

# Quelques points chauds de la révision du droit de la responsabilité civile à deux voix

Nous tenons pour commencer à remercier le comité de la Société Suisse des Juristes de nous avoir invité à écrire un rapport sur la révision du droit de la responsabilité civile et à le présenter aujourd'hui.

Nous avons décidé d'intervenir à deux, puisque c'est ainsi que nous avons rédigé notre rapport. Il nous a semblé que nos convergences comme nos divergences prendraient davantage de relief à propos de quelques uns des points chauds de la révision du droit de la responsabilité civile. C'est ainsi que nous échangerons nos points de vue sur les deux conditions fondamentales de responsabilité que sont l'illicéité et la faute (I.) ; nous examinerons ensuite les dispositions de l'Avant-projet sur le dommage écologique, la responsabilité de l'entreprise et la clause générale de responsabilité fondée sur le risque (II.), puis celles sur les rapports entre la responsabilité contractuelle et délictuelle (III.) et, enfin, la question des conventions restrictives de responsabilité (IV.).

## **I. Le couple maudit: l'illicéité et la faute**

### **CC A. Un point de vue**

L'Avant-projet a retenu la conception classique, héritée du droit allemand, qui distingue deux conditions, d'une part l'illicéité, de l'autre la faute (art. 46, 48 et 48a AP). Si je qualifie ce couple de maudit, c'est en raison des critiques grandissantes dont il est l'objet. Alors même que je reste attachée à cette conception qui me paraît conduire à des solutions satisfaisantes, je suis frappée par le fait qu'une conception différente – développée par Franz WERRO depuis quelques années – a d'abord convaincu des auteurs d'origine allemande (I. SCHWENZER, H. HONSELL) avant de s'étendre progressivement

(F. CHAUDET, R. VITO, etc.). Notre co-rapporteur, Peter LOSER KROGH, lui aussi, remet en cause la notion traditionnelle de l'illicéité.

Le Rapport explicatif des professeurs WIDMER et WESSNER (p. 98) n'examine, pour la rejeter, que la conception subjective de l'illicéité selon laquelle tout dommage est illicite. Or, depuis la publication de ce Rapport, la critique de la conception traditionnelle – certainement stimulée par celui-ci – ne cesse de gagner en ampleur. Etant donné que les nouvelles définitions proposées ne se confondent pas avec la conception subjective de l'illicéité, la définition de l'art. 46 AP ne me paraît définitivement acquise.

## 1. L'illicéité

L'art. 46 al. 1 et 2 AP consacre la traditionnelle division de l'illicéité en deux branches: la violation d'un droit subjectif absolu et celle d'une norme de comportement destinée à protéger les intérêts lésés. Deux exemples: 1) Un canot à moteur circule au large d'une plage genevoise sur un plan d'eau interdit à la baignade (exemple inspiré de CJ GE, SJ 1999 I 11). Un nageur est tué. L'acte illicite consiste dans l'atteinte à la vie du nageur. 2) La production d'une usine est interrompue pendant quelques heures du fait qu'un câble d'alimentation est sectionné lors de travaux de construction (p. ex., ATF 97 II 221, JdT 1972 I 365). L'entreprise exploitant l'usine ne subit aucune atteinte à sa propriété. La jurisprudence admet l'existence d'un acte illicite du fait de la violation de l'interdiction – tirée de l'art. 239 CP – de porter atteinte au réseau de distribution d'électricité. Cette deuxième forme d'illicéité permet de résoudre la question du dommage dit purement économique (art. 45 al. 2 AP).

La définition traditionnelle de l'illicéité me paraît satisfaisante à condition qu'on lui conserve la souplesse nécessaire. Il est important de permettre au juge de dégager de l'ensemble de l'ordre juridique, y compris du droit non écrit et des règles de la bonne foi, les devoirs de comportement que doivent respecter tous les sujets de droit. Tel est bien le raisonnement actuel, si l'on excepte les règles de la bonne foi.

Dans l'ensemble, j'approuve donc l'art. 46 AP sous une réserve. Je considère qu'il n'est pas justifié de qualifier la violation d'un devoir relatif, fondé sur un contrat, d'acte illicite (cf. la référence de l'art. 46 al. 1 AP à « un droit protégé par l'ordre juridique » et celle de l'art. 46 al. 2 AP *in fine* à « un devoir contractuel »). Nous y reviendrons plus loin (III.).

## 2. La faute

Une telle notion de l'illicéité justifie l'existence du second membre du couple maudit: la faute. En effet, un filtre supplémentaire doit être mis en place de manière à rapprocher l'interdit général et abstrait (*tu ne tueras point, tu n'interrompras pas le réseau de distribution d'électricité*) du sujet de droit auquel s'impose le devoir légal général dans un cas d'espèce. Ainsi, le simple fait qu'un nageur soit tué ou une canalisation percée ne suffit-il pas encore à justifier que l'auteur soit contraint de réparer le dommage subi. Encore faut-il qu'on puisse reprocher à l'auteur d'avoir agi de la sorte, donc qu'il soit fautif (acte intentionnel ou, plus souvent, par négligence). Ainsi, dans le premier exemple, l'obligation de réparer le dommage suppose que le conducteur du canot à moteur ait manqué de diligence en n'évitant pas le nageur. Il s'agit là d'une question d'appréciation qui dépend des circonstances concrètes de l'accident au nombre desquelles l'interdiction de baignade, les vagues, le soleil couchant ou le brouillard qui auraient pu empêcher le conducteur du canot d'apercevoir et d'éviter le nageur. Dans le second exemple, l'ouvrier qui perce la canalisation parce que son patron lui a remis un plan imprécis, ne manque pas à la diligence qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui ; il ne commet pas de faute et n'est pas responsable du dommage. On ne peut pas en dire autant de l'employeur qui a manqué à son devoir d'instruire son auxiliaire. Dans une telle hypothèse, l'employeur, mais non l'auxiliaire, pourra être rendu responsable du dommage.

En ce qui concerne la faute par négligence, l'Avant-projet, rompant avec la conception actuelle, propose une approche dite subjective qui tient compte de la diligence commandée par les circonstances et par la situation individuelle de l'auteur (art. 48a AP). Cette proposition a déclenché une tempête d'oppositions. La protection de la

victime en serait gravement amoindrie. Ayant choisi de vérifier où mènent les dispositions projetées, j'ai constaté que l'appréciation relativement objective qui a cours actuellement ne conduit pas à des résultats fondamentalement différents. Quelques remarques à ce sujet.

1. Les éléments pris en considération pour l'appréciation de la faute dite subjective sont dans bien des cas les mêmes que ceux entrant dans la détermination du standard de diligence qu'on peut attendre d'une personne raisonnable. La fatigue du chirurgien ou de l'infirmière employés par un établissement hospitalier public (circonstance subjective) constitue l'autre versant du problème de la surcharge chronique du personnel travaillant dans certains établissements publics (circonstance objective). L'appréciation subjective rejoint l'appréciation objective.

2. On pourra souvent reprocher à l'auteur ne disposant pas de capacités suffisantes d'avoir entrepris l'activité qui a conduit au dommage, ce qui constitue une faute d'entreprendre (*Übernahmeverschulden*).

3. Lors même que l'auteur du dommage ne serait pas fautif, il ne faut pas oublier les autres chefs de responsabilité non soumis à la faute dont il pourrait être appelé à répondre (par ex., art. 58 CO, 58 LCR) ou les autres personnes, le cas échéant, responsables du même dommage sans leur faute (art. 55 CO).

4. L'Avant-projet ouvre la voie à une appréciation plus nuancée de la faute, qui peut agir à la baisse comme à la hausse et se répercuter sur la fixation de l'indemnité. D'une part, l'existence d'une faute subjectivement légère ne signifie pas nécessairement suppression de l'indemnité, mais peut conduire à une diminution de celle-ci. D'autre part, la faute peut être appréciée de manière plus sévère, selon les aptitudes et qualités de l'auteur, et compenser une éventuelle faute concomitante de la victime.

Ce n'est donc pas parce qu'on apprécierait la faute de l'auteur de manière subjective que la victime n'obtiendrait pas réparation.

En conclusion sur ce premier point, même si, dans l'ensemble, j'adhère aux propositions de l'Avant-projet, le débat entourant l'illicéité et la faute ne me paraît pas épuisé et ne peut pas être clos sans nouvel examen.

## *FW* B. Un autre point de vue

Une révision totale du droit de la responsabilité civile devrait permettre d'atteindre deux buts: corriger le système là où il ne fonctionne pas bien et l'améliorer. Cela suppose de repenser l'ensemble des règles et de revoir la définition des conditions fondamentales de la responsabilité.

On peut regretter à cet égard que, sur ce point, les auteurs de l'avant-projet aient peu innové. Ils ont en effet repris la distinction entre illicéité de résultat et illicéité de comportement de même qu'ils ont maintenu, distincte de l'illicéité, la notion de faute, tout en accentuant le contenu subjectif de cette dernière. Avec quelques nuances, ce choix avait été fait au 19<sup>ème</sup> siècle. Il est surprenant qu'il soit repris.

En consacrant l'illicéité de résultat (cf. art. 46 al. 1 AP), le droit entend poser une limitation de principe: seuls les dommages résultant d'une atteinte à un droit absolu (la mort d'une personne dans l'accident du canot à moteur) appellent une réparation par la voie d'une action délictuelle ; à moins de trouver exceptionnellement une norme de comportement adéquate, le patrimoine comme tel n'est pas protégé (la commune n'a pas le droit de demander le remboursement de ses dépenses à l'incendiaire qui a entraîné l'intervention des pompiers ; seul le propriétaire des objets endommagés).

Ce choix libéral avait été souhaité au moment de l'adoption du BGB; il n'est plus d'actualité.

En redonnant à la faute une dimension subjective, les auteurs de l'Avant-projet entendent excuser le manque de diligence qui n'appellerait pas un reproche moral. Ils

considèrent qu'il faut exonérer celui qui n'a pas la capacité personnelle de se comporter comme il le devrait, tout comme il faudrait pénaliser celui qui aurait une capacité supérieure à la moyenne.

Cette approche moralisante a toute sa place en droit pénal, mais non dans un droit moderne de la RC.

Plutôt que de s'en tenir à ce modèle traditionnel, il me semble depuis un certain nombre d'années (cf. déjà Franz WERRO, *Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund*, RDS 1997 I, p. 343-385) qu'on pourrait concevoir le fondement de la responsabilité individuelle de façon à la fois plus souple et plus eurocompatible.

Dans cette conception, l'acte illicite est défini comme un acte objectivement contraire à la diligence qu'on pouvait concrètement et raisonnablement attendre de l'auteur du dommage. Celui qui, compte tenu des circonstances de temps et de lieu, ne se comporte pas de manière raisonnable doit en principe réparer le dommage qu'il cause à autrui: que ce dommage s'accompagne d'une atteinte à un droit absolu ou non n'y change rien.

Pour échapper à sa responsabilité, le défendeur peut faire valoir un motif justificatif (qui lève l'illicéité) ou son incapacité de discernement (art. 16 CC), qui rend son comportement non imputable (pas de faute subjective). Dans cette conception, on le constate, *l'illicéité et la faute objective se recouvrent: est une faute (objective) le fait de ne pas se comporter de manière diligente ; cet acte est en même temps illicite lorsque rien ne le justifie.*

On retrouve cette approche en droit français comme dans les droits de la common law. Il est évident qu'en droit français où le mot illicéité ne figure pas dans la loi, l'illicéité n'en n'est pas moins le point de départ de la responsabilité individuelle. Comme partout, seul l'acte *contraire au droit* peut entraîner une responsabilité. La différence d'avec le droit allemand ou d'avec le droit suisse consacré, c'est que l'illicéité ne se définit pas par rapport à l'atteinte portée à un bien donné, mais par rapport au seul comportement de l'auteur du dommage. Est illicite le comportement objectivement

déraisonnable. Pour reprendre l'exemple du canot à moteur, ce qui appelle réparation n'est pas tant le fait qu'il y a eu mort d'homme que la manière dont celle-ci a été causée. Si mon comportement est la cause d'un dommage objectivement prévisible, je dois le réparer. Peu importe le bien atteint.

Faut-il réserver à côté de l'illicéité une condition subjective, qui va au-delà de la prise en compte de l'incapacité de discernement et autorise l'auteur à faire valoir des excuses individuelles ou l'insuffisance de sa capacité personnelle? Pour moi, la réponse est négative. Il n'est pas concevable d'excuser quelqu'un pour un motif qui le prive de son libre arbitre autre que ceux que le législateur a envisagés à l'art. 16 CC. A noter que si, comme les psychologues le laissent parfois entendre, cette disposition est dépassée, c'est elle qu'il faut réviser, mais pas la notion de faute subjective.

A noter que celui qui a des compétences particulières ne devrait pas non plus être tenu plus qu'un autre. Ce n'est pas parce qu'une personne a un quotient intellectuel de 150 qu'elle doit mieux respecter les feux rouges que celui dont le quotient plafonne à 75. Autre est évidemment la question de savoir si le comportement ne doit pas être apprécié plus sévèrement quand l'activité à laquelle s'est livré l'auteur du dommage est celle d'un spécialiste. La réponse est claire. Celui qui fait de la chirurgie cardiaque doit être à la hauteur de la diligence qu'on peut raisonnablement attendre d'un chirurgien spécialisé. Que l'intervenant soit le médecin inexpérimenté ou le professeur de médecine renommé ne doit faire aucune différence.

Je regrette donc le choix des auteurs de l'Avant-projet de reprendre une codification de l'illicéité dans les termes consacrés au 19<sup>ème</sup> siècle. Il est vrai qu'ils proposent une ouverture bienvenue en admettant que l'acte contraire à la bonne foi est illicite. Le risque est que le choix de principe de l'illicéité de résultat rende cette ouverture incertaine. Il aurait été à la fois plus cohérent, plus simple et plus moderne d'accepter l'idée d'une clause générale. Selon moi, on devrait retenir qu'est illicite le comportement contraire à la diligence raisonnablement requise dans les circonstances de l'espèce.

Trois remarques complémentaires s'imposent encore:

1. La notion traditionnelle de l'illicéité est source d'insécurité juridique. Le principe de l'illicéité de résultat est érigé comme un rempart contre la responsabilité. Etant donné que ce rempart pose des limites inadaptées aux besoins du justiciable, les juges se voient contraints d'échafauder des théories incertaines. Il est préférable de considérer que tout dommage déraisonnable est inacceptable et de prendre ensuite au sérieux la jurisprudence concrète qui en découle.

2. Comme l'a relevé Monsieur LOSER-KROGH, la conception subjective de la faute n'est admise nulle part: même en droit autrichien, où elle trouve quelques adeptes pour certains aspects, elle est rejetée en matière de faute professionnelle. C'est là qu'effectivement elle est le plus condamnable.

3. Une révision du droit suisse devrait se faire en harmonie avec les autres droits européens. Il en va de la santé de l'économie suisse.

## *FW* **II. Quelques remarques sur le dommage écologique, la responsabilité de l'entreprise et la clause générale de responsabilité fondée sur le risque**

Autant le projet paraît traditionnel dans les questions que nous venons d'aborder, autant il paraît placé sous le signe du progrès quand on examine les règles sur le dommage écologique, la responsabilité de l'entreprise et la clause générale de responsabilité pour risque.

### **A. Le dommage écologique**

De manière générale, les règles de l'Avant-projet relatives au dommage n'ont rien de révolutionnaire. Elles consacrent les conceptions admises et renforcent même certaines des limites pourtant critiquées. Pour ma part, je trouve regrettable que l'Avant-projet ait catégorisé le dommage comme il le fait (dommage matériel, corporel, etc...). Il n'était

guère utile d'introduire une catégorisation qui reprend la distinction des biens protégés que suggère l'illicéité de résultat. Des règles spéciales ponctuelles relatives à tel ou tel type de dommage auraient suffi. En outre, sur le fond, les règles sur le dommage matériel ne m'apparaissent que partiellement convaincantes, dans la mesure où elles codifient la pratique consacrée, sans permettre une libre évolution « normative » pourtant réclamée par certains. Il est peut-être souhaitable que le dommage normatif ne se développe pas. J'aurais trouvé plus adéquat de laisser la question dans les mains du juge, comme le fait d'ailleurs habilement l'Avant-projet en matière de dommage corporel. Les juges suisses n'ont jamais abusé de leur liberté ; pourquoi ne pas continuer de leur faire confiance ?

Mais l'essentiel est ailleurs. Il consiste dans l'introduction d'une règle sur le dommage écologique (art. 45d AP). On sait que cette question de plus en plus pressante est restée sans réponse jusqu'ici, en partie en raison des limites du dommage réparable dans le droit actuel, que ce soit en relation avec la notion du patrimoine et de la propriété dont il doit être l'objet ou en relation avec l'inadéquation de l'indemnité pécuniaire, là où l'endommagement de l'environnement appelle des mesures de prévention ou de remise en état.

Tenant compte de ces difficultés avec des nuances qui paraissent équilibrées et adéquates, la règle de l'Avant-projet devrait emporter la conviction et les réactions aussi négatives que partisans et fondées sur un credo politique fixé sur le court terme ne manquent pas de surprendre.

Aurait-on pu envisager que les auteurs de l'Avant-projet en l'an 2000 passe le problème sous silence? On leur aurait reproché à juste titre de faire du droit d'un autre temps. Reconnaître l'existence et la spécificité du dommage écologique, c'est reconnaître un problème contemporain urgent qui préoccupe d'ailleurs tous les législateurs européens. On ne peut que renvoyer aux arguments que les auteurs de l'Avant-projet ont avancés à l'appui de la règle proposée (cf. WERRO, in CHAPPUIS/WERRO, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, RDS 2003 p. 237 ss, 262 s. et les réf., ci-après: RDS).

Je renvoie également à l'analyse livrée dans mon rapport (RDS, p. 264). En réponse aux réactions recueillies lors de la procédure de consultation, je voudrais simplement souligner les points suivants:

- Le droit d'agir reconnu aux collectivités publiques et aux organisations nationales et régionales de protection de l'environnement est une règle tout à fait adéquate qui a fait ses preuves dans d'autres domaines (cf. art. 10 al. 2 LCD).
- Le dommage écologique relève aussi du droit privé, et cela indépendamment de la nature de la responsabilité de l'Etat.
- Il faut sans doute, mais le point est de moindre importance, préférer le critère de la proportionnalité à celui de la bonne foi retenu par l'Avant-projet pour déterminer si des dépenses faites en vue de prévenir, atténuer ou réparer l'endommagement de l'environnement appellent un remboursement.
- Résoudre la question du dommage réparable est essentiel, mais ce n'est pas tout. A cet égard, on peut regretter l'absence d'une règle spéciale sur la causalité dans l'Avant-projet (présomption sur le modèle du droit allemand, par exemple) (cf. RDS, p. 266).

## **B. La responsabilité de l'employeur, en particulier dans les entreprises**

La règle sur la responsabilité de l'employeur, et plus particulièrement celle concernant la responsabilité dans les entreprises, sont d'une grande importance: il ne fait pas de doute que la nouvelle disposition régissant la responsabilité dans les entreprises (cf. art. 49a AP) marque un pas dans la bonne direction (sur ce point, cf. RDS, p. 333 ss).

Sur ce point (cf. RDS, p. 337 ss), l'art. 49a AP codifie pour l'essentiel la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de produits défectueux (cf. ATF 110 II 456, *Schachtrahmen*) pour l'étendre à toute espèce prestation fournie par une entreprise. En

ce sens la règle innove sur deux points: comme dans l'arrêt *Schachtrahmen*, l'entreprise doit apporter la preuve que l'organisation de l'entreprise était apte à éviter la survenance du dommage. De plus, comme dans cet arrêt, la responsabilité de l'entreprise n'est pas subordonnée à la preuve d'un manque de diligence de l'employé. Au-delà du seul contexte de la production, la règle améliore donc la position de la victime en admettant que le dommage causé *dans le cadre des activités* (et non seulement plus seulement dans l'accomplissement d'une tâche) d'une entreprise engage en principe la responsabilité de cette dernière.

La règle est juste, à condition de traiter la présomption de mauvaise organisation avec sévérité (on aurait pu envisager de ne pas aménager ce mécanisme d'exonération), mais à condition aussi de définir la notion d'entreprise de manière relativement restrictive. La règle d'une sévérité accrue, qui dispense la victime de prouver l'acte négligent de l'employé, ne se justifie selon moi que dans le cas où l'entreprise présente une certaine complexité et un manque de transparence. Dans la petite entreprise « artisanale », cette sévérité ne se justifie pas. L'art. 49 AP suffit (cf. RDS, p. 341 s.).

Une remarque à propos de l'art. 49 AP s'impose toutefois: il est juste de ne pas dispenser la victime de la preuve du manque de diligence de l'employé, là où l'entreprise ne présente pas la complexité ou le manque de transparence qui caractérise la grosse entreprise. Le maintien de la preuve libératoire de l'art. 49 AP est en revanche regrettable. A nouveau, cette preuve libératoire a ses racines dans les conceptions libérales du 19<sup>ème</sup> siècle, protectrices à l'excès des employeurs, en droit allemand. Aucun autre droit européen ne consacre cette solution. Pour des raisons d'eurocompatibilité notamment, il serait préférable de l'abandonner (cf. RDS, p. 342).

### **C. La clause générale de responsabilité pour risque (art. 50 AP)**

Contrairement à ce que j'ai cru dans un premier temps, l'introduction de la clause générale de responsabilité pour risque est parfaitement justifiée dans son principe (cf.

RDS, p. 348 ss). Les précisions qu'appelle ce principe, sans être négligeables, ne sont que de moindre importance.

Il faut noter que l'art. 50 AP suscite déjà l'admiration des observateurs étrangers. Le professeur Brüggenmeier par exemple s'est exprimé à ce sujet en disant:

« Vorbehaltlos zu begrüßen ist die Generalklausel der Gefährdungshaftung (Art. 50 Abs. 1 OR-E). Das Abstellen auf das „charakteristische“ oder typische Risiko trifft den Nerv der Gefährdungshaftung. Die Klärung, was eine „besonders gefährliche Tätigkeit“ ist, wird – der Definition in Abs. 2 zum Trotz – wohl in erster Linie durch die Rechtsprechung erfolgen. Ausgangspunkte werden die bisherigen Spezialgesetze sein. Mit dieser Generalklausel der Gefährdungshaftung macht das Schweizerische Haftpflichtrecht einen mutigen Schritt vorwärts in die moderne „Risikogesellschaft“ und schreibt europäische Rechtsgeschichte. »

On sait que la règle suscite pourtant une forte crainte dans les milieux de l'économie suisse. On redoute un alourdissement du poids de la responsabilité pour les entreprises et une extension des pouvoirs du juge contraire à la séparation des pouvoirs. Il y d'autres points mais je me limiterai ici à ces deux aspects pour faire les observations suivantes:

1. Il n'y a **aucunement lieu de redouter les conséquences d'une aggravation du poids de la responsabilité** pour les entreprises en raison de l'introduction de l'art. 50 AP. D'abord parce que, compte tenu de l'importance de la législation spéciale, et notamment de la loi régissant les produits défectueux, très peu nombreuses devraient être les activités qui pousseront le juge à appliquer l'art. 50 AP. Là où cette norme existe (en droit italien, par exemple), les juges n'ont fait qu'un usage très restreint du pouvoir qui leur était conféré. Ensuite, parce que les assurances responsabilité civile – comme elles l'ont déjà annoncé – prendront le relais. Le coût d'une responsabilité accrue sera reflété dans l'augmentation de primes d'assurances RC laquelle sera absorbée par une légère augmentation des prix. C'est dire que le coût d'une responsabilité accrue est minime pour ne pas dire imperceptible, pour le consommateur mais surtout pour l'entreprise. Tout le monde y trouve ainsi son compte. Il n'y

nullement lieu de brandir le *casum sentit dominu moralisant*, lequel relève d'une époque sans assurances, et, de façon assez cynique, admet qu'une entreprise accroisse ses profits en se livrant à des activités à risque sur le dos des victimes et donc de la collectivité publique.

**2. L'objection tirée de la séparation des pouvoirs est fallacieuse.** Essentiellement pour le motif suivant: au cours du vingtième siècle, l'action législative a révélé une volonté pratiquement constante d'instaurer des responsabilités objectives aggravées à chaque fois que des risques spécifiques apparaissaient et que des mesures de diligence appropriée n'empêchaient pas d'en prévenir les effets. Il est inutile de faire ici toute la liste des lois qui ont répondu à cette volonté du souverain. On peut donc retenir comme *un postulat de l'ordre juridique suisse* que tout danger excessif que des mesures de précautions raisonnables ne permettent pas de combattre appelle une responsabilité objective aggravée. Dans cette approche, il découle que rien ne peut s'opposer à ce que le juge concrétise ou précède simplement la volonté du législateur. Par rapport aux conceptions en place au moment de l'entrée en vigueur du Code, le rôle du législateur spécial s'en trouve simplement transformé: il consiste désormais à exclure ou à limiter la responsabilité au moyen d'une loi spéciale là où il estime qu'un risque qualifié ne doit pas entraîner de responsabilité objective aggravée.

Au-delà de l'approbation de principe que doit susciter l'art. 50 AP, je ferai néanmoins deux remarques critiques. L'une concerne le champ d'application de la responsabilité pour risque par rapport au champ d'application de la responsabilité pour faute. L'autre concerne l'exclusion des risques de développement.

- L'art. 50 AP ne s'applique qu'à des activités qui sont qualifiées de « spécifiquement dangereuses » parce qu'elles sont susceptibles de causer des dommages graves et/ou fréquents même lorsque exercées avec « toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière ». Le champ d'application de la responsabilité pour risque est ainsi déterminé en fonction des limites de la responsabilité pour manquement à la diligence objective. Pourtant, la responsabilité pour faute, elle, ne prend pas le relais de la responsabilité pour risque: l'art. 48 al. 2 AP ne sanctionne pas les

manquements à la diligence objectivement requise qui sont subjectivement excusables. A moins qu'on ne soit en présence d'une activité dangereuse au sens de l'art. 50 AP, le comportement subjectivement diligent, mais objectivement fautif n'entraîne aucune responsabilité. Il n'est couvert par aucune des deux normes. Cette lacune pourrait avoir des conséquences inacceptables en matière de responsabilité professionnelle, dans toute la mesure où les activités dommageables ne sont pas des activités à risque (pour plus de détails, cf. RDS, p. 352 ss).

- Avec quelques nuances pour les nouvelles technologies génétiques ou biochimiques, les auteurs de l'Avant-projet semblent vouloir exclure de la responsabilité les risques de développement. Tel n'est à mon avis pas le sens d'une responsabilité pour risque qui doit précisément protéger les victimes contre des risques inconnus. Si on veut exclure de la responsabilité les risques de développement, il faut le prévoir expressément, comme c'est le cas en matière de responsabilité du fait des produits (cf. RDS, p. 354).

#### CC D. Quelques observations complémentaires

Pour ma part, je soutiens également, sans hésitation aucune, l'introduction d'une règle sur le dommage écologique (art. 45d AP), qui répond aujourd'hui à une véritable nécessité (*supra*, A.).

De manière générale, je souhaiterais une conception plus souple du dommage, moins crispée sur la théorie de la différence que celle résultant de l'art. 45 al. 2 AP et du Rapport explicatif des professeurs WIDMER et WESSNER. L'opération mathématique induite par la théorie de la différence ne doit pas cacher l'indispensable appréciation normative des chiffres, comme le montrent les exemples suivants. Il est indéniable que la naissance d'un enfant non désiré conduit à une substantielle diminution du patrimoine des parents. Ce n'est pourtant pas un motif suffisant pour admettre la réparation, conformément à une partie de la doctrine. Une appréciation supplémentaire est nécessaire pour décider si une indemnisation doit intervenir en pareil cas. A l'inverse, le préjudice dit ménager n'est pas nécessairement réparable selon la théorie de la

différence. Le patrimoine de la victime n'est pas diminué si celle-ci ne recourt pas à une aide extérieure rémunérée. On reconnaît aujourd'hui qu'un tel résultat est choquant. Ces exemples montrent que la théorie de la différence constitue certes un point d'appui utile, mais ne doit pas être aveuglément appliquée. Une appréciation, qu'on peut qualifier de « normative », est indispensable.

En ce qui concerne la responsabilité pour auxiliaires (*supra*, B.), je ne reviens pas sur le fait qu'un acte illicite de l'auxiliaire peut ne pas être imputable à une faute de ce dernier, mais engager uniquement la responsabilité de l'employeur qui manque à son devoir d'instruction (art. 49 AP). En outre, je soutiens sans hésitation la nouvelle règle sur la responsabilité dans les entreprises, qui concrétise un acquis important de la jurisprudence (art. 49a AP).

Pour terminer, j'apporte, moi aussi, un soutien inconditionnel à la norme bienvenue sur la responsabilité pour risque (C.).

## **V. Les rapports entre la responsabilité contractuelle et délictuelle**

### **CC A. Un point de vue**

En prévoyant que les situations relevant de l'acte illicite doivent être soustraites du champ contractuel, l'Avant-projet réalise un postulat majeur de la réforme, celui de l'unification de toutes les normes de responsabilité. Selon l'art. 42 AP, ne restent dans le champ contractuel que l'inexécution, l'exécution tardive et les règles spécifiques (par ex., la garantie pour les défauts de la chose vendue ou de l'ouvrage). Ainsi, le peintre répondrait selon les règles du contrat d'entreprise si les travaux de peinture dont il est chargé sont mal faits (art. 367 ss CO) et selon les règles délictuelles s'il tache le tapis du salon lors de l'accomplissement des travaux (art. 41 ss CO).

Trois arguments peuvent être opposés à la solution de l'Avant-projet qui a pour effet de supprimer le choix de la personne lésée entre la voie délictuelle et la voie contractuelle.

1. Le déplacement de frontière entre les deux voies est fondé sur une notion abstraite et controversée, celle de violation positive du contrat, ce qui risque de créer davantage de problèmes que d'en résoudre.

2. Il existe de nombreuses violations d'obligations contractuelles, qui ne sont pas des cas de demeure ou d'impossibilité, mais qui ne peuvent pas pour autant être qualifiées d'illicites. Je ne prendrai qu'un exemple: l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs requise sur la mauvaise parcelle par un avocat sur la base des recherches effectuées par son stagiaire. Si une telle violation du contrat de mandat devait être qualifiée d'acte illicite, cela signifierait que le stagiaire en répondrait personnellement à côté de son patron. La solution de l'Avant-projet conduirait par là à une extension de la responsabilité pour auxiliaires et organes. Or, seul le débiteur est lié par le contrat et répond de sa mauvaise exécution. L'auxiliaire ne doit pas être rendu personnellement responsable de la bonne exécution à côté du débiteur.

3. Les moyens ouverts au créancier en cas de contravention au contrat constituent un tout, ce que reconnaissent les codifications internationales récentes (CVIM, Principes Unidroit et Lando). La réparation du dommage n'est que l'un de ces moyens qui comprennent aussi la résolution, la diminution du prix, la réparation et le remplacement. Le dépeçage proposé par l'Avant-projet conduirait à des complications, notamment du point de vue de la prescription, comme des règles de droit international privé relatives au for ou au droit applicable.

Si l'unification des multiples règles disséminées dans les lois spéciales mérite un plein appui, ce déplacement de frontière entre le champ contractuel et délictuel ne convainc pas.

## *FW* **B. Un autre point de vue**

La critique de l'art. 42 AP adressée par ma collègue, Christine CHAPPUIS, est percutante sur plus d'un point. Il est vrai que l'Avant-projet ne définit sans doute pas suffisamment clairement la violation du contrat qu'il convient de traiter comme un délit. Il est vrai aussi que de traiter comme un délit tous les cas qui ne relèvent pas de l'impossibilité, de la demeure ou des cas de garantie pour les défauts semble contredire la tendance internationale qui a tendance à élargir la notion de violation du contrat. Il est vrai enfin qu'en procédant à de nouveaux découpages entre contrat et délit, on risque de créer de nouvelles difficultés pratiques.

Je proposerais de maintenir la proposition de l'Avant-projet pour les motifs suivants:

1. On doit traiter de manière égale comme un délit tout manquement à la diligence due par la loi: qu'il y ait un contrat entre les parties n'y change rien dès lors que celui-ci ne définit pas la diligence due.
2. Le fait que les instruments internationaux du droit des contrats comprennent la violation du contrat de façon large (au-delà des limites originelles du BGB, reprises en droit suisse) ne signifie pas qu'ils aient résolu la question de la relation entre contrat et délit. Tant s'en faut.
3. Le découpage doit être pratique. Celui qui est proposé ne l'est à mon avis pas moins que celui qui existe déjà.

En ce qui concerne le premier point, j'ajoute que, dans mon approche, l'acte illicite se définit comme l'acte contraire à la diligence requise raisonnablement requise dans les circonstances concrètes du cas d'espèce (cf. plus haut, I.B.). Dès lors que le contrat ne modifie pas au bénéfice du partenaire contractuel le degré de diligence due de par la loi (le contrat de transport ne change rien à la diligence due dans l'entretien de la piste de ski, p. ex.), il n'y a aucune raison de traiter le partenaire contractuel autrement que le tiers. Il en va de la cohérence du système et du respect de l'égalité de traitement.

L'idée qui fonde l'art. 42 AP est donc tout à fait juste. Le manquement à la diligence requise à l'égard de son partenaire contractuel n'a pas lieu d'être sanctionné autrement que le manquement à la diligence due à l'égard de quiconque *quand le contrat ne change rien au contenu de l'obligation*. Celui qui commet un délit civil doit être sanctionné en conséquence, que la victime soit ou non un partenaire contractuel.

Ainsi, on ne voit pas pourquoi un médecin qui manque à la diligence requise dans le traitement qu'il administre à un patient répondrait à la fois en application du délit et du contrat (avec des régimes distincts) quand le contrat de soins, comme c'est le cas le plus souvent, ne change rien au devoir de diligence du médecin. Autre est la situation quand le débiteur doit en plus un résultat ou une diligence plus grande que celle due de par la loi. L'entrepreneur qui promet la réparation de la sangle doit être tenu à la fois en vertu contrat et du délit (cf. RDS, p. 369 ss).

Pour soutenir le principe proposé par les auteurs de l'Avant-projet, tout en levant l'ambiguïté dénoncée par ma collègue, Christine CHAPPUIS, il me semble qu'on pourrait rédiger l'art. 42 AP dans les termes suivants:

**« Les règles qui régissent la responsabilité du débiteur pour la violation d'une obligation (art. 97 ss CO) ne s'appliquent pas lorsque celle-ci a pour seul objet la diligence requise par la loi et sanctionnée par le présent chapitre. »**

## **VI. Les conventions restrictives de responsabilité**

CC L'art. 57 AP exclut toute convention restrictive de responsabilité, lorsque sont en cause la vie ou l'intégrité corporelle, ainsi qu'une atteinte à l'environnement (ce qui montre l'importance, à juste titre, accordée à ce bien). La même solution est notamment prévue pour la clause restrictive figurant dans des *conditions générales*, suspecte du point de vue du consentement de la partie qui renonce de cette manière à la protection légale.

Dans les cas non visés par la règle, les parties restent libres d'aménager les rapports de responsabilité comme elles l'entendent.

J'approuve cette solution qui est placée à mi-chemin entre deux extrêmes également insatisfaisants: la nullité de toute clause restrictive de responsabilité (donc le caractère impératif des dispositions sur la responsabilité) et la liberté totale d'exclure ou de limiter la responsabilité. La règle générale relative à la validité de conditions générales restrictives de responsabilité doit être tout particulièrement applaudie.

*FW* Je me range à l'avis de ma collègue, en relevant toutefois que, dans l'interprétation d'une convention limitative de responsabilité entre deux parties à un contrat, on ne saurait présumer la volonté d'exclure aussi l'application des règles sur la responsabilité extra-contractuelle (cf. RDS, p. 384).

## *CC/FW*    **Conclusions**

Après une étude approfondie de l'Avant-projet, la méfiance initiale, suscitée par un texte bousculant les habitudes bien plus que les idées, s'est estompée pour faire place à une adhésion globale repoussant à l'arrière-plan les critiques qui ne manquent pas de surgir. Un refus n'est plus de mise. Le but poursuivi – unir les dispositions légales éparses de responsabilité civile en un concept unique – mérite que soient formulées des règles que d'aucuns auraient préféré laisser à la jurisprudence.