

**Intervention du professeur Pierre Wessner sur le rapport du professeur Tobias Jaag
lors du Congrès des Juristes suisses à Brunnen, les 26 et 27 septembre 2003**

I. Quelques observations introductives

Le but des art. 43 et 43a de l'avant-projet est de tracer de nouvelles frontières entre la responsabilité publique et la responsabilité privée, dans un but d'unification de la réparation des préjudices. Ce but, rappelons-le, était un postulat de la révision entreprise.

Le résultat, s'il voit le jour, se traduirait par une privatisation partielle de la responsabilité publique, la partie transférée étant soumise à l'avenir au droit privé fédéral (unitaire) et non plus aux différents régimes cantonaux (hétérogènes). On pourrait aussi parler d'une re-privatisation – partielle – de la responsabilité publique en ce sens que la responsabilité privée existait avant cette dernière.

S'agissant du critère de distinction entre les deux régimes, il serait le suivant : au lieu de dire, comme aujourd'hui, tout ce qui n'est pas de l'industrie peut être du droit public, les propositions de l'avant-projet déclarent que tout ce qui n'est pas de la puissance publique doit être du droit privé.

En ce qui concerne les effets, les tâches de puissance publique, comme celles d'assurer la sécurité des personnes, d'administrer la justice ou d'autoriser des activités à risques resteraient soumises, comme jusqu'ici, au droit public, compte tenu que dans ces domaines, il est opportun que l'Etat ait le pouvoir de contraindre, c'est-à-dire d'enjoindre ou d'interdire. En revanche, tout ce qui touche les tâches de politique sociale, comme celles pour l'Etat de gérer un hôpital ou un système de services industriels, des tâches qui rappelons-le peuvent tout à fait être exercées par une entreprise privée, ou concédées à une entreprise privée, elles seraient à l'avenir soumises au droit privé fédéral.

Quant à la portée de cette proposition, il faut bien reconnaître qu'elle vise en priorité les cantons. La Confédération, pour les tâches qui lui sont dévolues par la Constitution, fait en somme ce qu'elle veut. Les lois fédérales ne sont pas sanctionnables par les juges.

Une précision encore : comme le professeur Jaag l'a souligné, c'est avant tout l'art. 49a du Code des obligations, dans sa version de l'avant-projet, qui serait significatif pour la démarcation de nouvelles frontières entre la responsabilité civile et la responsabilité publique. Cette disposition, on le sait, pose le principe d'une responsabilité objective du fait de l'organisation, qui est imputable aux entreprises. Les corporations et établissements de droit public, pour les tâches de politique sociale, y seraient donc soumis.

II. Appréciation générale du rapport de M. Jaag

Le rapporteur a très bien compris et expliqué la réglementation qui est proposée par les auteurs de l'avant-projet. En particulier, il a raison de dire que :

- Formellement, des imperfections rédactionnelles caractérisent le rapport explicatif, notamment dans sa version allemande pour ce qui touche les relations entre les art. 43 et 43a de l'avant-projet et certaines dispositions remaniées de la loi fédérale sur la responsabilité;
- Matériellement, les rapports entre l'Etat et l'agent public doivent rester de droit public (c'est donc nier l'application des règles sur la solidarité), et cela quand bien même l'acte incriminé n'est pas de puissance publique;
- Systématiquement, la délimitation doit être affinée quand l'Etat confie une tâche de puissance publique à une organisation privée (exemple : une société anonyme

s'occupe du tri des déchets de chantier, en application de la loi sur la protection de l'environnement). Dans ce cas, à mon avis, l'Etat devrait répondre par le fait qu'il exerce de façon tacite ou non la surveillance sur l'activité en cause et agit donc comme autorité de tutelle.

III. Critiques du rapport de M. Jaag

A. La question de la constitutionnalité

Cette question de la constitutionnalité des art. 43 et 43a de l'avant-projet est controversée. Les professeurs Moor et Piotet, ainsi qu'aujourd'hui le professeur Jaag contestent que la Confédération puisse sur ce point empiéter dans les compétences des cantons. Pour notre part, nous nous sommes fondés sur des avis doctrinaux qui admettent le contraire, notamment sur l'avis de Hans Huber, d'Emil Stark et de Blaise Knapp, sans parler d'un avis de l'Office fédéral de la justice rendu en 1993 à la demande des auteurs de l'avant-projet. Je renvoie sur ce point aux explications du rapport qui accompagne l'avant-projet.

Selon M. Jaag, les art. 43 et 43a de l'avant-projet seraient donc anticonstitutionnels. Et je pose la question à mon collègue :

- Est-ce que le législateur agit contrairement à la Constitution fédérale lorsqu'il décide que la responsabilité des cantons et de la Confédération est soumise au régime de la responsabilité privée prévue aux art. 58 et suivants de la LCR, pour ce qui concerne le détenteur de véhicule (art. 73 LCR) ?
- Est-ce que le TF viole la Constitution fédérale lorsqu'il applique l'art. 58 CO à la responsabilité des cantons et des communes pour les défauts d'entretien des routes ?

Cela montre que quand M. Jaag répète que l'avant-projet introduit une dualité malheureuse de régimes juridiques (les lois de responsabilité publique cantonale d'une part, l'art. 49a de l'avant-projet d'autre part), il oublie un peu que ce phénomène existe depuis longtemps. D'ailleurs, le TF semble pour certains domaines en tout cas, et notamment pour celui de l'art. 56 CO, adopter le même critère de distinction que les auteurs de l'avant-projet (cf. ATF 115 II 237; 126 III 14). Notre haute Cour en effet précise que l'art. 56 CO l'emporte pour ce qui touche les tâches publiques des cantons sur les lois de responsabilité cantonale, sauf pour les actes de souveraineté. Ce qui serait le cas par exemple de la répression d'une manifestation publique avec des agents de police montant des chevaux.

B. Quant à la péjoration de la situation de la victime

M. Jaag souligne que la situation des victimes, dans la solution proposée, serait moins favorable qu'aujourd'hui par le fait qu'elles pourraient se voir à l'avenir opposer la preuve libératoire de l'art. 49a de l'avant-projet.

A cet égard, on rappellera que le libellé de cette preuve libératoire, dont l'existence avait été discutée dans la Commission d'étude et dont le professeur Kramer nous a dit hier qu'il était favorable à sa disparition, sera très difficile à rapporter. Déjà aujourd'hui, pour ce qui a trait à l'art. 55 du CO, le dernier arrêt fédéral publié qui a admis la preuve libératoire de l'employeur date de 1964 : c'est l'arrêt dit de la friteuse (ATF 90 II 86). Par ailleurs, il ne faut pas oublier que dans les régimes de responsabilité publique, le lésé doit en général prouver l'illicéité du comportement de l'auteur de l'acte dommageable, par exemple du médecin de l'hôpital public. Cela l'oblige à établir que ce médecin travaillait dans de mauvaises conditions ou n'a pas respecté les règles de l'art, éventuellement que l'hôpital souffrait d'un défaut d'organisation, bref cela l'oblige à prouver que "quelque part" la diligence qu'était en droit d'attendre le patient n'a pas été respectée. A cela s'ajoute, et M. Jaag ne manque pas de le souligner, que l'avant-projet

améliore la situation du lésé par l'application du droit privé, par exemple sur les questions régissant la prescription de l'action ou les preuves du dommage et de la causalité.

En ce qui concerne l'action possible contre l'agent public – une question qui avait été discutée dans la Commission d'étude, qui n'était pas loin d'admettre une canalisation forcée vers l'organisation –, il faut admettre qu'elle serait théoriquement possible, mais pratiquement guère réaliste. A cet égard, on rappellera que l'art. 49a n'entend plus distinguer l'acte de la collectivité comme entreprise de celui de l'agent comme auxiliaire. En fait, l'art. 49a AP prévoit une canalisation de fait de la responsabilité vers la collectivité publique.

C. Quant à l'opportunité de la réforme

Je trouve que M. Jaag ne montre pas assez les avantages de la solution proposée à la lumière de quelques aberrations du régime actuel. Je donne un exemple. Je suis venu hier de Neuchâtel à Brunnen en voiture. J'ai roulé sur des routes neuchâteloises, bernoises, fribourgeoises, à nouveau bernoises, soleuroises, argoviennes, lucernoises, et schwyzoises. Cela signifie que si j'avais eu un accident de circulation, et que, hospitalisé, j'avais été mal traité par un médecin d'un hôpital public, le régime de responsabilité aurait pu être différent selon que l'hospitalisation aurait eu lieu dans un canton ou un autre.

M. Jaag a raison de dire que l'unification de la responsabilité publique et de la responsabilité privée ne saurait être un but *en soi-même*. Mais on peut aussi lui retourner l'affirmation que la diversité par un fédéralisme qui se confond avec un cantonalisme d'un autre âge ne constitue pas une situation admissible, et qu'elle ne saurait plus trouver à l'avenir, pour le domaine qui nous touche, une justification, tant elle est incomprise des étudiants et des justiciables, mais aussi sans doute des praticiens et des juges.

Dans un pays minuscule, construit de 26 cantons, qui s'apprête à coexister et parfois se confronter avec une Europe politique et économique qui sera bientôt faite de 25 Etats, l'unification du droit de la responsabilité civile est un moyen parmi d'autres de donner des atouts à la Suisse. Est-ce que les avocats ont à se plaindre de la nouvelle loi sur la libre circulation, unificatrice, avec ses standards d'exigences professionnelles et l'obligation d'assurance de responsabilité qu'elle pose ?

Pierre Wessner

Neuchâtel, le 7 octobre 2003