. RESPONSABILITÉ DU PROPRIÉTAIRE D'OUVRAGE**

#### **a. Responsabilité causale**

248. Le propriétaire d'un ouvrage est responsable des dommages qu'un défaut de l'ouvrage, résultant soit du mauvais entretien de l'ouvrage soit d'un vice de construction, peut causer à un tiers.
249. Cette responsabilité est une responsabilité causale, indépendante de la faute du propriétaire (TF, 4A\_38/2018, 25 février 2019, cons. 3.1 ; ATF 69 II 394 cons.3 ; ATF 111 II 429 cons. 3b). Celui-ci peut ainsi être responsable d'un dommage causé par cas fortuit. Le caractère causal de cette responsabilité doit cependant être relativisé en ce sens que la notion de défaut est définie par la jurisprudence en relation avec les mesures de sécurité qu'un propriétaire raisonnable doit prendre (infra b). La faute réside dans le fait de ne pas avoir pris ces mesures de sécurité, sinon dans la survenance du dommage.

250. La notion de propriétaire de l'ouvrage au sens de l'article 58 CO est pour l'essentiel une notion juridique. Est donc propriétaire de l'ouvrage celui qui est inscrit au Registre foncier comme tel.

*La notion de propriétaire, dans l'acception de ce terme propre à l'art. 58 CO, fait l'objet de controverses au sein de la doctrine et a donné lieu à une abondante jurisprudence. Un arrêt récent expose l'état de la question. Aussi convient-il de s'y référer (ATF 121 III 448). Selon cet arrêt, le sujet de la responsabilité découlant de la propriété de l'ouvrage est défini, en principe, par la propriété de la chose.*

*(ATF 123 III 306 cons. 3 a) aa)*

251. Cette définition juridique implique cependant quelques nuances.

- Lorsque l'Etat est propriétaire d'une installation mais donne à un exploitant une concession d'exploitation, c'est l'exploitant qui assume la responsabilité de l'article 58 CO pendant toute la durée de la concession (ATF 123 III 306 cons. 3).
- A l'inverse, lorsqu'une collectivité publique exerce sur un ouvrage une maîtrise comparable à celle résultant de la propriété privée, en vertu du droit public, cette collectivité publique doit être assimilée au propriétaire au sens de l'article 58 CO (ATF 121 III 448 consid. 2d in fine).
- Lorsqu'un chemin public est établi en vertu d'une servitude de passage, le propriétaire de l'ouvrage n'est pas celui du fonds grevé, mais la communauté publique bénéficiaire de la servitude (ATF 91 II 281).
- En cas de droit de superficie, c'est le superficiaire qui assume la responsabilité de l'article 58 CO pour les défauts des bâtiments construits sur le fond servant.
- En cas de copropriété ou propriété en mains communes, les copropriétaires ou propriétaires communs sont solidairement responsables. Il s'agit d'une solidarité parfaite (ATF 117 II 50).
- En cas de propriété par étages, chaque propriétaire d'étage est responsable des défauts affectant sa part. Les propriétaires sont solidairement responsables des défauts affectant les parties communes.

252. La notion d'ouvrage se réfère à toute construction fixée au sol de façon pérenne. Une construction est une réalisation humaine, par opposition à une chose naturelle. Une construction mobilière au sens de l'article 677 CC n'est pas un ouvrage.

253. Contrairement aux autres responsabilités objectives, le propriétaire de l'ouvrage ne dispose pas d'une preuve libératoire. Cela s'explique par le fait que le défaut de diligence reproché au propriétaire de l'ouvrage est intégré dans la notion de défaut (infra b). Celui-ci se définit en effet à travers l'absence de mesures de sécurité suffisantes prises par le propriétaire. Comme le défaut fait partie des conditions de la responsabilité,

il appartient au lésé de prouver son existence et non au propriétaire d'exciper de sa diligence.

**b. Défaut de l'ouvrage**

254. L'ouvrage est considéré comme défectueux lorsqu'il n'offre pas une sécurité suffisante pour l'usage qui lui est destiné. Cela peut être dû à un vice de construction (l'ouvrage n'a pas été construit conformément aux normes de construction) ou un défaut d'entretien (l'ouvrage présente un danger car il n'est pas bien entretenu).

*Selon la jurisprudence, il y a défaut lorsque l'ouvrage n'offre pas une sécurité suffisante pour l'usage auquel il est destiné (ATF 130 III 736 consid. 1.3 p. 741 s. et les références ; 126 III 113 consid. 2a/cc p. 116 ; 123 III 306 consid. 3 b/aa p. 310 s. ; 122 III 229 consid. 5a/bb ; 117 II 50 consid. 2 ; 106 II 208 consid. 1a et les arrêts cités).*

*(TF, 4A\_38/2018, 25 février 2019, cons. 3.2)*

255. Les mesures de sécurités nécessaires pour éviter que l'ouvrage puisse apparaître comme défectueux au sens de l'article 58 CO se déterminent de façon objective, en fonction de l'expérience générale de la vie et d'une appréciation raisonnable des risques potentiellement liés à l'usage des lieux (TF, 4A\_38/2018, 25 février 2019, cons. 3.2.2 ; ATF 123 III 306 cons. 3b/aa ; ATF 122 III 229 cons. 5a/bb ; TF, 4A\_377/2016 cons. 2.3.2). Il a par exemple été jugé que le propriétaire d'un local fréquenté par le public doit prendre les mesures appropriées pour éviter que ne se forme une plaque de glace devant l'entrée du local (ATF 118 II 36 consid. 4b).
256. Il appartient au propriétaire de sécuriser l'ouvrage en fonction de sa destination. Le propriétaire n'a pas à prévoir le risque qu'une personne utilise l'ouvrage de façon contraire à sa destination (ATF 130 III 736 cons. 1.3 ; 126 III 113 cons. 2a/cc ; 117 II 50 cons. 2). Les exigences de sécurité sont ainsi plus élevées si l'ouvrage est destiné au public (ATF 118 II 36 cons. 4a et les arrêts cités). En revanche, le propriétaire d'un lieu privé où le public n'est pas censé entrer peut prendre moins de précautions quant à la sécurisation des lieux (TF, 4A\_38/2018, 25 février 2019, cons. 3.2.2 ; ATF 81 II 450 cons. 2b).
257. Le coût des mesures de sécurisation que l'on peut attendre du propriétaire pour que l'ouvrage ne soit pas considéré comme défectueux doit être proportionné à une estimation raisonnable du risque.

*Troisièmement, il faut encore prendre en considération une autre limite au devoir de sécurisation du propriétaire : elle découle du caractère raisonnablement exigible des mesures à prendre (Zumutbarkeit). Il faut examiner si l'élimination d'éventuels défauts ou la prise de mesures de sécurité est techniquement possible et si les dépenses ainsi engendrées demeurent dans un rapport raisonnable avec l'intérêt de protection des usagers et le but de l'ouvrage (ATF 130 III 736 consid. 1.3 p. 742 ; 123 III 306 consid. 3b/aa p. 311).*

*(TF, 4A\_38/2018, 25 février 2019, cons. 3.2.3)*

258. Enfin, le caractère défectueux ou non de l'ouvrage doit être évalué en fonction du comportement du lésé. N'est défectueux que l'ouvrage qui fait courir un risque à un usager raisonnable. Le lésé doit en effet supporter le dommage résultant de sa propre imprudence (*Selbstverantwortung* ; ATF 130 III 736 cons. 1.3 ; 126 III 113 cons. 2a/c ; ATF 123 III 306 cons. 3b/aa). Il a par exemple été considéré que l'Etat propriétaire d'une route n'était pas nécessairement responsable de la présence de verglas sur cette route (défaut d'entretien) : c'est aux automobilistes de tenir compte de l'état de la chaussée et d'adapter leur manière de rouler aux conditions de la route (ATF 129 III 64 cons. 1.1 ; TF, 17 avril 1985, in : JT 1985 I 389 ; voir cependant ATF 129 III 65 : le Canton est responsable d'un accident survenu en raison de plaques de verglas dont la formation était non seulement prévisible mais aussi évitable).
259. En revanche, le propriétaire doit prendre en compte le risque que l'ouvrage soit utilisé par certaines catégories d'usagers probables dont on ne peut attendre le même niveau de prudence, en particulier des enfants ou des personnes handicapées (ATF 130 III 736 cons. 1.5 ; 4A\_377/2016, cons. 2.3.3).
260. Les autres responsabilités objectives sont construites sur une situation objective (acte illicite commis par un employé, dommage causé par un animal) complétée par une preuve libératoire de diligence du responsable (triple cura de l'employeur, surveillance adaptée du détenteur d'animal). Au contraire, la responsabilité de propriétaire de l'ouvrage intègre la diligence du propriétaire dans la notion de défaut, puisque cette notion repose sur le critère des mesures de sécurité raisonnable.
261. Dès lors que la diligence du propriétaire d'ouvrage est intégrée dans les conditions de cette responsabilité, il incombe au lésé de prouver le défaut. Ce n'est donc pas au propriétaire d'ouvrage d'établir sa diligence par voie d'exception (art. 8 CC ; ATF 123 III 306, cons. 3b aa ; ATF 108 II 184 cons. 2).
262. Cela relativise beaucoup la conception du Tribunal fédéral selon laquelle l'article 58 CO crée une responsabilité causale (TF 4A\_38/2018 du 25 février 2019 cons. 3.1), puisqu'en réalité le lésé doit prouver que le propriétaire a manqué de diligence dans la sécurisation de l'ouvrage pour établir l'existence du défaut.

### **c. Recours**

263. Le défaut de l'ouvrage peut être de nature à fonder une prétention du propriétaire de l'immeuble contre le vendeur de cet immeuble (art. 221 et 197 CO) ou contre son constructeur (art. 368 CO). Les droits du propriétaire découlant du défaut de l'ouvrage sont réservés par l'article 58 al. 2 CO.
264. L'action du propriétaire contre le vendeur ou le constructeur découlant du défaut de la chose vendue ou de l'ouvrage (actions édiliciennes) se prescrit cependant dans le délai de la garantie contractuelle, ou à défaut dans le délai de cinq ans depuis la livraison (art. 219 al. 3 CO). Il est donc possible que les droits du propriétaire contre le constructeur ou le vendeur soient prescrits à la date où survient le dommage dont le propriétaire de l'ouvrage est responsable selon l'article 58 al. 1 CO.
265. L'article 139 CO s'applique cependant si le vendeur ou le constructeur est également responsable à l'égard du lésé. Tel peut être le cas si la livraison de l'ouvrage défectueux constitue la création d'un état de fait dangereux générant une responsabilité délictuelle



à l'égard du lésé (art. 41 CO). Dans ce cas, le fait que l'action édilicienne soit prescrite n'empêche pas le propriétaire de l'immeuble de recourir contre le vendeur ou le constructeur dans le délai de l'article 139 CO (trois ans dès la date où il a indemnisé le lésé), comme contre n'importe quel coresponsable.

#### **d. Mesures préventives**

266. L'article 59 CO est une règle originale puisqu'elle permet à toute personne susceptible d'être lésée par un défaut de l'ouvrage d'agir contre le propriétaire, pour requérir des mesures urgentes et nécessaires.

267. Les voisins de l'ouvrage sont déjà protégés par les règles sur le voisinage (art. 679 CC). Théoriquement, l'article 59 CO ouvre une voie de droit à tous, sans qu'un lien particulier avec l'ouvrage, ne serait-ce qu'un lien de proximité, ne soit requis par la règle. La qualité pour agir devient une auberge espagnole dans laquelle chacun se sert à sa guise. L'article 59 al. 2 let. b CPC exige cependant un intérêt digne de protection, qui ne saurait à notre avis être chose commune. Le demandeur doit donc faire état d'un intérêt spécial. Le droit de procédure referme ainsi une porte trop ouverte par le droit matériel.

268. L'article 59 al. 2 CO réserve des règlements de police, ce qui résulte déjà de l'article 6 CC.

### **IV. RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE CLÉ CRYPTOGRAPHIQUE**

#### **a. Contexte**

269. Les clefs cryptographiques permettent de respecter la forme écrite sans qu'une signature manuscrite ne soit requise (art. 14 al. 2 bis CO). La Loi fédérale du 18 mars 2016 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques (Loi sur la signature électronique) prévoit les conditions de certification, ainsi que la responsabilité des fournisseurs (art. 17) et des organisme de reconnaissance (art. 18). Le procédé est actuellement peu utilisé en Suisse.

270. L'article 59a CO complète ce dispositif en prévoyant la responsabilité du détenteur de clef pour tout dommage causé à des tiers en raison d'un abus de cette signature électronique. Cela suppose qu'une personne se soit faite passer pour le détenteur grâce à un accès à cette clef électronique, et que cette substitution ait causé un dommage à un tiers.

271. La responsabilité du détenteur suppose que la substitution ait été causale dans la survenance du dommage. Le lésé doit donc établir qu'il aurait évité le dommage s'il avait su que l'utilisateur de la clef électronique n'était pas son détenteur légitime.

272. Le détenteur imprudent est solidairement responsable avec celui qui a abusé de cette clef, vis-à-vis de la victime de cet abus. L'abuseur assume une responsabilité délictuelle, et le détenteur dispose d'un droit de recours intégral contre l'auteur de l'acte illicite (art. 51 al. 2 CO).

## **b. Preuve libératoire**

273. Le détenteur peut apporter la preuve libératoire qu'il a pris les mesures de sécurité raisonnablement imposées par les circonstances pour éviter que cette clef ne soit utilisée de façon abusive. L'article 13 de l'ordonnance du 23 novembre 2016 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques (Ordonnance sur la signature électronique, OSCSE) détaille les mesures de sûreté qui doivent être prises par le détenteur d'une clef cryptographique.
274. Contrairement à ce qui est prévu aux articles 55 et 56 CO, le détenteur n'est pas autorisé à établir que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. La violation des règles de sécurité de l'article 13 de l'ordonnance exclut donc la preuve libératoire en toute hypothèse.

## **V. RESPONSABILITÉ DU DÉTENTEUR D'AUTOMOBILE**

### **a. Principe de l'indemnisation des victimes**

275. Confronté à une activité dangereuse mais utile, le législateur peut choisir soit d'interdire cette activité, soit de la réglementer. Dans le second cas, une responsabilité objective aggravée est souvent prévue, pour que toute personne lésée par cette activité soit sûre d'être indemnisée. Tel est le but du chapitre de la LCR consacré à la responsabilité du détenteur d'automobile.
276. Le système se décline en trois axes :
- Une responsabilité causale du détenteur (art. 58 LCR)
  - Une assurance RC obligatoire du détenteur (art. 63 LCR)
  - Une action directe et abstraite du lésé contre l'assureur RC (art. 65 LCR)

*L'art. 58 al. 1 LCR dispose que si une personne est tuée ou blessée ou qu'un dommage matériel est causé par suite de l'emploi d'un véhicule automobile, le détenteur est civilement responsable. La loi fédérale impose la conclusion d'une assurance couvrant la responsabilité civile du détenteur et celle des personnes dont il est responsable (art. 63 al. 1 et 2 LCR). Dans la limite des montants prévus par le contrat d'assurance, le lésé peut intenter une action directe contre l'assureur (art. 65 al. 1 LCR).*

*(TF, 4A\_433/2013 du 15.04.2014 cons. 4.1)*

### **b. Responsabilité causale du détenteur**

277. Selon l'art. 58 LCR le détenteur d'un véhicule automobile est responsable du dommage causé par une atteinte à l'intégrité corporelle ou d'un dommage matériel causé par l'emploi du véhicule.
278. La notion de véhicule automobile est définie à l'art. 7 LCR.

279. Le détenteur d'automobile est celui qui en a l'usage et la maîtrise effective (voir art. 78 OAC, RS 741.51). La notion de détenteur ne recouvre pas celle de propriétaire. Ainsi en cas de leasing, le preneur de leasing est le détenteur, et non le donneur de leasing (qui est propriétaire du véhicule).

*Nach konstanter Rechtsprechung gilt als Halter im Sinne des SVG nicht der Eigentümer des Fahrzeugs oder wer formell im Fahrzeugausweis eingetragen ist, sondern derjenige, auf dessen eigene Rechnung und Gefahr der Betrieb des Fahrzeugs erfolgt und der zugleich über dieses und allenfalls über die zum Betrieb erforderlichen Personen die tatsächliche, unmittelbare Verfügung besitzt (Bundesgerichtsurteil 4C.321/2001 vom 5. November 2002, E. 2.1; BGE 117 II 609 E. 3b, 101 II 133 E. 3a, 92 II 39 E. 4a, je mit Hinweisen). Dem Strassenverkehrsgesetz liegt nicht ein formeller, sondern ein materieller Halterbegriff zugrunde (Bundesgerichtsurteil 4C.208/2002 vom 19. November 2002, E. 1.1).*

*(TC Valais, 19.01.2005 in RVJ 2005 p. 290 ss, 291 s.)*

280. Exceptionnellement, lorsqu'un véhicule est confié à un professionnel de la branche automobile pour être garé, réparé, entretenu ou modifié, ce professionnel est réputé détenteur du véhicule pour la période où le véhicule lui a été confié (art. 71 LCR)
281. De même, si un véhicule est engagé dans une course, l'organisateur de la course est réputé détenteur du véhicule pendant la durée de la course (art. 72 LCR).
282. En revanche, lorsqu'un véhicule est volé, le détenteur initial reste responsable des dommages causés par l'emploi du véhicule. Le voleur assume une responsabilité solidaire (art. 75 LCR). Le détenteur n'est responsable à l'égard d'un passager du véhicule que si ce dernier ignorait que le véhicule avait été volé.

*Il convient de traiter en premier lieu de l'application de l'art. 75 LCR, soit de la responsabilité du détenteur d'un véhicule utilisé sans droit. Selon cette disposition, la responsabilité civile du détenteur est pleinement engagée, sauf à l'égard de ceux qui ont fait usage du véhicule et qui savaient dès le début de la course ou pouvaient savoir en prêtant toute l'attention commandée par les circonstances que le véhicule avait été soustrait (al. 1, 3ème phrase). C'est au détenteur volé, soit à son assurance, d'établir que l'usager lésé savait que le véhicule avait été soustrait (art. 8 CC).*

*(ATF 124 III 182 cons. 3)*

283. La responsabilité du détenteur n'est engagée que si le véhicule était à l'emploi, et non s'il était à l'arrêt.

*Un "emploi" au sens de l'art. 58 LCR implique la manifestation d'un danger dû à la réalisation du risque spécifique résultant de l'utilisation des organes proprement mécaniques du véhicule (ATF 133 III 675 consid. 3.4 p. 682). Un véhicule parké n'est pas à l'emploi; le danger qu'il peut constituer le cas échéant est dû à sa masse uniquement et non pas à un dégagement d'énergie cinétique, et il ne crée pas de danger plus important que tout autre objet solide immobile de même dimension. Une responsabilité objective aggravée ne se justifie dès lors pas (cf. ATF 107 II 269 consid. 1a; 97 II 161 consid. 3c; Brehm, Betriebsgefahr und Betriebsvorgang des Motorfahrzeugs, in Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005, St-Gall 2005, p. 123 ss,*

*spéc. n. 9 p. 127; Werro, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 898 p. 227; Brehm, La responsabilité civile automobile (art. 58 à 62 LCR), Berne 1999, n. 122 p. 49 et n. 134 p. 56). En l'espèce, la voiture était parquée au bord du chemin, en dehors de la voie de circulation. Elle n'était donc pas "à l'emploi".*

*(TF, 4A\_44/2008 du 13.05.2008 cons. 3.2.2)*

284. Seuls des dommages résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou des dommages matériels (et non purement économiques), sont réparables selon l'art. 58 LCR. Ces dommages se calculent selon les règles générales du droit de la responsabilité civile (art. 62 LCR). La responsabilité du détenteur suppose un lien de causalité nécessaire et adéquate entre l'emploi du véhicule et le dommage.

*3.1. Le recourant a subi un accident de la circulation qui a provoqué un "coup du lapin" ("Schleudertrauma", "colpo di frusta", "whiplash syndrom").*

*La victime de lésions corporelles a droit au remboursement des frais et aux dommages-intérêts qui résultent de son incapacité de travail, ainsi que de l'atteinte portée à son avenir économique (art. 46 al. 1 CO en lien avec l'art. 62 al. 1 LCR [RS 741.01]). Elle peut aussi prétendre à une indemnité équitable en guise de réparation morale, en présence de "circonstances particulières" - i.e. lorsque l'atteinte à sa personnalité est importante (art. 47 CO en lien avec l'art. 62 al. 1 LCR; ATF 141 III 97 consid. 11.2 p. 98). L'action peut être intentée directement contre l'assureur en responsabilité civile (art. 65 al. 1 LCR). Un rapport de causalité naturelle et adéquate doit exister entre l'atteinte illicite à la santé et le dommage - respectivement le tort moral subi (MARTIN KESSLER, in Basler Kommentar, 7e éd. 2020, n° 14 ad art. 47 CO; REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5e éd. 2018, n. 539; CHRISTOPH MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, 2013, n. 134).*

*(TF 4A\_440/2021 du 25.05.2022 cons. 3.1)*

### **c. Preuve libératoire**

285. La responsabilité du détenteur est indépendante de toute faute de sa part, et n'implique pas que celui-ci ait été au volant ou dans le véhicule au moment de l'accident.

286. Cependant le détenteur peut se libérer de sa responsabilité aux conditions de l'article 59 LCR si :

- L'accident est dû à un cas de force majeure, **ou**
- L'accident est dû à la faute grave du lésé, **ou**
- L'accident est dû à la faute grave d'un tiers.

287. Ces trois conditions alternatives ne suffisent pas à la libération de détenteur qui doit encore prouver :

- Qu'aucune faute ne lui est imputable, **et**
- Que la défectuosité du véhicule n'a pas contribué à l'accident.

288. Le détenteur a la charge de la preuve de ces circonstances.

*Le détenteur (ou son assureur de la responsabilité civile) qui veut prouver qu'il n'est pas responsable causalement doit donc, selon le texte de l'art. 59 al. 1 LCR, apporter, d'une part, la preuve que l'accident a été causé par la force majeure ou par une faute grave du lésé ou d'un tiers et, d'autre part, la preuve que lui-même ou les personnes dont il répond n'ont pas commis de fautes et qu'une défectuosité du véhicule n'a pas contribué à l'accident; en d'autres termes, il ne peut être libéré qu'en cas de faute grave exclusive du lésé (ATF 124 III 182 consid. 4a). Le fardeau de la preuve incombe au détenteur qui entend s'exonérer de sa responsabilité (arrêt 4A\_270/2011 du 9 août 2011 consid. 3.2 et la référence; arrêt 6B\_633/20*

*(TF, 6B\_1002/2021 du 03.10.2022 cons. 3.4.1)*

289. La faute imputable au détenteur, qui exclut sa libération, peut être sa faute personnelle, mais également la faute du conducteur du véhicule ou d'un auxiliaire de celui-ci, qui est imputée au détenteur selon l'art. 58 al. 4 LCR. Cette imputabilité ne dépend pas des circonstances qui ont conduit à ce qu'un autre conducteur que le détenteur soit au volant. Ainsi, même si le conducteur est le voleur du véhicule, la faute du conducteur-voleur est imputable au détenteur dans le cadre d'une mise en application de l'art. 59 LP.

*Le détenteur, soit son assureur, est entièrement chargé du risque de la soustraction illicite; il est responsable envers T. lésé, passager "innocent", comme si le véhicule n'avait pas été volé ou soustrait (BUSSY & RUSCONI, Code suisse de la circulation routière, 3e éd., n. 1.2, 2.3 et 5.2 ad art. 75 LCR). Lui sont donc applicables les dispositions des art. 58 ss LCR sur la responsabilité civile du détenteur; en particulier, la faute du voleur ou du conducteur, dans l'accident, lui est imputable (BUSSY & RUSCONI, op.cit., n. 4.2 ad art. 75 LCR).*

*(ATF 124 III 182 cons. 3 p. 184)*

290. Le conducteur non-détenteur qui a commis une faute ne répond pour sa part pas selon l'art. 58 LCR, mais selon les règles générales de la responsabilité civile.

*En effet, l'art. 58 al. 4 LCR dispose que le détenteur répond de la faute du conducteur et des auxiliaires au service du véhicule comme de sa propre faute. La responsabilité du conducteur n'est quant à elle pas régie par la LCR. Cependant, s'il a commis une faute, le conducteur en répondra aussi personnellement. Son comportement étant régi par le droit commun, l'art. 41 CO trouvera application (Brehm, La responsabilité civile automobile, 2010 2ème éd., n. 119 et 122, p. 49, également n. 13, p. 6; CS CR commenté, art. 58 LCR n. 5.6).*

*(TC Fribourg, 501 2020 118, 24.11.2021, cons. 4.3.2)*

291. Si le conducteur est blessé dans l'accident, il peut agir contre le détenteur qui est responsable à son égard selon l'art. 58 LCR. Le conducteur ne peut cependant se prévaloir que sa propre faute est imputable au détenteur pour s'opposer à la libération du détenteur au sens de l'art. 59 LCR.

*Aux termes de l'art. 58 al. 4 LCR, le détenteur répond de la faute du conducteur comme de sa propre faute. Mais le conducteur lui-même ne peut se prévaloir de cette*

*disposition contre le détenteur, lorsqu'il est victime d'un dommage causé par l'emploi du véhicule automobile (cf. RO 88-II-305; Oftinger II/2 pp. 474 et 622). Le conducteur lésé répondant de son propre comportement selon l'art. 44 al. 1er CO, celui de la conductrice, dont le décès fonde les prétentions du demandeur, est également opposable à ce dernier (RO 88-II-305 s.). L'assureur peut ainsi se libérer de tout ou partie de sa responsabilité en prouvant qu'une faute de la conductrice du véhicule de son assuré a causé l'accident ou y a contribué (art. 59 al. 1er et 2 LCR).*

*(TF, 28.01.1975 in JdT 1975 I p. 445 ss, 446 s)*

#### **d. Assurance obligatoire**

292. Selon l'art. 63 LCR, le détenteur du véhicule a l'obligation de souscrire à une assurance RC. Cette obligation ne s'étend pas à une assurance dommage (casco), qui reste optionnelle. La suspension ou la cessation de l'assurance implique le retrait du permis de circulation.

*Aucun véhicule automobile ne peut être mis en circulation sur la voie publique avant qu'ait été conclue une assurance-responsabilité civile (art. 63 al. 1 LCR). L'assureur annonce la suspension ou la cessation de l'assurance à l'autorité, laquelle retire le permis de circulation et les plaques de contrôle dès qu'elle a reçu cet avis (art. 68 al. 2 LCR). Elle charge la police de saisir le permis de circulation et les plaques (art. 7 al. 2 de l'ordonnance sur l'assurance des véhicules [OAV ; RS 741.31]). Lorsque l'autorité ne dispose d'aucune attestation d'assurance et que les plaques ne lui sont pas parvenues 30 jours après l'expiration de la garantie prévue par le contrat d'assurance, elles font l'objet d'une publication dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL) (art. 7 al. 4 OAV).*

*L'art. 96 al. 2 LCR, 1ère phrase, punit quiconque conduit un véhicule automobile en sachant qu'il n'est pas couvert par l'assurance-responsabilité civile prescrite ou qui devrait le savoir s'il avait prêté toute l'attention commandée par les circonstances.*

*(TC Genève, Cour de justice, AARP/167/2019 du 15.04.2019 cons. 3 ss)*

293. Si un accident est causé par un véhicule non identifié ou non assuré, le dommage est pris en charge par le fonds national de garantie (art. 76 LCR).5
294. Si un accident est causé par un véhicule étranger, le dommage est pris en charge par le bureau national d'assurance (art. 74 LCR).
295. Dans les deux cas, le lésé a un droit direct contre ces institutions (art. 76b LCR).

#### **e. Action directe et abstraite du lésé**

296. Selon l'article 65 LCR le lésé peut agir directement contre l'assurance RC du détenteur (art. 65 al. 1 LCR). Ce recours est abstrait en ce sens que l'assureur ne peut opposer au lésé les exceptions ou objections qu'il pourrait opposer à l'assuré (art. 65 al. 2 LCR). En revanche, l'assureur peut faire valoir ces exceptions ou objections dans le cadre d'un recours contre l'assuré (art 65 al. 3 LCR).

297. Le droit du lésé d'agir contre l'assureur découle de la loi et non du contrat d'assurance. Cela justifie que l'assurance ne puisse faire valoir à l'égard du lésé aucune exception ou objection découlant du contrat d'assurance.

*4.1.2 Certaines lois spéciales accordent à la victime un droit d'action directe contre l'assureur, comme l'art. 65 al. 1 LCR (Werro, op. cit., no 1824). Cette responsabilité de l'assurance à l'égard de la victime ne découle pas du contrat mais bien de la loi (ATF 69 II 162 consid. 1; Bussy/Rusconi et al., Code suisse de la circulation routière commenté, 2015, n. 1.1 ad art. 65 LCR): c'est une relation juridique indépendante entre le lésé et l'assureur. L'assurance est alors recherchée en tant que débitrice de substitution (ATF 127 III 580 consid. 2a; arrêt 4C.170/2001 du 18 juillet 2001 consid. 2a), même si aucun contrat n'est en force: il suffit que le permis de circulation ait été délivré sur la simple déclaration d'un assureur attestant l'existence d'une assurance responsabilité civile (ATF 69 II 162 consid. 1). La créance sera déterminée aux mêmes conditions et selon l'étendue de la responsabilité du responsable ou du détenteur (arrêt 4A\_674/2015 du 22 septembre 2016 consid. 3.1), avec comme limite la somme garantie dans le contrat d'assurance (ATF 127 III 580 consid. 2a; arrêt 4C.170/2001 précité consid. 2a).*

*(TC Valais, 06.11.2020 in RVJ 2021 p. 185 ss, 188)*

298. En revanche, l'assureur a un droit de recours contre l'assuré, et peut se prévaloir de toute exception ou objection découlant du contrat d'assurance dans le cadre de ce droit de recours. Parmi ces exceptions et objections, la faute grave de l'assuré (art. 14 LCA) est souvent alléguée par l'assureur.

*Aux termes de l'art. 65 al. 3 LCR, l'assureur a un droit de recours contre le preneur d'assurance ou l'assuré dans la mesure où il aurait été autorisé à refuser ou à réduire ses prestations d'après le contrat ou la LCA. L'étendue du recours tient compte du degré de culpabilité et de la situation économique de la personne contre laquelle le recours est formé.*

*L'art. 14 al. 1 et 2 LCA prévoit que l'assureur n'est pas lié si le sinistre a été causé intentionnellement par le preneur d'assurance ou l'ayant droit. Si le preneur d'assurance ou l'ayant droit a causé le sinistre par une faute grave, l'assureur est autorisé à réduire sa prestation dans la mesure répondant au degré de la faute.*

*(TC Genève, Cour de justice, AARP/335/2017 du 16.10.2017 cons. 51.4.3)*

299. Cependant, dans le cadre de la faute grave de l'assuré au sens de l'art. 14 LCA, la règle d'imputation de l'art. 58 al. 4 LCR n'est pas applicable. L'assureur ne peut donc se prévaloir, dans le cadre de son droit de recours d'une faute grave du conducteur qui serait imputable au détenteur assuré (ATF 91 II 226).

#### **f. Concours et rencontre de responsabilités**

300. Lorsque plusieurs véhicules concourent à la survenance d'un dommage, une solidarité entre les détenteurs à l'égard du lésé découle de l'art. 60 LCR. Il s'agit d'une solidarité parfaite. Le lésé peut donc agir contre chacun des détenteurs pour la totalité du dommage. Au niveau interne, le dommage est réparti entre les détenteurs responsables, selon les circonstances, par le juge.

*L'art. 60 al. 2 LCR prévoit que lorsque la responsabilité incombe à plusieurs détenteurs de véhicules automobiles, le dommage se répartit entre eux en proportion de leur faute, à moins que des circonstances spéciales ne justifient un autre mode de répartition. Il résulte de cette règle que si une faute n'est imputable qu'à un seul des détenteurs responsables, et pour autant que cette faute soit au moins légère plutôt que très légère et que les risques inhérents à l'emploi de chacun des véhicules soient comparables, ce détenteur doit supporter la totalité du dommage (Brehm, op. cit., ch. 639 à 642 p. 254 et 775 p. 297; Hulliger, op. cit., p. 103/104). En conséquence, s'il a lui-même indemnisé le lésé, ledit détenteur est dépourvu de tout recours contre les autres détenteurs.*

*(TF, 4A\_93/2007 du 10.07.2007, cons. 3.2)*

301. Lorsque plusieurs véhicules sont impliqués dans un accident, se pose également la question de la responsabilité de chaque détenteur d'automobile à l'égard des autres. Chaque détenteur est donc à la fois lésé et responsable. Il s'agit de situation de « *rencontre de responsabilités* » qui font l'objet de la règle spéciale de l'art. 61 LCR :

- Dans la règle les dommages *corporels* d'un détenteur sont supportés par tous les autres détenteurs solidairement, puis répartis au niveau interne entre détenteurs à raison de leurs fautes respectives et des circonstances (art. 61 al. 1 et 3 LCR)
- En revanche, chaque détenteur supporte ses propres dommages *matériels*, sauf s'il peut prouver que ce dommage matériel est dû à la faute personnelle ou imputée d'un autre détenteur, ou à une défectuosité de son véhicule (art. 61 al. 2 LCR).

302. La répartition interne du dommage *corporel* entre détenteurs dépend donc en grande part du pouvoir d'appréciation du juge.

*L'art. 61 al. 1 LCR doit ainsi être appliqué pour répartir le fardeau de la réparation. A teneur de cette disposition, 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 réparation. Tel sera le cas, par exemple, si les risques inhérents à l'emploi du véhicule d'un des détenteurs ont exercé une influence particulièrement forte sur la survenance du préjudice (ATF 123 III 274 consid. 1a/bb p. 278 et les références; 99 II 93 consid. 2c p. 98). Le point de savoir si le risque inhérent d'un véhicule dépasse de manière marquante celui d'un autre (cf. ATF 99 II 93 consid. 2b) n'est pas fonction du risque abstrait desdits véhicules selon leur appartenance à des catégories différentes. Est au contraire déterminant le risque concret qui a influé sur le préjudice lors de l'accident (arrêt 4C. 3/2001 du 26 septembre 2001 consid. 2a/aa). Il faut ainsi tenir compte notamment de la vitesse, du poids et de la stabilité du véhicule. En principe, le risque inhérent d'un motorcycle n'est pas plus élevé que celui d'une voiture, hormis circonstances particulières (arrêts 4A\_405/2011 du 5 janvier 2012 consid. 4.6; 4C. 3/2001 du 26 septembre 2001 consid. 2a/aa in fine). L'appréciation des circonstances spéciales au sens de l'art. 61 al. 1 LCR repose largement sur le pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC; ATF 123 III 274 consid. 1a/cc p. 279)*

*(TF, 4A\_699/2012 du 27.05.2013 cons. 4.1)*



303. Pour les dommages *matériels*, l'art. 61 al. 2 LCR s'écarte du système de la responsabilité causale des détenteurs pour revenir à une responsabilité pour faute.

*Lorsque l'accident n'a causé que des dommages matériels, le législateur a voulu instituer à l'art. 61 al. 2 LCR une responsabilité qui découle en principe de la faute (FF 1955 II 54). Selon le texte clair de cette disposition, il incombe alors au lésé d'apporter 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. Il incombe alors au lésé de prouver les circonstances spéciales qui génèrent la responsabilité selon l'art. 61 al. 2 LCR (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, vol. II/2, 4e éd. 1989, p. 291 n° 677).*

*(TF 4A\_270/2011 du 09.08.2011 cons. 3.2)*

Le temps efface tout, qu'on le veuille ou non, et à la fin, il ne reste que les ténèbres. Voilà tout ce que je sais.

Stephen King, La ligne verte

## I. PRESCRIPTION DE L'ARTICLE 60 CO

### a. Règles applicables

304. Les prétentions en responsabilité extracontractuelle, qu'il s'agisse de la responsabilité délictuelle (art. 41 CO) ou des responsabilités objectives (art. 55 à 59a CO) se prescrivent conformément à l'article 60 CO, et non selon les articles 127, 128 et 128a CO. Les responsabilités objectives aggravées font l'objet de règles de prescription spéciales dans les lois spéciales qui les consacrent. Ces lois renvoient pour la plupart aux règles du Code des obligations en matière de responsabilité civile, et donc à l'article 60 CO, avec quelques exceptions :

- art. 37 de la loi sur les installations électriques : renvoi à l'article 60 CO.
- art. 39 de la loi sur les installations de transport par conduites : renvoi à l'art. 60 CO.
- art. 27 de la loi sur les explosifs : renvoi à l'article 60 CO.
- art. 15 al. 2 de la loi sur la chasse : renvoi à l'article 60 CO.
- art. 32 de la loi sur le génie génétique : délai relatif de trois ans, délai absolu de trente ans.
- art. 59 de la loi sur la protection de l'environnement ; renvoi à l'article 60 CO. En cas d'utilisation d'organismes pathogènes, délai relatif de trois ans et délai absolu de trente ans.
- art. 83 de la Loi sur la circulation routière : renvoi à l'article 60 CO.
- art. 68 de la loi sur l'aviation : renvoi à l'article 60 CO.
- art. 40f de la loi sur les chemins de fer : renvoi à l'article 60 CO.
- art. 9 et 10 de la loi sur la responsabilité du fait des produits : délai de prescription de trois ans dès la connaissance du dommage, du défaut et du producteur, délai de péremption de dix ans dès la mise sur le marché.
- art. 10 de la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire : délai de prescription de trois ans dès la connaissance du dommage et du responsable, délai de péremption de trente ans dès l'événement dommageable. Pour les dommages différés qui apparaissent après le délai de trente ans, la Confédération prend en charge le dommage à concurrence des montants assurés (art. 13 de la loi).

305. Les prétentions en responsabilité contractuelle se prescrivent au contraire conformément aux art. 127, 128 et 128a CO. Le renvoi de l'article 99 al. 3 CO aux règles de la responsabilité civile s'arrête donc à l'article 59a CO.

306. Enfin, tous les délais de prescription (mais pas les délais de péremption), y compris les délais de prescription de l'article 60 CO, peuvent être suspendus selon l'article 134 CO, interrompus selon l'article 135 CO, ou faire l'objet de renonciation à s'en prévaloir au sens de l'article 141 CO.

**b. Droit matériel ou droit de procédure**

307. La prescription est conçue en droit suisse comme une exception de droit matériel. La prétention ne s'éteint pas du fait de la prescription, mais ne peut plus être invoquée en justice. L'obligation en découlant devient une obligation civile affaiblie (privée du droit d'action). La créance en découlant peut encore être exercée dans le cadre d'une compensation (art. 120 al. 3 CO), et le paiement de cette créance n'est pas sujet à répétition (art. 63 al. 2 CO).

308. Selon l'article 148 al. 2 LDIP, le droit applicable à la créance en régit la prescription. Cela confirme la conception suisse selon laquelle la prescription relève du droit matériel.

309. Dans d'autres ordres juridiques, la prescription est considérée comme une question de procédure, qui relève du droit procédural du for, et non du droit applicable à la créance. Ainsi aux USA, la question de la prescription est souvent considérée comme une question procédurale qui doit être réglée par le droit du for, quel que soit le droit applicable à la créance.

*[Under a (. . .) well established choice-of-law principles, the law of the forum controls procedural matters, and the applicable statute of limitations is traditionally a procedural matter. In New York, Statutes of Limitation are generally considered procedural because they are viewed as pertaining to the remedy rather than the right.*

*Casita, L.P. v. Glaser, 2015 NY Slip Op. 30243(U)*

310. En arbitrage aussi, il arrive que les arbitres appliquent à la prescription le droit du siège du Tribunal arbitral, comme toute question de procédure, indépendamment du droit choisi par les parties (*NNR Global Logistics (Shanghai) Co Ltd v Aargus Global Logistics Pvt Ltd (2012 (8) AD (Delhi) 125*).

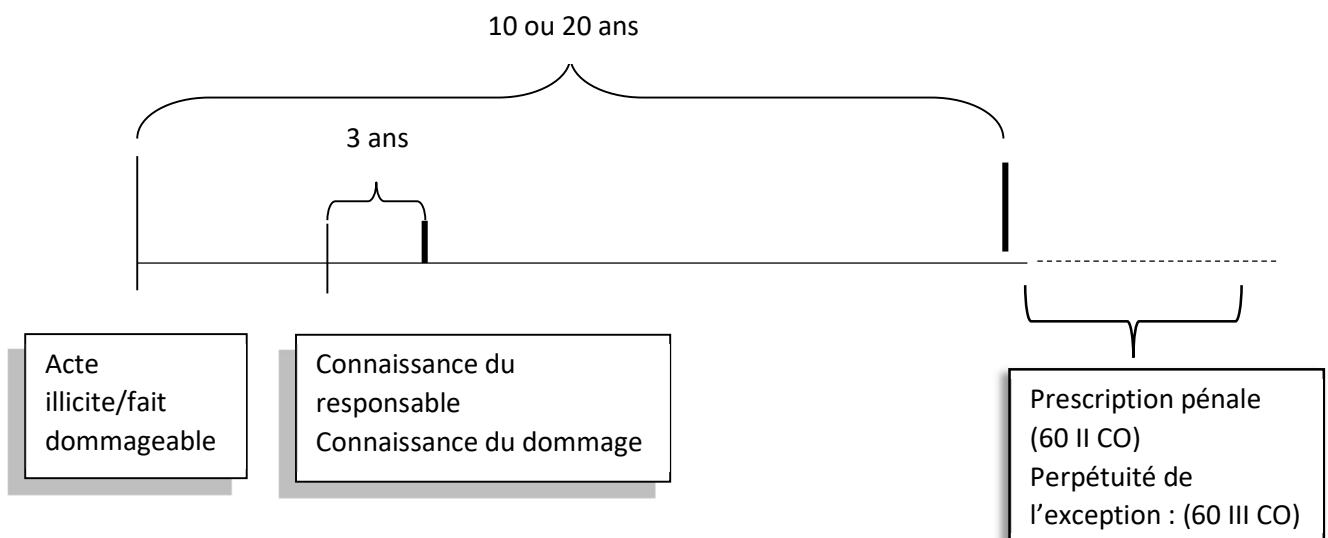
311. Même si cette approche ne correspond pas à la conception suisse du droit de la prescription, les juristes suisses doivent être conscient que le rattachement de la prescription au droit matériel n'est pas une conception universelle. Le for ou le siège du litige à l'étranger peut conduire à ce que cette question soit régie par le droit de procédure du lieu où le litige est porté. A notre avis, le choix du droit suisse comporte aussi le droit applicable à la qualification de l'exception de prescription. Dès lors que cette exception relève du droit matériel en droit suisse, c'est ne pas respecter la volonté des parties que de la soumettre au droit du for.

**c. Régime de l'article 60 CO**

312. L'article 60 CO se construit sur trois principes.

- Un délai de prescription relatif de trois ans, dont le *dies a quo* est la connaissance par le lésé du dommage et du responsable.
- Un délai de prescription absolu de dix ans (en général) ou vingt ans (en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle ou mort d'homme), dont le *dies a quo* est le fait dommageable. La prétention est prescrite au terme du délai de prescription absolu, même si le délai relatif n'a pas encore commencé à courir ou n'est pas échu.
- La substitution à ces deux délais absolu et relatif de la prescription pénale plus longue, lorsque l'acte illicite ou le fait dommageable constitue une infraction pénale.

313. L'article 60 al. 3 CO prévoit par ailleurs le cas, rare, où l'acte illicite a donné naissance à une créance contre le lésé (par exemple une vente de drogue dont le prix reste à payer). Le droit d'en refuser le paiement est en principe imprescriptible. En pratique cependant, si l'acte illicite était un dol ou une contrainte, le lésé doit invalider le contrat dans un délai d'un an dès la découverte du dol ou de la contrainte (art. 31 CO). A défaut, le contrat est ratifié et les créances en découlant sont exigibles. La ratification du contrat ne fait pas perdre au lésé sa prétention en dommages et intérêts (art. 31 al. 3 CO) et celle-ci peut encore être exercée par compensation (art. 120 al. 3 CO).



## II. DÉLAI RELATIF DE TROIS ANS

### a. Connaissance du dommage

314. Le délai annuel de l'article 60 CO commence à courir dès que le lésé a eu connaissance du dommage, ainsi que de la personne qui en est l'auteur.

315. Le lésé connaît le dommage lorsqu'il a pu déterminer le montant de la demande en justice. Le but de la règle est le chiffrage de la demande car, pour des motifs d'économie de procédure, il ne faut pas contraindre le lésé à augmenter sa demande en cours de procès.

*Si le législateur cherchait à éviter, pour la sécurité du droit, que le lésé ne tarde à agir, il n'a pu vouloir l'obliger à intenter action avant de connaître les éléments essentiels de son préjudice, ce qui le contraindrait à réclamer d'emblée le maximum de ce à quoi il pourrait avoir droit, ou à amplifier ses conclusions au fur et à mesure que les suites du fait dommageable se déclarent ; or, de tels procédés présentent de graves inconvénients sous l'angle de l'administration de la justice (ATF 74 II 30 consid. 1a p. 34 s.).*

*(TF, 4A\_689/2015 (f) du 16.06.2016)*

316. Ce chiffrage de la demande suppose que le lésé ait pu déterminer le montant réel maximal de sa demande.

*Le créancier est en mesure de motiver sa demande lorsqu'il connaît le montant réel (maximal) de son dommage. Il lui est en effet toujours loisible de réduire en tout temps ses conclusions en cours d'instance (art. 227 al. 3 CPC ; arrêt 4A\_509/2015 du 11 février 2016 consid. 3.2), s'il se révèle que sa demande était trop élevée (ATF 74 II 30 consid. 1c), en particulier s'il est parvenu à diminuer son dommage.*

*(TF, 23.11.2017 in RNR 99/2018 p. 250 ss, 254 s. Nr. 29)*

317. Le lésé n'a pas à évaluer à l'avance un dommage qui n'est que futur et éventuel.

*Il s'ensuit qu'avant que cette décision et la facture y relative du même jour ne parviennent à la demanderesse – et ne deviennent définitives (faute de contestation ou de recours) – l'existence du dommage n'était qu'un fait futur éventuel, qui ne suffit pas à fonder un droit à la réparation (cf. Roland Brehm, Berner Kommentar, 4e éd. 2013, n 70g ad art. 41 CO et les références).*

*(TF, 19.05.2014 in RNR 96/2015 p. 410 ss, 416 Nr. 60)*

318. Le critère relevant est celui de la connaissance effective du dommage par le lésé, et non celui de la date où le dommage aurait pu être établi en faisant preuve de diligence.

*Le délai de l'art. 60 al. 1 CO part du moment où le lésé a effectivement connaissance du dommage, et non de celui où il aurait pu découvrir l'importance de sa créance en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances.*

*(TF, 19.05.2014 in RNR 96/2015 p. 410 ss, 416 Nr. 60)*

319. S'il y a un doute sur le moment où le demandeur a eu la connaissance effective du montant maximal de son dommage, ce doute doit lui profiter, car la charge de la preuve de la prescription incombe au défendeur.

*Le doute quant à l'existence de faits suffisants pour motiver une demande en justice doit être interprété au préjudice du débiteur qui invoque l'exception de prescription, auquel incombe le fardeau de la preuve (art. 8 CC ; ATF 111 II 55 consid. 3a p. 57 s.).*

*(TF, 19.05.2014 in RNR 96/2015 p. 410 ss, 416 Nr. 60)*

## **b. Dommage évolutif**

320. Le dommage n'est pas connu avant de s'être manifesté complètement. Lorsque le dommage évolue, il ne peut être considéré comme connu que lorsque cette évolution est arrivée à son terme.

*Le dommage n'est réputé réalisé qu'au moment où il s'est manifesté complètement. Lorsque l'ampleur du préjudice dépend d'une situation qui évolue, le délai de prescription ne court pas avant le terme de cette évolution.*

*(TF, 4A\_689/2015 (f) du 16.06.2016)*

321. La notion de dommage évolutif a ainsi été retenue par la jurisprudence en lien avec les dommages médicaux, avec cette conséquence que le délai annuel de l'article 60 CO ne commence pas à courir avant la fin de l'évolution de la maladie ou du dommage corporel.

*Ce n'est que lorsque le dommage évolue que le délai de prescription ne court pas avant le terme de cette évolution. Tel est le cas notamment du préjudice consécutif à une atteinte à la santé, dont il n'est pas possible de prévoir d'emblée l'évolution avec suffisamment de certitude (ATF 112 II 118 consid. 4; 92 II 1 consid. 3; arrêt 4A\_689/2015 du 16 juin 2016 consid. 3.1).*

*(TF, 23.11.2017 in RNR 99/2018 p. 250 ss, 254 s. Nr. 29)*

322. Cette notion est renforcée par le principe de l'article 46 al. 2 CO, selon lequel le juge peut se réserver de revoir sa décision dans un délai de deux ans s'il n'est pas certain que le dommage corporel est arrivé au terme de son évolution à la date du jugement.
323. Il ne s'agit cependant pas d'un concept limité à la sphère des atteintes à la santé, mais d'un principe général, qui peut s'appliquer à d'autres types d'atteintes.

*La jurisprudence vise essentiellement des cas de préjudice consécutif à une atteinte à la santé de la victime, mais elle peut inclure d'autres situations où un acte illicite exerce sur le patrimoine un effet médiate dans une mesure qu'il n'est pas possible de prévoir avec assez de sécurité (ATF 108 Ib 97 consid. 1c p. 100).*

*(TF, 4A\_689/2015 (f) du 16.06.2016)*

324. En revanche, lorsque l'évolution du dommage est infinie, au point qu'il ne soit jamais possible d'en connaître l'étendue, le *dies a quo* du délai relatif de trois ans est le jour où le lésé peut raisonnablement soumettre au juge une demande d'estimation du dommage au sens de l'article 42 al. 2 CO (TF, 2C\_372 / 2018 du 25.07.2018). Le Tribunal fédéral est arrivé à cette conclusion dans un cas où une publication sur internet causait une atteinte à la réputation d'une personne. Cette atteinte était évolutive à l'infini dès lors que cette publication ne pouvait être supprimée d'internet. Cette jurisprudence nous semble juste car il n'y a pas de raison que la prétention du lésé ne soit limitée que par le délai absolu de dix ans. En revanche, elle doit être strictement limitée à ces situations de dommage infini, car l'article 42 al. 2 CO est une règle de fixation du dommage par le juge, et non une règle de fixation du *dies a quo* du délai relatif de prescription.

### **c. Facturation**

325. En cas de dommage matériel, le délai de prescription ne commence pas à courir avant la facture de réparation, sauf en cas de réparation à forfait ou de devis précis.

*Le Tribunal fédéral a jugé qu'en cas de dommage matériel, le lésé a en tout cas une connaissance suffisante du dommage au moment où il reçoit la facture relative aux frais de réparation (ATF 82 II 43 cons. 1). Cela n'exclut pas que le lésé puisse avoir une connaissance suffisante du dommage avant, s'il existe une expertise digne de confiance quant au coût de la réparation, si le réparateur s'engage à réparer à forfait ou sur la base d'un devis suffisamment précis, voire si le lésé obtient d'autres renseignements le mettant à même d'apprécier l'étendue du préjudice (Werro, La responsabilité civile, 2011, n° 1527; Müller, La responsabilité civile extra-contractuelle, 2013, n° 757). Le Tribunal fédéral précise que « [d]ans d'autres cas en revanche, seule la réception de la facture fournit au créancier les informations nécessaires, la nature et la complexité des dégâts empêchant une estimation préalable assez précise pour que le créancier puisse s'en prévaloir dans le cadre d'une action en justice » (ATF 111 II 55, cons. 3).*

*(TC Neuchâtel, Tribunal cantonal du 25.07.2016 in RJN 2016 p. 209 ss, 213)*

326. Cela vaut également en cas d'atteinte à la santé, le lésé ne pouvant apprécier son dommage qu'au moment de la réception de la dernière facture d'hôpital.

*En substance, le Tribunal a retenu que la prescription annale de l'article 60 CO était acquise au moment du dépôt de la demande en paiement. En effet, la demanderesse avait connaissance de son dommage au plus tard au moment où elle avait reçu les dernières factures relatives à son hospitalisation, soit début octobre 1993.*

*[TC Genève, Cour de justice, 25.04.1997 in RJ 1997 n° 1186 Nr. 1186)*

327. Certes, le dommage peut parfois être estimé à l'avance. Cela suppose cependant que le lésé dispose d'une expertise, d'un forfait ou d'un devis suffisamment précis pour évaluer les coûts générés par l'acte dommageable.

*Sauf circonstances exceptionnelles, le lésé a en tout cas connaissance du dommage à réception de la facture de réparation. Cela n'exclut toutefois pas qu'il puisse en avoir une connaissance suffisante déjà auparavant. Tel sera le cas s'il existe une expertise digne de confiance quant au coût de la réparation, si le réparateur s'engage à réparer à forfait ou sur la base d'un devis suffisamment précis, voire si le lésé obtient d'autres renseignements le mettant à même d'apprécier l'étendue du préjudice. Dans d'autres cas en revanche, seule la réception de la facture fournit au créancier les informations nécessaires, la nature et la complexité des dégâts empêchant une estimation préalable assez précise pour que le créancier puisse s'en prévaloir dans le cadre d'une action en justice.*

*(TF, 05.02.1985 in SJ 1985 p. 455 ss, 458 s.)*

#### **d. Unité du dommage**

328. Lorsque le dommage est constitué de plusieurs postes distincts, il n'y a pas de connaissance du dommage avant connaissance de l'ensemble de ces postes. En effet, le lésé ne doit pas être contraint d'agir pour une partie du dommage, avant de connaître d'autres éléments de ce dommage.
329. Le principe de l'unité du dommage permet au lésé d'attendre la réalisation du dernier poste du dommage avant d'agir, car, comme l'indique à juste titre le Tribunal fédéral, on ne peut contraindre le lésé à diviser son action.

*Cette conception de l'unité du dommage procède du but de l'institution de la prescription. Si la sécurité juridique interdit que l'on invoque tardivement des prétentions dont l'existence ou l'étendue ne peuvent plus être constatées avec certitude, la preuve étant rendue difficile par l'écoulement du temps (ATF 89 II 437 (Sem. jud. 1964 p. 545.)), cette considération essentielle n'est pas mise, s'agissant de courts délais surtout, lorsque les éléments du préjudice ne sont pas encore tous réalisés. On ne saurait obliger le lésé à diviser son action et à procéder selon la loi au fur et à mesure que se produit chaque effet partiel et distinct : cette complication sérieuse ne sert pas la sécurité juridique que l'institution veut promouvoir.*

*(TF, 15.02.1966 in SJ 1966 p. 449 ss, 453)*

#### **e. Connaissance du responsable**

330. La connaissance de la personne tenue à réparation est la seconde condition du *dies a quo* du délai relatif de trois ans. Il s'agit de conditions cumulatives, en ce sens que la connaissance du dommage ne fait pas partir ce délai relatif si la personne tenue à réparation n'est pas connue.

331. La connaissance de la personne tenue à réparation suppose la connaissance du fait que cette personne est celle qui a causé le dommage, et qui en répond. Il ne suffit pas que le lésé ait des doutes sur la responsabilité d'une personne en particulier. Un soupçon, des doutes raisonnables de la victime ne constituent pas une connaissance suffisante de la personne de l'auteur au sens de l'article 60 al. 1 CO.

*Quant à la connaissance de la personne auteur du dommage au sens de l'art. 60 al. 1 CO, il s'agit plus précisément de la personne contre laquelle l'action en responsabilité pourrait être engagée. Cette connaissance n'est pas acquise dès l'instant où le lésé présume que la personne en cause pourrait devoir réparer le dommage, mais seulement lorsqu'il connaît les éléments propres à fonder et à motiver une demande en justice contre elle (cf. ATF 96 II 39 c. 2a p. 41 ; 111 II 55 c. 3a p. 57 ; 112 II 118 c. 4 p. 122 s. ; 114 II 253 c. 2a p. 255 s.).*

*(ATF 131 III 61)*

332. Le délai relatif de l'article 60 al. 1 CO ne commence pas à courir dès que le lésé aurait pu découvrir la personne tenue à réparation en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Il faut encore que le lésé ait une connaissance certaine de la causalité entre les actes de cette personne et le dommage. Si cette causalité ne peut être établie que par expertise, le délai relatif de l'article 60 al. 1 CO ne commence pas à courir avant que le lésé ait obtenu cette expertise.

*Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y a pas encore « connaissance » au moment où le lésé aurait pu découvrir la personne de l'auteur en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances ; il a ajouté que dans des situations exceptionnelles, lorsque le rapport de causalité naturelle ne peut être établi qu'au moyen d'une expertise, le lésé n'a une connaissance certaine de la personne responsable qu'à réception de cette expertise (cf. ATF 131 III 61 c. 3.1 p. 68 s.).*

*(TF, 10 mars 2015, 4A\_421/2014, in : SJ 2015 I p. 371 – Voir également ATF 131 III 61 ; ATF 111 II 55 c. 3a ; ATF 109 II 433 c. 2)*



### III. DÉLAI ABSOLU DE DIX OU VINGT ANS

#### a. Dies a quo

333. Une prétention en dommages et intérêts basée sur l'article 41 CO se prescrit dans tous les cas par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (art. 60 al. 1 CO), et par vingt ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle ou à la vie (art. 60 al 1 bis CO). Le fait dommageable ne doit pas être confondu avec le dommage. Il se définit comme l'acte ou l'omission qui fonde la responsabilité de celui qui est tenu à réparation. Le dommage peut survenir à un stade ultérieur, parfois plusieurs années après le fait dommageable, dans le cas des dommages différés qui concernent des produits dangereux dont les effets toxiques ne se révèlent qu'après de longues années.
334. La réforme de 2020 a consacré la jurisprudence, en intégrant dans le texte de l'article 60 CO le principe selon lequel lorsque l'acte illicite se déploie dans le temps, ou se répète régulièrement, ce n'est qu'au jour de la cessation de cet acte illicite que le délai absolu commence à courir : « à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé » (ATF 127 III 257 ; ATF 92 II 1, 81 II 439 = JT 1956 I 61; ATF 107 II 134 = JT 1982 I 464).
335. Il résulte également du principe de l'unité du dommage que lorsque des actes illicites répétés de même nature causent des dommages à une même personne, il faut considérer le dommage comme un tout, et non comme la somme de préjudices distincts (ATF 92 II 1, cons. 4 ; TF 6 janvier 2011, 4A\_454/2010, cons. 3.1 ; TF, 23 décembre 2008, 4A\_489/2008, cons. 2).
336. L'existence de ce délai absolu de prescription conduit à des situations où la prétention peut être prescrite avant même que le lésé ait eu connaissance du dommage ou du responsable.

*Selon une jurisprudence constante, le point de départ du délai décennal de l'art. 60 al. 1 CO est indépendant de la survenance du dommage et de la connaissance qu'en a le lésé. Par « fait dommageable », il faut comprendre le comportement illicite - action ou omission - qui fonde la prétention en dommages-intérêts. Pour le délai absolu, est donc seul déterminant le moment où s'exerce le comportement qui est la cause du dommage (ATF 136 II 187 consid. 7.4.4 p. 198 s. ; 127 III 257 consid. 2b/aa p. 260 ; 106 II 134 consid. 2c p. 138). Cette solution est dictée par la lettre et le but de la loi : répondant aux impératifs de sécurité et de paix juridiques, elle tient compte des difficultés à réunir les preuves avec l'écoulement du temps et de la nécessité de protéger le débiteur de prétentions remontant à des temps reculés. Il peut ainsi arriver que la prescription absolue soit acquise avant même que le lésé n'ait connaissance du dommage (ATF 136 II 187 consid. 7.5).*

*(TF, 20 décembre 2017, 4A\_148/2017, cons. 4.2.1.)*

337. Cette situation a été considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme incompatible avec le droit d'accès à un tribunal, consacré par l'article 6 CEDH (Howald Moor et autres c. Suisse du 11 mars 2014, Requêtes nos 52067/10 et 41072/11).

En effet, dans les situations où le dommage ne se révèle que tardivement après l'acte dommageable, ou dans celles où la responsabilité de l'auteur n'apparaît qu'après une longue période, le risque existe que la prétention du lésé ne soit prescrite avant que celui-ci n'ait pu avoir accès à un tribunal.

338. La réforme de 2020 n'est qu'une réponse partielle à cette préoccupation de la Cour européenne des droits de l'homme : certes, l'augmentation du délai absolu à vingt ans en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle ou de décès du lésé (art. 60 al. 1bis CO) limite les cas où le lésé et ses proches seront privés de leur droit de saisir un Tribunal en raison de l'échéance du délai absolu. Il arrive cependant qu'un dommage médical ne survienne qu'après une latence de plus de vingt ans, comme il peut arriver que la connaissance de de l'auteur d'un acte dommageable, ou de la causalité entre cet acte dommageable et le dommage, n'apparaisse qu'après le délai de vingt ans (atteinte à l'intégrité corporelle ou à la vie) ou de dix ans (autres atteintes).

**b. Droit d'accès à la justice**

339. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le principe du droit d'accès à la justice consacré à l'article 6 § 1 CEDH est violé lorsque des délais de prescription empêchent des victimes de lésions corporelles d'agir alors qu'elles ignoraient qu'elles souffraient d'une maladie pendant toute la durée du délai de prescription. Il s'agissait d'un cas d'exposition à l'amiante qui avait provoqué un cancer découvert après l'expiration du délai absolu de dix ans (délai absolu unique avant la réforme de 2020).

*Prenant en compte la législation existant en Suisse pour des situations analogues et sans vouloir préjuger d'autres solutions envisageables, la Cour estime que, lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription.*

*(Arrêt Howald Moor et autres c. Suisse du 11 mars 2014, Requêtes nos 52067/10 et 41072/11. N8)*

340. La Cour s'était déjà prononcée dans une situation où le lésé avait été blessé lors d'un conflit militaire. Les médecins n'avaient découvert la balle de pistolet logée dans sa tête que huit ans plus tard. Les tribunaux internes avaient jugé que l'action en dommages-intérêts était prescrite au regard d'une règle de prescription absolue de cinq ans. La Cour a conclu à la violation du droit d'accès à un tribunal, estimant que, dans les affaires d'indemnisation des victimes d'atteinte à l'intégrité physique, celles-ci devaient avoir le droit d'agir en justice lorsqu'elles étaient effectivement en mesure d'évaluer le dommage subi.

*In the instant case the Court holds that it cannot be considered reasonable to expect the applicant to have lodged his compensation claim within five years, since it is undisputed that he was unaware of the bullet in his head on 25 September 1995.*

*(Arrêt Eşim c. Turquie, du 17 septembre 2013, requêtes nos 59601/09, N. 25)*

341. Le principe selon lequel le droit d'accès à la justice est atteint lorsque la prétention est prescrite avant que le lésé ait eu connaissance des circonstances propres à fonder sa prétention ressort également de l'Arrêt *Sefer Yilmaz et Meryem Yilmaz c. Turquie*. Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est postérieur à l'Arrêt *Moor*. Il concerne un cas où les parents de la victime ignoraient les circonstances du décès de leur fils à l'armée.

*À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, dans les cas où une action en indemnisation est basée sur une faute ou une négligence alléguée, c'est à partir de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du fait constitutif de cette faute ou de cette négligence qu'il a une raison d'agir (Miragall Escolano et autres, précité, § 37, et Cañete de Goñi c. Espagne, no 55782/00, § 40, CEDH 2002-VIII).*

*(...) Aussi, en rejetant le recours comme tardif dans ces circonstances, au motif que la réclamation administrative n'avait pas été introduite dans un délai qui courait à partir de la date de l'incident et non de celle de la prise de connaissance d'une éventuelle négligence fautive de l'administration, la Haute Cour administrative militaire a privé les requérants de leur droit d'accès à un tribunal.*

*(Arrêt *Sefer Yilmaz et Meryem Yilmaz c. Turquie* du 17 novembre 2015, Requête no 611/12, N 64 et 73)*

342. L'Arrêt *Moor* n'est donc pas un arrêt isolé qui serait limité au seul cas de l'exposition à un produit toxique dont les effets ne se révèlent que plusieurs années plus tard (dommage différé). Il se dégage de la jurisprudence de la Cour un principe plus général selon lequel les prétentions découlant d'une atteinte à l'intégrité corporelle ne devraient pas être prescrites avant que les victimes ou leurs représentants n'aient eu connaissance des éléments propres à fonder leur action.
343. Cela dit, cette vision du droit d'accès à la justice pose le vertigineux problème de l'infini. Qu'en est-il par exemple des crimes du passé, dont des historiens découvrirait l'auteur. Les héritiers lointains de la victime verraient-ils renaître leurs droits contre les héritiers lointains du coupable révélé, au nom de l'article 6 CEDH ? Et si la question est celle de l'accès à la justice, pourquoi limiter cette problématique aux atteintes à l'intégrité corporelle et à la vie de la victime ?
344. Une réflexion similaire a eu lieu en Suisse au sujet des fonds juifs en déshérence. Une commission d'experts présidée par le Prof. Thévenoz proposa un projet de loi fédérale sur les avoirs non réclamés, prévoyant en son article 13 de soustraire les prétentions des ayants droit des règles ordinaires en matière de prescription, au profit d'un délai de péremption de trente ans depuis la perte de contact avec le titulaire du compte. Finalement la loi fédérale sur les banques prévoit en son article 37 I qu'après un délai de 50 ans et après publication, les banques doivent liquider au profit de la Confédération les comptes non réclamés. La liquidation du compte conduit à la péremption des prétentions des ayant droits. Après un demi-siècle, le temps s'enfonce dans les ténèbres.

### **c. Effet de la jurisprudence de la CEDH sur le droit suisse**

345. La réforme de 2020 ne répond que très partiellement aux principes jurisprudentiels de la CEDH, et il peut encore survenir des situations où le lésé ne prend conscience du dommage ou du responsable qu'après l'expiration du délai absolu. La question est alors de savoir si la jurisprudence Moor garde son actualité en droit suisse.
346. En principe, la primauté du droit international sur le droit interne implique que les autorités fédérales et cantonales sont tenues au respect du droit international (art. 5 al. 4 de la Constitution fédérale ; ATF 139 I 16, cons. 5.1 ; ATF 136 II 241, cons. 16.1 ; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse – Vol. I : L'État, 3e éd. 2013 N 1345 ss ; Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, art. 5 Cst, N 17 ss ; Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3e éd., 2011 § 9 N 10 ss).
347. Reste à voir si la réforme du droit de la prescription de 2020 clôt le débat, et si cette expression récente de la volonté du législateur suisse sera interprétée par nos tribunaux comme une injonction discutable à ne pas tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

## **IV. DÉLAI PÉNAL**

### **a. Substitution du délai pénal aux délais relatif et absolu de l'article 60 CO**

348. Selon l'article 60 al. 2 CO, les prétentions en dommages et intérêts basées sur l'article 41 CO et découlant d'actes punissables selon le droit pénal ne se prescrivent pas avant la prescription pénale.
349. Cette prolongation de la prescription couvre les deux délais (délais relatif et délai absolu) de l'article 60 al. 1 ou al. 1bis CO (ATF 137 III 481, cons. 2.5 ; ATF 131 III 430, cons. 1.2 ; ATF 127 III 538, cons. 4c ; ATF 107 II 151, cons. 4a ; ATF 106 II 213, cons. 2).
350. L'application de l'art. 60 al. 2 CO n'implique pas qu'une procédure pénale ait été initiée (ATF 122 III 225, cons. 4). En l'absence de procédure pénale en cours, le juge civil peut appliquer l'art. 60 al. 2 CO et déterminer lui-même s'il y a acte punissable en suivant les règles du droit pénal (TF, 19 mars 2002. 4P.9/2002, con. 2 ; Krauskopf, Jeanneret, La prescription civile et pénale, Responsabilité civile - Responsabilité pénale, Journée de la responsabilité civile 2014, p. 137, 162).
351. L'application du délai pénal à la prescription d'une prétention en responsabilité découlant d'un acte illicite implique que le comportement à l'origine du dommage réalise les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de cette disposition (ATF 136 III 502, cons. 6.1 ; ATF 100 II 332, cons. 2b ; TF 25 mars 2010, 4A\_459/2009, cons. 3.2 et 3.5).

## **b. Interruption de la prescription par constitution de partie plaignante**

352. La constitution de partie plaignante dans une procédure pénale interrompt la prescription de la prétention civile en dommages et intérêts (art. 135 CO). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, ce n'était que lorsque le lésé avait défini, devant l'autorité pénale compétente, l'indemnité à laquelle il prétendait ou avait conclu à la constatation du fondement juridique de cette indemnité que la prescription était formellement interrompue (ATF 101 II 77/JdT 1976 I 166 ; ATF 100 II 339/JdT 1975 I 278). Certains auteurs reprennent cette ancienne jurisprudence et en déduisent que la prescription n'est pas interrompue tant que le lésé n'a pas chiffré ses prétentions (Lieber, Kommentar zur Schweizerischen StPO, éd. Donatsch/Hansjakob/Lieber, 2014, art. 122 n. 9).
353. A notre avis, la constitution de partie plaignante au sens de l'article 118 al. 1 CPP vaut déjà interruption de prescription, avant la date du chiffrage. Le Code de procédure pénale permet en effet à la partie plaignante de ne procéder au chiffrage qu'à un stade ultérieur (art. 123 al. 2 CPC). Les prétentions chiffrées ont uniquement pour effet de limiter l'effet interruptif de prescription au montant demandé, sans être une condition de cet effet (Dans ce sens Jeandin/Matz, Commentaire romand - CPP, 2011, art. 122 n. 34 ; Piquerez/Macaluso, Manuel - CPP, 3e éd., 2011, n. 1633 ; Macaluso, Le procès en responsabilité civile, Colloque du droit de la responsabilité civile 2011 sous la direction de Werro/Pichonnaz, 2011, p. 184 et 185, ch. 2 ; TC Fribourg du 27.10.2016 in RFJ 2017 p. 73 ss, 75 Nr. 5 ; Krauskopf Frédéric/Jeanneret Yvan, La prescription civile et pénale, Responsabilité civile - Responsabilité pénale, Journée de la responsabilité civile 2014, p. 168). Le Tribunal fédéral a également retenu que la déclaration d'adhésion à la procédure pénale créait la litispendance et interrompait la prescription (TF 6B\_321/2014 du 7 juillet 2014 consid. 1.3).
354. Cette solution s'impose logiquement, car la solution contraire contraindrait *de facto* le lésé ayant déposé une plainte pénale à chiffrer immédiatement sa prétention pour interrompre la prescription civile, de peur que la procédure pénale ne soit classée ou clôturée de façon fortuite (par exemple en cas de décès de l'accusé) avant qu'il n'ait pu procéder au chiffrage.
355. Si la procédure pénale se termine par un jugement, il est possible que le juge pénal prononce la condamnation civile (art. 126 al. 1 CPP). Dans les cas prévus par l'article 126 al. 2 et 3 CPP, le juge pénal renvoie le lésé à une procédure civile. Le lésé a alors un délai de trois ans depuis la date du jugement pénal pour introduire une action civile (art. 60 al. 2 CO).
356. Le délai de l'article 60 al. 2 CO n'a pas été coordonné avec celui de l'article 25 al. 3 LAVI, qui prévoit toujours que le lésé a un délai d'une année dès le jugement pénal pour déposer une demande d'indemnisation sous l'angle de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions.

### c. Délai pénal dans les cas de responsabilité objective

357. La question de l'applicabilité du délai pénal à une responsabilité fondée sur l'article 55 CO est contestée. En effet, l'acte illicite susceptible d'être qualifié pénalement est commis par l'employé, et non par l'employeur. Il n'y a donc pas de raison d'imposer à l'employeur un délai de prescription civile plus long, en raison d'une infraction pénale qu'il n'a pas commise.
358. La jurisprudence du Tribunal fédéral est contradictoire sur ce point mais les derniers arrêts écartent l'application de l'article 60 al. 2 CO dans le cas de la responsabilité objective de l'employeur (favorable à l'exclusion : ATF 133 III 6 ; favorable à l'application : ATF 125 III 339). Cela paraît logique dès lors qu'une éventuelle plainte pénale peut être déposée contre l'employé mais pas contre l'employeur. Il n'y a donc pas de motif de coordonner l'action et l'action pénale.
359. Lorsque l'employeur est une entreprise tenue pour pénalement responsable du fait de ses employés (voir l'article 102 CP), il est en revanche légitime que le lésé bénéficie de la prescription pénale de l'infraction imputée à l'entreprise.
360. Dans les autres cas de responsabilité objective, l'application de l'article 60 al. 2 CO ne peut se concevoir que lorsque les faits reprochés au responsable (absence de preuve libératoire) correspondent à un état de fait susceptible d'être qualifié pénalement.

### V. DROIT TRANSITOIRE

361. Le nouveau droit de la prescription est entré en vigueur le 1er janvier 2020. Le droit transitoire est prévu par l'article 49 du Titre final du CC. La formulation en a été modifiée, mais le législateur a confirmé le principe de non rétroactivité de la *nova* :
- Si la prétention était prescrite avant le 1er janvier 2020, l'entrée en vigueur des nouvelles règles ne fait pas renaître le droit d'agir en justice.
  - Si la prétention n'était pas prescrite avant le 1er janvier 2020, la prescription de la prétention se détermine selon les nouvelles règles, sans modification du *dies a quo*.

Parce que, n'est-ce pas ? S'il doit y avoir quelque catastrophe, il faudrait être prévenu, afin de pouvoir se retourner...

Zola, L'argent, Titre IX

## I. SOLIDARITÉ IMPARFAITE

### a. Pluralité de causes, unité du dommage

362. Le rapport de causalité ne suppose pas une cause exclusive : il peut être admis même en cas de pluralité de causes (voir le chapitre sur la causalité). Il arrive donc fréquemment qu'un même dommage soit causé par un enchaînement de circonstances susceptible de générer des responsabilités multiples. Il arrive également qu'un même acte entraîne plusieurs responsabilités distinctes (par exemple l'acte illicite de l'employé qui engage la responsabilité objective de l'employeur).

363. Dans tous ces cas, le lésé n'a qu'une prétention en dommages et intérêts, limitée à la réparation de son dommage. Potentiellement plusieurs personnes peuvent être tenues de le réparer, en raison de chefs de responsabilité distincts. Ces situations sont donc très proches des cas de solidarité (art. 143ss CO) en ce sens qu'il y a un créancier (le lésé) et plusieurs débiteurs (les différents responsables) pour la même créance (la créance en dommages et intérêts). En revanche, il y a une différence essentielle entre la solidarité au sens des articles 143 ss CO et ces situations de pluralité de responsables : alors que les débiteurs solidaires assument une obligation découlant d'une cause commune, les responsables assument chacun une responsabilité basée sur une cause distincte. C'est la raison pour laquelle la doctrine et la jurisprudence distinguent la *solidarité parfaite* (au sens des art. 143 ss CO, pluralité de débiteurs pour une cause unique), et la *solidarité imparfaite* (pluralité de responsables pour des causes différentes).

364. La solidarité imparfaite est régie par l'article 51 CO qui traite, comme dans les cas de solidarité parfaite, des rapports externes du lésé avec les responsables (art. 51 al. 1 CO) et des rapports internes entre responsables (art. 51 al. 2 CO).

### b. Rapports externes

365. A l'instar du régime de la solidarité parfaite (art. 144 CO), l'article 51 al. 1 CO autorise le lésé à demander la réparation du dommage au responsable de son choix. Le lésé n'a donc pas à répartir le montant du dommage entre les différents responsables et peut choisir d'agir ou de demander réparation de la totalité du dommage au responsable de son choix.

366. Alors qu'en cas de solidarité parfaite, il n'y a qu'une créance soumise à un régime unique, le régime des rapports externes dans la solidarité imparfaite se caractérise

cependant par une appréciation différenciée du montant de la dette de chacun des responsables (en termes de causalité et d'appréciation des fautes), et par un régime de prescription distinct.

367. Il peut ainsi arriver que le lésé subisse un dommage global qui n'est pas intégralement et de façon identique supporté par les responsables, car ceux-ci ont causé des postes distincts du dommage. Dans ces situations, chaque responsable ne reste tenu que de la partie du dommage qu'il a causé, ou contribué à causer. La solidarité parfaite est limitée à la partie du dommage qui été causée en concours par les différents responsables.

*Lorsque plusieurs actes, sans lien entre eux, sont la cause d'un dommage, leurs auteurs ne sont tenus de répondre que de la part du dommage qu'ils ont, chacun, causée. En effet, comme l'imputabilité ne va pas au-delà de la causalité, chaque responsable ne répond que pour la part du dommage qui lui est imputable. En doctrine, il est question de "simple responsabilité partielle en raison de causalités additionnelles" (Blosse *Teilhaftung bei additiver Kausalität*; STEPHAN WEBER, *Kausalität und Solidarität - Schadenszurechnung bei einer Mehrheit von tatsächlichen oder potenziellen Schädigern*, *Have* 2/2010 p. 115 ss, p. 118/119; EOFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, § 3 ch. 81, p. 136). Il n'y a de responsabilité solidaire au sens de l'art. 51 CO qu'à concurrence du montant pour lequel l'auteur doit répondre du dommage qu'il a causé.*

*(TF, 4A\_431/2015, 19.04.2016, cons. 5.1.1)*

368. De la même façon chaque responsable peut faire valoir indépendamment des autres les facteurs de réduction de l'indemnité dont il bénéficie, par exemple la légèreté de sa faute ou des circonstances qui lui sont propres (art. 43 al. 1 CO). En cas de solidarité imparfaite, le juge doit donc commencer par établir la responsabilité de chaque responsable, et le montant de l'indemnité dont il répond. La solidarité imparfaite est limitée au plus petit dénominateur commun liant les responsables, c'est à dire à la part de l'indemnité que les différents responsables doivent supporter en concours.
369. Enfin, l'action du lésé contre l'un des responsables n'interrompt pas la prescription contre les autres responsables. L'article 136 CO est inapplicable aux cas de solidarité parfaite. Le lésé peut cependant interrompre la prescription contre tous les responsables en agissant contre eux conjointement, la solidarité imparfaite étant un cas de consorité passive simple (art. 71 CPC ; Jeandin, *Commentaire romand du CPC* 2<sup>ème</sup> éd. Art. 70 N 6). La prescription de chacune des prétentions doit être déterminée de façon autonome, en fonction des règles applicables au type de responsabilité en cause, ce qui fait que l'action peut être prescrite à l'égard de certains responsables et pas à l'égard des autres.

### **c. Rapports internes**

370. Les rapports internes entre les responsables sont déterminés par le juge, guidé par la hiérarchie des causes prévue à l'article 51 al. 2 CO. Selon cette disposition, les responsables objectifs peuvent recourir pour la totalité du dommage contre les responsables contractuels et les auteurs d'actes illicites, et les responsables objectifs



contre les auteurs d'actes illicites. Ce système de recours ascendant sur une échelle des causes conduit en principe à ce que le ou les responsables des actes illicites soit tenus dans les rapports internes de la réparation du dommage dans sa totalité.

371. L'ordre des recours prévu à l'art. 51 al. 2 CO n'est cependant pas impératif, et le juge peut s'en écarter en tenant compte de la gravité des fautes (faute présumée des responsables contractuels, incapacité d'apporter la preuve libératoire des responsables objectifs).

*Pour ce qui est du concours entre responsabilités de natures différentes, elle instaure elle-même, à l'art. 51 al. 2 CO, une hiérarchie entre trois groupes de responsables, qui privilégie le responsable contractuel par rapport au responsable aquilien, mais dont il est possible de s'écarter suivant les circonstances (cf. ATF 116 II 645 c. 3b).*

*(TF in SJ 2007 I p. 281 cons. 5.3.2 p. 296)*

372. En revanche, le lésé ne peut s'immiscer dans cet ordre des recours, par exemple en cédant sa prétention contre l'un des responsables à un autre qui le désintéresse (ATF 115 II 24 c. 2b).

373. Cet ordre des recours n'est d'aucune utilité lorsque dans la chaîne de causalité se trouvent des responsables qui n'ont pas agi ensemble, mais qui sont cependant responsables en vertu d'une cause de même nature (par exemple deux auteurs d'actes illicites distincts, ou deux responsables objectifs causals dans la chaîne de causalité). Dans ces cas, le juge applique par analogie l'article 50 al. 2 CO, qui lui donne le pouvoir de répartir le dommage entre ces responsables en fonction de leurs fautes respectives et des circonstances.

*Les responsabilités de la recourante et de l'intimée envers le demandeur seraient alors engagées en vertu de la même cause, soit un acte illicite, mais la faute des parties ne serait pas commune. En pareil cas, il n'y a pas solidarité au sens de l'art. 50 al. 1 CO, mais une solidarité imparfaite (art. 51 CO). S'agissant des rapports internes, l'art. 51 al. 1 CO renvoie à l'art. 50 al. 2 CO ; il appartient donc au juge d'apprécier si les responsables ont un droit de recours les uns contre les autres et, le cas échéant, de déterminer l'étendue du recours (ATF 80 II 247 consid. 5 p. 253 ; CHRISTOPH K. GRABER, in Basler Kommentar, 6e éd. 2015, n° 25 ad art. 51 CO ; FRANZ WERRO, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n° 17 ad art. 51 CO).*

*(TF 4A\_164/2016 du 18.10.2016 cons. 2.2)*

374. Le droit de recours d'un responsable contre un autre responsable se prescrit par trois ans dès le paiement effectué (art. 139 CO). Bien que la disposition ne le mentionne pas, la doctrine admet que cette règle vaut tant pour les cas de solidarité imparfaite que pour les cas de solidarité parfaite. L'article 139 CO est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, et pour tous les chefs de responsabilité antérieurs à cette date, la prescription doit être régie selon la règle transitoire de l'article 49 TFin. CC. L'ancien droit n'était pas codifié sur cette question, mais la jurisprudence avait fixé à un an le délai de prescription de l'action récursoire (ATF 133 III 6).

375. Le droit de recours interne existe même contre les responsables dont la dette à l'égard du lésé était prescrite.

*Par conséquent, la prescription des droits du lésé à l'égard de l'un des responsables du préjudice ne doit pas pouvoir empêcher le coresponsable qui a dédommagé le lésé de faire valoir sa créance récursoire contre ce responsable-là.*

*(ATF 133 III 6 cons. 5.3.3)*

376. Le responsable attrait en justice par le lésé a dans ce cas une incombance d'avis à l'égard de ces autres responsables, sous peine de perdre son droit de recours. Cet avis doit être donné le plus tôt possible, soit dès que ce responsable est informé de l'action judiciaire ou de la poursuite intentée contre lui par le lésé.

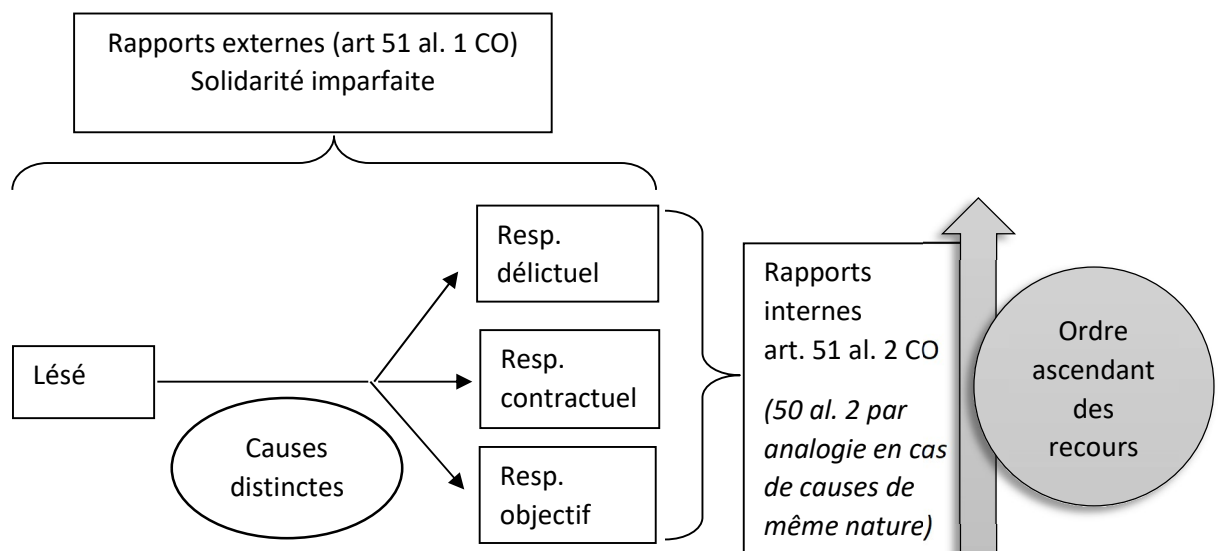
*Pour parer à ces inconvénients, la jurisprudence, partant de la prémisse selon laquelle le créancier récursoire qui entend s'en prendre à un coresponsable déjà libéré à l'égard du lésé par la prescription doit lui donner un avis dès qu'on peut l'exiger de lui en appliquant les règles de la bonne foi, fait appel au correctif de l'art. 2 al. 2 CC et refuse au titulaire de la créance récursoire non prescrite l'exercice de son droit s'il a omis de procéder en temps utile à un tel avis (ATF 127 III 257 consid. 6c).*

*(ATF 133 III 6, consid. 5.3.5).*

377. Si le paiement du lésé par un des responsables intervient dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée, le moment du paiement selon l'article 139 CO correspond à notre avis à la date du procès-verbal de saisie, qui est la date de dessaisissement du débiteur. En cas de faillite, ce moment doit correspondre à notre avis à la date du jugement définitif de faillite, l'action récursoire pouvant dès ce moment être exercée par la masse.

378. En pratique, le responsable attrait par le lésé peut dénoncer l'instance aux autres responsables (art. 78 CPC) et les appeler en cause (art. 81 CPC), ce qui crée un for unique pour tous les responsables (art. 16 CPC).

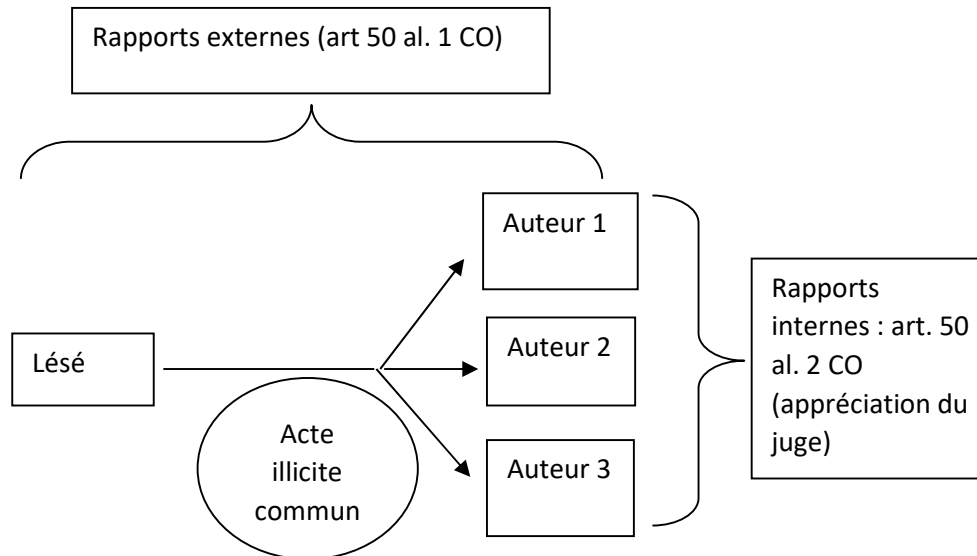
#### d. Récapitulation graphique



## II. SOLIDARITÉ PARFAITE

### a. Faute commune

379. L'article 51 CO est inapplicable lorsque plusieurs responsables commettent de concert un acte illicite (par exemple en cas de brigandage en bande). Dans ce cas, leur collaboration implique que la faute est commune, et qu'ils répondent en vertu de la même cause à l'égard du lésé. La situation est régie par l'article 50 CO et se présente de la façon suivante :



380. La pluralité de débiteurs pour une cause unique conduit à un cas de solidarité parfaite, avec pour principale conséquence que chacun des auteurs répond de la totalité du dommage, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon le degré de faute, le rôle joué dans la commission de l'acte illicite (auteur, instigateur, complice), ou le dommage spécifique causé par chacun des actes distincts ayant contribué à l'acte illicite (art. 50 al. 1 CO).

381. S'agissant d'un cas de solidarité parfaite, l'art. 50 al. 1 CO confirme le principe de l'art. 144 al. 1 CO, à savoir que le chaque auteur est responsable à l'égard du lésé pour la totalité du dommage.

382. L'art. 136 CO est applicable, et l'action du lésé contre un responsable interrompt la prescription contre les autres. Il s'agit en pratique d'un cas de consorité passive simple (art. 71 CPC ; Jeandin, Commentaire romand du CPC art. 70 N 6) et le lésé peut agir contre tous les responsables connus, ou choisir de n'agir que contre l'un ou certains d'entre eux. L'action interrompt la prescription contre tous les responsables, y compris ceux contre lesquels l'action du lésé n'est pas dirigée, ou ceux qui ne sont retrouvés qu'ultérieurement. Un nouveau délai de prescription de dix ans commence à courir pour tous les responsables dès le jugement (art. 137 al. 2 CO). La poursuite ultérieure du lésé contre un des responsables, dans le cadre de l'exécution forcée du jugement, interrompt cette prescription de dix ans à l'égard des autres (art. 136 CO).

383. Si la poursuite du lésé contre l'un des responsables se termine par un acte de défaut de bien, la prolongation de la prescription prévue à l'article 149a LP ne vaut que pour le débiteur concerné, et n'affecte pas la prescription des autres créances. Il ne s'agit en effet pas d'une interruption de prescription au sens de l'article 136 CO. En revanche, cette prolongation de la prescription peut potentiellement donner lieu à de nouvelles poursuites, dont l'issue pourrait faire renaître le droit de recours du débiteur contre les autres responsables. A regard de la jurisprudence rendue en matière de solidarité imparfaite, le droit de recours subsiste malgré le fait que la dette des autres responsables à l'égard du lésé était prescrite.

#### **b. Rapports internes**

384. Bien que la faute commune implique un cas de solidarité parfaite, les articles 148 ss CO sont inapplicables. Les auteurs de l'acte illicite ont rarement convenu d'une part interne au sens de l'art. 148 al. 2 CO, et la présomption de parts égales prévue à l'article 148 al. 1 CO ne serait pas appropriée dans une situation où les auteurs de l'acte illicite ont joué des rôles différents dans sa commission.

385. La répartition du dommage en interne doit donc être décidée par le juge, en tenant compte de toutes les circonstances (art. 50 al. 2 CO). La décision du juge sur cette répartition interne ne concerne cependant pas le lésé, qui ne peut être privé du principe de la pleine et entière responsabilité de chaque responsable solidaire à son égard. Les éventuels recours décidé par le juge doivent être exercé dans le délai de trois ans dès paiement au lésé, selon l'article 139 CO. Si ce paiement intervient dans le cadre d'une exécution forcée, le moment du paiement selon l'article 139 CO correspond à notre avis à la date du procès-verbal de saisie. En cas de faillite, ce moment doit correspondre à notre avis à la date du jugement définitif de faillite, l'action récursoire pouvant dès ce moment être exercée par la masse.

386. L'action récursoire reste possible dans le délai de trois ans de l'article 139 CO même contre ceux dont la responsabilité à l'égard du lésé est prescrite. Le devoir d'avis prévu par la jurisprudence (ATF 133 III 6, consid. 5.3.5) conditionne cependant le maintien de cette prétention récursoire.

#### **c. Statut de receleur**

387. Le receleur n'est solidairement responsable avec le ou les voleurs que s'il a perçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa participation (art. 50 al. 3 CO). La responsabilité solidaire du receleur est donc limitée au montant du gain de l'infraction dont il a bénéficié, ou au montant du dommage qu'il a causé par sa participation.

- Pour la part du gain perçu, on peut se demander si une action en enrichissement illégitime ne serait pas plus appropriée. L'avantage de la responsabilité prévue à l'article 50 al. 3 CO est qu'il s'agit d'une responsabilité solidaire avec les auteurs de l'acte, qui laisse au lésé le choix du défendeur. Cette solution évite également des difficultés éventuelles relatives à la condition du lien de connexité, nécessaire à une prétention en enrichissement illégitime.

- Pour le dommage causé par la participation du receleur, le lésé doit prouver le lien de causalité naturelle et adéquate entre l'activité du receleur, et le dommage, ou une partie du dommage, qu'il a subi. Si par exemple des biens volés ont disparu, la valeur de ces biens fait partie du dommage dont répondent les auteurs du vol. Le receleur en répond solidairement avec eux dans la mesure où il est établi que son activité a causé la disparition de ces biens.

388. L'article 50 al. 3 CO, qui pose le principe d'une responsabilité solidaire limitée du receleur, se justifie par le fait que le receleur intervient chronologiquement après la commission de l'acte illicite. A notre avis cependant, lorsque le receleur a participé à toute l'opération et lorsque son activité faisait partie d'un plan concerté, il doit être considéré comme un instigateur (en ce sens qu'il a encouragé l'acte illicite par le débouché qu'il lui offrait) ou un complice (en ce sens qu'il a favorisé la dernière étape du plan), et répondre de la totalité du dommage au même titre que les autres auteurs.

389. Le blanchisseur d'argent (art. 305 cis CP) doit être considéré comme un receleur au sens de l'article 50 al. 3 CO. Il n'est donc solidairement responsable avec son client pour le dommage causé par l'activité criminelle blanchie que dans la mesure de ses profits personnels (part au gain), et du dommage causé par ce blanchiment. Ce dommage correspond aux montants qui ont été réintroduits dans le circuit économique licite et qui ne peuvent être récupérés par les autorités pénales. Doit être réservé le cas où le blanchisseur fait partie d'une organisation criminelle, qui en fait le complice du crime et le rend responsable solidaire avec ses auteurs pour la totalité du dommage causé.

### **III. STATUT DES ASSURANCES**

#### **a. Imputation des avantages**

390. Le dommage du lésé peut être pris en tout ou en partie en charge par des assurances, qui peuvent être des assurances sociales, soumises à la LPGA, ou des assurances privées, soumises à la LCA. Les Cantons peuvent également être amenés à prendre en charge une partie du dommage du lésé, dans la cadre de la LAVI.

391. Le principe de l'imputation des avantages (supra, Conditions de l'acte illicite, II e) implique que le lésé déduise de sa prétention en dommages et intérêts les postes du dommage pris en charge par une assurance.

#### **b. Assurances sociales et LAVI**

392. Les assurances sociales qui indemnisent le lésé sont subrogées à ses droits contre tous les responsables, qu'il s'agisse de responsables objectifs, contractuels ou délictuels. L'article 75 LPGA protège cependant certains proches du lésé, ainsi que son employeur et ses collègues, du risque de cette action récursoire sauf en cas de faute grave ou en cas de prise en charge par une assurance responsabilité civile.

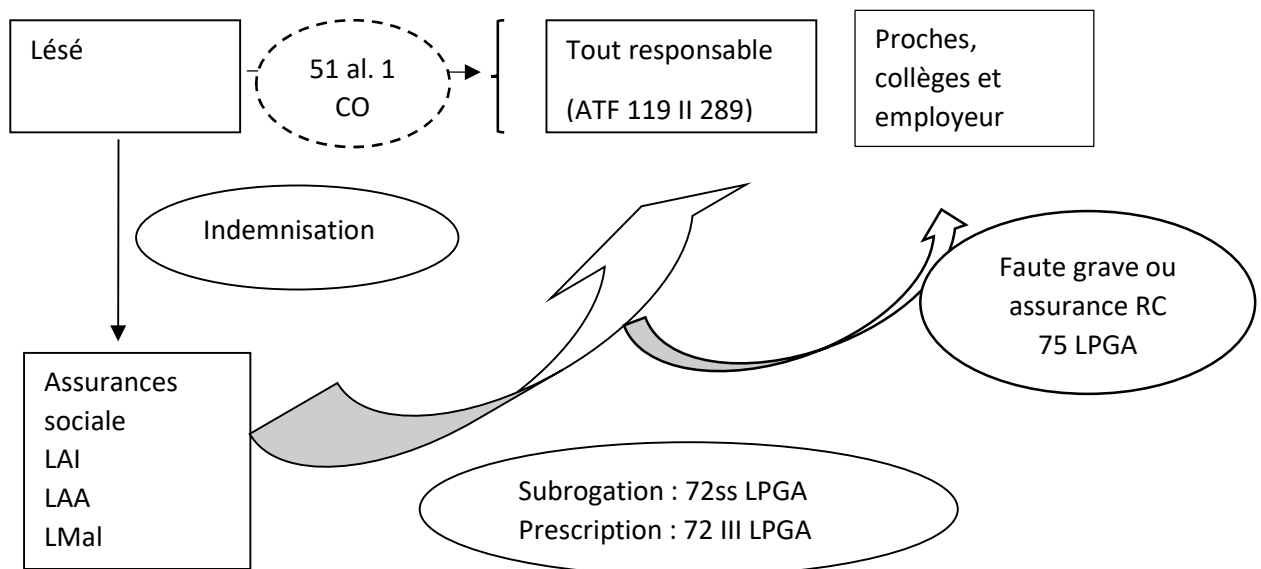
393. L'article 72 LPGA prévoit ainsi :

- Le principe de la subrogation (art. 72 al. 1 LPGA).

- La solidarité des responsables à l'égard de l'assureur. Le type de solidarité (parfaite ou imparfaite) dépend des causes de responsabilité et des droits du lésé à l'égard des responsables (art. 72 al. 2 LPGA).
- Une prescription d'une durée équivalente à celle de la prétention du lésé, mais dont le *dies a quo* est fixé au jour du calcul des prestations (art. 72 al. 3 LPGA). Cela implique que l'assureur peut recourir contre des responsables à l'égard desquels les droits du lésé sont prescrits. L'assurance sociale est, à notre avis, soumise comme tout justiciable à l'incombance d'avis aux codébiteurs, déduit par le Tribunal fédéral des règles de la bonne foi (ATF 133 III 6, consid. 5.3.5).
- La subrogation de l'assureur à l'éventuel droit de recours direct et abstrait du lésé contre l'assurance responsabilité civile de l'un des responsables (art. 72 al. 4 LPGA).
- Un système de représentation des différentes assurances impliquées dans l'indemnisation du lésé, réglementé par le Conseil fédéral (art. 72 al. 5 LPGA).

394. Les art. 73 et 74 LPGA détaillent le principe général de la *Kongruenzgrundsatz* (ATF 134 III 489 cons 4.2 ; 130 III 12 cons. 7.1, supra conditions de l'acte illicite, II e), c'est-à-dire de la correspondance entre la prestation versée et le dommage du lésé.

395. Le lésé garde ses prétentions contre les responsables pour les postes de son dommage non couverts par l'assurance. En cas d'insolvabilité des responsables, l'art. 73 al. 3 LPGA confère au lésé ou à ses survivants un droit préférentiel par rapport à l'assureur. Cela implique que dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité contre l'un des responsables, l'assuré ou ses survivants bénéficient d'un privilège spécial qu'ils peuvent faire valoir en cas de participation dans une saisie (art. 146 al. 2 LP) ou en cas de faillite (privilège spécial dérogeant à l'ordre de l'art. 219 LP).



396. L'article 7 LAVI prévoit également que le Canton qui a indemnisé le lésé conformément aux critères d'aide aux victimes est subrogé aux droits du lésé contre des tiers en raison de l'infraction. Contrairement au régime de la LPGA, il n'existe aucun régime spécifique de prescription, ce qui conduit à notre avis à l'application de l'art. 139 CO. La loi prévoit une renonciation du Canton à son action récursoire, dans des circonstances décrites à l'article 7 al. 3 LAVI, selon des critères beaucoup plus ouverts que ceux de l'article 75 LPGA.
397. L'action récursoire du Canton n'est pas subsidiaire, mais au contraire prioritaire, par rapport aux droits résiduels du lésé (art. 7 al. 2 LAVI). C'est bien le seul cas où le subrogé passe devant le lésé (comparer art. 73 LPGA et le principe *nemo subrogat contra se* applicable en droit des assurance privée). C'est un comble dans une législation d'aide aux victimes.
398. Comme l'indemnisation LAVI intervient en cas d'infraction pénale (pouvant être constitutive d'un acte illicite sur le plan civil), le droit de subrogation des Cantons peut être exercé par adhésion à la procédure pénale, conformément à l'article 121 al. 2 CPP. En pratique, il arrive souvent que la décision d'indemnisation n'intervienne qu'au terme de la procédure pénale, ce qui ferme au Canton cette voie procédurale.

### **c. Assurances privées**

399. Trois types d'assurance privées sont susceptibles d'intervenir dans un contexte de responsabilité civile :
- Les assurances dommage, qui sont souscrite par l'assuré pour prendre en charge ses propres dommages.
  - Les assurances responsabilité civile, qui sont souscrites par l'assuré pour prendre en charge le risque de sa responsabilité à l'égard d'un tiers.
  - Les assurances de sommes, qui sont souscrites par l'assuré en vue d'obtenir (pour lui ou pour un bénéficiaire désigné) un montant forfaitaire convenu en cas de survenance du sinistre convenu. L'exemple classique de l'assurance de sommes est celui de l'assurance-vie. Ce montant forfaitaire est déconnecté de l'existence et du montant d'un dommage.
400. La distinction entre une assurance dommage et une assurance de sommes repose sur le lien entre le montant de l'assurance et le dommage causé par le sinistre.

*En matière d'assurance privée, les parties peuvent convenir d'une assurance de personnes (dite aussi assurance de sommes) ou d'une assurance contre les dommages. Pour ranger une prestation donnée dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, il faut se demander si ladite prestation couvre un dommage concret ou si elle doit être effectuée indépendamment de l'existence d'un préjudice effectif (ATF 119 II 361 consid. 4). L'assurance de personnes se distingue de l'assurance de dommage par sa nature non indemnitaire : il s'agit d'une promesse de capital indépendante du montant effectif du préjudice subi par le preneur ou l'ayant droit.*

*(Genève, Cour de justice, ATAS/763/2019 du 27.08.2019)]*

401. Toutes les assurances privées sont soumises au régime de la Loi sur le contrat d'assurance (LCA), qui a été modifiée en 2022 (révision partielle du 19 juin 2020 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022).
402. Dans le contexte de la responsabilité, l'article 14 LCA (non modifié par la réforme de 2022) joue un rôle important : selon cette disposition, l'assurance n'est pas liée si le sinistre a été provoqué intentionnellement par l'assuré ou l'ayant droit (art. 14 al 1 LCA), et peut réduire ses prestations si l'assuré ou l'ayant droit a commis une faute grave (art. 14 al. 2 LCA). Des réserves sont apportées au cas de la faute grave de la personne avec laquelle l'assuré fait ménage commun, ou dont il est responsable (art. 14 al. 3 LCA). L'assuré est celui qui est partie au contrat d'assurance. L'ayant droit est celui qui est désigné comme bénéficiaire d'une assurance pour compte d'autrui (art. 16 LCA, 112 CO). La faute grave doit être causale et l'assureur a la charge de la preuve (Cour de justice GE, ACJC/1386/2016, 21.10.2016 cons. 6.1).
403. L'objection de l'art 14 LCA peut intervenir en lien avec tous les types d'assurance :
- En cas d'assurance dommage, l'assuré ou l'ayant droit est le lésé. L'assurance peut donc se prévaloir de la faute concomitante du lésé (art. 44 CO) si cette faute atteint le degré de gravité prévu par l'article 14 LCA. Si le lésé est une personne morale, sa faute correspond à une faute de l'un de ses organes (art. 55 CC ; BSK VVG-Hönger/Süsskind, Art. 14 N 23)
  - En cas d'assurance RC, l'assuré ou l'ayant droit est responsable du dommage causé à un tiers. L'assurance peut donc se prévaloir de la faute grave ou intentionnelle commise par l'assuré en lien avec le fait générateur de responsabilité (acte illicite ou violation d'un contrat). Il doit s'agir d'une faute grave ou intentionnelle personnelle de l'assuré ou de l'ayant droit. Dans les cas de responsabilité due à un mécanisme d'imputation du fait d'un auxiliaire (art. 101 CO : fait de l'auxiliaire imputable au maître ; art. 55 CO : acte illicite fautif de l'employé imputable à l'employeur ; art. 333 CC : acte illicite commis par une personne dont répond le chef de famille ; 58 al 4 LCR : faute du conducteur imputable au détenteur de l'automobile), la faute grave de l'auxiliaire n'est pas imputée à l'assuré dans le cadre de l'application de l'art. 14 LCA. Il ressort en effet de l'article 14 al. 3 LCA que l'assuré ou l'ayant droit ne peut se voir objecter par l'assurance que la faute grave personnelle commise par lui-même ou l'ayant droit dans la surveillance ou l'engagement de cet auxiliaire. Le contrat peut cependant exclure la couverture d'assurance en cas de faute grave commise par un employé ou un auxiliaire.

*On peut se demander si la faute du chauffeur préposé de la demanderesse, est visée par la clause 7 litt. c, qui, telle qu'elle est rédigée, ne mentionne que la faute du preneur. Les mots "effectuant le transport lui-même ou par ses gens" visent les modalités du transport mais non les personnes fautives. L'art. 101 CO ne s'applique pas, car il vise la responsabilité de l'obligé envers le créancier. La question peut toutefois demeurer réservée, car de toute façon le moyen doit être rejeté.*

*(TC Valais, 21.12.1970 in RVJ 1971 p. 102 ss, 110)*



- Enfin le montant forfaitaire prévu dans une assurance de sommes (par exemple une assurance-vie) devant être versé soit à l'assuré soit à un bénéficiaire désigné par l'assuré (art. 16 LCA et 112 CO) n'est pas dû si l'assuré ou l'ayant droit a intentionnellement provoqué le sinistre convenu (l'assuré s'est suicidé ou a été tué par le bénéficiaire de l'assurance-vie), et peut être réduit si l'assuré ou l'ayant droit a commis une faute grave (l'assuré est mort dans un accident qu'il a causé fautivement ou que l'ayant droit a causé fautivement).

404. L'incombance du lésé de diminuer le dommage (art. 44 CO) se retrouve dans l'objection de l'article 38a LCA (ancien art. 61 LCA). Si l'assuré ou l'ayant droit n'a pas pris les mesures adéquates pour éviter l'aggravation du sinistre, y compris en suivant les instructions de l'assureur, celui-ci peut réduire sa prestation. Cela vaut autant pour les assurances dommage que pour les assurances de sommes.

*Selon l'art. 61 al. 1er LCA, 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. L'assuré a l'obligation de réduire le dommage non seulement dans le cadre d'une assurance contre les dommages mais également dans celui d'une assurance de sommes (ATF 128 III 34 c. 3b p. 36, JdT 2002 I 631 ; arrêts du TF 4A\_521/2015 du 7 janvier 2016, c. 3.3 ; 4A\_529/2012 du 31 janvier 2013, c. 2.2 [f] ; cf. aussi ATF 133 III 527 c. 3.2.1 p. 531 [f]).*

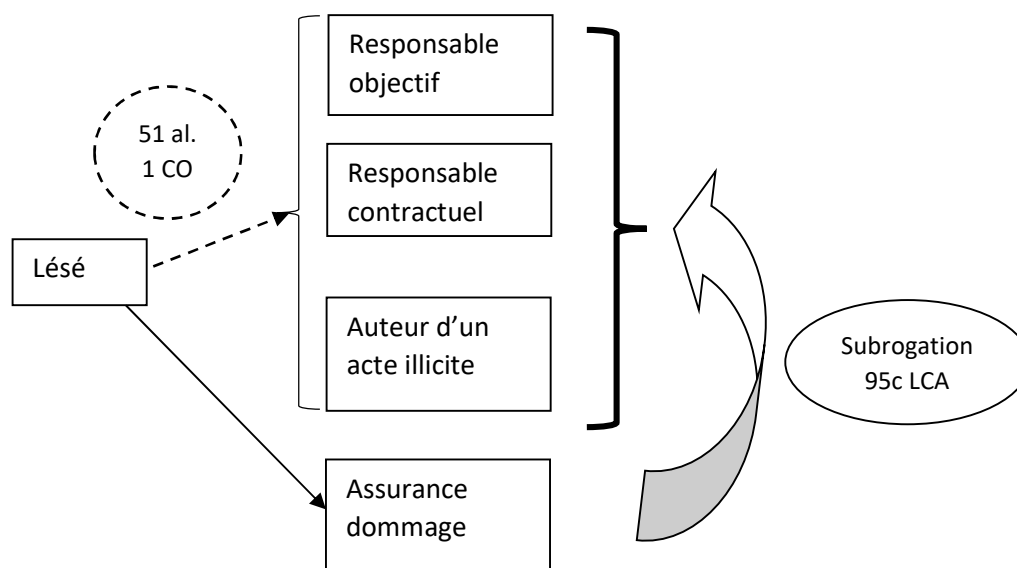
*(TF du 08.09.2016 in JdT 2019 II p. 292 ss, 301)*

405. L'assurance dommage est subrogée au droit du lésé, jusqu'à concurrence de la prestation d'assurance versée, dans ses prétentions contre tout responsable, contractuel, délictuel, ou objectif (art. 95c al. 2 LCA). Le lésé doit donc déduire la prestation reçue de sa prétention contre le responsable (principe de l'imputation des avantages), mais cela ne libère pas pour autant le responsable qui répond de ce poste du dommage à l'égard de l'assurance dommage du lésé. La subrogation de l'assureur connaît des exceptions, lorsqu'elle devrait s'exercer contre une personne qui a commis une faute légère et qui a des liens étroits avec l'assuré (at. 95c al. 3 LCA). La nova de 2022 fait suite à une longue évolution jurisprudentielle sur les droits de recours de l'assurance, qui a longtemps été limitée aux cas de faute grave s'agissant d'un droit de recours contre les responsables contractuels (TF, 4C\_92/2007, 31.07.2007, cons. 3.3.1) et exclue pour les droits de recours contre les responsables objectifs (TF, 07.06.2011 in JdT 2014 II p. 373 ss, 374). Le Tribunal fédéral avait cependant fait évoluer sa jurisprudence en faveur du droit de recours (ATF 144 III 205), et il est aujourd'hui confirmé sur ce point par la nova de 2022.

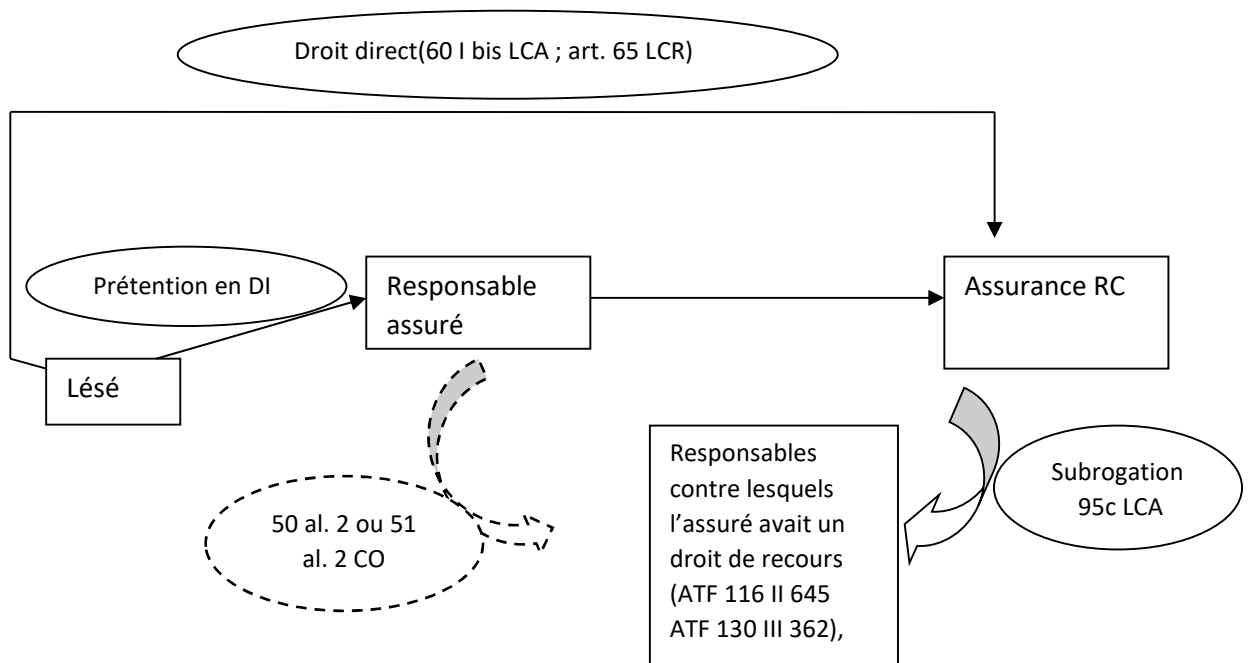
406. Il a longtemps été considéré que la prétention de l'assureur contre le tiers responsable était soumise au délai de prescription de la prétention du lésé, c'est-à-dire l'article 60 CO, y compris le délai prolongé en cas de prescription pénale plus longue que celle prévue par le CO (Olivier Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, Lausanne 2000, p. 397, 398 ; TC NE 22. 12.2009, CC 2004 109). Depuis la réforme du droit de prescription, la question se pose de savoir si le recours de l'assureur est soumis

à l'article 139 CO. La réponse doit sans doute être positive, même s'il faut remarquer que l'application de cette disposition implique que l'assureur puisse recourir contre le responsable alors même que les droits du lésé contre ce dernier sont prescrits (voir à ce sujet Perritaz, les délais de l'action récursoire selon le nouveau droit de la prescription, in : Le nouveau droit de la prescription, Berne 2019, p. 103).

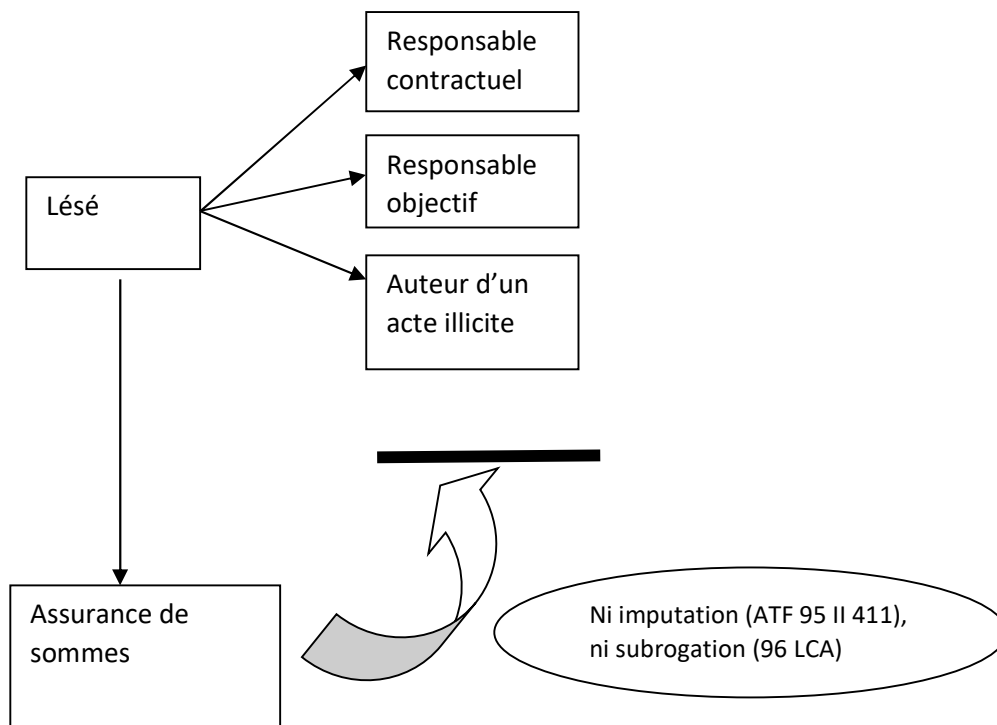
407. Selon le principe du droit préférentiel du lésé fondé sur l'adage « *nemo subrogat contra se* », les droits de l'assurance sont subsidiaires aux droits résiduels du lésé contre le responsable (ATF 93 II 407, JT 1968 I 290, JT 1992 I 722 ; Olivier Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, Lausanne 2000, p. 398 et références citées).



408. Lorsque l'un des responsables du dommage a une assurance RC, la nova de 2022 introduit un droit direct du lésé contre l'assurance RC du responsable (art. 60 al. 1 bis LCA), à l'instar de ce qui existait en matière de responsabilité du détenteur d'automobile (art. 65 LCR).
409. L'article 95c LCA s'applique par ailleurs au cas d'une assurance RC qui indemnise l'assuré responsable ou le tiers lésé directement. L'assurance RC qui prend à sa charge le montant dû par l'assuré au lésé est ainsi subrogée aux prétentions récursoires que l'assuré aurait pu exercer contre des coresponsables. Il s'agit des actions récursoires qui découlent des articles 50 al. 2 ou 51 al. 2 LCR, et qui sont donc exercées par l'assurance RC à la place du responsable assuré.



410. Enfin, pour les assurances de sommes, l'article 96 LCA exclut expressément un droit de subrogation de l'assurance. Le montant forfaitaire reçu par l'assuré n'est pas soumis à imputation sur ses prétentions contre le ou les responsables (voir supra, chapitre sur le dommage, lit. e) et n'est pas récupéré par l'assurance à travers une subrogation.



411. En conclusion, les assurances jouent un rôle essentiel dans la mise en œuvre du droit de la responsabilité civile. Il arrive souvent que le procès principal ne soit pas celui du lésé contre un responsable, mais celui de l'assurance dommage du lésé contre l'assurance RC d'un responsable. Les droits de recours du lésé au sens des articles 50 al. 2 ou 51 al. 2 CO sont souvent exercés par les assurances sociales ou privées, sur la base du mécanisme de subrogation des articles 72 LPGA et 95c al. 2 LCA. Si ces régimes spéciaux l'emportent parfois sur l'application du Code des obligations, il n'en reste pas moins que le système de responsabilité du CO est l'arrière-plan indispensable des actions menées par les assurances.

Je ne vois rien de plus bête que le Droit, si ce n'est l'étude du Droit.

Gustave Flaubert, Lettres à Ernest Chevalier, 1842

412. Nous espérons que cet essai de synthèse des principes du droit de la responsabilité aura intéressé celles et ceux qui voient dans ces principes, ces conditions, ces définitions, ces catégories, ces exceptions, ces nuances, ces querelles doctrinales, ces revirements jurisprudentiels, et ces discussions terminologiques une ambition presque touchante : celle de disséquer la réalité sociale pour en comprendre les mécanismes secrets, les chaînes de causalité improbables, les variations de faute subtiles, et le fonctionnement compensatoire miraculeux.
413. Il y a une part de poésie dans cette observation entomologique des mécanismes humains. Il y a de l'héroïsme dans cette volonté de ne pas accepter la fatalité, et dans cette détermination à remettre les victimes dans la situation hypothétique, peut être onirique, qui serait la leur si le sort ne leur avait pas été contraire. Il y a des plaisirs secrets à naviguer dans les couloirs obscurs de la logique juridique pour y rechercher les arguments d'une cause, et c'est une douce satisfaction que d'y trouver ce que « *la cause a en elle-même qui soit propre à convaincre* », pour reprendre la rhétorique d'Aristote.
414. Pour les autres, qui n'auront vu dans ces principes juridiques que le voile pudique de l'arbitraire et du préjugé, qu'ils soient renvoyés à Flaubert, victime douloureuse de ses études de droit : « *La justice humaine est pour moi ce qu'il y a de plus bouffon au monde ; un homme en jugeant un autre est un spectacle qui me ferait crever de rire, s'il ne me faisait pitié, et si je n'étais forcé maintenant d'étudier la série d'absurdités en vertu de quoi il le juge. Je ne vois rien de plus bête que le Droit, si ce n'est l'étude du Droit.* » (Lettres à Ernest Chevalier, 1842).
415. C'est l'expression d'un dépit étudiantin auquel on aurait aimé répondre qu'une victime obtenant réparation, fût-ce en affrontant une série d'absurdités, est un spectacle admirable qui ne fait ni rire ni pitié.

\*\*\*

## TABLE DES MATIERES

SOURCES DE RESPONSABILITÉ .....	2
I. D'une obligation consentie à une obligation imposée.....	2
a. Responsabilité contractuelle et responsabilité civile.....	2
b. Cadre terminologique .....	4
II. Champs respectifs du contrat et du délit.....	6
a. Principe du concours alternatif.....	6
b. Discussions sur une dichotomie .....	7
c. Comparaison des régimes juridiques .....	9
d. Enjeux du droit international privé .....	13
CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE .....	18
I. Acte illicite .....	18
a. Illicéité de résultat et illicéité de comportement.....	18
b. Notion d'atteinte.....	21
c. Faits justificatifs.....	23
d. Récapitulation graphique .....	26
e. Contrariété aux mœurs .....	26
II. Préjudice.....	27
a. Théorie de la différence .....	27
b. Preuve du dommage .....	30
c. Tort moral.....	32
d. Dommage économique .....	36
e. Intérêt compensatoire.....	40
f. Imputation des avantages .....	40
g. Facteurs de réduction de l'indemnité .....	43
h. Clauses limitatives de responsabilité .....	44
i. Récapitulation graphique .....	45
III. Causalité .....	46
a. Concept .....	46
b. Casualité naturelle et condition sine qua non.....	47
c. Généralisation de l'objection du comportement de substitution licite.....	47
d. Causalité naturelle directe, indirecte, par ricochet.....	49
e. Causalité adéquate.....	50
f. Causalité dépassée, hypothétique, outrepassante .....	51

g.	Prédisposition au dommage.....	53
h.	Facteurs d'interruption du lien de causalité .....	54
i.	Preuve de la causalité.....	55
IV.	Faute.....	57
a.	Manquement à la diligence due.....	57
b.	Faute grave .....	58
c.	Capacité de discernement et exercice des droits civils.....	60
d.	Responsabilités sans faute .....	60
	QUELQUES RESPONSABILITÉS OBJECTIVES .....	62
I.	Responsabilité de l'employeur pour les actes illicites de ses travailleurs ou auxiliaires .....	62
a.	Conditions.....	62
b.	Preuve libératoire.....	64
c.	Responsabilité d'une personne morale pour ses organes .....	65
d.	Imputabilité pénale .....	67
II.	Responsabilité du détenteur d'animal .....	67
a.	Principe de la responsabilité .....	67
b.	Preuve libératoire.....	68
c.	Droit de rétention.....	68
d.	Etat de nécessité .....	69
III.	Responsabilité du propriétaire d'ouvrage.....	69
a.	Responsabilité causale .....	69
b.	Défaut de l'ouvrage .....	71
c.	Recours.....	72
d.	Mesures préventives .....	73
IV.	Responsabilité en matière de clé cryptographique .....	73
a.	Contexte .....	73
b.	Preuve libératoire.....	74
V.	Responsabilité du détenteur d'automobile .....	74
a.	Principe de l'indemnisation des victimes.....	74
b.	Responsabilité causale du détenteur .....	74
c.	Preuve libératoire.....	76
d.	Assurance obligatoire.....	78
e.	Action directe et abstraite du lésé .....	78
f.	Concours et rencontre de responsabilités .....	79
	PRESCRIPTION DES RESPONSABILITÉS EXTRACONTRACTUELLES .....	82
I.	Prescription de l'article 60 CO.....	82

a.	Règles applicables .....	82
b.	Droit matériel ou droit de procédure.....	83
c.	Régime de l'article 60 CO .....	83
II.	Délai relatif de trois ans .....	84
a.	Connaissance du dommage.....	84
b.	Domage évolutif .....	85
c.	Facturation .....	86
d.	Unité du dommage.....	87
e.	Connaissance du responsable .....	88
III.	Délai absolu de dix ou vingt ans .....	89
a.	Dies a quo .....	89
b.	Droit d'accès à la justice .....	90
c.	Effet de la jurisprudence de la CEDH sur le droit suisse.....	92
IV.	Délai pénal.....	92
a.	Substitution du délai pénal aux délais relatif et absolu de l'article 60 CO.....	92
b.	Interruption de la prescription par constitution de partie plaignante.....	93
c.	Délai pénal dans les cas de responsabilité objective .....	94
V.	Droit transitoire.....	94
	CONCOURS ET RECOURS .....	95
I.	Solidarité imparfaite.....	95
a.	Pluralité de causes, unité du dommage .....	95
b.	Rapports externes .....	95
c.	Rapports internes .....	96
d.	Récapitulation graphique .....	98
II.	Solidarité parfaite.....	99
a.	Faute commune .....	99
b.	Rapports internes .....	100
c.	Statut de receleur.....	100
III.	Statut des assurances.....	101
a.	Imputation des avantages .....	101
b.	Assurances sociales et LAVI.....	101
c.	Assurances privées .....	103
	UNE BRÈVE RÉFLEXION FINALE .....	109