

Au cours des dernières décennies on peut observer, en droit privé, une tendance générale à l'extension de la responsabilité, en particulier dans le domaine contractuel, et la problématique de la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle gagne en actualité au regard de la révision du droit de la responsabilité civile. Parallèlement, le contrat comporte de plus en plus de devoirs accessoires – que les parties n'envisagent au demeurant pas toujours –, et dont font partie les devoirs dits de protection.

L'auteur examine les conditions auxquelles les devoirs accessoires peuvent être rattachés au contrat et quel régime (entre celui des articles 41 ss ou celui des articles 97 ss du Code des obligations) est le plus apte à protéger les biens juridiques du partenaire contractuel en cas de violation de ces devoirs.

Tourné vers l'avenir, l'ouvrage expose en outre la réflexion menée dans l'avant-projet de la loi sur la responsabilité civile, quant à l'abandon éventuel du régime actuel du concours d'actions. L'auteur analyse également les théories concernant le contenu du contrat et ses effets envers des tiers, dont la théorie de la responsabilité fondée sur la confiance ou encore celles, nouvelles, du rapport de protection légal uniforme ou de l'effet protecteur à l'égard des tiers.



OLIVIER CHAPUIS

Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat

Le régime de responsabilité applicable
à la violation des devoirs accessoires
découlant d'un contrat et notamment à la violation
des devoirs de protection



COLLECTION NEUCHÂTELOISE
HELBING & LICHTENHAHN

Olivier Chapuis

Responsabilité et devoirs accessoires
découlant d'un contrat

OLIVIER CHAPUIS

Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat

Le régime de responsabilité applicable
à la violation des devoirs accessoires
découlant d'un contrat et notamment à la violation
des devoirs de protection



COLLECTION NEUCHÂTELOISE
HELBING & LICHTENHAHN

Thèse de doctorat de la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel, 2004



Université de Neuchâtel
Suisse

A Laure

Information bibliographique de la Deutsche Bibliothek

La Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliographie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse: <http://dnb.ddb.de>

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi.
Toute utilisation en dehors des limites de la loi nécessite l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-2456-3

© 2005 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

Conception graphique de la couverture: Susanne Bolliger, Bâle

Remerciements

Je remercie vivement Monsieur le Professeur Pierre Wessner d'avoir accepté de diriger ma thèse et de m'avoir aidé à structurer mon sujet en fixant des limites raisonnables au domaine vaste et complexe des « devoirs accessoires » du contrat.

Mes remerciements vont également à Messieurs les Professeurs Thomas Probst et Franz Werro pour avoir accepté la charge de co-rapporteurs.

J'aimerais finalement remercier mes proches pour leur soutien de tous les jours et en particulier Laure Monin, qui a eu la patience de relire entièrement mon manuscrit. C'est à elle que je dédie cette étude.

Lausanne, novembre 2004

Olivier Chapuis

Table des matières

Bibliographie	XXI
Abréviations	XXXVII
Introduction	1
Première partie: Les régimes généraux de responsabilité civile en droit privé	7
Chapitre 1: Les régimes contractuels	8
§ 1 L'action générale en dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle	8
1.1. L'inexécution du contrat	8
1.2. L'impossibilité	8
1.3. L'exécution imparfaite	9
§ 2 Les régimes particuliers	11
2.1. Le rapport entre les articles 97 et suivants CO et les dispositions de la partie spéciale du CO	11
2.2. Les principales normes prévues dans la partie spéciale du CO instituant un régime de responsabilité civile	15
a. La vente (articles 184 et suivants CO)	15
b. La donation (articles 239 et suivants CO)	16
c. Le bail à loyer et à ferme (articles 253 et suivants CO)	16
d. Le contrat de travail (articles 319 et suivants CO)	17
e. Le contrat d'entreprise (articles 363 et suivants CO)	18
f. Le mandat (articles 394 et suivants CO)	20
g. Le contrat de transport (articles 440-457 CO)	22
2.3. Les lois spéciales	22
Chapitre 2: Les régimes délictuels	23
§ 1 L'action générale en dommages-intérêts en cas d'atteinte illicite à un bien protégé par l'ordre juridique	23
1.1. La théorie objective de l'illicéité	23

a.	L'énoncé de la théorie	23
b.	L'alternative proposée aux théories objective et subjective de l'illicéité	25
c.	La solution retenue par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile	25
1.2.	La discrimination des dommages purement patrimoniaux	26
a.	La distinction entre l'illicéité « de résultat » et « de comportement »	26
aa.	En général	26
bb.	L'atteinte portée à un droit absolu	26
cc.	L'atteinte portée à un autre bien qu'un droit absolu	27
b.	L'insécurité juridique liée au critère de la « finalité protectrice de la norme »	29
c.	Les remèdes proposés par la doctrine et la jurisprudence	31
aa.	La recherche de normes protectrices par la jurisprudence	31
bb.	La « construction » de figures juridiques destinées à étendre l'acte illicite	32
cc.	Le principe de la bonne foi de l'art. 2, al. 1, CC comme bien juridique absolument protégé	33
dd.	Le principe du risque créé	34
ee.	Conclusion	35
§ 2	Les régimes spéciaux instituant une responsabilité objective	36
2.1.	Les responsabilités objectives simples	36
2.2.	Les responsabilités objectives aggravées	38
2.3.	Le régime particulier de l'article 54, alinéa 1, CO	39
Chapitre 3:	Les interférences entre les régimes contractuel et délictuel	40
§ 1	La règle posée à l'article 99, alinéa 3, CO	40
1.1.	En général	40
1.2.	La preuve du dommage (article 42 CO)	40
1.3.	L'étendue de la réparation (articles 43 et 44 CO)	41
a.	En général	41
b.	L'article 43, alinéa 1, CO	41
c.	L'article 44, alinéa 1 et 2, CO	42
1.4.	La limite du renvoi	43
§ 2	Le concours d'actions entre les responsabilités contractuelle et délictuelle	45
§ 3	Le principe de l'exclusivité	46
3.1	En général	46

3.2	Le rapport entre la responsabilité générale délictuelle et les responsabilités objectives	47
3.3	Le rapport entre deux responsabilités objectives	48
Chapitre 4:	La responsabilité fondée sur la confiance	50
§ 1	Notion	50
1.1.	La confiance	50
1.2.	La responsabilité	51
§ 2	Les conditions de la responsabilité	52
§ 3	Le champ d'application	55
§ 4	Les caractéristiques dogmatiques	57
Deuxième partie:	La notion de devoirs accessoires du contrat	59
Chapitre 1:	Généralités	60
Chapitre 2:	Les devoirs principaux et les devoirs accessoires	62
§ 1	Les devoirs principaux	62
§ 2	Les devoirs accessoires	63
§ 3	Les limites de la distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires	64
§ 4	L'importance de la distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires	66
Chapitre 3:	La classification des devoirs accessoires	68
§ 1	La distinction selon le contenu	68
1.1.	Les devoirs d'information	68
1.2.	Les devoirs de protection	73
1.3.	Les devoirs de procuration	75
1.4.	Les devoirs de collaboration	76
1.5.	Les autres objets des devoirs accessoires du contrat	76
a.	L'expédition	76
b.	La restitution	77
§ 2	La distinction selon la source	77
2.1.	Le contrat	77
2.2.	La loi	79
2.3.	L'interprétation et le complètement du contrat selon les règles de la bonne foi	81

§ 3	La distinction selon le but poursuivi	83
3.1.	Les devoirs de prestation	83
a.	Les devoirs de prestation principaux	83
b.	Les devoirs de prestation accessoires	84
3.2.	Les devoirs de comportement	84
3.3.	L'intérêt positif, l'intérêt négatif et l'intérêt à l'intégrité du patrimoine	86
a.	L'intérêt positif et l'intérêt négatif	86
aa.	L'intérêt positif	86
bb.	L'intérêt négatif	86
b.	L'intérêt à l'intégrité du patrimoine	87
c.	La distinction entre l'intérêt à l'intégrité du patrimoine et les intérêts positif et négatif au contrat	88
3.4.	La difficulté de distinguer les devoirs de comportement des devoirs de prestation	89
§ 4	La distinction selon la faculté d'agir en exécution	91
Résumé de la deuxième partie		95
 Troisième partie: La notion particulière de devoirs accessoires de protection et les sanctions en cas de violation		97
 Chapitre 1: La notion et l'objet		98
§ 1	La protection des droits absolus	98
§ 2	L'atteinte à des biens juridiques non compris dans les devoirs principaux du contrat	101
§ 3	Le caractère principal ou accessoire des devoirs de protection	103
 Chapitre 2: Les sources		104
§ 1	Les devoirs accessoires de protection conventionnels	104
§ 2	Les devoirs accessoires de protection prévus par la loi	105
2.1.	En général	105
2.2.	Le devoir de discrétion	108
§ 3	Les devoirs accessoires de protection découlant de l'interprétation et du complètement du contrat selon les règles de la bonne foi	110
3.1.	Les règles de la bonne foi comme instrument d'interprétation des contrats	110
a.	Le devoir accessoire de fidélité de l'entrepreneur	111
b.	Le devoir accessoire de fidélité du mandataire	112

3.2.	Les règles de la bonne foi comme instrument de complètement des contrats	113
a.	En général	113
b.	L'existence d'une lacune dans le contrat	114
c.	Le comblement du contrat	115
d.	La frontière entre l'interprétation et le complètement d'un contrat	116
e.	Le complètement du contrat au moyen de devoirs accessoires de protection	117
§ 4	Les devoirs accessoires de protection découlant directement des règles de la bonne foi	118
 Chapitre 3: La nature juridique des devoirs accessoires de protection		121
§ 1	La théorie délictuelle	121
1.1.	L'assimilation des devoirs accessoires de protection à des devoirs généraux	121
a.	Le but des devoirs accessoires de protection	122
b.	L'absence de manifestations de volonté concordantes	122
1.2.	Les critiques à l'encontre de la théorie délictuelle	123
a.	Les personnes soumises à des devoirs accessoires de protection	123
b.	Le rapport de confiance	124
§ 2	La théorie contractuelle	125
2.1.	L'assimilation des devoirs accessoires de protection à des devoirs contractuels	125
2.2.	Les critiques à l'encontre de la théorie contractuelle	125
a.	L'absence de commune et réelle volonté des parties	125
b.	La remise en cause du rapport de confiance portant sur les devoirs accessoires de protection	126
§ 3	La pesée des théories délictuelle et contractuelle	127
§ 4	L'alternative proposée par la théorie du rapport de protection légal uniforme	128
4.1.	Généralités	128
4.2.	Une théorie développée par la doctrine allemande	129
a.	La genèse de la théorie	130
b.	L'énoncé de la théorie	131
4.3.	La situation en droit suisse	132
4.4.	Le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs de comportement découlant du rapport de protection légal uniforme	133
4.5.	L'enjeu de la théorie	134

a.	La <i>culpa in contrahendo</i> et le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers	134
b.	La coexistence des devoirs de comportement et des devoirs contractuels	134
c.	L'alternative aux théories contractuelle et délictuelle	135
4.6.	Les caractéristiques du rapport de protection légal uniforme	136
4.7.	Les motifs invoqués à l'appui de la théorie du rapport de protection légal uniforme	137
4.8.	Les raisons conduisant au rejet de la théorie du rapport de protection légal uniforme	139
4.9.	La position du Tribunal fédéral	142
4.10.	Conclusion	145
Chapitre 4:	Les sanctions en cas de violation	147
§ 1	La réparation du dommage	147
1.1.	Le principe	147
1.2.	L'étendue de la réparation	148
a.	Le dommage corporel	148
b.	Le dommage matériel	148
c.	Les autres dommages	149
d.	Le tort moral	149
§ 2	Le refus d'exécuter sa prestation	150
2.1.	L'exception d'inexécution prévue à l'article 82 CO	150
2.2.	L'application de l'article 82 CO aux devoirs accessoires de protection	151
§ 3	La possibilité d'exiger en justice l'exécution des devoirs accessoires de protection	152
3.1.	L'action en exécution en tant qu'attribut de la créance	152
3.2.	Les conditions matérielles de l'action en exécution	153
3.3.	L'application aux devoirs accessoires de protection	153
§ 4	Le droit de mettre fin au contrat	156
4.1.	Le droit de résoudre le contrat	156
a.	En général	156
b.	En cas de violation des devoirs accessoires de protection	157
4.2.	La résiliation des contrats de durée	158
§ 5	La perte du droit à la rémunération du mandataire	159
5.1.	En général	159
a.	L'interdiction d'enrichissement du lésé	159
b.	L'utilité de la prestation pour le mandant	160

5.2.	En cas de violation des devoirs accessoires de protection	161
Résumé de la troisième partie		163
Quatrième partie: Le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs de protection		167
Chapitre 1: La distinction entre les régimes généraux de responsabilité civile et le concours d'actions		168
§ 1	La distinction entre les régimes généraux de responsabilité civile selon leur fondement juridique	168
1.1.	En général	168
1.2.	La notion d'illicéité selon l'article 41, alinéa 1, CO	168
1.3.	La violation d'une obligation au sens de l'article 97, alinéa 1, CO	169
1.4.	La violation positive du contrat	170
§ 2	Les autres distinctions entre les régimes généraux de responsabilité civile	172
2.1	La présomption de faute du débiteur	172
2.2	La responsabilité pour les auxiliaires	172
2.3.	La prescription	173
2.4.	La réparation des dommages purement économiques	174
2.5.	Le système de solidarité en cas de pluralité de responsables	175
2.6.	Les conventions restrictives de responsabilité	175
a.	En général	175
b.	Les limites aux clauses restrictives de responsabilité	176
c.	La portée d'une convention restrictive de responsabilité dans le domaine délictuel	177
2.7.	Les règles en matière de for et de droit applicable	179
a.	En cas de litige de nature « internationale »	179
aa.	Le for et le droit applicable aux actions fondées sur un acte illicite	179
bb.	Le for et le droit applicable en matière contractuelle	180
b.	En cas de litige « national »	181
§ 3	Le concours d'actions	182
3.1	La définition du concours d'actions	182
3.2	Les situations donnant lieu à un concours d'actions	183

Chapitre 2: La remise en cause du concours d'actions	186
§ 1 Généralités	186
§ 2 Les principales critiques adressées au concours d'actions	188
2.1. La violation du principe d'unité de la responsabilité civile	188
2.2. L'extension de la notion d'obligation contractuelle	189
§ 3 Les solutions proposées dans la doctrine	189
§ 4 L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile	190
4.1. Généralités	190
4.2. La suppression du concours d'actions en cas de violation des devoirs de protection découlant d'un contrat	192
a. L'objectif de la nouvelle délimitation: l'unification partielle des règles régissant la réparation des dommages	192
b. Les contours de la nouvelle responsabilité pour acte illicite prévue aux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC	193
aa. La teneur des nouveaux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC	193
bb. L'application du régime délictuel pour sanctionner la violation positive du contrat	193
cc. L'interprétation des articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC et de la notion de violation positive du contrat	194
dd. Les résultats de la procédure de consultation	195
§ 5 L'examen critique de la proposition prévue aux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC	197
5.1. Remarques préliminaires	197
5.2. Les arguments invoqués à l'appui des nouveaux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC	198
5.3. Les arguments opposés aux nouveaux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC	200
a. En général	200
b. Péjoration de la situation du lésé ?	201
aa. La responsabilité pour les auxiliaires	201
bb. La preuve de la faute	203
cc. La prescription	205
dd. La réparation du dommage purement économique	206
ee. Conclusion	206
5.4. Appréciation personnelle	207

Chapitre 3: Le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs accessoires de protection en droits allemand, français et selon les Principes d'UNIDROIT et du droit européen des contrats	211
§ 1 L'exemple allemand: un régime essentiellement contractualiste	211
1.1. Le concours d'actions	211
1.2. La responsabilité générale délictuelle	212
a. § 823 BGB	212
b. § 826 BGB	214
1.3. La responsabilité pour la violation d'un devoir	214
a. En général	214
b. La loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001	215
c. Le rapport d'obligations	215
d. La distinction entre les devoirs de prestation et les devoirs de protection	216
e. Les différentes situations donnant naissance à un rapport d'obligations imposant des devoirs de protection	217
f. L'obligation de réparer le dommage consécutif à la violation d'un devoir découlant du rapport d'obligations	219
g. Les autres sanctions possibles	219
1.4. Résumé et critique de la loi de modernisation du droit des obligations	220
§ 2 L'exemple français: l'absence de concours d'actions et l'extension contestée de la responsabilité contractuelle	222
2.1. L'absence de concours d'actions	222
a. La responsabilité générale délictuelle	222
b. La responsabilité contractuelle	223
c. Le rapport entre les responsabilités contractuelle et délictuelle	223
2.2. L'obligation de sécurité et son rattachement au contrat	224
a. La notion d'obligation de sécurité	224
aa. Généralités	224
bb. L'objet	224
cc. La distinction entre l'obligation de sécurité de moyens et de résultat	225
b. Le rattachement de l'obligation de sécurité au contrat	226
2.3. La « décontractualisation » de l'obligation de sécurité	228
a. En général	228
b. L'inégalité de traitement entre les cocontractants et les tiers	228
2.4. La jurisprudence de la Cour de cassation	229

2.5. La critique du régime de l'obligation de sécurité	230
§ 3 Les Principes du droit européen des contrats et les Principes d'UNIDROIT	231
3.1. Les Principes du droit européen des contrats	231
a. Généralités	231
b. La notion d'inexécution	233
c. Le rôle joué par la faute	233
d. Les différents moyens sanctionnant l'inexécution	234
3.2. Les Principes d'UNIDROIT	235
a. Généralités	235
b. La notion d'inexécution	236
c. Le rôle joué par la faute	236
3.3. La portée des Principes du droit européen des contrats et des principes d'UNIDROIT en matière de devoirs de protection contractuels	237
Chapitre 4: La responsabilité fondée sur la confiance	238
§ 1 La théorie du rapport de protection légal uniforme	238
§ 2 Le rapport de subsidiarité entre la responsabilité fondée sur la confiance et les responsabilités contractuelle et délictuelle	239
2.1. La <i>culpa in contrahendo</i>	239
2.2. Le principe de subsidiarité en général	240
2.3. Le principe de subsidiarité dans les relations contractuelles, en l'absence de responsabilité fondée sur les articles 41 et 97 CO	241
§ 3 Les devoirs de comportement sanctionnés par la responsabilité fondée sur la confiance	243
3.1. Le fondement juridique des devoirs de comportement	243
3.2. Le contenu des devoirs de comportement	243
a. Le devoir d'information	243
b. Le devoir de renseignement	244
c. L'interdiction d'adopter un comportement contradictoire	245
d. Le devoir de ne pas commettre de <i>culpa in contrahendo</i>	245
e. L'interdiction d'invoquer abusivement un motif de nullité	245
3.3. Le préjudice réparé par la responsabilité fondée sur la confiance	246
§ 4 La distinction entre les devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat et les devoirs de comportement appréhendés par la responsabilité fondée sur la confiance	247
4.1. L'objet	247
4.2. Le préjudice réparable	247

4.3. Le fondement juridique	248
4.4. Le régime de responsabilité applicable en cas de violation	248
4.5. Conclusion	249
Chapitre 5: Le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers	250
§ 1 Une théorie d'origine allemande	250
§ 2 La situation en droit suisse	253
§ 3 Les obstacles à une reconnaissance en droit suisse de la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers	255
3.1. Le principe de la relativité des conventions	255
3.2. L'absence de fondement juridique	258
a. Le fondement contractuel	258
b. Le rapport de protection légal uniforme	259
c. Conclusion	260
Résumé de la quatrième partie	261
Conclusion	265

Bibliographie

La littérature a été prise en considération jusqu'en avril 2004.

- ABEGGLEN SANDRO, Pflicht des Arztes zur Aufklärung über wirtschaftliche und versicherungsrechtliche Belange der Heilbehandlung, in: RJB 1994, p. 178 ss
- AMSTUTZ MARC/WATTER ROLF, Bundesgericht I. Zivilabteilung 15.11.1994, Wibru Holding AG c. Swissair Beteiligung AG (BGE 120 II 331), Berufung in: PJA 1995, p. 502 ss
- ANEX JEAN, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Lausanne 1977
- ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Drittschäden und vertragliche Haftung, in: recht 1993, p. 83 ss
- BAUMANN MAX, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd I/1, Einleitung und Art. 1-7 ZGB, 3^{ème} éd., Zurich 1998. Cité: ZK-BAUMANN
- BECKER HERMANN, Allgemeine Bestimmungen, in: Berner Kommentar, Bd VI/1, Art. 1-183 OR, Berne 1941. Cité: BK-BECKER
- BECKER HERMANN, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, in: Berner Kommentar, Bd VI/2, Art. 184-551 OR, Berne 1934. Cité: BK-BECKER
- BERGER BERNHARD, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, thèse, Berne 2000
- BERGER BERNHARD, Abschied vom Gefahrensatz ? in: recht 1999, p. 104 ss
- BREHM ROLAND, Die Entstehung durch unerlaubter Handlungen, in: Berner Kommentar, Bd VI/1, Art. 41-61 OR, 2^{ème} éd., Berne 1998. Cité: BK-BREHM
- BRUNNER HANS-ULRICH, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Fribourg 1991
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2^{ème} éd., Zurich 1988
- BUCHER EUGEN, Was man aus einem Fall von « Putativ-Vertrauenshaftung » lernen kann, in: recht 2001, p. 65 ss. Cité: BUCHER, Putativ-Vertrauenshaftung

- BÜHLER THEODOR, Der Werkvertrag, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V/2d, Art. 363-379 OR, 3^{ème} éd., Zurich 1998. Cité: ZK-BÜHLER
- BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Cologne 1992. Cité: Bundesminister der Justiz, Abschlussbericht
- BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (Hrsg.), Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Berlin, état au 4.8.2000. Cité: BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, Diskussionsentwurf
- CANARIS CLAUD-WILHELM, Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, in: JZ 1965, p. 475 ss
- CARBONNIER JEAN, Droit civil, Les obligations, tome 4, 22^{ème} éd., Paris 2000
- CHAPPUIS BENOÎT, La responsabilité fondée sur la confiance vue par le praticien, in: Journée de la responsabilité civile 2000 – La responsabilité fondée sur la confiance, Zurich 2001, p. 97 ss. Cité: BENOÎT CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance
- CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité fondée sur la confiance, in: SJ 1997, p. 165 ss. Cité: CHAPPUIS, SJ 1997
- CHAPPUIS CHRISTINE, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, in: Mélanges en l'honneur de Bruno Schmidlin, Bâle et Francfort 1998, p. 227 ss. Cité: CHAPPUIS, FS Schmidlin
- CHAPPUIS CHRISTINE, Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon, in: Journée de la responsabilité civile 2000 – La responsabilité fondée sur la confiance, Zurich 2001, p. 21 ss. Cité: CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance
- CHAPPUIS CHRISTINE/WERRO FRANZ, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, Bâle, in: RDS 2003 II, p. 237 ss. Cité: CHAPPUIS ou WERRO, RDS 2003 II
- COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT, LANDO O./BEALE H. (édit.), Les Principes du droit européen des contrats, traduction française par de Lamberterie, Rouhette, Tallon, 1^{ère} version, Paris 1997 (complété en 1998). Cité: COMMISSION LANDO, Principes
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (contrat de travail), du 25 août 1967, FF 1967 II 249 ss. Cité: Message relatif au contrat de travail
- CONTI CHRISTIAN, Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag, Berne 2000
- CUENDET JEAN, La faute contractuelle et ses effets, Lausanne 1970

- DELCÒ FABIO, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, thèse, Zurich 2000
- DERENDINGER PETER, Die Nicht- und Nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, thèse, 2^{ème} éd., Fribourg 1990
- DESCHENAUX HENRI, Le Titre préliminaire du Code Civil, in: Traité de droit privé suisse, tome II/1, Fribourg 1969. Cité: DESCHENAUX, TDP II
- DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2^{ème} éd., Berne 1982
- DESSEMONTET FRANÇOIS, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in: Cédidac, La nouvelle LCD, Lausanne 1988, p. 69 ss
- DRUEY JEAN NICOLAS, Information als Gegenstand des Rechts, Zurich 1995
- DÜRR DAVID, Vorbemerkungen zu Art. 1 und 4 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd I/1, Einleitung und Art. 1-7 ZGB, 3^{ème} éd., Zurich 1998. Cité: ZK-DÜRR
- DURRY GEORGES, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? in: Responsabilité civile et assurances, La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, Colloque organisé par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry (7 et 8 décembre 2000), Editions du Juris-Classeur, hors-série de juin 2001, p. 20 ss
- DUTOIT BERNARD, Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3^{ème} éd., Bâle et Francfort 2001
- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^{ème} éd., Berne 1997
- ESSER JOSEF/SCHMIDT EIKE, Schuldrecht, Bd I/1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8^{ème} éd., Heidelberg 1995. Cité: ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1
- ESSER JOSEF/SCHMIDT EIKE, Schuldrecht, Bd I/2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 8^{ème} éd., Heidelberg 2000. Cité: ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/2
- FELLMANN WALTER, Der einfache Auftrag, in: Berner Kommentar, Bd VI/2, Art. 394-406 OR, Berne 1992. Cité: BK-FELLMANN
- FELLMANN WALTER, Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht ?, in: recht 1997, p. 95 ss. Cité: FELLMANN, Integration
- FREI BERNHARD, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach OR Art. 328 Abs. 1. Unter besonderer Berücksichtigung des Personaldatenschutz, Zurich 1982

- FROST MARINA, « Vorvertragliche » und « vertragliche » Schutzpflichten, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Berlin 1981
- GABRIEL BRUNO, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, thèse, Entlebuch 1987
- GAUCH PETER, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, p. 209 ss. Cité: GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4^{ème} éd., Zurich 1996. Cité: GAUCH, Werkvertrag
- GAUCH PETER, Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung, in: RDS 1997, p. 315 ss. Cité: GAUCH, Vereinheitlichung
- GAUCH PETER, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in: recht 1996, p. 225 ss. Cité: GAUCH, Grundbegriffe
- GAUCH PETER, Le contrat d'entreprise (traduit par Benoît Carron), Zurich 1999. Cité: GAUCH, Entreprise
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./TERCIER PIERRE, Partie générale du droit des obligations, tome I et II, 2^{ème} éd., Zurich 1982
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd I et II, 8^{ème} éd., Zurich 2003
- GAUCH PETER/SCHRANER MARIUS, Die Erfüllung der Obligationen, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V/1e, Art. 68-96 OR, Zurich 2000. Cité: ZK-SCHRANER
- GAUCH PETER/SWEET JUSTIN, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Festschrift für Max Keller, Zurich 1989, p. 117 ss
- GAUTSCHI GEORG, Der einfache Auftrag, in: Berner Kommentar, Bd II/4, Art. 394-406 OR, 3^{ème} éd., Berne 1971. Cité: BK-GAUTSCHI
- GEISER THOMAS, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Berne 1983
- GERNHUBER JOACHIM, Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989
- GIAVANNONI PIERRE, Le dommage par ricochet en droit suisse, in: Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zurich 1991, p. 239 ss
- GIGER HANS, Kauf und Tausch (Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrnis-kauf), in: Berner Kommentar, Bd VI/2, Art. 184-215 OR, Berne 1980. Cité: BK-GIGER

- GLÄTTLI ELISABETH, Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, thèse, Zurich 1998
- GONZENBACH RAINER, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Berne 1987. Cité: GONZENBACH, Culpa in contrahendo
- GONZENBACH RAINER, Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus « Konzernvertrauen », in: recht 1995, p. 117 ss. Cité: GONZENBACH, Senkrechtstart
- GROSSEN JEAN-MICHEL, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, in: Mélanges pour Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, p. 121 ss
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder und Jean Nicolas Druey, 9^{ème} éd., Zurich 2000. Cité: GUHL/MERZ/KOLLER
- GULLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient: autodétermination ou paternalisme?, thèse, Neuchâtel 1986
- HÄFELIN ULRICH, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zurich 1981, p. 91 ss. Cité: HÄFELIN, Lückenfüllung
- HAUSHEER HEINZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1995 und 1996, in: RJB 1997, p. 434 ss
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Berne 1999
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, in: RJB 1999, p. 401 ss. Cité: HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Berne 2003. Cité: HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel
- HEINZER BORIS, La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client, thèse, Bâle/Genève/Munich 2001
- HIGI PETER, Die Miete, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V2b, Art. 253-265 OR, 3^{ème} éd., Zurich 1994. Cité: ZK-HIGI
- HIRSCH ALAIN, La responsabilité des experts envers les tiers, in: Journée de la responsabilité civile 2000 – La responsabilité fondée sur la confiance, Zurich 2001, p. 77 ss
- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/6, Bâle 2000. Cité: HOFSTETTER, Auftrag

- HOFSTETTER JOSEF, Le Mandat et la gestion d'affaires, in: *Traité de droit privé suisse VII*, tome II/1, Fribourg 1994. Cité: HOFSTETTER, TDP
- HONSELL HEINRICH, Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland, in: *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, Zurich 2002, p. 177 ss. Cité: HONSELL, Schuldrechtsmodernisierung
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3^{ème} éd., Zurich 2000. Cité: HONSELL, Haftpflichtrecht
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6^{ème} éd., Berne 2001. Cité: HONSELL, OR BT
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 2^{ème} éd., Bâle et Francfort 2002. Cité: BaK-auteur
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR*, 3^{ème} éd., Bâle et Francfort 2003. Cité: BaK- auteur
- JÄGGI PETER, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: *Festschrift für Wilhelm Schönenberger*, Fribourg 1968, p. 181 ss
- JAMIN CHRISTOPHE/MAZEAUD DENIS, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris 2001
- JAUN MANUEL, Der Gefahrensatz – Gefahr oder Chance?, in: *RJB* 139 (2003), p. 141 ss
- JOURDAIN PATRICE, Le Fondement de l'obligation de sécurité, in: *Gazette du Palais du 23 septembre 1997* (2^{ème} sem.), p. 1196 ss. Cité: JOURDAIN, Fondement
- JOURDAIN PATRICE, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, 1996. Cité: JOURDAIN, Responsabilité
- KAISER URS, *Die Zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten*, thèse, Berne 1987
- KELLER ALFRED, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd I, 6^{ème} éd., Berne 2001. Cité: KELLER, Haftpflicht I
- KELLER MAX, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich? in: *recht* 1987, p. 136 ss. Cité: KELLER, Treu und Glauben
- KELLER MAX/GABI SONIA, *Das Schweizerische Schuldrecht*, Bd II, Haftpflichtrecht, 2^{ème} éd., Bâle et Francfort 1988
- KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN, *Das Schweizerische Schuldrecht*, Bd I, Allgemeines Lehren des Vertragsrechts, 3^{ème} éd., Bâle et Francfort 1988
- KOLLER ALFRED, Der Werkvertrag, in: *Berner Kommentar*, Bd VI/2, Art. 363-366 OR, Berne 1998. Cité: BK-KOLLER

- KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, in: *PJA* 1992, p. 1483 ss. Cité: KOLLER, Grundzüge
- KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, Bd I, Berne 1996. Cité: KOLLER, OR AT
- KOZIOL HELMUT, Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung im Schweizer Vorentwurf für einen allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, in: *RJB* 1998, p. 517 ss
- KRAMER ERNST A., Einleitung vor §§ 241 ff. und Kommentar zu § 241 BGB, in: *Münchener Kommentar*, Bd 2a, §§ 241-432 BGB, 4^{ème} éd., Munich 2003. Cité: MünK-KRAMER
- KRAMER ERNST A., Reine Vermögensschäden als Folge von Stromkabelbeschädigungen, in: *recht* 1984, p. 128 ss. Cité: KRAMER, Reine Vermögensschäden
- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, in: *Berner Kommentar*, Bd VI/1, Berne 1987. Cité: BK-KRAMER
- KUZMIC KRISTINA, *Haftung aus « Konzernvertrauen »*, Zurich 1998
- LARENZ KARL, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd I, Allgemeiner Teil, 14^{ème} éd., Munich 1987
- LARENZ KARL/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8^{ème} éd., Munich 1997
- LE TOURNEAU PHILIPPE/CADIET LOÏC, *Droit de la responsabilité : responsabilités civile et pénale, responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles, défaillances contractuelles et professionnelles, régimes spéciaux d'indemnisation*, Paris 1996
- LORANDI FRANCO, Haftung für reinen Vermögensschaden, in: *recht* 1990, p. 19 ss
- LOSER PETER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, in: *recht* 1999, p. 73 ss
- LÜCHINGER NIKLAUS, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, thèse, Fribourg 1999
- MAURER ALFRED, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^{ème} éd., Berne 1995
- MAZEAUD DENIS, Le régime de l'obligation de sécurité, in: *Gazette du Palais du 23 septembre 1997* (2^{ème} sem.), p. 1201 ss
- MEDICUS DIETER, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 12^{ème} éd., Munich 2000
- MERTENS HANS-JOACHIM, Kommentar zu § 823 BGB, in: *Münchener Kommentar*, Bd 5, §§ 705-853 BGB, 3^{ème} éd., Munich 1997. Cité: MünK-MERTENS

- MERZ HANS, Droit des obligations, Partie générale (tome I), in: *Traité de droit privé suisse VI/1*, Fribourg 1993 (traduction de Giovannoni). Cité: MERZ, TDP
- MERZ HANS, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: *Berner Kommentar*, Bd I/1, Art. 1-10 ZGB, Berne 1966. Cité: BK-MERZ
- MERZ HANS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Die Obligation), in: *Schweizerisches Privatrecht VI/1*, Bâle et Francfort 1984. Cité: MERZ, SPR
- MIDDENDORF PATRICK, *Nachwirkende Vertragspflichten*, thèse, Fribourg 2002
- MISTELI CHRISTOPHE, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse, Zurich 1999
- MORIN ARIANE, *La responsabilité fondée sur la confiance*, thèse, Genève 2001
- MOSER MARTIN, *Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers*, thèse, Berne 1998
- MOSER MARTIN/BERGER BERNHARD, *Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten*, in: *PJA* 1999, p. 541 ss
- MÜLLER CHRISTOPH, *La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, thèse, Berne 2002. Cité: MÜLLER CHRISTOPH
- MÜLLER ROBERT, *Gesellschaftsvertrag und Synallagma*, thèse, Zurich 1971
- NEUENSCHWANDER MARKUS, *Die Schlechterfüllung*, thèse, Berne 1971
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *résultats provisoires de la procédure de consultation portant sur l'avant-projet de loi sur la révision de la responsabilité civile*, Berne 2003
- OFTINGER KARL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd I, Allgemeiner Teil, 4^{ème} éd., Zurich 1975. Cité: OFTINGER I
- OFTINGER KARL, *Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte*, in: *RDS* 58 (1939), p. 178 ss. Cité: OFTINGER, *Auslegung und Ergänzung*
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht : Allgemeiner Teil*, Bd I, 5^{ème} éd., Zurich 1995. Cité: OFTINGER/STARK I
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht : Besonderer Teil*, Bd II/1, 4^{ème} éd., Zurich 1987. Cité: OFTINGER/STARK II/1

- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, *Kommentar zu Art. 419-529 OR*, in: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd V/3, 2^{ème} éd., Zurich 1945. Cité: ZK-OSER/SCHÖNENBERGER
- PATRY ROBERT, *L'obligation de sécurité en droits français et suisse*, in: *RJB* 93 (1957) p. 41 ss
- PAYLLIER PASCAL, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung*, thèse, Zurich 1999
- PEDRAZZINI FRANCO, *Dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise*, Fribourg 1992
- PERRIN JEAN-FRANÇOIS, *La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse*, in: *SJ* 1973, p. 209 ss. Cité: PERRIN, *Limitation de responsabilité*
- PERRIN JEAN-FRANÇOIS, *La validité des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, in: *Recueil des travaux suisses présentés au IX^e Congrès international de droit comparé*, Bâle 1976, p. 65 ss. Cité: PERRIN, *Clauses de non responsabilité*
- PICHONNAZ PASCAL, *L'exonération du débiteur malgré l'inexécution de son obligation selon les principes du droit européen des contrats*, in: *L'euro-péanisation du droit privé – vers un code civil européen ?*, Fribourg 1998
- PICKER EDUARD, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen « zwischen » Vertrag und Delikt*, in: *AcP* 183 (1983), p. 369 ss
- PIOTET PAUL, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963. Cité: PIOTET, *Culpa in contrahendo*
- PIOTET PAUL, *L'article 55 du Code civil et l'unification des responsabilités contractuelles et délictuelles*, in: *Responsabilité civile et assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Lausanne 2000, p. 267 ss. Cité: PIOTET, *Etudes*
- PIOTET PAUL, *Le complètement judiciaire du contrat*, in: *RDS* 80 (1961), p. 367 ss. Cité: PIOTET, *Complètement*
- PIOTET PAUL, *Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation) ?*, Berne 1994. Cité: PIOTET, *Drittschadensliquidation*
- PIOTET PAUL, *Une théorie juridique allemande en Suisse : la responsabilité contractuelle quant au dommage subi par un tiers*, in: *Les étrangers en Suisse*, Lausanne 1982, p. 337 ss. Cité: PIOTET, *Une théorie juridique allemande*
- Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome 1994

- PROBST THOMAS, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht, in: *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen: Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne 2004, p. 13 ss
- RASCHEIN HEINZ, Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrechts, thèse, Berne 1985. Cité: RASCHEIN, *Widerrechtlichkeit*
- RASCHEIN HEINZ, Thesen zum System des schweizerischen Haftpflichtrechts, in: *recht* 1988, p. 83 ss. Cité: RASCHEIN, *Thesen*
- REHBINDER MANFRED, Der Arbeitsvertrag, in: *Berner Kommentar*, Bd VI/2, Art. 319-330a OR, Berne 1985. Cité: BK-REHBINDER
- REY HEINZ, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3^{ème} éd., Zurich 2003. Cité: *Haftpflichtrecht*
- REY HEINZ, *Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung*, in: *Festschrift für Max Keller*, Zurich 1989, p. 231 ss. Cité: REY, *FS Keller*
- ROBERTO VITO, *Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens*, in: *PJA* 1999, p. 511 ss. Cité: ROBERTO, *Schutz des Vermögens*
- ROBERTO VITO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002. Cité: ROBERTO, *Haftpflichtrecht*
- ROTH GÜNTER H., *Kommentar zu § 241 BGB*, in: *Münchener Kommentar*, Bd 2a, §§ 241-432 BGB, 4^{ème} éd., Munich 2003. Cité: MÜNCH-ROTH
- SCHAPP JAN, *Empfiehl sich die « Pflichtverletzung » als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts ?*, in: *JZ* 2001, p. 583 ss
- SCHLECHTRIEM PETER, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 4^{ème} éd., Tübingen 2000
- SCHLUEP WALTER R., *Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse (Innominatverträge)*, in: *Schweizerisches Privatrecht VII/2*, Bâle 1979, p. 763 ss
- SCHMID JÖRG, *Die Folgen der Nichterfüllung*, in: *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zurich 2001, p. 301 ss. Cité: SCHMID, *Nichterfüllung*
- SCHMID JÖRG, *Die positive Vertragsverletzung im System des schweizerischen und des europäischen Privatrechts*, in: *Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr Siebeck 2001, p. 1021 ss. Cité: SCHMID, *Vertragsverletzung*
- SCHMID JÖRG, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, Zurich 2001. Cité: SCHMID, *Einleitungsartikel*

- SCHMIDT DOMINIQUE, *Les droits allemand et français de la responsabilité non contractuelle envisagés du point de vue d'un auteur français* in: *La responsabilité non contractuelle en matière commerciale*, Colloque de droit comparé organisé par le Centre d'économie internationale de l'Université de Constance (1^{er} et 2 octobre 1993), Heidelberg 1995, p. 52 ss
- SCHMIDT-RÄNTSCH JÜRGEN/MAIFELD JAN/MEIER-GÖRING ANNE/RÖCKEN MATTHIAS, *Das neue Schuldrecht* in: *Bundesanzeiger* vom 1. Februar 2002, Jahrgang 54, Nummer 22a. Cité: *Bundesanzeiger, Das neue Schuldrecht*
- SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, *Kommentar zu Art. 18 OR*, in: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd V/1b, Art. 1-529 OR, 3^{ème} éd., Zurich 1980. Cité: ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI
- SCHÖNLE HERBERT, *Der Kauf (Allgemeine Bestimmungen)*, in: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd V/2a, Art. 184-191 OR, 3^{ème} éd., Zurich 1993. Cité: ZK-SCHÖNLE
- SCHÖNLE HERBERT, *La responsabilité des banques pour renseignements inexacts*, in: *Droit des obligations et droit bancaire, Etudes*, Bâle et Francfort 1995, p. 219 ss. Cité: SCHÖNLE, *Renseignements inexacts*
- SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^{ème} éd., Berne 2003. Cité: SCHWENZER, *OR AT*
- SCHWENZER INGEBORG, *Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht*, in: *Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Tübingen 1999, p. 59 ss. Cité: SCHWENZER, *Rezeption*
- SIEGRIST SAMUEL, *Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach Schweizerischem Recht*, thèse, Zurich 1997
- SIMMEN ROBERT, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82)*, Berne 1981
- SPIRO KARL, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Berne 1984
- STAEHELIN ADRIAN/VISCHER FRANCK, *Der Arbeitsvertrag*, in: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd V/2c, Art. 319-362 OR, 3^{ème} éd., Zurich 1996. Cité: ZK-STAEHELIN/VISCHER
- STAUB RALF MICHAEL, *Neuordnung des Vertragsrechts in Deutschland*, in: *L'Expert-comptable suisse* 4/2002, p. 359 ss
- STAUDINGER JULIUS VON/LÖWISCH MANFRED, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, 13^{ème} éd., Berlin 1995

- STOLL HANS, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Berlin 1936. Cité: STOLL, Leistungsstörungen
- STOLL HANS, Haftungsrechtlicher Schutz gegen drohendes Unrecht, in: Festschrift für Hermann Lange, Fribourg 1992, p. 729 ss. Cité: STOLL, Schutz
- STOLL HANS, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, p. 589 ss. Cité: STOLL, JZ 2001
- STUDER BERNHARD, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, thèse, St-Gall 1992
- STÜRNER ROLF, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, in: JZ 1976, p. 384 ss
- TANDOGAN HALUK, La réparation du dommage causé à un tiers in: Mélanges Henri Secrétan, Lausanne 1964, p. 305 ss
- TERCIER PIERRE, Abus de confiance ?, in: Journée de la responsabilité civile 2000 – La responsabilité fondée sur la confiance, Zurich 2001, p. 69 ss. Cité: TERCIER, Responsabilité fondée sur la confiance
- TERCIER PIERRE, Concours d'actions et solidarité: Où en sommes-nous ?, in: Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Berne 2002, p. 115 ss. Cité: TERCIER, Concours et solidarité
- TERCIER PIERRE, De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages in: Mélanges Assista 1968-1978, Genève 1979, p. 265 ss. Cité: TERCIER, Dommage corporel
- TERCIER PIERRE, La culpa in contrahendo en droit suisse, in: Publication de l'institut suisse de droit comparé, Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich 1984, p. 225 ss. Cité: TERCIER, Culpa in contrahendo
- TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, 3^{ème} éd., Fribourg 2003. Cité: TERCIER, Contrats spéciaux
- TERCIER PIERRE, Responsabilité de la banque dispensatrice d'un crédit immobilier ? in: DC 1/2000, p. 10 ss. Cité: TERCIER, Responsabilité de la banque
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation et Loi sur les voyages à forfait, Genève/Bâle/Munich 2003. Cité: CR-auteur
- THIELE WOLFGANG, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, in: JZ 1967, p. 649 ss
- THORENS JUSTIN, Le dommage causé à un tiers, Genève 1962

- TUNC ANDRÉ, La responsabilité civile, 2^{ème} éd., Paris 1989
- VINEY GENEVIÈVE, Rapport de synthèse du Colloque de Chambéry consacré à l'obligation de sécurité (1997), in: Gazette du Palais du 23 septembre 1997 (2^{ème} sem.), p. 1212 ss
- VINEY GENEVIÈVE/JOURDAIN PATRICE, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} éd., Paris 1998
- VON BAR CHRISTIAN, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd I, Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen, Munich 1996
- VON BÜREN ROLAND, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964
- VON JHERING RUDOLF, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jherings Jahrbücher) 4 (1861), p. 1 ss, nouvelle éd. Bad Homburg/Berlin/Zurich 1969
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd I, 3^{ème} éd., Zurich 1979
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd II, 3^{ème} éd., Zurich 1974
- WALTER HANS PETER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts ?, in: RDS 2001, p. 79 ss. Cité: WALTER, Unkraut
- WALTER HANS PETER, La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: Journée de la responsabilité civile 2000 – La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung, Zurich 2001, p. 147 ss. Cité: WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance
- WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrags, in: RJB 132 (1996), p. 273 ss. Cité: WALTER, RJB 132 (1996)
- WANGER MARKUS, Liechtensteinisches Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht, Vaduz 1994
- WEBER ROLF H., Die Erfüllung der Obligationen, in: Berner Kommentar, Bd VI/1, Art. 68-96 OR, Berne 1983. Cité: BK-WEBER
- WEBER ROLF H., Die Folgen der Nichterfüllung, in: Berner Kommentar, Bd VI/1, Art. 97-109 OR, Berne 1999. Cité: BK-WEBER
- WEBER ROLF H., Drittschadensliquidation, eine Zwischenbilanz, in: Festschrift für Paul Piotet, Berne 1990, p. 215 ss. Cité: WEBER, Drittschadensliquidation

- WEBER ROLF H., Schutzpflichten – Ein Sozialstaatsgedanke ?, in: Festschrift für Hans Giger, Zurich 1989, p. 735 ss. Cité: WEBER, Schutzpflichten
- WERRO FRANZ, Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, in: RDS 1997, p. 343 ss. Cité: WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung
- WERRO FRANZ, La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, in: L'eupéanisation du droit privé – vers un code civil européen ?, Fribourg 1998, p. 3 ss. Cité: WERRO, Dénationalisation
- WERRO FRANZ, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle, in: RDS 1989, p. 253 ss. Cité: WERRO, Obligation de résultat et obligation de moyens
- WERRO FRANZ, La responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) de l'entrepreneur vis-à-vis du maître pour les défauts de l'ouvrage, in: DC 1996, p. 64 ss. Cité: WERRO, Responsabilité de l'entrepreneur
- WERRO FRANZ, Le mandat et ses effets, Fribourg 1993. Cité: WERRO, Mandat
- WERRO FRANZ, Les fondements de la responsabilité civile : quoi de neuf ? in: Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives, Berne 2002, p. 15 ss. Cité: WERRO, Fondements de la responsabilité civile
- WERRO FRANZ, Quelques remarques sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, in: REAS 1/2002, p. 14 ss. Cité: WERRO, Avant-projet
- WERRO FRANZ, Quelques ruminations sur les relations entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle à partir d'un accident de télési, in: DC 2001, p. 10 ss
- WESSNER PIERRE, Droit contractuel et droit délictuel : à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile, in: RSA 1997, p. 16 ss. Cité: WESSNER, Frontières
- WESSNER PIERRE, La responsabilité fondée sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile, in: Journée de la responsabilité civile 2000 – La responsabilité fondée sur la confiance, Zurich 2001, p. 129 ss. Cité: WESSNER, Responsabilité fondée sur la confiance
- WESSNER PIERRE/WIDMER PIERRE, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne 2000. Cité: WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif
- WHARTON NATHALIE, L'inexécution du contrat et l'obligation de garantie du vendeur en droit suisse et en droit comparé, in: L'eupéanisation du droit privé – vers un code civil européen ?, Fribourg 1998, p. 163 ss

- WICK MARKUS, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, in: PJA 1995, p. 1270 ss
- WIDMER PIERRE, Die Vereinheitlichung des Schweizerischen Haftpflichtrechts – Brennpunkte eines Projekts, in: RJB 130 (1994), p. 385 ss. Cité: WIDMER, Vereinheitlichung
- WIDMER PIERRE, Reformüberlegungen zum Haftpflichtrecht, in: Symposium Stark: neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, veranstaltet zum 70. Geburtstag von Emil W. Stark, Zurich 1991, p. 49 ss. Cité: WIDMER, Symposium Stark
- WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Handbuch des Arztrechts, Zurich 1994, p. 119 ss. Cité: WIEGAND, Aufklärungspflicht
- WIEGAND WOLFGANG, Formungültigkeit und Vertrauenshaftung – Bemerkungen zu einem bemerkenswerten Urteil des Bundesgericht, in: recht 1999, p. 225 ss. Cité: WIEGAND, Formungültigkeit
- WIEGAND WOLFGANG, Verhaltenspflichten. Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, in: Festschrift für Sten Gagnér, Munich 1991, p. 547 ss. Cité: WIEGAND, Verhaltenspflichten
- WIEGAND WOLFGANG, Verzug und Schlechterfüllung, in: recht 1984, p. 13 ss. Cité: WIEGAND, Schlechterfüllung
- WIEGAND WOLFGANG, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, in: recht 1997, p. 85 ss. Cité: WIEGAND, Schuldverhältnis
- WINIGER BENEDICT, Les effets de la responsabilité contractuelle et délictuelle: une histoire ambiguë, in: Mélanges en l'honneur de Bruno Schmidlin, Bâle et Francfort, 1998, p. 161 ss
- WYSS ALEXANDER, Verhaltensregeln für Effektenhändler, thèse, St-Gall 2000
- XOUDIS JULIA, La mesure du dommage à réparer en cas de résolution du contrat pour inexécution, in: L'eupéanisation du droit privé – vers un code civil européen ?, Fribourg 1998, p. 203 ss
- YUNG WALTER, Devoirs généraux et obligations, in: Mélanges pour Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, p. 163 ss. Cité: YUNG, FS Schönenberger
- YUNG WALTER, La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés, in: Etudes et articles, Genève 1971, p. 303 ss. Cité: YUNG, Responsabilité
- YUNG WALTER, L'interprétation supplétive des contrats, in: RJB 97 (1961), p. 41 ss. Cité: YUNG, Interprétation
- YUNG WALTER, Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse, in: Etudes et articles, Genève 1971, p. 413 ss. Cité: YUNG, Principes

ZIMMER DANIEL, Das neue Recht der Leistungsstörungen, in: NJW 1/2002,
p. 1 ss

Abréviations

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (revue allemande)
al.	alinéa
Allg. Einl.	Allgemeine Einleitung in das OR
AP RC	Avant-projet de la loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (loi sur la responsabilité civile)
art./Art.	article(s)/Artikel(n)
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaK	Basler Kommentar
Bd.	Band (volume)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (Code civil allemand)
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (recueil officiel des arrêts du BGH)
BK	Berner Kommentar
BT	Besonderer Teil
c.	considérant
c/	contre
Cass 1 ^{re} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCfr.	Code civil français du 21 mars 1804
cf.	<i>confer</i> (comparer à)
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre
Cass 1 ^{re} civ.	Cour de cassation, première chambre civile

CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CLug	Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano le 16 septembre 1988 (RS 0.275.11)
CO	Code des obligations suisse du 30 mars 1911 (RS 220)
contra	d'une opinion contraire
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CR	Commentaire romand
D.	Dalloz et Sirey (recueil français de doctrine et de jurisprudence)
DC	Droit de la construction (Fribourg)
éd.	édition
etc.	et cætera
FS	Festschrift (Mélanges)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (recueil français de législation, doctrine et jurisprudence)
ibid.	<i>ibidem</i> (au même endroit)
J.C.P	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
J.O.C.E	Journal officiel des Communautés européennes
JT	Journal des Tribunaux
JZ	Juristenzeitung (revue allemande)
LA	Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (RS 748.0)
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LChP	Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RS 922.0)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)

LDAI	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre(s)
LExpl	Loi fédérale du 25 mars 1977 sur les substances explosibles (RS 941.41)
LF	Loi fédérale
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272)
LFP	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (RS 951.31)
LGG	Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (RS 814.91)
LIE	Loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (RS 734.0)
LITC	Loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (RS 746.1)
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPE	LF du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01)
LRaP	Loi fédérale du 22 mars 1991 sur la radioprotection (RS 814.50)
LRCN	Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (RS 732.44)
LRespC	Loi fédérale du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des chemins de fer et de bateaux à vapeur et de la Poste Suisse (RS 221.112.742)
LRFP	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944)
LSIT	Loi fédérale du 19 mars 1976 sur la sécurité d'installations et d'appareils techniques (RS 819.1)

LTP	Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur les transports publics (RS 742.40)
LVF	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
MünK	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Recht
n.	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revue allemande)
Note	Note de bas de page
OR	Obligationenrecht, voir CO
par ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil (revue française)
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Revue neuchâteloise de jurisprudence
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSA	Revue suisse d'assurances
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
S.	Sirey (recueil français de doctrine et de jurisprudence)
s./ss	suivant(e)/suivant(e)s
SJ	La semaine judiciaire
SPR	Schweizerisches Privatrecht
TDP	Traité de droit privé suisse
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZK	Zürcher Kommentar
XL	

Introduction

1. Thèmes et buts de l'étude

a. Les devoirs accessoires à un contrat

Au cours de ces dernières décennies, on observe, en droit privé, une tendance générale à l'extension de la responsabilité, en particulier dans le domaine contractuel¹. Le contrat comporte toujours davantage de devoirs accessoires qui viennent s'ajouter aux obligations promises dans la convention des parties. Ces devoirs accessoires du contrat ont un contenu varié. Ils peuvent notamment consister en des obligations d'information, de renseignement, de conseil, d'abstention, de garde, de collaboration, de procuration ou de protection. Certains ne sont pas convenus ni même envisagés par les parties au moment de la conclusion de la convention. On pense principalement à ceux qui visent à protéger leurs biens juridiques.

En matière de devoirs accessoires à un contrat, la principale difficulté consiste à déterminer quand de tels devoirs existent, respectivement quand ils peuvent découler de la convention des parties. Les règles de la bonne foi jouent, à cet égard, un rôle décisif: elles aident à donner un contour plus précis au contrat et aux obligations qu'il comporte ainsi qu'à déterminer quelles étaient les attentes légitimes des parties au moment de la conclusion de la convention.

L'un des objectifs du présent travail est d'examiner à quelles conditions des devoirs accessoires peuvent être rattachés à un contrat.

b. Les frontières entre les responsabilités contractuelle et délictuelle

Le droit suisse connaît deux régimes généraux d'indemnisation des préjudices: les art. 97 ss CO et les art. 41 ss CO. Depuis de nombreuses années, la doctrine suisse s'est intéressée à tracer la limite entre les deux. On pense, en particulier, à la contribution du Prof. PETER JÄGGI en 1968².

¹ BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 5.

² JÄGGI, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe für WILHELM SCHÖNENBERGER, Fribourg 1968, p. 181 ss.

Cet auteur a remis en cause la dualité des responsabilités contractuelle et délictuelle en considérant que la violation d'un devoir aussi bien général que relatif devait être soumise aux art. 41 ss CO. Toutefois, les cas d'impossibilité fautive (art. 97, al. 1, CO *stricto sensu*) et de demeure du débiteur (art. 102 ss CO) demeureraient soumis au régime contractuel. Selon cet auteur, les art. 41 ss CO seraient le fondement général unique de responsabilité civile et trouveraient également application en cas d'exécution imparfaite d'une obligation contractuelle.

Dans la doctrine, la distinction entre les régimes contractuel et délictuel est controversée, en particulier dans les domaines de la *culpa in contrahendo*³ et de la violation positive du contrat. Cette dernière notion couvre les atteintes portées aux droits absolus (telles que la vie, l'intégrité physique et psychique ainsi que la propriété) du partenaire contractuel en cours d'exécution de la convention. Dans cette situation, le débiteur commet à la fois un acte illicite et une violation de ses obligations contractuelles. En théorie, il peut donc obtenir réparation aussi bien selon les règles de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) que selon le régime de la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO).

Au cours de ces dernières années, le problème de la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle a gagné en actualité à la lumière de la révision du droit de la responsabilité civile⁴. Dans leur avant-projet, les Prof. PIERRE WESSNER et PIERRE WIDMER envisagent de modifier les frontières actuelles entre les deux régimes généraux de responsabilité civile. Par ailleurs, ils remettent en cause le concours d'actions qui permet actuellement au lésé de se prévaloir aussi bien des art. 41 ss CO que des art. 97 ss CO lorsque les conditions sont remplies⁵.

On rappellera que le choix du régime de responsabilité applicable en cas d'atteinte aux biens juridiques du cocontractant en cours d'exécution du contrat a son importance en pratique, car les art. 97 ss et 41 ss CO présentent des différences quant aux règles régissant la réparation des préjudices. L'application de l'un ou l'autre régime a des conséquences sur les questions de la prescription, de la responsabilité pour les auxiliaires et du fardeau de la preuve de la faute⁶.

³ Au sujet de la controverse doctrinale en matière de responsabilité précontractuelle, cf. GONZENBACH, p. 40 ss.

⁴ Sur l'état des travaux, cf. le site de l'Office fédéral de la justice: www.ofj.admin.ch, rubrique « Législation », puis « Economie et commerce » et enfin « Responsabilité civile ».

⁵ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 62 ss.

⁶ D'autres différences existent entre les régimes contractuel et délictuel, principalement en matière de droit international privé (for, loi applicable), de réparation des

Depuis 1994 et l'arrêt *Swissair*⁷, la discussion concernant les régimes généraux de responsabilité civile s'est compliquée. Le Tribunal fédéral a en effet reconnu un troisième chef de responsabilité, à côté des art. 41 ss et 97 ss CO: la responsabilité fondée sur la confiance. Une partie de la doctrine⁸ considère que cette nouvelle responsabilité, qui suppose un rapport juridique particulier⁹ entre l'auteur du dommage et la victime, fait le lien entre les deux régimes généraux délictuel et contractuel.

Le présent travail vise à déterminer quel régime, celui des art. 41 ss ou celui des art. 97 ss CO, est le mieux à même de sanctionner les atteintes portées aux biens juridiques du partenaire contractuel en cours d'exécution d'un contrat. Cet examen nous conduira à la réflexion menée dans l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile, à savoir l'abandon éventuel du régime actuel du concours d'actions.

c. Les alternatives au contrat

La doctrine des devoirs accessoires ayant entraîné une extension du contrat et de la responsabilité contractuelle, on a assisté, au cours de ces dernières années, à l'émergence de nouvelles théories qui visent à modifier le contenu du contrat ou à étendre ses effets à des tiers. On peut citer la théorie du rapport de protection légal uniforme ou encore celle du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers.

La première vise, selon les termes du Tribunal fédéral, à soumettre « au même régime les relations entre parties qui reposent sur un rapport de confiance et de fidélité, qu'elles surviennent avant la passation du contrat, sous l'empire de la convention ou après son extinction. Cette théorie permet d'indemniser la confiance déçue à tous ces stades »¹⁰. La seconde théorie, celle du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers, cherche à étendre, dans une certaine mesure, les effets du contrat à des tiers étrangers à la convention des parties. Toutes deux sont issues du droit allemand et ont fait l'objet d'une abondante littérature, notamment en Suisse alémanique. Le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché définitivement leur sort.

dommages purement économiques, de solidarité en cas de pluralité de responsables et de conventions restrictives de responsabilité.

⁷ ATF 120 II 331.

⁸ Cf. notamment BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 150 ss; MOSER, p. 74 ss et 97 ss.

⁹ A ce sujet, cf. REY, FS Keller, p. 231 ss; WALTER, RJB 132 (1996), p. 293 s.; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 89.

¹⁰ SJ 1999 I 113 (117), c. 3a.

Nous étudierons ces différentes théories et examinerons s'il se justifie de les appliquer en droit suisse.

2. Présentation de l'étude

La présente étude comprendra quatre parties:

La première partie sera consacrée aux différents régimes de responsabilité civile et aux rapports qui existent entre eux. Nous traiterons également la responsabilité fondée sur la confiance.

Dans la seconde partie, nous nous intéresserons aux devoirs accessoires aux contrats et, en particulier, aux critères proposés par la doctrine pour les distinguer. Nous verrons que les opinions sont nombreuses et variées et qu'il n'existe pas de critère unique pour différencier les différents devoirs accessoires contractuels. Certains auteurs¹¹ mettent l'accent sur le contenu du devoir, tel que, par ex., l'information du cocontractant ou la protection de ses biens juridiques. D'autres¹² préfèrent insister sur la sanction applicable à leur violation: s'ils ne sont pas respectés, les devoirs accessoires peuvent-ils faire l'objet d'une action en exécution ou confèrent-ils uniquement une créance en dommages-intérêts ?

La troisième partie traitera spécialement des devoirs accessoires de protection à un contrat, soit ceux qui visent à sauvegarder les biens juridiques du partenaire contractuel lors de l'exécution de la convention. Nous tenterons de les définir et de déterminer leurs sources, leur nature juridique et les différentes sanctions attachées à leur violation.

Dans la quatrième et dernière partie, nous étudierons le régime de responsabilité dont dispose le lésé lorsque les devoirs accessoires de protection ne sont pas respectés, aussi bien selon le droit en vigueur qu'au regard des propositions contenues dans l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile. Cet examen portera également sur les solutions proposées par les droits allemand et français ainsi que par les Principes du droit européen des contrats et les Principes d'UNIDROIT.

Nous examinerons, finalement, si la responsabilité fondée sur la confiance, qui a connu un développement important au cours des dernières années, et la théorie allemande du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des

¹¹ BK-MERZ, n. 265 ss ad art. 2 CC; GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 26 ss; KOLLER, OR AT, § 2, n. 87 ss.

¹² BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 91 ss.

tiers peuvent s'appliquer à la violation des devoirs accessoires de protection.

Première partie:
Les régimes généraux de responsabilité civile
en droit privé

Dans cette première partie, nous traiterons des différents régimes de responsabilité civile en droit privé. Nous nous intéresserons, en premier lieu, à l'indemnisation des préjudices résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle (chap. 1). Nous examinerons, tout d'abord, l'action générale en dommages-intérêts prévue à l'art. 97, al. 1, CO (§ 1), puis les régimes particuliers appréhendés par la partie spéciale du CO (§ 2). Ensuite, nous présenterons les différentes responsabilités délictuelles (chap. 2), à savoir le régime général de la responsabilité pour acte illicite (§ 1) et les régimes spéciaux instituant une responsabilité objective (§ 2). Nous étudierons également les interférences qui existent entre les régimes contractuel et délictuel (chap. 3), en particulier la règle de l'art. 99, al. 3, CO (§ 1), le concours d'actions (§ 2) et le principe de l'exclusivité (§ 3). Nous terminerons cette première partie par l'examen de la responsabilité fondée sur la confiance (chap. 4).

Chapitre 1: Les régimes contractuels

§ 1 L'action générale en dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle

1.1. L'inexécution du contrat

L'art. 97, al. 1, CO constitue le fondement général du régime contractuel de responsabilité civile. Sous la note marginale « Inexécution », il prévoit que « Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ».

Selon la doctrine dominante, toute violation d'une obligation contractuelle constitue une inexécution au sens de l'art. 97 CO¹³. Le débiteur doit, en conséquence, répondre de tout comportement contraire à la convention (art. 99, al. 1, CO), en particulier de toute exécution défectueuse du contrat (*fehlerhafte Erfüllung*)¹⁴. Le créancier peut réclamer au débiteur des dommages-intérêts non seulement lorsque ce dernier est, par sa faute, dans l'impossibilité d'exécuter la prestation promise, mais également s'il ne l'a exécutée qu'imparfaitement¹⁵.

Dès lors, l'art. 97, al. 1, CO confère un droit à la réparation du dommage qui résulte d'une impossibilité d'exécution ou de toute autre exécution défectueuse ou imparfaite du contrat. La partie spéciale du CO contient de nombreuses règles spéciales qui prévoient un régime plus favorable au créancier que l'art. 97, al. 1, CO qui se limite à statuer des dommages-intérêts¹⁶.

1.2. L'impossibilité

La notion d'inexécution, telle que prévue par la lettre de l'art. 97, al. 1, CO, oblige, en premier lieu, le débiteur à verser des dommages-intérêts lorsqu'il est dans l'impossibilité fautive d'exécuter l'obligation. Il doit s'agir d'un

¹³ WIEGAND, *Schlechterfüllung*, p. 16.

¹⁴ BK-FELLMANN, n. 328 ad art. 398 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2527.

¹⁵ VON TUHR/ESCHER, p. 107.

¹⁶ Par ex., le régime de la garantie pour les défauts prévus aux art. 197 ss, 237, 248, al. 2, 258 ss, 288 et 367 ss CO.

cas d'impossibilité subséquente, objective ou subjective¹⁷, de droit ou de fait, complète ou partielle, durable et portant sur la prestation due.

Contrairement à l'art. 97, al. 1, CO, les art. 20¹⁸, ¹⁹ et 119 CO²⁰ ne confèrent pas de prétention en dommages-intérêts au créancier.

1.3. L'exécution imparfaite²¹

Le créancier dispose de l'action fondée sur l'art. 97, al. 1, CO non seulement lorsqu'il ne peut pas obtenir l'exécution de l'obligation, mais également lorsqu'il l'a obtenue imparfaitement²². Cette seconde hypothèse intervient chaque fois que le débiteur n'exécute pas correctement sa prestation principale ou qu'il viole un devoir accessoire découlant du contrat²³.

La notion d'exécution imparfaite d'une obligation regroupe un nombre important de violations difficiles à catégoriser, tant les contrats sont

¹⁷ La distinction entre l'impossibilité objective et subjective repose sur le critère de la personne dans l'impossibilité de fournir la prestation. L'impossibilité est subjective, lorsque seul le débiteur n'est plus dans la situation d'exécuter la prestation promise. A l'inverse, elle est objective, lorsque personne n'est plus en mesure de s'exécuter. La distinction entre l'impossibilité objective et subjective est difficile. Selon la doctrine majoritaire, l'art. 97 CO s'applique aussi bien au cas d'impossibilité objective que subjective (BaK-WIEGAND, n. 11 ad art. 97 CO; Contra: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2608 ss, selon lesquels l'impossibilité subjective n'est pas régie par l'art. 97 CO, mais par les règles sur la demeure du débiteur [art. 102 ss CO]).

¹⁸ Si, au moment de la naissance de l'obligation, celle-ci est objectivement impossible à exécuter, il s'ensuit que le contrat est nul, conformément à l'art. 20 CO (BaK-WIEGAND, n. 8 ad art. 97 CO).

¹⁹ Il convient de réserver une éventuelle action en dommages-intérêts fondée sur la *culpa in contrahendo*.

²⁰ Si, postérieurement à la conclusion du contrat, le débiteur n'est plus en mesure de fournir sa prestation sans être responsable des circonstances qui rendent l'exécution impossible, il n'est pas tenu à des dommages-intérêts et l'obligation s'éteint conformément à l'art. 119 CO.

²¹ Certains auteurs utilisent l'expression de « violation positive du contrat » pour désigner toute exécution imparfaite d'une obligation contractuelle qui ne consiste pas dans une exécution tardive (demeure; art. 102 ss CO) ni dans une impossibilité d'exécution (BK-WEBER, n. 49 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2534; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 19; KOLLER, *Grundzüge*, p. 1484). La notion de « violation positive du contrat » est cependant controversée en doctrine (SCHMID, *Nichterfüllung*, p. 310). A ce sujet, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.4.

²² VON TUHR/ESCHER, p. 107.

²³ BaK-WIEGAND, n. 25 ss ad art. 97 CO; CR-THÉVENOZ, n. 19 ad art. 97 CO.

nombreux et de contenu varié. La doctrine majoritaire²⁴ retient trois situations principales²⁵ donnant lieu à une exécution imparfaite du contrat:

- Le débiteur exécute de manière défectueuse la prestation promise dans le contrat (*Schlechterfüllung*)²⁶. Si la prestation principale porte sur la remise d'une chose ou la livraison d'un ouvrage (*Sach- und Werkleistung*), l'exécution est défectueuse lorsque la chose a bien été transférée ou l'ouvrage livré, mais qu'il ne revêt pas la qualité promise ou normalement attendue. Lorsque le débiteur doit effectuer une prestation personnelle (*Dienstleistung*) autre que la livraison d'une chose ou d'un ouvrage, l'exécution défectueuse consiste alors en un manque de diligence²⁷. Tel est le cas du médecin qui ne respecte pas les règles de l'art en matière de stérilisation lors d'une injection dans l'épaule²⁸ ou celui de l'avocat qui manque le délai pour recourir.
- Le débiteur viole des devoirs accessoires visant à assurer l'exécution correcte de la prestation principale qu'ils complètent²⁹. Il s'agit principalement de devoirs d'information, de procuration et de collaboration³⁰. On peut mentionner l'obligation de l'employeur de fournir les instruments et matériaux nécessaires à l'exécution du travail (art. 327 CO) ou celui de l'expéditeur, dans le contrat de transport, de veiller « à ce que la marchandise soit convenablement emballée » (art. 442 CO).

²⁴ BaK-WIEGAND, n. 25 ss ad art. 97 CO; BK-WEBER, n. 54 ss ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2538 ss; KOLLER, Grundzüge, p. 1485; STUDER, p. 22 ss.

²⁵ Certains auteurs complètent la liste des situations donnant lieu à une exécution défectueuse du contrat en y incluant:

- le refus anticipé de s'exécuter, soit les situations dans lesquelles le débiteur annonce, avant l'exigibilité de sa prestation, qu'il ne s'exécutera pas (BK-WEBER, n. 59 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2536; cf. à ce sujet ATF 117 II 273 [277 s.], c. 4b; ATF 110 II 141 [143 s.], c. 1b; ATF 69 II 243, [244], c. 4);
- l'inexécution d'un devoir d'abstention, réglée spécialement à l'art. 98, al. 2, CO (BK-WEBER, n. 55 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2535; SCHMID, Vertragsverletzungen, p. 1030. Contra: BUCHER, p. 334).

²⁶ BK-WEBER, n. 56 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2572; KOLLER, Grundzüge, p. 1485. Ce dernier préfère parler de « mauvaise exécution directe » (« *unmittelbare Schlechterfüllung* ») (*ibid.*).

²⁷ BaK-WIEGAND, n. 31 ad art. 97 CO.

²⁸ ATF 120 II 248.

²⁹ BaK-WIEGAND, n. 33 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2547; KOLLER, Grundzüge, p. 1485. Ce dernier parle de « mauvaise exécution indirecte » (« *mittelbare Schlechterfüllung* ») et de « devoirs accessoires orientés vers la prestation » (« *leistungsorientierte Nebenpflichten* ») (*ibid.*).

³⁰ BK-WEBER, n. 73 ad art. 97 CO. Au sujet des différents devoirs accessoires du contrat, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 1.

- Le débiteur viole d'autres devoirs accessoires qui ne visent pas l'exécution correcte de la prestation promise, mais uniquement la protection des biens juridiques du partenaire contractuel³¹. On peut citer, par ex., l'obligation de l'employeur de sauvegarder les droits de la personnalité du travailleur (art. 328 CO), le devoir des sociétés de remontées mécaniques d'assurer la sécurité des pistes de skis³² ou l'obligation de l'artisan de ne pas endommager les biens du maître lors de l'exécution de l'ouvrage³³.

§ 2 Les régimes particuliers

2.1. Le rapport entre les articles 97 et suivants CO et les dispositions de la partie spéciale du CO

En matière d'inexécution d'une obligation contractuelle, le rapport entre les règles de la partie générale et celles de la partie spéciale du CO n'est pas réglé par la loi³⁴. En l'absence de norme générale, la jurisprudence n'a pas adopté de pratique uniforme³⁵. D'une manière générale, la doctrine majoritaire³⁶ considère, néanmoins, que les dispositions prévues dans la partie spéciale l'emportent et sont d'application exclusive: l'art. 97, al. 1, CO doit uniquement trouver application lorsque la partie spéciale ne contient pas de règles sur l'exécution défectueuse des prestations³⁷.

En cas de prestation matérielle (*Sachleistung*)³⁸, l'exécution est défectueuse lorsque le débiteur a certes exécuté sa prestation mais que celle-ci ne revêt pas la qualité promise ou normalement attendue. Le principal cas de figure

³¹ KOLLER, Grundzüge, p. 1485. La terminologie n'est pas uniforme; certains auteurs parlent de « devoirs de comportement » (« *Verhaltenspflichten* »): BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO; d'autres de « devoirs de protection généraux » (« *allgemeine Schutzpflichten* »): STUDER, p. 94 ss; d'autres enfin de « devoirs de protection » (« *Schutzpflichten* »): BK-WEBER, n. 73 ad art. 97 CO. Au sujet des devoirs accessoires de protection, cf. *infra*, 3^e partie.

³² ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (115), c. 2a/bb; ATF 121 III 358 (360), c. 4a; ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

³³ Par ex.: bris d'un miroir lors de la réparation d'une porte d'armoire (RSJ 1915/16, p. 234).

³⁴ BUCHER, p. 340; SIEGRIST, p. 137.

³⁵ BaK-WIEGAND, n. 28 s. ad art. 97 CO; BK-WEBER, Vorb. zu Art. 97-109, n. 110.

³⁶ BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 16; BK-WEBER, Vorb. zu Art. 97-109, n. 110; HONSELL, OR BT, p. 8.

³⁷ Tel est le cas, par ex., dans le contrat de mandat.

³⁸ Par ex. transférer un bien (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 66).

est la livraison d'une chose défectueuse³⁹. Dans cette situation, le législateur a prévu des remèdes particuliers. La partie spéciale du CO comporte des règles spéciales sur la garantie des défauts régissant le contrat de vente⁴⁰, l'échange⁴¹, le contrat de donation⁴², le bail à loyer⁴³, le bail à ferme⁴⁴ et le contrat d'entreprise⁴⁵. Le régime de la garantie pour les défauts confère au créancier différents moyens d'améliorer la prestation (remplacement, réparation), de rééquilibrer les prestations (réduction du prix) ou d'autoriser, si les conditions sont remplies, la résolution du contrat.

La garantie pour les défauts doit être distinguée de l'action en dommages-intérêts visant la réparation d'un dommage consécutif au défaut⁴⁶. Le régime spécial de la garantie institue une responsabilité objective lorsque la chose remise ou livrée présente un défaut; dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire que le débiteur tenu à garantie (vendeur, bailleur, entrepreneur) ait commis une faute. En revanche, le dommage consécutif au défaut ne doit être réparé qu'en cas de faute, sous réserve, dans le contrat de vente, de l'art. 208, al. 2, CO⁴⁷. L'action en dommages-intérêts peut être exercée cumulativement à l'action en garantie⁴⁸.

Les dispositions régissant le contrat de vente prévoient une action particulière en garantie en cas d'éviction (art. 192 à 196 CO). Celle-ci vise à protéger l'acheteur lorsque, après le transfert de propriété, un tiers revendique la propriété de la chose (éviction totale) ou une partie de la chose ou prétend avoir sur elle un droit réel restreint (éviction partielle)⁴⁹. Si l'éviction est totale, la vente est réputée résolue de plein droit (art. 195 CO)⁵⁰. En cas d'éviction partielle, l'acheteur ne peut que demander la

³⁹ ZR 1994, p. 5; RSJ 1986 p. 388.

⁴⁰ Aux art. 197 ss CO.

⁴¹ A l'art. 237 CO.

⁴² A l'art. 248, al. 2, CO.

⁴³ Aux art. 258 ss CO.

⁴⁴ A l'art. 288 CO.

⁴⁵ Aux art. 367 ss CO.

⁴⁶ Sur la notion de « dommage consécutif au défaut », cf. TERCIER, Contrats spéciaux, n. 622, 741 (pour la vente) et n. 4238 ss (pour le contrat d'entreprise).

⁴⁷ Pour la vente: CR-VENTURI, Intro. art. 197-210, n. 4; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 622, 741. Pour le contrat d'entreprise: TERCIER, Contrats spéciaux, n. 4171, 4228 ss.

⁴⁸ Pour la vente: TERCIER, Contrats spéciaux, n. 622, 741. Pour le contrat d'entreprise: TERCIER, Contrats spéciaux, n. 4228.

⁴⁹ TERCIER, Contrats spéciaux, n. 572 ss.

⁵⁰ En cas d'éviction totale, l'acheteur peut réclamer au vendeur le remboursement des frais qu'il a engagés et de certaines pertes, tels que le prix payé, ses impenses, ses

réparation de son dommage⁵¹. On relèvera que le rapport entre l'action générale en dommages-intérêts prévue à l'art. 97, al. 1, CO et les règles sur la garantie en cas d'éviction est controversé⁵².

En sus des régimes particuliers que sont la garantie pour les défauts et pour l'éviction, le législateur soumet, dans certains types de contrats, l'action en dommages-intérêts pour inexécution à un régime de responsabilité plus sévère, pour le débiteur, que celui prévu à l'art. 97, al. 1, CO:

- Dans le contrat de vente, lorsque l'acheteur a exercé l'action rédhitoire en raison d'un défaut grave affectant la chose vendue, le vendeur répond du dommage direct consécutif au défaut, sans possibilité de prouver l'absence de faute (art. 208, al. 2, CO)⁵³.
- Dans la gestion d'affaires sans mandat, le juge peut prévoir le versement au gérant d'une indemnité pour « tout autre dommage »⁵⁴. Cette responsabilité est indépendante de la faute du maître (art. 422, al. 1, CO).

La responsabilité pour faute, avec renversement du fardeau de la preuve, vaut pour tous les contrats, sous réserve des exceptions prévues dans la partie spéciale du CO. Le législateur a notamment repris la teneur de l'art. 97, al. 1, CO aux art. 208, al. 3, CO, 259e CO, 402, al. 2, CO, 473, al. 2, CO. Certaines dispositions spéciales ne mentionnent qu'une partie du contenu de l'art. 97, al. 1, CO, comme, par ex., l'art. 321e CO. Dans certains cas, la loi indique uniquement les devoirs dont la violation engage la responsabilité du débiteur, tel que l'art. 328 CO. Finalement, il arrive qu'il n'existe aucune disposition de responsabilité civile particulière. On pense, naturellement, à tous les contrats innommés. L'art. 97, al. 1, CO trouve alors application.

éventuels frais de procès contre le tiers et la réparation du dommage direct (art. 195, al. 1, CO). Si le vendeur a commis une faute, l'acheteur peut réclamer en outre la réparation de tout autre dommage (art. 195, al. 2, CO). Pour davantage de précisions, cf. CR-VENTURI, n. 3 ss ad art. 195 CO; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 593 ss.

⁵¹ A moins que l'éviction partielle puisse être assimilée à une éviction totale. Dans cette hypothèse, l'acheteur peut résoudre la vente. A ce sujet, cf. TERCIER, Contrats spéciaux, n. 599 s.

⁵² Certains auteurs considèrent que la garantie pour éviction constitue une *lex specialis* par rapport aux art. 97 ss CO: BaK-HONSELL, n. 6, Vorb. zu Art. 192-210; CR-VENTURI, Intro. art. 192-196, n. 9; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 595. Contra: BK-GIGER, n. 9 s. ad art. 192 CO; GUHL/MERZ/KOLLER, § 42, n. 1 qui sont favorables à l'application alternative des art. 97 ss et 192 ss CO.

⁵³ BK-GIGER, n. 34 ad art. 208 CO; PEDRAZZINI, n. 227.

⁵⁴ ATF 48 II 487.

La nature particulière d'un contrat peut atténuer la responsabilité du débiteur. D'une manière générale, l'art. 99, al. 2, CO prévoit que la responsabilité du débiteur s'apprécie avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à lui procurer un avantage. La partie spéciale du CO contient certaines dispositions prévoyant un régime de responsabilité moins sévère pour le débiteur. Dans la donation, la responsabilité civile est limitée aux dommages causés intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave (art. 248, al. 1, CO). Les règles de la gestion d'affaires prévoient également que la responsabilité du gérant sans mandat doit être appréciée avec moins de rigueur lorsque ce dernier a agi dans l'intérêt du maître afin de prévenir un dommage qui le menaçait (art. 420, al. 2, CO).

Les parties peuvent conventionnellement modifier le régime de responsabilité applicable à leur relation contractuelle. Elles doivent toutefois respecter les limites fixées aux art. 100, al. 1 et 2, CO et 101, al. 3, CO.

Les considérations qui précèdent montrent la complexité du rapport entre la partie générale et la partie spéciale du CO. Le principe *lex specialis derogat generali*⁵⁵ tolère certaines exceptions. Dans le contrat de vente, par ex., le Tribunal fédéral admet le concours entre, d'une part, l'action spéciale en garantie pour les défauts (art. 197 ss CO) et, d'autre part, l'invalidation du contrat pour erreur de base (art. 24, al. 1, ch. 4, CO) ou l'action générale en dommages-intérêts (art. 97 ss CO)⁵⁶. Pour la cohérence du système, on peut regretter que notre haute Cour ne voie pas, dans l'action en garantie, une *lex specialis* qui exclut l'application de l'action générale fondée sur les art. 97 ss CO⁵⁷.

⁵⁵ BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 16; CR-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, n. 23.

⁵⁶ Selon notre haute Cour, l'acheteur ne peut toutefois se prévaloir de l'action générale (art. 97 ss CO) que s'il a respecté les conditions prévues par le droit de la vente (vérification de la chose, avis des défauts et respect du délai spécial de prescription): cf. TERCIER, Contrats spéciaux, n. 620; CR-VENTURI, Intro. art. 197-210, n. 15.

⁵⁷ Du même avis: CR-VENTURI, Intro. art. 197-210, n. 16; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 621. On précisera que le Tribunal fédéral applique, en revanche, le principe de la *lex specialis* à propos de la garantie pour les défauts dans le contrat d'entreprise (cf. ATF 100 II 30 [32], c. 2).

2.2. Les principales normes prévues dans la partie spéciale du CO instituant un régime de responsabilité civile

a. La vente (articles 184 et suivants CO)

Lorsque la chose livrée est défectueuse, l'acheteur dispose des remèdes juridiques particuliers prévus aux art. 197 ss CO (garantie des défauts)⁵⁸. Le dommage consécutif au défaut est, quant à lui, réparé conformément à l'art. 97, al. 1, CO et à l'art. 208, al. 2 et 3 CO.

La jurisprudence⁵⁹ et une partie de la doctrine⁶⁰ admettent l'application concurrente des moyens spécifiques au droit de la vente (dispositions sur la garantie des défauts des art. 197 ss CO) et de l'action générale en dommages-intérêts fondée sur les art. 97 ss CO. L'acheteur dispose en outre des règles sur les vices du consentement et, en particulier, du moyen tiré de l'erreur de base (art. 24, al. 1, ch. 4, CO)⁶¹. L'art. 97, al. 1, CO ne peut cependant être invoqué que si les conditions du droit de la vente ont été respectées (vérification de la chose, avis des défauts et respect du délai spécial de prescription)⁶².

⁵⁸ Les règles sur la garantie autorisent l'acheteur à se défaire du contrat (art. 205, al. 1, CO), à refuser la chose et à en exiger le remplacement (art. 206 CO) ou à la conserver et exiger une réduction du prix de vente (art. 205, al. 1, CO). A ce sujet, cf. CR-VENTURI, Intro. art. 197-210, n. 5; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 732 ss.

⁵⁹ ATF 108 II 102 (104), c. 2; ATF 107 II 419 (421), c. 1; ATF 96 II 115 (117), c. 2a; ATF 90 II 86 (88), c. 2.

⁶⁰ BaK-WIEGAND, n. 111, Vorb. zu Art. 97-109; BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 16; BK-GIGER, n. 20 ss, Vorb. zu Art. 197-210 et n. 7, 9 s. ad art. 192 CO; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, n. 1 ad art. 192 CO. Une partie de la doctrine refuse à l'acheteur le droit de se prévaloir des art. 97 ss CO, les règles sur la garantie pour les défauts s'appliquant de manière exclusive: CR-VENTURI, Intro. art. 197-210, n. 16; GUHL/MERZ/KOLLER, § 42, n. 62; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2582; HONSELL, OR BT, p. 106 s.; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 621.

⁶¹ BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 16; CR-VENTURI, Intro. art. 197-210, n. 10; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 624; ATF 127 III 83; ATF 114 II 131 (134), c. 1a; ATF 109 II 319 (322), c. 2; ATF 108 II 102 (104), c. 2a. L'acheteur peut avoir intérêt à invalider la vente pour erreur, lorsqu'il est déchu de l'action en garantie parce qu'il a omis de respecter ses incombances (art. 201 CO) ou lorsque le délai de prescription est échu (art. 210 CO). On relèvera qu'une partie de la doctrine refuse l'application alternative des deux régimes, l'action spéciale en garantie ayant le pas sur l'action générale fondée sur l'art. 24, al. 1, ch. 4, CO: BaK-HONSELL, n. 10, Vorb. zu Art. 197-210; le même, OR BT, p. 111 ss; CR-VENTURI, Intro. art. 197-210, n. 11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 807; GUHL/MERZ/KOLLER, § 42, n. 63; SCHWENZER, OR AT, § 39, n. 39.41; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 625.

⁶² ATF 114 II 131 (136 s.), c. 1b; ATF 108 II 102 (104), c. 2a; BK-WIEGAND, Vorb. zu Art. 97-109, n. 112.

Les dispositions sur le contrat de vente contiennent une règle particulière pour l'indemnisation du préjudice consécutif au défaut. Conformément à l'art. 208, al. 2, CO, l'acheteur qui exerce l'action réhibitoire peut demander réparation du dommage direct limité au *damnum emergens*⁶³, sans que le débiteur ne puisse prouver qu'il n'a commis aucune faute. En revanche, conformément à l'art. 208, al. 3, CO, la réparation des autres dommages est soumise aux mêmes conditions que l'art. 97, al. 1, CO⁶⁴. La prescription de l'action en dommages-intérêts est régie par les règles particulières des art. 210 et 219, al. 3, CO⁶⁵.

b. La donation (articles 239 et suivants CO)

La responsabilité du donateur est régie par l'art. 248, al. 1, CO qui institue une responsabilité atténuée en raison de la nature particulière de ce contrat. Le donateur ne répond qu'en cas de négligence grave et de faute intentionnelle.

En ce qui concerne les garanties en cas d'éviction et en raison des défauts, les règles générales de la vente s'appliquent sous réserve des restrictions apportées par l'art. 248, al. 2, CO⁶⁶. Le donateur n'est tenu que de la garantie expressément promise. On relèvera que lorsque la donation porte sur une créance, le donateur n'est même pas garant de son existence (art. 171, al. 3, CO), à moins qu'il ait promis sa garantie (art. 248, al. 2 *in fine*, CO)⁶⁷.

c. Le bail à loyer et à ferme (articles 253 et suivants CO)

L'art. 258, al. 1, CO prévoit expressément le droit de procéder selon les art. 107-109 CO en présence de graves défauts en début de bail et en cas de demeure dans la remise de la chose louée au locataire. Après la remise de la chose louée, le locataire ne dispose plus que des moyens spécifiques prévus par le droit du bail (art. 259a-259i CO) conformément à l'art. 258, al. 2, CO⁶⁸. Comme en matière de vente, le législateur a institué un régime de responsabilité particulier lorsque la chose louée est affectée de défauts (art. 258 à 259i CO). Dès lors, il n'existe pas de véritable concours avec les règles ordinaires des art. 97 ss CO. Le locataire qui subit un dommage en raison d'un défaut peut en effet déjà exiger réparation du bailleur sur la

⁶³ BK-GIGER, n. 34 ad art. 208 CO.

⁶⁴ KELLER, *Haftpflicht I*, p. 427.

⁶⁵ KELLER, *Haftpflicht I*, p. 428.

⁶⁶ TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 1646.

⁶⁷ TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 1647.

⁶⁸ BK-WEBER, *Vorb. zu Art. 97-109, n. 116; ZK-HIGI, n. 51 ss ad art. 258 CO.*

base de l'art. 259e CO, à moins que celui-ci ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

L'art. 259e CO prévoit une responsabilité du bailleur pour les dommages subis par le locataire en raison des défauts analogue à celle instituée par l'art. 97, al. 1, CO. Contrairement à ce qui est prévu dans le contrat de vente (art. 201 CO), cette action n'est pas subordonnée au respect d'un devoir de vérification et d'avis immédiat des défauts constatés⁶⁹. Le locataire est néanmoins tenu, selon l'art. 257g, al. 1, CO, de signaler au bailleur les défauts qui affectent la chose louée. En cas d'omission, le locataire n'est pas déchu de la garantie des défauts (art. 258 à 259i CO)⁷⁰, mais il répond du dommage causé au bailleur (art. 257g, al. 2, CO)⁷¹.

Les art. 258 à 259i CO s'appliquent par analogie en matière de bail à ferme (art. 288 CO).

d. Le contrat de travail (articles 319 et suivants CO)

Dans le contrat de travail, l'art. 321a CO décrit les devoirs de diligence et de fidélité du travailleur, tandis que l'art. 321e CO concrétise sa responsabilité. La responsabilité du travailleur est régie par l'art. 321e CO qui, bien que sa teneur soit différente de celle de l'art. 97, al. 1, CO, institue un régime de responsabilité pour faute identique à celui prévu par l'art. 97, al. 1, CO. La faute du travailleur est présumée, bien que cela ne ressorte pas du texte de l'art. 321e CO⁷². L'étendue de la réparation est calculée conformément aux règles générales sur la responsabilité civile⁷³.

En vertu de l'art. 321e, al. 2, CO, la mesure de la diligence qui incombe au travailleur se détermine de cas en cas, « compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître ». Ces circonstances peuvent aussi être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99, al. 3, 42 à 44 CO)⁷⁴. L'art. 321e, al. 2, CO permet de tempérer la responsabilité du travailleur en prenant en compte des facteurs

⁶⁹ KELLER, *Haftpflicht I*, p. 432.

⁷⁰ CR-LACHAT, n. 5 ad art. 257g CO.

⁷¹ Dans cette hypothèse, le bailleur doit être indemnisé du « surcroît de dommage résultant de l'absence d'avis de défauts » (CR-LACHAT, n. 6 ad art. 257g CO).

⁷² CR-AUBERT, n. 4 ad art. 321e CO; TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 3087.

⁷³ TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 3088.

⁷⁴ SJ 1995, p. 777, (778), c. 3a.

d'appréciation individualisés⁷⁵. L'art. 321e, al. 2, CO a inspiré l'art. 48a AP RC qui prévoit de donner à la notion de négligence un contenu plus subjectif tenant compte de la situation individuelle de la personne recherchée⁷⁶. Ainsi, selon l'art. 48a, al. 2, AP RC, la diligence requise par l'auteur du dommage « s'apprécie suivant l'âge, la formation, les connaissances ainsi que les autres aptitudes et qualités de l'auteur du dommage ».

L'art. 340b CO prévoit que le travailleur est tenu de réparer le dommage qui résulte, pour l'employeur, de la violation de la prohibition de concurrence, sans préciser les conditions de la responsabilité. En application des règles générales, il convient de soumettre l'action en réparation aux art. 97 ss CO⁷⁷.

La responsabilité civile de l'employeur n'est pas réglée par des dispositions particulières du contrat de travail; l'art. 97, al. 1, CO trouve donc application. Lorsque l'employeur viole son devoir de protection (art. 328 CO), la créance en dommages-intérêts du travailleur se détermine également selon les art. 97 ss CO⁷⁸.

e. Le contrat d'entreprise (articles 363 et suivants CO)

Conformément aux art. 367 à 371 CO, l'entrepreneur assume une garantie pour les défauts⁷⁹. A l'inverse du droit de la vente, le Tribunal fédéral a refusé le concours entre les art. 97 ss CO et les règles sur la garantie des défauts (art. 367-371 CO) pour le contrat d'entreprise⁸⁰. Le maître auquel l'entrepreneur a livré un ouvrage défectueux ne peut agir qu'en application

⁷⁵ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 121. La responsabilité du travailleur et son étendue se déterminent non seulement sur la base des critères objectifs que sont le risque professionnel et les instructions ou connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail, mais également selon des éléments subjectifs, à savoir les aptitudes et qualités du travailleur « que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître » (TERCIER, Contrats spéciaux, n. 3090).

⁷⁶ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 120 s.

⁷⁷ BK-REHBINDER, n. 2 ad art. 340b CO.

⁷⁸ Pour plus de précisions, cf. BK-REHBINDER, n. 25 ad art. 328 CO; ZK-STAEHELIN, n. 26 ss ad art. 328 CO.

⁷⁹ Le maître qui s'est vu livrer un ouvrage défectueux peut, lorsque les conditions sont remplies, exiger la réfection de l'ouvrage ou la réduction du prix, ou résoudre le contrat (art. 368 CO).

⁸⁰ ATF 117 II 550 (553 s.), c. 4b/cc, commenté par MERZ, in: RJB 129 (1993), p. 246 et GAUCH, in: DC 1993, n. 105, p. 47; ATF 100 II 30 (32), c. 2; BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109 CO, n. 16; le même, n. 29 ad art. 97 CO; GAUCH, Werkvertrag, n. 2326 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2584. Critique: BUCHER, p. 340.

des règles spéciales sur la garantie⁸¹. En revanche, lorsque la violation du contrat ne se traduit pas par un défaut, la responsabilité de l'entrepreneur pour les dommages résultant d'un comportement fautif au cours de l'exécution de l'ouvrage est sanctionnée par les art. 97 ss CO et non par le droit de la garantie⁸².

Il arrive que le maître constate, avant la livraison de l'ouvrage, que l'entrepreneur ne pourra pas tenir ses engagements. Dans cette hypothèse, les règles sur le contrat d'entreprise accordent au maître des droits anticipés. S'il apparaît, en cours de travaux, que l'entrepreneur ne respecte pas ou ne pourra pas respecter ses obligations dans le temps⁸³, le maître peut lui fixer un délai pour s'exécuter (art. 107 CO, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 108 CO) et lui signifier qu'à défaut il se départira du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison (art. 366, al. 1, CO)⁸⁴. En outre, l'art. 366, al. 2, CO confère au maître un droit anticipé à la réfection de l'ouvrage, s'il apparaît avec certitude en cours de travaux que l'entrepreneur ne pourra pas livrer un ouvrage sans défaut⁸⁵. On relèvera que, jusqu'à la livraison de l'ouvrage, le régime général de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) trouve application, à l'exception des règles sur la demeure (art. 102 ss CO), auxquelles déroge l'art. 366 CO⁸⁶.

Le régime de la garantie pour les défauts comporte quelques règles particulières:

⁸¹ Il faut réserver la réparation du dommage consécutif au défaut, qui peut être demandée en sus (art. 368, al. 1 et 2 *in fine*, CO). A ce sujet, cf. *infra*, chap. 1, § 2, 2.2/e. L'action délictuelle (art. 41 CO) peut également s'appliquer en concours avec le régime de la garantie, pour autant que l'entrepreneur ait commis un acte illicite (RJJ 1994, p. 170).

⁸² ATF 113 II 421 (422), c. 2; ATF 111 II 170 (172), c. 2. TERCIER, Contrats spéciaux, n. 4086. Par ex., l'entrepreneur ne doit pas divulguer à des tiers les plans confidentiels que le maître lui a confiés (ATF 93 II 273).

⁸³ Par ex. parce qu'il a commencé les travaux trop tardivement ou parce qu'il n'a pas respecté le programme imposé, ou encore parce qu'il paraît probable qu'il ne pourra achever l'ouvrage pour le moment convenu.

⁸⁴ TERCIER, Contrats spéciaux, n. 4067 s.

⁸⁵ L'art. 366, al. 2, CO confère le droit au maître sans attendre la livraison, de fixer ou de faire fixer à l'entrepreneur un délai raisonnable pour parer aux défauts en l'avisant que, s'il ne s'exécute pas dans le délai fixé, les réparations ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers, aux frais et aux risques de l'entrepreneur.

⁸⁶ Dans cette hypothèse, l'inexécution ne se traduit pas par un défaut, de sorte que les règles spéciales de la garantie (art. 367 à 371 CO) ne trouvent pas application.

- En cas d'acceptation de l'ouvrage par le maître, la responsabilité civile de l'entrepreneur tombe (art. 370 CO)⁸⁷, sous réserve des défauts cachés⁸⁸ et de ceux qui ont été dissimulés⁸⁹.
- Le maître doit avoir vérifié l'ouvrage et avoir avisé l'entrepreneur des défauts à temps. S'il omet de respecter ces règles, l'ouvrage est considéré comme accepté (art. 367 CO).
- La prescription de l'action en dommages-intérêts est d'une année pour les ouvrages mobiliers et de cinq ans pour les ouvrages immobiliers (art. 371 CO).

En sus des droits spécifiques à la garantie, l'art. 368, al. 1 et 2, CO autorise le maître qui subit un dommage consécutif au défaut (*Mangelfolgeschaden*) à demander réparation de son préjudice « lorsque l'entrepreneur est en faute ». L'action en dommages-intérêts pour le préjudice consécutif au défaut peut être exercée cumulativement aux règles de la garantie. Elle est cependant soumise aux conditions spéciales des art. 367 ss CO (vérification de l'ouvrage, avis des défauts et prescription)⁹⁰.

L'art. 364, al. 1, CO prévoit que la responsabilité de l'entrepreneur est régie, d'une manière générale, par les mêmes règles que le travailleur dans les rapports de travail. Il est ainsi renvoyé aux conditions générales de responsabilité des art. 97 ss CO.

f. *Le mandat (articles 394 et suivants CO)*

En cas de violation, par le mandant, de ses obligations contractuelles, le mandataire peut se départir du mandat, conformément aux art. 107-109 CO ou faire valoir une prétention en dommages-intérêts selon l'art. 97 CO⁹¹. L'art. 402, al. 2, CO, qui règle la responsabilité du mandant, reprend le régime général des art. 97 ss CO. Il ne s'applique toutefois pas aux mandats gratuits⁹². Le mandataire peut également répudier le contrat en tout temps et sans donner de motifs (art. 404, al. 1, CO).

⁸⁷ ATF 100 II 30 (32), c. 2; KELLER, *Haftpflicht I*, p. 445.

⁸⁸ Le maître doit les signaler aussitôt après les avoir découverts (art. 370, al. 3, CO), au plus tard un an après la réception de l'ouvrage (TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4144 et 4149 ss).

⁸⁹ Ces défauts peuvent être invoqués en tout temps (TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4125), sous réserve de la prescription (10 ans) (ATF 100 II 30 [34], c. 2).

⁹⁰ TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4082, 4085 et 4230.

⁹¹ BK-WEBER, *Vorb. zu Art. 97-109*, n. 119.

⁹² Cf. ATF 61 II 95 (98), c. 3 qui applique l'art. 422, al. 1, CO par analogie.

Lorsque le mandataire viole ses obligations, plusieurs sanctions sont envisageables:

- le mandant peut révoquer le mandat en tout temps et sans motifs (art. 404, al. 1, CO);
- il peut refuser de payer la rémunération en totalité ou en partie;
- il peut agir en remise des comptes ou des biens transmis;
- le mandataire peut être tenu de verser une peine conventionnelle si le contrat le prévoit, conformément à l'art. 160 CO⁹³;
- finalement, le mandant peut actionner le mandataire en dommages-intérêts.

Nous nous intéresserons uniquement à cette dernière sanction.

La responsabilité du mandataire est réglée aux art. 398 CO (responsabilité personnelle) et 399 CO (responsabilité du mandataire pour les tiers qu'il se substitue). L'art. 398, al. 1, CO renvoie à l'art. 321e CO, qui reprend lui-même le régime général de l'art. 97 CO⁹⁴.

S'il est, en principe, tenu de s'exécuter personnellement (art. 398, al. 3, CO), le mandataire peut recourir au service d'auxiliaires. Il répond alors, sur la base de l'art. 101, al. 1, CO, des dommages que ceux-ci causent à des tiers dans l'accomplissement de leur travail. Au lieu de recourir à l'aide d'auxiliaires, le mandataire peut se substituer un tiers⁹⁵ dans l'exécution du mandat. Ce dernier s'exécute de manière indépendante, sous sa seule responsabilité⁹⁶. Lorsque le mandataire a le droit de faire appel à des tiers, il ne répond de leurs actes que s'il a personnellement commis une faute dans le choix et l'instruction (art. 399, al. 2, CO). Si les conditions d'une substitution ne sont pas réalisées (art. 398, al. 3, CO), le mandataire répond « comme s'ils étaient siens » des actes du substitué (art. 399, al. 1, CO). Dans cette situation, le mandataire viole ses obligations contractuelles et est tenu à des dommages-intérêts envers le mandant, à moins que ce dernier ratifie la substitution ou que le tiers exécute à satisfaction son mandat; une action en dommages-intérêts du mandant serait alors contraire aux règles de la bonne foi⁹⁷.

⁹³ TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4721.

⁹⁴ BK-FELLMANN, n. 182 à 187 ad art. 398 CO; KELLER, *Haftpflicht I*, p. 448; TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4722.

⁹⁵ Appelé sous-mandataire ou mandataire substitué.

⁹⁶ Sur la notion de tiers substitué: cf. BK-FELLMANN, n. 524 ss ad art. 398 CO.

⁹⁷ BK-FELLMANN, n. 627 à 629 ad art. 398 CO.

Le mandat peut être gratuit. Dans cette hypothèse, la responsabilité du mandataire doit s'apprécier avec moins de rigueur, conformément à l'art. 99, al. 2, CO⁹⁸. Le Tribunal fédéral applique cette règle lorsqu'une rémunération est prévue mais qu'elle s'avère largement inférieure au montant normalement dû⁹⁹.

Les mandats spéciaux¹⁰⁰ sont soumis au régime général de responsabilité de l'art. 97 CO par renvoi (tacite) aux règles du mandat.

g. Le contrat de transport (articles 440-457 CO)

Les règles particulières prévues aux art. 447 et 448 CO l'emportent sur les dispositions générales des art. 97-109 CO¹⁰¹. En revanche, la norme fondamentale de l'art. 97 CO peut avoir une application concurrente avec le régime de responsabilité délictuelle.

2.3. Les lois spéciales

Dans leur domaine de compétence, les lois spéciales s'appliquent de manière exclusive par rapport aux dispositions générales du CO¹⁰², notamment en matière de circulation routière et de voyage à forfait¹⁰³. Il faut cependant réserver les situations non réglées par ces lois¹⁰⁴. Le principe « *lex specialis derogat generali* » n'est pas toujours favorable à la victime. Il peut arriver que le régime spécial de responsabilité impose au lésé des conditions plus strictes d'indemnisation ou un délai de prescription plus court¹⁰⁵.

⁹⁸ KELLER, *Haftpflicht I*, p. 448.

⁹⁹ ATF 92 II 234 (242), c. 3d.

¹⁰⁰ La lettre et l'ordre de crédit prévus aux art. 407 ss CO; le courtage est régi par les art. 412 ss CO; le contrat d'agence est prévu aux art. 418a ss CO.

¹⁰¹ BK-WEBER, *Vorb. zu Art. 97-109*, n. 120; ZK-OSER/SCHÖNONBERGER, n. 4 s. ad art. 447 CO.

¹⁰² BK-WEBER, *Vorb. zu Art. 97-109*, n. 121.

¹⁰³ Cf. par ex. art. 10, al. 4, 11, al. 2, 14 et 15 LVF.

¹⁰⁴ Tel est notamment le cas, en matière de circulation routière, du rapport de responsabilité entre deux détenteurs d'un véhicule. Dans cette situation, le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 538 CO relatif à la société simple: cf. ATF 99 II 315 (322 s.), c. 5.

¹⁰⁵ Par ex.: l'art. 83 LCR (deux ans).

Chapitre 2: Les régimes délictuels

§ 1 L'action générale en dommages-intérêts en cas d'atteinte illicite à un bien protégé par l'ordre juridique

L'art. 41, al. 1, CO institue le régime général de responsabilité civile fondé sur la faute de l'auteur du dommage. Elle est appelée « responsabilité extra-contractuelle » ou « aquilienne » ou encore « responsabilité pour faute ».

L'art. 41, al. 1, CO est le pendant de l'art. 97, al. 1, CO dans le sens qu'il constitue le second régime général de responsabilité civile. La notion d'inexécution d'une obligation (art. 97, al. 1, CO) est ici remplacée par celle d'acte illicite (ou illicéité). Les autres conditions cumulatives de la responsabilité sont identiques à celles prévues à l'art. 97, al. 1, CO¹⁰⁶.

Nous nous intéresserons uniquement à la condition d'illicéité¹⁰⁷ prévue à l'art. 41, al. 1, CO.

1.1. La théorie objective de l'illicéité

a. L'énoncé de la théorie

La notion d'illicéité a pour fonction principale de limiter les cas de responsabilité civile. La victime qui, du fait du comportement d'un tiers, subit un préjudice, ne bénéficie pas forcément de la protection du droit pour obtenir réparation de son dommage. L'atteinte subie doit en outre être illicite, c'est-à-dire réprimée par l'ordre juridique¹⁰⁸.

La notion d'illicéité peut être abordée sous deux approches différentes. On peut, tout d'abord, décider de fixer les conditions dans lesquelles une atteinte portée à un tiers est illicite et entraîne, pour son auteur, l'obligation

¹⁰⁶ Il s'agit du dommage, du lien de causalité adéquate entre le dommage et l'acte illicite, et de la faute.

¹⁰⁷ On rappellera que l'existence d'un motif justificatif supprime l'illicéité. Tel est le cas lorsque l'auteur de l'acte dommageable a agi dans l'exercice de la puissance publique, dans l'exercice d'un droit privé, avec le consentement de la victime, ou s'il était autorisé à faire usage de la force (BK-BREHM, n. 60 ss ad art. 41 CO; OFTINGER/STARK I, § 4, n. 45; REY, *Haftpflichtrecht*, n. 757 ss).

¹⁰⁸ De nombreuses atteintes, telles que celles commises dans le domaine de la concurrence économique – dans lequel chaque entreprise cherche à prendre des parts de marché à ses concurrents – ne constituent pas forcément un acte illicite.

de réparer le dommage (pour autant que les autres conditions sont réunies¹⁰⁹). On parle de « théorie objective de l'illicéité ». Cette théorie subordonne l'illicéité à la violation d'une norme objective de l'ordre juridique¹¹⁰. A l'inverse, il est possible de retenir une « théorie subjective de l'illicéité », en partant de l'idée que tout comportement dommageable est illicite, si l'auteur n'y est pas expressément autorisé¹¹¹. Selon cette théorie, toute atteinte aux biens d'une personne est une violation du principe général « d'interdiction de nuire à autrui » (« *alterum non laedere* »); l'atteinte dommageable ne perd son caractère illicite que lorsque l'auteur était subjectivement en droit de se comporter comme il l'a fait¹¹².

La distinction entre les théories objective et subjective de l'illicéité prend toute son importance lorsque la victime ne subit qu'un dommage purement patrimonial (ou purement économique)¹¹³ et qu'elle ne peut pas se prévaloir de la protection d'une règle de droit¹¹⁴. Dans cette situation, elle devrait obtenir, en principe, réparation selon la méthode subjective mais pas selon la théorie objective.

La doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante, retiennent la théorie objective de l'illicéité¹¹⁵.

¹⁰⁹ A savoir: le dommage, le lien de causalité adéquate et le chef de responsabilité particulier.

¹¹⁰ BK-BREHM, n. 33 ad art. 41 CO; DESCHENAUX/TERCIER, § 6, n. 9; REY, Haftpflichtrecht, n. 670.

¹¹¹ GABRIEL, n. 290 s.; MISTELI, p. 103 s.; OFTINGER/STARK I, § 4, n. 9; REY, Haftpflichtrecht, n. 677.

¹¹² GABRIEL, n. 359; MISTELI, p. 103 s.; REY, Haftpflichtrecht, n. 678.

¹¹³ Sur la notion de dommage purement patrimonial (ou économique), cf. *infra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/a.

¹¹⁴ REY, Haftpflichtrecht, n. 680.

¹¹⁵ Cf. par ex.: SJ 2000, p. 549 (551), c. 1a; SJ 1998, p. 553 (556), c. 4a; ATF 123 III 577 (581), c. 4c; ATF 123 III 306 (312), c. 4a; ATF 122 III 176 (192), c. 7b; ATF 121 III 350 (354), c. 6b; ATF 120 II 331 (335), c. 4; ATF 119 II 127 (128), c. 3; ATF 118 Ib 473 (476), c. 2b; ATF 117 II 315 (317 s.), c. 4d; ATF 116 Ia 162 (169), c. 2c; ATF 116 Ib 367 (373 s.), c. 4b; ATF 115 II 15 (18), c. 3a; ATF 113 Ib 420 (423), c. 2. Des arrêts très anciens consacraient déjà la théorie objective de l'illicéité: ATF 56 II 371 (372 s.), c. 2; ATF 55 II 331 (334), c. 2; ATF 47 II 176 (179), c. 1; ATF 32 II 360 (366), c. 3; ATF 32 II 273 (279), c. 4. BK-BREHM, n. 33a ad art. 41 CO; GABRIEL, n. 224 ss; MISTELI, p. 104-107; OFTINGER/STARK I, p. 171; RASCHEIN, Thesen, p. 87 s.; le même, *Widerrechtlichkeit*, p. 230-234; VON TUHR/PETER, p. 408 s.

b. *L'alternative proposée aux théories objective et subjective de l'illicéité*

WERRO propose une définition de la notion d'illicéité différente de celle proposée par les théories objective et subjective. Cet auteur estime que la responsabilité doit déjà être admise lorsque le préjudice résulte de la violation objective d'un devoir de diligence; tel est le cas lorsque le comportement de l'auteur du dommage s'écarte de celui qu'une personne raisonnable aurait adopté dans les mêmes circonstances¹¹⁶. WERRO rattache en outre la question de la violation objective d'un devoir de diligence à la faute et restreint la problématique de l'illicéité aux faits justificatifs¹¹⁷. Cette conception qui étend la notion d'illicéité se rapproche de la théorie subjective; elle s'en distingue toutefois par le fait que, selon cette dernière, tout préjudice oblige son auteur à réparation, sauf s'il parvient à prouver l'existence d'un fait justificatif¹¹⁸.

c. *La solution retenue par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile*

L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile consacre la théorie objective de l'illicéité¹¹⁹. L'art. 46 AP RC a la teneur suivante:

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

² Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel ».

L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile propose d'étendre la notion d'illicéité à la violation des règles de la bonne foi. Le principe de la bonne foi (art. 2, al. 1, CC) deviendrait un bien juridique absolument protégé¹²⁰.

¹¹⁶ WERRO, *Sorgfaltspflichtverletzung*, p. 347.

¹¹⁷ WERRO, *Sorgfaltspflichtverletzung*, p. 356 s.

¹¹⁸ WERRO, *Sorgfaltspflichtverletzung*, p. 366 s. Cet auteur se défend, du reste, d'être un partisan de la théorie subjective qu'il critique aussi sévèrement que la théorie objective (*ibid.*).

¹¹⁹ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 99.

¹²⁰ Au sujet de la notion d'illicéité prévue à l'art. 46 AP RC, cf. également *infra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/c/cc.

1.2. La discrimination des dommages purement patrimoniaux

a. La distinction entre l'illicéité « de résultat »¹²¹ et « de comportement »¹²²

aa. En général

La jurisprudence du Tribunal fédéral conduit à distinguer deux catégories de préjudices:

- Le dommage consécutif à la lésion d'un droit dit absolu, à savoir les droits de la personnalité (notamment la vie, l'intégrité physique et psychique, la liberté personnelle et la liberté économique¹²³), les droits réels (la propriété et les droits réels restreints) ainsi que les droits de propriété intellectuelle¹²⁴. Certains auteurs incluent le principe de la bonne foi de l'art. 2, al. 1, CC dans les biens juridiques absolument protégés¹²⁵.
- Le dommage purement patrimonial (ou purement économique) qui représente la catégorie résiduelle formée de tous les préjudices ne résultant pas de la lésion d'un droit absolu¹²⁶.

bb. L'atteinte portée à un droit absolu

La violation d'un droit absolu est *a priori* illicite, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le comportement de l'auteur: l'illicéité est directement induite de la nature du dommage¹²⁷. On parle, à cet égard, d'illicéité par le résultat (*Erfolgsunrecht*)¹²⁸.

Les droits de la personnalité sont protégés, sur le plan civil, par l'art. 28 CC. Cette disposition prévoit que toute atteinte à l'un de ces droits est

¹²¹ OFTINGER/STARK I, p. 175.

¹²² OFTINGER/STARK I, p. 179.

¹²³ Pour une liste plus complète des droits de la personnalité, cf. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, p. 116 ss; SCHMID, Einleitungsartikel, p. 184 ss, n. 836 ss.

¹²⁴ BK-BREHM, n. 35 ad art. 41 CO; DESCHENAUX/TERCIER, § 6, n. 21-22; MERZ, Widerrechtlichkeit, p. 309; OFTINGER/STARK I, § 4, n. 26; SCHWENZER, OR AT, § 50, n. 50.05.

¹²⁵ KELLER/GABI, p. 37; BaK-SCHNYDER, n. 33 ad art. 41 CO. Sur cette question, cf. *infra*, chap. 2, § 1, 1.2/c/cc.

¹²⁶ Cf. MISTELL, p. 35-39.

¹²⁷ MISTELL, p. 76.

¹²⁸ REY, Haftpflichtrecht, n. 682.

illicite, à moins que l'auteur puisse se prévaloir d'un motif justificatif¹²⁹. La notion de « droits de la personnalité » n'est cependant pas définie par la loi, de sorte qu'il est difficile de lui donner des contours précis¹³⁰. La doctrine¹³¹ a établi un catalogue en distinguant entre les droits de la personnalité physique¹³², les droits de la personnalité affective¹³³, ainsi que les droits de la personnalité sociale¹³⁴.

Certains droits de la personnalité sont également protégés par le droit pénal. Tel est le cas, en particulier, de la vie (art. 111 ss CP), de l'intégrité corporelle (art. 122 ss CP) et de la liberté personnelle (art. 180 ss CP). La protection de la propriété et de la possession est, quant à elle, assurée par des normes de droit pénal (art. 137 ss CP) de même que, sur le plan civil, par les art. 641 et 926 ss CC¹³⁵.

cc. L'atteinte portée à un autre bien qu'un droit absolu

La fortune n'est pas un bien juridique protégé de manière absolue. Le dommage purement patrimonial n'est donc pas *a priori* illicite; il ne le devient que s'il a été provoqué par un comportement que l'ordre juridique prohibe (*Verhaltensunrecht*)¹³⁶. La violation de n'importe quelle norme ne suffit toutefois pas à fonder l'illicéité par le comportement; il doit exister une relation d'illicéité entre la transgression et le résultat dommageable. Cela suppose que la norme violée ait précisément, pour finalité, de protéger les biens juridiques lésés¹³⁷. L'auteur du dommage porte alors atteinte à un intérêt patrimonial spécifiquement protégé par une norme de compor-

¹²⁹ L'atteinte peut être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

¹³⁰ OFTINGER/STARK II/1, § 16, n. 53.

¹³¹ Cf., en particulier, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, p. 116 ss; SCHMID, Einleitungsartikel, p. 184 ss, n. 836 ss.

¹³² Le droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la liberté de mouvement, à la liberté sexuelle et au droit de disposer du sort de son cadavre.

¹³³ Le droit aux relations avec les proches, à la piété filiale, au respect de sa vie affective.

¹³⁴ Le droit au nom, à l'image et à la voix, à l'honneur, au respect de la vie privée, le droit de la personnalité de l'auteur de productions littéraires et artistiques et la liberté économique.

¹³⁵ OFTINGER/STARK I, § 4, n. 26 s.

¹³⁶ BK-BREHM, n. 35b et 40 ad art. 41 CO; DESCHENAUX/TERCIER, § 6, n. 24; MERZ, Widerrechtlichkeit, p. 312; OFTINGER/STARK I, § 4, n. 35; REY, Haftpflichtrecht, n. 695.

¹³⁷ Cf. par ex. ATF 123 III 306 (312), c. 4a; ATF 122 III 176 (192), c. 7b; BK-BREHM, n. 35b ad art. 41 CO; DESCHENAUX/TERCIER, § 6, n. 25; MERZ, Widerrechtlichkeit, p. 317 s.; REY, Haftpflichtrecht, n. 698; SCHWENZER, OR AT, § 50, n. 50.19.

tement, comme lors d'une escroquerie (art. 146 CP) ou d'un acte de concurrence déloyale (art. 2 ss LCD). A défaut d'une telle norme, le comportement de l'auteur du dommage ne peut pas être qualifié d'illicite. On précisera enfin que les normes protectrices découlent de l'ensemble de l'ordre juridique, tant du droit fédéral que du droit cantonal, du droit écrit que du droit non écrit, du droit privé que du droit public¹³⁸.

Cette protection limitée de la fortune vise à fixer des limites raisonnables à la responsabilité civile¹³⁹.

Le Tribunal fédéral a cependant déjà atténué, dans une certaine mesure, la distinction découlant de la théorie objective, entre l'illicéité « de résultat » et « de comportement » dans les situations suivantes:

- Lorsque le tiers recherché en responsabilité se voit reprocher une omission, le lésé doit établir la violation d'une norme destinée à le protéger, quand bien même il a subi un dommage matériel ou corporel: l'illicéité d'une abstention suppose la violation d'un devoir juridique concret d'agir, fondé sur une norme de comportement positive résultant du droit privé, pénal ou administratif et visant à protéger les intérêts du lésé¹⁴⁰. Le devoir d'assurer la sécurité des tiers peut découler du principe de la création d'un état de choses dangereux (*Gefahrensatz*) qui impose à celui qui crée une situation pouvant causer un dommage aux tiers de prendre les mesures de précaution nécessaires pour l'éviter¹⁴¹.
- En cas d'atteinte portée à certains droits de la personnalité, le Tribunal fédéral procède, parfois, à une pesée des intérêts pour juger le caractère illicite du comportement de l'auteur du dommage. Il a notamment jugé que le boycott, en principe illicite, n'est pas contraire au droit, s'il tend à défendre des intérêts légitimes manifestement prépondérants qui ne peuvent être sauvegardés d'aucune autre manière¹⁴².

¹³⁸ MERZ, *Widerrechtlichkeit*, p. 308; OFTINGER/STARK I, § 4, n. 42 s.

¹³⁹ MERZ, *Widerrechtlichkeit*, p. 309 et 311 s.; OFTINGER/STARK I, § 4, n. 30; SCHWENZER, OR AT, § 50, n. 50.06.

¹⁴⁰ BaK-SCHNYDER, n. 37 ad art. 41 CO; SJ 2000, p. 549 (552 s.), c. 2b.

¹⁴¹ BaK-SCHNYDER, n. 38 ad art. 41 CO. Le Tribunal fédéral a notamment imposé un tel devoir d'assurer la sécurité des tiers découlant du « *Gefahrensatz* » aux sociétés de remontées mécaniques: ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 115; ATF 121 III 358; ATF 113 II 247. Sur le principe du risque créé (*Gefahrensatz*), cf. *infra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/c/dd.

¹⁴² ATF 104 II 6 (9), c. 2a; ATF 102 II 211 (221), c. 6; ATF 91 II 25 (42), c. 7; ATF 86 II 365 (374 ss), c. 4.

Une partie de la doctrine critique cette dichotomie entre « illicéité de résultat » et « illicéité de comportement » et estime que l'illicéité doit toujours être recherchée dans le comportement de l'auteur¹⁴³. En effet, l'ordre juridique impose aux sujets de droit un standard de comportement; c'est donc ce dernier qui peut être qualifié d'illicite et non, en soi, déjà le résultat. Comme l'observe PORTMANN¹⁴⁴, la mort d'un homme foudroyé serait la conséquence d'un acte illicite, ce qui est absurde ! Le Tribunal fédéral lui-même a déjà été réticent à employer l'illicéité de résultat dans des situations où, pourtant, la victime avait subi un dommage résultant de la lésion d'un droit absolu. Notre haute Cour a préféré examiner si l'auteur du dommage avait violé une norme de comportement destinée à protéger la victime¹⁴⁵.

b. *L'insécurité juridique liée au critère de la « finalité protectrice de la norme »*

La théorie objective de l'illicéité rend plus difficile l'indemnisation du lésé (victime directe de l'atteinte ou tiers lésé par ricochet) en cas de dommages purement économiques. Dans cette hypothèse, l'illicéité est subordonnée à l'existence d'une norme protégeant spécifiquement la victime (critère de la « finalité protectrice de la norme »)¹⁴⁶. En pratique, le juge doit, dans une telle situation, rechercher si la victime peut se prévaloir d'une règle de comportement, écrite ou non écrite, ayant pour but de protéger le bien atteint. Il a un rôle difficile, notamment lorsque la norme protectrice – souvent pénale ou administrative – n'est pas explicite ou que son but n'apparaît pas clairement¹⁴⁷. L'application concrète de ce critère est alors compliquée et peut parfois conduire à des inégalités de traitement difficilement justifiables entre les victimes selon que celles-ci peuvent ou

¹⁴³ HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 6, n. 21; MISTELI, p. 105-107, SCHWENZER, OR AT, § 50, n. 50.28-31.

¹⁴⁴ RSJ 93, p. 275.

¹⁴⁵ Cf. par ex. ATF 82 II 25, où l'auteur du dommage avait perdu la maîtrise de ses skis et était entré en collision avec un touriste. Le Tribunal fédéral aurait pu admettre l'illicéité du seul fait que le touriste avait subi une lésion corporelle; il a cependant préféré examiner le comportement du jeune skieur et a retenu qu'il avait violé une norme de comportement en n'adaptant pas sa vitesse à ses capacités et aux conditions de piste.

¹⁴⁶ Pour étendre la protection de la victime, GABRIEL, n. 288 ss et 398 ss, propose de retenir la théorie subjective de l'illicéité selon laquelle toute atteinte est illicite si elle n'est pas justifiée par un motif justificatif. Cependant, la doctrine majoritaire retient la théorie objective de l'illicéité (cf. OFTINGER/STARK I, § 4, n. 10; cf. 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2).

¹⁴⁷ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 101.

non se prévaloir d'une norme protectrice¹⁴⁸. Le Tribunal fédéral a, par ex., admis l'existence d'une norme protectrice dans le cas suivant:

Une entreprise demandait la réparation d'un gain manqué (perte de productivité) suite à la suspension de son activité due à la rupture d'une canalisation d'eau ou d'un câble électrique appartenant à un service public. Dans cette situation, le Tribunal fédéral a jugé que les fabriques demanderessees avaient qualité pour agir en vertu de l'art. 239 CP qui punit de l'emprisonnement ou de l'amende l'entrave au service d'intérêt général (transports publics, télécommunications, distribution d'eau, d'énergie, etc.)¹⁴⁹. Cette décision a été critiquée dans la doctrine. En effet, on peut douter que l'art. 239 CP, qui ne figure pas parmi les infractions contre le patrimoine et les droits pécuniaires (art. 137 à 159 CP), mais relève des crimes et délits contre les communications publiques, ait pour but de protéger, outre la collectivité comme telle ou tout distributeur autorisé, également les intérêts de chaque consommateur d'eau ou d'électricité, de chaque abonné au téléphone, et de chaque client des transports en commun¹⁵⁰.

En revanche, la réparation du dommage purement économique a été refusée dans les situations suivantes:

- Une commune réclamait à l'auteur d'un incendie de forêt le remboursement des frais d'intervention des sapeurs-pompiers. Le Tribunal fédéral a considéré que ni l'art. 222 CP (incendie par négligence) ni la loi cantonale sur les forêts, applicable en l'espèce, n'autorisent une collectivité publique à se retourner contre un tiers pour les dépenses consécutives à l'exécution d'une tâche d'intérêt général qui lui incombe en vertu du droit administratif. Seuls les propriétaires des forêts incendiées, directement lésés, peuvent obtenir réparation selon l'art. 41, al. 1, CO¹⁵¹.
- Une fabrique de béton et une entreprise d'asphalte faisaient valoir une perte de production de plusieurs dizaines de milliers de francs pour avoir été privées de courant électrique durant 25 heures à cause de la rupture d'un câble souterrain communal par un tracteur agricole muni d'un engin de creusage¹⁵². Le Tribunal fédéral a estimé que les victimes ne pouvaient se prévaloir d'un acte illicite: à la différence de l'art. 41 CO et d'autres textes légaux, l'art. 58 LCR, applicable à titre de *lex*

¹⁴⁸ GAUCH/SWEET, p. 119.

¹⁴⁹ ATF 102 II 85 (88), c. 5; ATF 101 Ib 252 (255), c. 2d.

¹⁵⁰ GIOVANNONI, p. 244 s.; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 101.

¹⁵¹ ATF 104 II 95 (99), c. 2b.

¹⁵² ATF 106 II 75 (77 s.), c. 2.

specialis, ne couvre que les préjudices corporels et matériels, à l'exclusion des dommages purement économiques.

- Des entreprises de transport et l'exploitant d'un restaurant alléguaient une perte de recette due au fait que la route d'accès à une agglomération avait été obstruée pendant plusieurs jours par un éboulement imputable à un tiers. Le Tribunal fédéral a rejeté l'action en dommages-intérêts pour défauts d'illicéité: les art. 227 et 237 CP (écroulement, entrave à la circulation publique) supposent une mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la propriété, condition que les demandeurs ne remplissent pas. Quant à l'art. 679 CC (responsabilité objective du propriétaire foncier qui cause un dommage en excédant son droit), il ne protège que les propriétaires voisins (ici celui de la route obstruée) et non pas des tiers quelconques¹⁵³.

Les exemples qui précèdent montrent que la théorie objective de l'illicéité, en recourant au critère de la « finalité protectrice de la norme », aboutit parfois à des solutions insatisfaisantes¹⁵⁴.

c. Les remèdes proposés par la doctrine et la jurisprudence

La situation insatisfaisante qui prévaut parfois lorsque la victime subit un dommage purement économique a conduit le Tribunal fédéral et la doctrine à rechercher des solutions.

aa. La recherche de normes protectrices par la jurisprudence

Notre haute Cour a parfois cherché à étendre la notion d'illicéité en retenant une norme protectrice susceptible de fonder une responsabilité selon l'art. 41, al. 1, CO dont le but n'apparaît pas clairement. Tel est le cas lorsque le Tribunal fédéral a admis la réparation de la perte de gain subie par une entreprise qui avait été forcée de suspendre son activité par suite de la rupture d'une canalisation d'eau ou d'un câble électrique appartenant à un service public. Notre haute Cour a fondé l'illicéité sur l'art. 239 CP qui ne figure pas dans les infractions contre le patrimoine mais dans le chapitre relatif aux crimes et délits contre les communications publiques¹⁵⁵.

¹⁵³ Jugement du 1^{er} mars 1983 de la Cour Cantonale du Tessin publiée in: DC 1985, p. 33.

¹⁵⁴ GAUCH/SWEET, p. 123; GIOVANNONI, p. 244 ss; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 101; LORANDI, p. 24 s. Ce dernier va jusqu'à affirmer que le droit de la responsabilité civile se transforme en jeu de hasard: (« Das Haftpflichtrecht wird zum Glückspiel » [p. 25]).

¹⁵⁵ Cette solution paraît contestable, dans la mesure où l'on peut sérieusement se demander si une telle norme a bien pour but de protéger également les intérêts de

Le Tribunal fédéral a également considéré que la fourniture d'un faux renseignement en dehors d'un contrat pouvait constituer un acte illicite¹⁵⁶. Il a motivé sa décision en retenant que celui qui est questionné sur des circonstances qu'il connaît ou qu'il a la possibilité de connaître de par sa situation particulière, doit – lorsqu'il accepte de répondre – donner des renseignements correspondant à la vérité s'il lui apparaît que ceux-ci sont d'une importance primordiale pour celui qui les réclame. Il n'ose pas, intentionnellement, indiquer des faits faux ou donner, par légèreté, des informations dont l'inexactitude lui semble évidente, même sans examen minutieux.

A la lecture de ces arrêts, on a le sentiment que la solution à laquelle parvient le Tribunal fédéral est en partie dictée par des motifs d'équité, tant la « découverte » d'une norme protectrice, dans ces situations, était peu évidente.

bb. *La « construction » de figures juridiques destinées à étendre l'acte illicite*

La doctrine a également cherché à étendre la protection de la victime d'un dommage purement économique en « construisant » des figures juridiques destinées à étendre l'acte illicite¹⁵⁷: la *culpa in contrahendo*¹⁵⁸, le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers¹⁵⁹, ainsi que la liquidation du dommage de tiers (*Drittschadensliquidation*)¹⁶⁰.

chaque consommateur d'eau ou d'électricité, de chaque abonné au téléphone, de chaque client des transports en commun ou ne sert pas plutôt exclusivement la protection des seuls intérêts publics liés aux communications publiques. Cf. ATF 102 II 85 (88), c. 5 et ATF 101 Ib 252 (255), c. 2d. Pour une critique de ces arrêts, cf. GAUCH/SWEET, p. 123; GIOVANNONI, p. 244 s.; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 101.

¹⁵⁶ ATF 111 II 471 (474), c. 3; ATF 80 III 41 (54), c. 4; GAUCH/SWEET, p. 123 s.; LÜCHINGER, n. 812 ss.

¹⁵⁷ GAUCH/SWEET, p. 125 s.

¹⁵⁸ Cette institution juridique hybride (entre délit et contrat) est aujourd'hui rattachée à la responsabilité fondée sur la confiance (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 982c).

¹⁵⁹ Il vise à accorder une prétention contractuelle en dommages-intérêts à des tiers étrangers au contrat (tel que le conjoint du locataire par ex.) qui ont subi un dommage en raison d'un comportement contraire au contrat d'une des parties à la convention. Le tiers est ainsi incluí dans le domaine de protection du contrat et peut se prévaloir des art. 97 ss CO (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 4141 ss; GAUCH/SWEET, p. 125; cf., *infra*, 4^e partie, chap. 3).

¹⁶⁰ Cette théorie, également appelée théorie du « déplacement de l'intérêt » (ATF 117 II 315 [319], c. 5c/aa), vise à permettre à une partie au contrat (par ex. une entreprise de construction) de faire valoir en son propre nom – en tant que dommage contractuel – le préjudice subi par un tiers en raison d'un comportement contraire au

cc. *Le principe de la bonne foi de l'art. 2, al. 1, CC comme bien juridique absolument protégé*

La portée de l'art. 2, al. 1, CC dans le domaine délictuel a suscité de vives controverses. La doctrine a longuement examiné si la violation du principe de la bonne foi pouvait constituer le fondement approprié d'une responsabilité pour acte illicite. De nombreux auteurs¹⁶¹ considèrent que l'art. 2, al. 1, CC est une norme de protection fondamentale des droits subjectifs d'autrui. Selon eux, un comportement préjudiciable qui contrevient au principe de la bonne foi est illicite et donc propre à entraîner la responsabilité délictuelle de l'auteur. C'est également la solution retenue à l'art. 46, al. 2, de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile¹⁶².

La doctrine majoritaire¹⁶³ et le Tribunal fédéral¹⁶⁴ sont d'avis que le principe de la bonne foi prévu à l'art. 2, al. 1, CC ne constitue pas, comme tel, une norme de protection fondamentale dont la violation est propre à

contrat de son partenaire contractuel (par ex. le sous-traitant ou sous-entrepreneur). Le Tribunal fédéral définit le « *Drittschadensliquidation* » comme suit: « Le créancier peut exiger du débiteur qu'il dédommage le tiers lorsque le créancier se trouve en relation juridique avec le tiers et que l'intérêt à la prestation naît chez ce dernier au lieu de naître chez le créancier, ou bien est passé au tiers après la conclusion du contrat. Le dommage est donc causé à un tiers sans que le créancier lui-même ne soit lésé (*Drittschaden*) » (ATF 117 II 315, c. 5c/aa: application de cette théorie au cas d'espèce niée, le créancier ayant été également lésé, de sorte qu'il n'y avait pas de « déplacement de l'intérêt »). Sur cette notion: cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2705 ss; PIOTET, Responsabilité contractuelle, p. 337 s.; le même, *Drittschadensliquidation*, n. 59, p. 24 qui considère: « [...] on ne trouve aucune justification théorique à la liquidation du dommage d'un tiers »; cf. également YUNG, Responsabilité, p. 303 ss; TANDOGAN, La réparation, p. 313 s.

¹⁶¹ DELCÒ, p. 198 ss; KELLER, Treu und Glauben, p. 137; KELLER/GABI, p. 40; MISTELI, p. 176 s.; OFTINGER I, p. 130 et 488, note 44; WESSNER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 137 ss.

¹⁶² L'art. 46, al. 2, AP RC a la teneur suivante:

« Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel ».

¹⁶³ Cf. notamment BaK-HONSELL, n. 23 ad art. 2 CC; BK-MERZ, n. 34 ad art. 2 CC; DESCHENAUX, TDP II, p. 146; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel, n. 62 s., p. 124; OFTINGER/STARK II/1, § 16, n. 108-116; RASCHEIN, Thesen, p. 90; le même, *Widerrechtlichkeit*, p. 275; SCHWENZER, OR AT, § 50, n. 50.22.

¹⁶⁴ ATF 108 II 305 (311), c. 2b: le Tribunal fédéral exclut, en principe, que l'on puisse déduire de l'art. 2, al. 1, CC une obligation indépendante. Il réserve néanmoins cette possibilité à des cas tout à fait exceptionnels mais sans les énoncer. Cette jurisprudence a été confirmée depuis lors: ATF 124 III 297 (301), c. 5c; ATF 121 III 350 (354), c. 5b. Cf. toutefois ATF 116 Ia 162 (169), c. 2c, dans lequel notre haute Cour a assimilé, de manière générale, l'art. 2, al. 1, CC à une norme de comportement dont la violation serait illicite.

entraîner une obligation de réparer. Cette disposition ne développe pas de portée autonome, mais suppose l'existence d'un lien juridique particulier (*rechtliche Sonderverbindung*) entre l'auteur du dommage et la victime¹⁶⁵. La responsabilité délictuelle, en revanche, trouve application en l'absence d'un tel rapport préalable entre le responsable et le lésé¹⁶⁶.

L'interprétation restrictive donnée par la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral à l'art. 2, al. 1, CC est, par ailleurs, renforcée par la teneur de cette disposition, qui précise que « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». Cette formulation semble montrer que l'art. 2, al. 1, CC se rapporte à des droits et à des obligations préexistants; sa fonction est simplement d'en préciser le contenu¹⁶⁷.

En outre, selon la doctrine dominante, la violation des devoirs contractuels résulte souvent d'un comportement contraire aux règles de la bonne foi et fonde une responsabilité contractuelle et non délictuelle¹⁶⁸. C'est pourquoi, selon ces auteurs, on ne peut pas admettre que la violation de l'art. 2, al. 1, CC constitue un acte illicite, autonome et indépendant de la nature des droits exercés et des obligations exécutées. En effet, si un comportement contraire au principe de la bonne foi était dans tous les cas considéré comme un acte illicite, même dans le cadre du droit contractuel, la frontière entre les responsabilités délictuelle et contractuelle serait remise en cause et deviendrait incertaine; toute violation contractuelle incompatible avec l'art. 2, al. 1, CC constituerait simultanément un acte illicite¹⁶⁹.

dd. Le principe du risque créé

Le recours aux principes de droit non écrit permet d'étendre l'illicéité aux dommages purement économiques subis par la victime. Selon le « principe du risque créé » (« *Gefahrensatz* »), celui qui crée un état de choses dangereux susceptible de causer un préjudice à autrui est tenu de prendre toutes les mesures de précaution nécessaires, afin d'éviter la survenance d'un

¹⁶⁵ BK-MERZ, n. 94 ad art. 2 CC; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel, n. 62 ad art. 2 CC; OFTINGER/STARK II/1, § 16, n. 112; REY, Haftpflichtrecht, n. 717.

¹⁶⁶ REY, Haftpflichtrecht, n. 717.

¹⁶⁷ ATF 124 III 297 (301), c. 5c; BERGER, Abschied vom Gefahrensatz, p. 108 s.; BK-BREHM, n. 53 ad art. 41 CO; MISTELI, p. 172. Plus nuancé: ZK-BAUMANN, n. 6, 11 s., et 20 ad art. 2 CC.

¹⁶⁸ OFTINGER/STARK II/1, § 16, n. 114; REY, Haftpflichtrecht, n. 718. La responsabilité délictuelle est uniquement engagée (selon les règles du concours), si la violation d'un devoir contractuel constitue également un acte illicite.

¹⁶⁹ DELCÒ, p. 181, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 980.

dommage¹⁷⁰. MISTELI propose d'appliquer ce principe à la protection générale du patrimoine, afin de permettre à la victime d'obtenir réparation également en l'absence de dommages corporels ou matériels¹⁷¹.

En cas de dommages purement économiques, la portée du principe du risque créé a été longtemps controversée. Aujourd'hui, la doctrine majoritaire considère que ce principe de droit non écrit ne constitue pas une norme générale de protection du patrimoine et ne peut, en conséquence, pas servir à l'indemnisation des dommages purement économiques¹⁷². Il sert uniquement à juger l'existence d'une faute¹⁷³. Le Tribunal fédéral s'est rallié à cette opinion en refusant d'appliquer le principe du risque créé pour déterminer si l'auteur d'un dommage purement économique avait commis un acte illicite¹⁷⁴.

L'acte illicite peut se réaliser par omission. En cas de lésion d'un droit absolu, le principe du risque créé joue alors un rôle important, car il permet de déterminer si l'auteur a respecté le devoir général d'assurer la sécurité des tiers (*Verkehrssicherungspflicht*)¹⁷⁵. Si tel n'est pas le cas, l'abstention viole une injonction de l'ordre juridique et constitue un acte illicite.

ee. Conclusion

Malgré l'insécurité juridique liée à la difficulté de rechercher une norme de comportement destinée à protéger la victime chaque fois qu'un dommage purement économique se produit, la théorie objective reste majoritaire¹⁷⁶. A ce jour, la doctrine récente et le Tribunal fédéral préfèrent combler les lacunes de protection inhérentes à la théorie objective de l'illicéité en retenant, en droit suisse, une responsabilité fondée sur la confiance découlant des règles de la bonne foi (art. 2, al. 1, CC)¹⁷⁷.

¹⁷⁰ BK-BREHM, n. 51 ad art. 41 CO; MISTELI, p. 136; OFTINGER/STARK I, § 45, n. 44.

¹⁷¹ MISTELI, p. 134 ss.

¹⁷² JAUN, p. 141; OFTINGER/STARK I, § 45, n. 44 et II/1, § 16, n. 26 ss, 107.

¹⁷³ BK-BREHM, n. 51 ad art. 41 CO; KELLER/GABI, p. 42 s. et 61 s.; OFTINGER/STARK I, § 45, n. 44 et II/1, § 16, n. 26 ss, 107.

¹⁷⁴ ATF 124 III 297 (300 s.), c. 5b. cf. également ATF 123 III 306 (312), c. 4a; ATF 119 II 127 (129), c. 3.

¹⁷⁵ BaK-SCHNYDER, n. 38 ad art. 41 CO; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4, n. 35; KELLER, Haftpflicht I, p. 108; REY, Haftpflichtrecht, n. 756; ROBERTO, Haftpflichtrecht, n. 269; SCHWENZER, OR AT, § 50, n. 50.33; ATF 124 III 297 (300), c. 5b.

¹⁷⁶ MISTELI, p. 77.

¹⁷⁷ Au sujet de la responsabilité fondée sur la confiance, cf. *infra*, 1^e partie, chap. 4 et 4^e partie, chap. 4.

§ 2 Les régimes spéciaux instituant une responsabilité objective

Les dispositions sur les conditions de la responsabilité sont divisées en trois catégories: la responsabilité pour faute, la responsabilité objective « simple » ou « atténuée » et la responsabilité objective « aggravée ».

A l'inverse de la responsabilité pour faute, régie par l'art. 41 CO, l'expression « responsabilité objective » désigne les responsabilités dont la faute n'est pas une condition pour permettre à la victime d'obtenir réparation du dommage subi. Ces responsabilités objectives reposent sur des considérations d'équité¹⁷⁸ et sont liées à une situation ou à un risque particulier qui ont poussé le législateur à étendre la responsabilité sans égard à la faute. Elles présentent les caractéristiques suivantes:

- La faute des responsables n'étant pas une condition de l'obligation de réparer, il en découle que la personne désignée par la loi est responsable, même si le chef de responsabilité est déclenché par le hasard. La responsabilité objective est donc aussi une responsabilité pour cas fortuit¹⁷⁹.
- La personne désignée est responsable, même si le préjudice a été causé par une tierce personne agissant de façon autorisée dans la sphère du responsable. La responsabilité objective peut donc souvent consister en une responsabilité pour le fait d'autrui¹⁸⁰.

La doctrine distingue les responsabilités objectives simples (2.1) des responsabilités objectives aggravées (2.2).

2.1. Les responsabilités objectives simples

Les responsabilités objectives simples (ou causales) présentent une caractéristique commune: elles impliquent la violation d'un devoir de diligence¹⁸¹. Les personnes soumises à une responsabilité objective simple doivent toutes exercer, dans une situation déterminée, une certaine surveillance sur des individus ou des choses, afin d'éviter la survenance d'un dommage¹⁸². On dénombre sept cas de responsabilités objectives simples prévus dans le CC, dans le CO ainsi que dans des lois spéciales:

¹⁷⁸ DESCHENAUX/TERCIER, § 15, n. 30.

¹⁷⁹ DESCHENAUX/TERCIER, § 15, n. 32.

¹⁸⁰ DESCHENAUX/TERCIER, § 15, n. 32.

¹⁸¹ DESCHENAUX/TERCIER, § 15, n. 36.

¹⁸² DESCHENAUX/TERCIER, § 15, n. 36.

- L'art. 333 CC institue la responsabilité objective du chef de famille pour les dommages causés par les mineurs, interdits, malades mentaux ou faibles d'esprit placés sous son autorité. Le chef de famille peut justifier sa libération en prouvant qu'il a pris toutes les mesures propres à éviter la survenance d'un dommage¹⁸³.
- L'art. 55 CO prévoit que l'employeur est responsable du dommage causé à autrui par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail. La responsabilité objective simple de l'employeur est assortie d'une preuve libératoire: il échappe à toute responsabilité, s'il peut établir qu'il a fait preuve du soin nécessaire dans le choix, les instructions et la surveillance de ses auxiliaires (*cura in eligendo, cura in instruendo et cura in custodiendo*)¹⁸⁴.
- Conformément à l'art. 679 CC, le propriétaire qui excède son droit est tenu de réparer le dommage qu'il cause à son voisin, même s'il n'a commis aucune faute¹⁸⁵.
- L'art. 56 CO institue la responsabilité objective du détenteur d'animal pour les dommages causés à autrui par ce dernier. La loi ménage au détenteur un moyen libératoire: ce dernier peut prouver qu'il a pris toutes les mesures qui étaient propres, d'après les circonstances, à empêcher l'animal de causer un préjudice de quelque façon prévisible¹⁸⁶.
- L'art. 58 CO rend responsable le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage pour le dommage causé par des vices de construction ou par des défauts d'entretien.
- L'art. 39 LRaP¹⁸⁷ institue la responsabilité objective de celui qui exploite des installations ou exerce des activités qui impliquent un danger dû à des rayonnements ionisants pour les dommages qui en résultent. L'art. 39, al. 1 *in fine*, LRaP aménage un moyen libératoire consistant à prouver que toutes les précautions ont été prises pour éviter le dommage. L'art. 39, al. 3, LRaP réserve la LRCN¹⁸⁸ pour les dommages provoqués par des centrales nucléaires ou lors du transport de matériaux nucléaires.

¹⁸³ ATF 100 II 298 (301), c. 3a.

¹⁸⁴ DESCHENAUX/TERCIER, § 9, n. 53 ss.

¹⁸⁵ DESCHENAUX/TERCIER, § 13, n. 6.

¹⁸⁶ DESCHENAUX/TERCIER, § 11, n. 25.

¹⁸⁷ RS 814.50.

¹⁸⁸ RS 732.44.

- Selon l'art. 1 LRFP¹⁸⁹, le producteur répond objectivement des dommages corporels et matériels causés par un produit défectueux. L'art. 5 LRFP aménage toutefois différents moyens libératoires. Le producteur peut prouver:
 - qu'il n'a pas mis le produit en circulation;
 - que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où il a mis le produit en circulation;
 - que le produit n'a pas été fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un but économique ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité professionnelle;
 - que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics;
 - que l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut.

Concernant le producteur d'une matière première et le fabricant d'une partie composante du produit, l'art. 5, al. 2, LRFP prévoit qu'ils ne sont pas responsables, s'ils prouvent que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la matière première ou la partie composante est incorporée ou aux instructions données par le fabricant du produit. L'art. 6 LRFP introduit, par ailleurs, une franchise de Fr. 900.- en cas de dommage matériel.

2.2. Les responsabilités objectives aggravées

Les responsabilités objectives aggravées (ou pour risque) sont les régimes de responsabilité civile les plus stricts auxquels peuvent être soumis les auteurs de dommages, car elles n'impliquent pas nécessairement la violation d'un devoir de diligence. Ces responsabilités ont été introduites en raison des risques élevés liés à l'exercice d'activités particulières ou à l'exploitation de certaines entreprises¹⁹⁰.

Les responsabilités objectives aggravées sont contenues dans des lois spéciales. On en recense une dizaine dans le droit privé. Elles sont prévues pour les sources de danger suivantes:

¹⁸⁹ RS 221.112.944.

¹⁹⁰ DESCHENAUX/TERCIER, § 2, n. 38; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 20.

- des entreprises ou installations qui présentent un risque pour l'environnement¹⁹¹ ou dans lesquelles sont utilisés des explosifs¹⁹²;
- des installations électriques¹⁹³, de transport par conduites¹⁹⁴, nucléaires¹⁹⁵;
- des moyens de transports, comme les chemins de fer¹⁹⁶, les véhicules à moteurs¹⁹⁷ et les aéronefs¹⁹⁸;
- d'autres activités, comme la chasse¹⁹⁹ ou le génie génétique²⁰⁰.

2.3. Le régime particulier de l'article 54, alinéa 1, CO

L'art. 54, al. 1, CO pose une règle d'équité qui permet de condamner une personne incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé. La doctrine majoritaire est d'avis que l'art. 54, al. 1, CO institue une responsabilité objective atypique, dans la mesure où elle ne peut pas être considérée comme une responsabilité objective simple ni comme une responsabilité pour risque^{201, 202}.

¹⁹¹ LPE, RS 814.01.

¹⁹² LExpl, RS 941.41.

¹⁹³ LIE, RS 734.0.

¹⁹⁴ LITC, RS 746.1.

¹⁹⁵ LRCN, RS 732.44.

¹⁹⁶ LRespC, RS 221.112.742.

¹⁹⁷ LCR, RS 741.01.

¹⁹⁸ LA, RS 748.0.

¹⁹⁹ LChP, RS 922.0.

²⁰⁰ LGG, RS 814.91.

²⁰¹ BK-BREHM, n. 8 s. ad art. 54 CO.

²⁰² Selon le Tribunal fédéral, la situation économique des parties est déterminante dans l'application de l'art. 54, al. 1, CO. La présence d'un assureur de responsabilité civile couvrant les dommages commis par la personne incapable de discernement, est souvent décisif (cf. ATF 103 II 330 [336], c. 4b/bb).

Chapitre 3: Les interférences entre les régimes contractuel et délictuel

§ 1 La règle posée à l'article 99, alinéa 3, CO

1.1. En général

Aux termes de l'art. 99, al. 3, CO, « les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle ». La portée de cette disposition a été discutée, car les textes allemand²⁰³ et italien²⁰⁴ ont une teneur plus restrictive que le texte français et visent uniquement l'étendue de la responsabilité, à savoir la détermination du dommage et le montant de la réparation. La rédaction peu claire de l'art. 99, al. 3, CO oblige à interpréter ce renvoi pour chaque disposition prévue au chapitre II, intitulé « Des obligations résultant d'actes illicites » (art. 41–61 CO). Il convient d'examiner quelles règles de la responsabilité délictuelle peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* à la responsabilité pour l'inexécution d'une obligation.

1.2. La preuve du dommage (article 42 CO)

En matière délictuelle, la preuve du dommage est régie par les règles générales prévues par le droit civil (art. 8 CC) et par l'art. 42 CO. Cette disposition s'applique également à la responsabilité contractuelle sur la base du renvoi prévu à l'art. 99, al. 3, CO. L'art. 42, al. 1, CO énonce le principe selon lequel le fardeau de la preuve du dommage incombe au demandeur. Celui-ci doit prouver non seulement l'existence mais également le montant du dommage²⁰⁵. L'art. 42, al. 2, CO déroge à ce principe en autorisant le juge à déterminer lui-même équitablement le montant du dommage « en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée ». L'art. 42, al. 2, CO a pour but d'alléger le fardeau de la preuve de la victime et permet au juge d'admettre l'existence

²⁰³ « Die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen [...] ». Le texte allemand limite le renvoi aux dispositions sur l'étendue de la responsabilité.

²⁰⁴ « Disposizioni sulla misura della responsabilità degli atti illeciti [...] ». Le texte italien, comme la version allemande de l'art. 99, al. 3, CO, limite le renvoi prévu par cette disposition aux règles sur l'étendue de la responsabilité.

²⁰⁵ BK-WEBER, n. 219 ad art. 99 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2735.

d'un dommage lorsqu'il ne peut pas être prouvé directement mais qu'il résulte des circonstances avec une certaine vraisemblance²⁰⁶.

1.3. L'étendue de la réparation (articles 43 et 44 CO)

a. En général

Dans le domaine contractuel, le juge se fonde en premier lieu sur les conventions éventuelles intervenues entre les parties pour fixer l'indemnité²⁰⁷. A défaut de tels accords, l'étendue de la réparation, correspondant au montant des dommages-intérêts que le débiteur est condamné à verser au créancier, doit être déterminée selon les art. 43 et 44 CO. Ces dispositions sont comprises dans le renvoi de l'art. 99, al. 3, CO. Conformément à l'art. 43, al. 1, CO, le juge doit fixer les dommages-intérêts d'après les circonstances²⁰⁸ et la gravité de la faute. L'art. 44, al. 1, CO énonce quelques motifs de réduction particuliers touchant la personne du lésé (la faute concomitante et le consentement à l'atteinte), tandis que l'art. 44, al. 2, CO autorise le juge à réduire le montant des dommages-intérêts lorsque la réparation du dommage exposerait le débiteur à la gêne.

b. L'article 43, alinéa 1, CO

Dans le domaine contractuel, le juge ne doit user que restrictivement de la possibilité de diminuer le montant des dommages-intérêts en cas de faute légère du débiteur ou en présence de circonstances particulières (art. 43, al. 1, CO). Le débiteur est en principe tenu de réparer l'entier du dommage subi par le créancier, l'application de l'art. 43, al. 1, CO étant l'exception²⁰⁹. Une telle retenue s'impose car le créancier est souvent lui-même tenu de fournir une contre-prestation malgré l'inexécution du contrat et

²⁰⁶ BK-WEBER, n. 221 ad art. 99 CO; CUENDET, p. 30 s.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2737.

²⁰⁷ CUENDET, p. 240. D'éventuelles clauses restrictives de responsabilité (par ex. indemnisation de certains postes du dommage seulement) doivent respecter les limites prévues par l'ordre juridique (art. 27 CC; art. 19, al. 2, 20, 100 et 101 CO) ainsi que les règles régissant les conditions générales (art. 8 LCD).

²⁰⁸ Les circonstances énoncées à l'art. 43, al. 1, CO comprennent tous les facteurs qui, à côté de la faute, ont contribué à la survenance du dommage (BK-WEBER, n. 232 ad art. 99 CO). On peut citer par ex. les relations personnelles particulières entre le responsable et la victime, la faible intensité du rapport de causalité, le fait que le responsable agissait par complaisance et, éventuellement, la situation économique des parties. Pour plus de précisions à ce sujet, cf. BK-WEBER, n. 232 ss CO; CUENDET, p. 245 ss.

²⁰⁹ BK-WEBER, n. 229 ad art. 99 CO; CR-THÉVENOZ, n. 16 ad art. 99 CO; CUENDET, p. 241, 256.

dispose en contrepartie d'une créance en dommages-intérêts; de plus, l'obligation inexécutée ou exécutée de manière défectueuse a été volontairement consentie²¹⁰. Une réduction des dommages-intérêts dans le domaine contractuel ne peut ainsi intervenir qu'en présence d'une circonstance tout à fait particulière, telle qu'un lien éloigné entre la violation du contrat et le dommage ou l'extrême légèreté de la faute du débiteur²¹¹. On relèvera qu'il n'existe toutefois aucun devoir du juge d'admettre une diminution des dommages-intérêts en cas de négligence légère du débiteur²¹².

c. L'article 44, alinéa 1 et 2, CO

Le principal facteur de réduction est la faute concomitante de la victime (art. 44, al. 1, CO). Il peut être pris en considération par le juge même en cas de faute grave du débiteur²¹³. A titre de faute concomitante, il est parfois reproché au créancier de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour éviter ou diminuer son dommage²¹⁴. Tel est le cas par ex. lorsque le créancier n'a pas procédé à une opération de couverture comme on pouvait l'exiger de lui²¹⁵ ou, dans un contrat de dépôt, lorsque le déposant n'informe pas le dépositaire de la valeur élevée de la chose confiée²¹⁶.

L'art. 44, al. 2, CO est une norme d'équité qui vise à empêcher que le paiement de l'entier du montant des dommages-intérêts dus mette le lésé dans la gêne²¹⁷. Selon la doctrine majoritaire²¹⁸, l'application de cette disposition est pratiquement exclue en matière contractuelle. Les considérations d'équité à la base de l'art. 44, al. 2, CO s'appliquent aux obligations imposées par la loi mais pas au domaine contractuel, car l'obligation du débiteur a été volontairement souscrite; si celui-ci estime mal ses propres capacités, il commet lui-même une faute²¹⁹.

²¹⁰ BK-WEBER, n. 229 ad art. 99 CO; CR-THÉVENOZ, n. 16 ad art. 99 CO.

²¹¹ CUENDET, p. 256. Du même avis: BK-WEBER, n. 229 ad art. 99 CO.

²¹² BK-WEBER, n. 231 ad art. 99 CO.

²¹³ BK-WEBER, n. 254 ad art. 99 CO.

²¹⁴ BK-WEBER, n. 257 ad art. 99 CO; CR-THÉVENOZ, n. 17 ad art. 99 CO; CUENDET, p. 244.

²¹⁵ CUENDET, p. 244.

²¹⁶ BK-WEBER, n. 258 ad art. 99 CO.

²¹⁷ Cette disposition légale a perdu de sa portée en pratique car le lésé peut souvent reporter la charge de l'indemnisation sur une assurance.

²¹⁸ BK-WEBER, n. 264 ad art. 99 CO; BRUNNER, n. 221; CR-THÉVENOZ, n. 18 ad art. 99 CO. Contra: CUENDET, p. 246 s.

²¹⁹ BK-WEBER, n. 264 ad art. 99 CO; CR-THÉVENOZ, n. 18 ad art. 99 CO.

1.4. La limite du renvoi

Le renvoi de l'art. 99, al. 3, CO au tort moral est incontesté²²⁰.

Dans un « *obiter dictum* », le Tribunal fédéral a admis que, sur la base de l'art. 99, al. 3, CO, l'art. 50 CO trouve également application à la responsabilité contractuelle²²¹. En conséquence, plusieurs responsables contractuels répondent solidairement du dommage qu'ils ont causé par une faute commune, qu'ils soient liés au créancier commun par le même contrat ou non²²². La doctrine²²³ admet que le renvoi comprend également l'art. 51 CO. Selon le Tribunal fédéral, l'assureur-dommage peut recourir contre le responsable contractuel lorsque ce dernier a commis une faute grave²²⁴. Dans le même sens, notre haute Cour a également jugé que le locataire d'une voiture qui n'a commis qu'une faute légère peut recourir contre l'assureur casco²²⁵.

Le Tribunal fédéral a dans un premier temps refusé d'appliquer l'art. 54 CO en matière contractuelle²²⁶, puis a changé d'avis et admis que l'art. 99, al. 3, CO s'étendait à cette disposition²²⁷.

Les règles concernant le calcul du dommage en cas de lésions corporelles ou de décès s'appliquent également à la responsabilité contractuelle (art. 45, al. 1 et 2 et art. 46 CO)²²⁸. En revanche, l'application de la règle-renvoi de l'art. 99, al. 3, CO en matière de perte de soutien (art. 45, al. 3, CO) est controversée. La doctrine (encore) majoritaire²²⁹ et le Tribunal fédéral²³⁰ considèrent que la réparation de la perte de soutien ne peut intervenir que dans le domaine délictuel et non pas en cas d'inexécution d'une obligation. Cette opinion n'est pas convaincante car elle n'explique

²²⁰ BRUNNER, n. 498 ss; CUENDET, p. 80; CR-THÉVENOZ, n. 20 ad art. 99 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2746; ATF 116 II 519 (520 s.), c. 2c.

²²¹ ATF 115 II 42 (45), c. 1b. Cette opinion n'est pas contestée en doctrine: cf. BK-WEBER, n. 152 ad art. 99 CO et les auteurs cités.

²²² CR-THÉVENOZ, n. 22 ad art. 99 CO.

²²³ CR-THÉVENOZ, n. 23 ad art. 99 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2746.

²²⁴ ATF 93 II 345 (353), c. 6.

²²⁵ ATF 114 II 342 (345), c. 3.

²²⁶ ATF 47 II 97 s.

²²⁷ ATF 102 II 226 (230), c. 2b; ATF 55 II 37 s. A ce sujet, cf. en particulier BRUNNER, n. 370 ss.

²²⁸ CR-THÉVENOZ, n. 19 ad art. 99 CO.

²²⁹ BK-BREHM, n. 29 ad art. 45 CO; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 66; VON TUHR/ESCHER, p. 102.

²³⁰ Dans ce sens: BK-WEBER, n. 192 ad art. 99 CO; BRUNNER, n. 292 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2746; MERZ, SPR, p. 208.

pas pourquoi les conséquences économiques de la perte de soutien ne doivent pas être indemnisées en cas de violation d'un contrat²³¹.

L'art. 99, al. 3, CO trouve ses limites à l'art. 60 CO. La doctrine majoritaire²³² et le Tribunal fédéral²³³ admettent que la créance en dommages-intérêts découlant de l'inexécution d'un contrat ne se prescrit pas selon l'art. 60 CO, mais en application des art. 127 ss CO.

Dans le domaine de la responsabilité pour les auxiliaires, l'art. 55 CO n'est pas visé par le renvoi prévu à l'art. 99, al. 3, CO, le législateur ayant institué une norme particulière à l'art. 101 CO²³⁴. On ne peut pas faire de comparaisons sur ce point entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. En matière délictuelle, la responsabilité de l'employeur est une responsabilité pour autrui, alors que le régime contractuel institue une responsabilité personnelle du débiteur qui répond du fait de ses auxiliaires comme du sien propre²³⁵.

On relèvera enfin que la réparation en nature – exceptionnelle dans le domaine délictuel – est assez répandue en matière contractuelle. Elle est notamment prévue par la loi dans certains contrats qui imposent une obligation de garantie à la charge du débiteur. Le vendeur peut être ainsi tenu de remplacer la chose vendue lorsque celle-ci est défectueuse (art. 206 CO), et l'entrepreneur peut être contraint de remédier aux défauts qui affectent l'ouvrage livré (art. 368, al. 2, CO).

Au vu de ce qui précède, le renvoi prévu à l'art. 99, al. 3, CO atténue fortement la distinction entre les deux régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle. Cependant, on ne peut pas dire que le CO assimile entièrement ces deux responsabilités; l'art. 99, al. 3, CO ne concerne en effet pas les deux points sur lesquels une différence subsiste en droit positif, à savoir la responsabilité « pour autrui » et la prescription.

²³¹ BK-BREHM, n. 29 ad art. 45 CO; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 66; VON TUHR/ESCHER, p. 102.

²³² BK-WEBER, n. 153; BRUNNER, n. 387 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2746; VON TUHR/ESCHER, p. 108 s. Contra: JÄGGLI, p. 195, qui estime que les art. 41 et 60 CO sont applicables à tous les actes illicites, par quoi il entend aussi bien les actes illicites *stricto sensu* que l'inexécution d'un contrat qui provoque un dommage autre que le simple fait de ne pas procurer la prestation.

²³³ ATF 87 II 155 (159 s.), c. 3; ATF 86 I 251 (255), c. 7.

²³⁴ CUENDET, p. 179 ss.

²³⁵ Au sujet des différences entre les art. 55 et 101 CO, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 1, § 2, 2.2 et chap. 2, § 5,5.3/b/aa.

§ 2 Le concours d'actions entre les responsabilités contractuelle et délictuelle²³⁶

Il peut arriver que l'auteur d'un dommage ait commis à la fois un acte illicite et une violation de ses devoirs contractuels. L'acte dommageable peut, en effet, contrevenir aussi bien à un devoir général²³⁷ qu'à une obligation contractuelle liant l'auteur et la victime. Tel est le cas notamment lorsque le lésé subit un préjudice corporel qui est la conséquence d'une exécution imparfaite des devoirs contractuels de l'autre partie²³⁸. Par ex., le mandataire viole son devoir de diligence en exécutant un acte médical non conforme aux règles de l'art; l'employeur omet de prendre les mesures de sécurité nécessaires pour protéger la personnalité du travailleur conformément à l'art. 328 CO; l'entrepreneur exécute son ouvrage de manière défectueuse; le bailleur ne respecte pas son obligation de maintenir la chose louée dans un état conforme au contrat. Dans ces situations, la doctrine majoritaire admet que la responsabilité de l'auteur du dommage est engagée aussi bien sur la base des art. 97 ss CO que des art. 41 ss CO²³⁹. Le lésé ne peut toutefois pas obtenir deux fois la réparation du même préjudice. On parle alors de « concours d'actions » en ce sens que l'admission d'une action rend l'autre sans objet²⁴⁰.

Le concours d'actions est d'une importance pratique considérable, puisqu'il autorise la victime à se prévaloir à la fois des responsabilités générales contractuelle et délictuelle et oblige le juge, dans cette situation, à appliquer le régime le plus favorable au lésé. Il existe des différences importantes entre les art. 41 ss et 97 ss CO concernant notamment les conditions de la responsabilité²⁴¹, la responsabilité pour les dommages causés par des auxiliaires et la prescription de la créance en dommages-intérêts²⁴².

²³⁶ Au sujet du concours d'actions entre les responsabilités contractuelle (art. 97 ss CO) et délictuelle (art. 41 ss CO), cf. *infra*, 4^e partie, chap. 1 et 2.

²³⁷ Ecrit ou non écrit.

²³⁸ OFTINGER/STARK I, § 13, n. 45.

²³⁹ BK-WEBER, Vorb. zu Art. 97-109, n. 106; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2927 ss; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 43, 49.

²⁴⁰ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 2912; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 43.

²⁴¹ En matière de fardeau de la preuve de la faute.

²⁴² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2932. Sur les principales différences entre les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 1, § 2.

Le concours d'actions est admis également entre la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) et les responsabilités objectives simples²⁴³. Il est, en revanche, controversé entre la responsabilité générale contractuelle et les responsabilités objectives aggravées. Bien qu'elle soit très partagée, la doctrine considère, en principe, que la loi spéciale a le pas sur la règle générale dans son domaine d'application²⁴⁴. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question²⁴⁵.

§ 3 Le principe de l'exclusivité

3.1 En général

L'auteur d'un dommage peut parfois être tenu de le réparer en raison de fondements de responsabilité différents. Sous réserve des rapports entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle²⁴⁶, on peut envisager plusieurs hypothèses:

- il peut arriver qu'un même acte dommageable engage la responsabilité de son auteur sur la base de la clause générale de responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) et d'une disposition fondant une responsabilité objective (simple ou aggravée);
- la responsabilité de l'auteur d'un dommage peut, en raison d'un même état de fait, être engagée sur la base de deux chefs de responsabilité objective (simple ou aggravée)²⁴⁷.

²⁴³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2929; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 43; REY, *Haftpflichtrecht*, n. 43.

²⁴⁴ Pour l'application exclusive du régime de responsabilité objective aggravée: GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1562; OFTINGER I, p. 483 s.; DESCHENAUX/TERCIER, § 15, n. 23. Ces derniers (*ibid.*) relèvent cependant que l'application exclusive du régime de responsabilité pour risque ne vaut que pour les préjudices visés par la réglementation spéciale (par ex. les dommages corporels et matériels en matière de circulation routière). Contra: OFTINGER/STARK I, § 13, note 53 *in fine* et n. 44; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2929; REY, *Haftpflichtrecht*, n. 44; SCHWENZER, OR AT, § 54, n. 54.04. OFTINGER/STARK I, § 13, note 53 *in initio*, relèvent cependant qu'une majorité de la doctrine est favorable à l'application exclusive du régime de la responsabilité objective aggravée.

²⁴⁵ Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'application du concours d'actions entre la responsabilité contractuelle et celle du détenteur prévue par la LCR (responsabilité objective aggravée): ATF 99 II 315 (321), c. 4.

²⁴⁶ Cf. 1^{re} partie, chap. 3, § 2 et 4^e partie, chap. 1, § 3.

²⁴⁷ Par ex., le dommage causé par un vice de construction affectant un ouvrage servant à l'exploitation des chemins de fer (art. 58 CO et LRespC).

Le principe de l'exclusivité règle les rapports entre les divers fondements de responsabilité. Dans ces situations, le choix de la norme de responsabilité à appliquer peut être important, car, parfois, les lois instituant des responsabilités pour risque excluent de leur champ d'application les dommages purement économiques²⁴⁸. Il arrive également que les modalités de l'action, notamment en matière de for et de prescription, fassent l'objet de dispositions particulières²⁴⁹.

3.2 Le rapport entre la responsabilité générale délictuelle et les responsabilités objectives

Le principe de l'exclusivité trouve application lorsque l'auteur est tenu de réparer le dommage sur la base de la responsabilité générale délictuelle (art. 41 ss CO) et d'une responsabilité objective. Il concrétise l'adage « *lex specialis derogat generali* » et veut que la cause objective (spéciale) ait le pas sur la responsabilité aquilienne (générale)²⁵⁰. Ainsi, lorsque les conditions pour engager une responsabilité causale sont données mais que le responsable a en outre commis une faute, le principe de l'exclusivité commande l'application de la responsabilité causale, si elle peut être considérée comme une *lex specialis*²⁵¹. Le Tribunal fédéral a notamment jugé en ce sens que la faute commise par le propriétaire d'un ouvrage devait être considérée comme additionnelle, rejetant ainsi implicitement le concours entre l'art. 41, al. 1, CO et l'art. 58 CO²⁵².

La doctrine n'admet pas le concours d'actions dans les rapports entre le régime général de la responsabilité extra-contractuelle et les responsabilités objectives aggravées. Ces dernières s'appliquent de manière exclusive à la réparation des préjudices compris dans leur domaine de compétence²⁵³. Dans un arrêt récent²⁵⁴, notre haute Cour a indiqué que les proches de la victime décédée dans un accident de chemin de fer n'ont droit à une indemnité pour tort moral qu'en cas de faute de l'entreprise ou de ses

²⁴⁸ Cf. par ex. art. 58, al. 1, LCR, qui limite la réparation aux dommages corporels et matériels.

²⁴⁹ Par ex., prescription relative de deux ans selon l'art. 83 LCR; prescription relative de 3 ans et péremption de 30 ans prévues à l'art. 10 de la LRCN.

²⁵⁰ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 9.

²⁵¹ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 3 et 9 ss; OFTINGER I, p. 479; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 7; REY, *Haftpflichtrecht*, n. 45. Contra: HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 20, n. 24.

²⁵² ATF 108 II 51 (56 ss), c. 5.

²⁵³ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 2 s.; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 33 s.; REY, *Haftpflichtrecht*, n. 45.

²⁵⁴ ATF 4C.276/2002 du 8 avril 2003 (*CFF c. A.A., B.A., C.A., D.A.*), c. 3.

auxiliaires, conformément à l'art. 8 LRespC. Selon le Tribunal fédéral, cette disposition a le pas sur les règles générales en matière de tort moral (art. 47 et 49 CO), pourtant plus favorables au lésé²⁵⁵.

3.3 Le rapport entre deux responsabilités objectives

Lorsque l'auteur peut être tenu de réparer le dommage sur la base de deux chefs de responsabilités objectives (simples ou aggravées), le principe de l'exclusivité trouve également application, si l'un des fondements est plus spécial que l'autre²⁵⁶. Par ex., les responsabilités prévues par les art. 56 CO, 333 CC ou 58 LCR ont le pas sur celle de l'art. 55 CO, car toute responsabilité objective implique nécessairement une responsabilité du fait des auxiliaires²⁵⁷. Par ailleurs, il est inutile d'invoquer une responsabilité objective simple à côté d'une responsabilité pour risque: le dommage causé par des animaux au cours d'une chasse doit ainsi être réparé sur la base de l'art. 15 de la LChP et non de l'art. 56 CO²⁵⁸. Quant au préjudice causé par un vice de construction affectant un ouvrage servant l'exploitation des chemins de fer, il doit être réparé sur la base de la LRespC et non de l'art. 58 CO²⁵⁹.

En revanche, le principe du concours s'applique au rapport entre deux responsabilités objectives simples, par ex. entre l'art. 679 CC et l'art. 58 CO²⁶⁰. Dans cette hypothèse, le choix de la responsabilité objective applicable doit être laissé à la victime. Si celle-ci fonde son action sur les deux régimes, le juge doit choisir celui qui est le plus favorable au lésé²⁶¹.

Le Tribunal fédéral a également fait application du principe de l'exclusivité, en refusant à une entreprise la perte d'exploitation découlant de la rupture, par un tracteur agricole muni d'un engin de creusage, d'une conduite électrique appartenant à un tiers²⁶². Notre haute Cour a indiqué que la responsabilité du détenteur relevait exclusivement de l'art. 58, al. 1, LCR, qui limite la réparation aux dommages corporels et matériels. La victime ne

²⁵⁵ Les art. 47 et 49 CO n'exigent pas que l'auteur du dommage ait commis une faute.

²⁵⁶ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 19.

²⁵⁷ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 19.

²⁵⁸ DESCHENAUX/TERCIER, § 33, n. 20.

²⁵⁹ DESCHENAUX/TERCIER, § 33, n. 20.

²⁶⁰ DESCHENAUX/TERCIER, § 33, n. 20.

²⁶¹ OFTINGER/STARK I, § 13, n. 27 et n. 29 *in fine*.

²⁶² ATF 106 II 75.

pouvait ainsi obtenir réparation, car elle n'avait subi qu'un dommage purement économique exclu du champ d'application de la LCR²⁶³.

Cet arrêt a été fortement critiqué par la doctrine. Il est reproché au Tribunal fédéral de n'avoir pas appliqué l'art. 41 CO. Les responsabilités objectives aggravées qui, par définition, s'efforcent d'améliorer la situation juridique de la victime, ne doivent pas conduire à péjorer la position du lésé²⁶⁴. En l'espèce, on peut toutefois se demander si les faits et moyens tirés de ces normes de responsabilité ont bien été soulevés par la partie lésée²⁶⁵. Celle-ci aurait en effet vraisemblablement pu obtenir réparation si l'action avait été dirigée contre l'employé qui conduisait le tracteur ayant sectionné la conduite électrique ou si le véhicule impliqué n'était pas entré dans le champ d'application de la LCR²⁶⁶.

La doctrine apporte en outre les deux précisions suivantes concernant le principe de l'exclusivité:

- La loi spéciale n'a le pas sur la règle générale que dans son domaine d'application. L'art. 41, al. 1, CO demeure applicable pour les dommages dont la réparation n'est pas soumise à la loi spéciale^{267, 268}.
- Les défenseurs du principe de l'exclusivité eux-mêmes sont d'avis que la loi spéciale ne doit avoir le pas sur la règle générale que si elle aggrave les conditions de la responsabilité. L'art. 41, al. 1, CO énonce un principe général auquel les lois spéciales ne peuvent déroger au détriment de la victime²⁶⁹.

²⁶³ ATF 106 II 75 (77 s.), c. 2.

²⁶⁴ KRAMER, *Reine Vermögensschäden*, p. 130 s.

²⁶⁵ Le Tribunal fédéral semble, en effet, indiquer que les moyens tirés des art. 41 et 58 CO n'ont pas été soulevés par la partie lésée: « *Die Auffassung der Vorinstanz, der Beklagte hafte einzig und ausschliesslich, sofern die Voraussetzungen von Art. 58 Abs. 1 SVG erfüllt sind, ist unangefochten geblieben* » (ATF 106 II 75 [77], c. 2 *in initio*).

²⁶⁶ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 163.

²⁶⁷ Par ex., l'art. 58, al. 1, LCR limite la responsabilité du détenteur de véhicule à moteur à la réparation des dommages corporels et matériels, à l'exclusion des dommages purement économiques.

²⁶⁸ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 13; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 27; n. 29 *in fine*.

²⁶⁹ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 15; OFTINGER I, p. 479; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 163.

Chapitre 4: La responsabilité fondée sur la confiance ⁴

§ 1 Notion

En droit suisse, la responsabilité fondée sur la confiance n'est pas réglementée par la loi. Elle occupe pourtant une place importante dans la dogmatique du droit suisse de la responsabilité civile²⁷⁰. Développée en Allemagne²⁷¹, la responsabilité fondée sur la confiance a été reprise en droit suisse par KRAMER²⁷², reconnue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt SWISSAIR²⁷³ et souvent confirmée, depuis lors, par notre haute Cour²⁷⁴. Elle constitue une troisième voie, entre le délit et le contrat et permet à la victime d'obtenir réparation de son dommage dans des situations qui ne relèvent ni de la responsabilité contractuelle ni de la responsabilité délictuelle²⁷⁵. Elle naît à raison de la confiance suscitée puis trompée en violation des règles de la bonne foi²⁷⁶.

1.1. La confiance

La notion de confiance sur laquelle se fonde cette nouvelle responsabilité est difficile à définir sur le plan juridique, tant son champ d'application est vaste. On peut, du reste, se demander si elle est suffisamment précise pour fixer des limites raisonnables à une responsabilité.

La confiance joue assurément un rôle considérable en droit suisse. Elle domine tout le droit privé et, en particulier, le droit des contrats. Son respect est à la base de la conclusion de toute convention et du principe de fidélité contractuelle. Elle existe également en dehors des contrats. Dans le

²⁷⁰ La responsabilité fondée sur la confiance « fait son chemin, et elle a pour elle bien des justifications, à la condition qu'on ne se borne pas à l'affirmer » (TERCIER, Responsabilité, p. 14).

²⁷¹ Sur le développement de la responsabilité fondée sur la confiance en droit allemand: cf. KAISER, p. 176 ss.

²⁷² BK, Allg. Einl., n. 150 s.

²⁷³ ATF 120 II 331.

²⁷⁴ Cf. notamment ATF 130 III 345; 4C.230/2003 du 23 décembre 2003, A. c/ E. et S.B; ATF 128 III 324; ATF 124 III 297; SJ 2000, p.533; ATF 121 III 350.

²⁷⁵ Pour plus de précisions, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 4, § 1.

²⁷⁶ Cf. ATF 124 III 297 (303), c. 6a; ATF 121 III 350 (355), c. 6c dans lequel le Tribunal fédéral reconnaît que cette responsabilité existe « malgré l'absence d'un fondement contractuel ou délictuel ».

domaine de la circulation routière par ex., chaque usager de la route attend des autres qu'ils respectent les règles de conduite prescrites par la LCR²⁷⁷.

La notion de confiance semble constituer, *a priori*, un critère simple et convaincant pour imputer, en cas de violation, une responsabilité. Elle repose pourtant sur des valeurs d'éthique, de loyauté, de sincérité et de correction dont les contours sont difficiles à tracer²⁷⁸. Il convient de déterminer quand elle est susceptible d'engager une responsabilité particulière.

1.2. La responsabilité

La responsabilité fondée sur la confiance donne naissance à une obligation d'indemnisation du lésé. Il s'agit d'un chef de responsabilité autonome qui permet d'obtenir réparation en l'absence d'un fondement de responsabilité contractuelle ou délictuelle. Le Tribunal fédéral conçoit clairement la responsabilité fondée sur la confiance comme une troisième voie, *sui generis*, entre délit et contrat²⁷⁹. Elle permet au lésé d'obtenir réparation de son préjudice lorsque les art. 41 ss et 97 ss CO ne donnent pas droit à une indemnisation²⁸⁰. La responsabilité fondée sur la confiance intervient dans des situations hybrides qui se fondent sur une relation moins étroite qu'un contrat, mais plus intense qu'un simple rapport de fait entre deux sujets indifférents l'un à l'autre. Un exemple connu est la *culpa in contrahendo*²⁸¹: les parties en pourparlers ne sont pas encore liées par un contrat, mais il existe cependant déjà entre elles un rapport juridique particulier.

²⁷⁷ Cf. l'art. 26 LCR qui a la teneur suivante:

«¹ Chacun doit se comporter, dans la circulation, de manière à ne pas gêner ni mettre en danger ceux qui utilisent la route conformément aux règles établies.

² Une prudence particulière s'impose à l'égard des enfants, des infirmes et des personnes âgées, et de même s'il apparaît qu'un usager de la route va se comporter de manière incorrecte ».

²⁷⁸ Dans ce sens: HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 4, n. 22; SCHWENZER, OR AT, § 52, n. 52.03.

²⁷⁹ CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 35; ATF 124 III 297 (303), c. 6a; ATF 123 III 220 (231), c. 4e.

²⁸⁰ Il s'agit de juger si les apparences de faits permettent de déduire l'existence d'un chef de responsabilité (WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 151).

²⁸¹ La *culpa in contrahendo* est la responsabilité résultant de la violation de devoirs précontractuels; ceux-ci ne sont pas encore « contractuels » car les parties qu'ils concernent ne sont pas encore liées par un contrat, mais déjà « particuliers » puisqu'ils concernent deux personnes que lie une certaine relation (TERCIER, Responsabilité de la banque, p. 11).

§ 2 Les conditions de la responsabilité

Selon la définition introduite en droit suisse par KRAMER, la responsabilité fondée sur la confiance, en tant qu'institution juridique autonome, suppose que le responsable crée une situation de confiance particulière auquel une autre personne pouvait et s'est effectivement fiée²⁸². La responsabilité résulte de la déception de la confiance ainsi suscitée en violation des règles de la bonne foi.

La responsabilité fondée sur la confiance est soumise aux conditions suivantes²⁸³:

1. Le comportement du responsable doit avoir suscité des attentes particulières du lésé pour que la confiance mérite protection²⁸⁴. Ces attentes doivent être légitimes et ne pas apparaître trop vagues ou trop générales mais, au contraire, suffisamment concrètes et déterminées²⁸⁵. A défaut, elles ne sont pas propres à justifier une confiance digne de protection. Dans sa jurisprudence relative à la responsabilité fondée sur la confiance, le Tribunal fédéral a précisé que la simple référence, sur le papier à lettres ou les documents publicitaires d'une société, de son appartenance à un groupe, ne suffit pas à éveiller des attentes concrètes et déterminées chez tous lecteurs de ces documents²⁸⁶. Dans l'arrêt SWISSAIR²⁸⁷, le Tribunal fédéral a admis une responsabilité fondée sur

²⁸² BaK-UCHER, n. 89, 91 ad art. 1 CO; BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97 CO, n. 11 et 13; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 150; BK-WEBER, n. 80 ss ad art. 97 CO; ZK-BAUMANN, n. 106 ss ad art. 2 CC.

²⁸³ Cf. SJ 2000, p. 549 (554 s.), c. 3a; ATF 124 III 297 (303), c. 6a; ATF 121 III 350 (355), c. 6c; ATF 120 II 331 (336), c. 5a. Certains auteurs ajoutent une condition supplémentaire qui consiste en la faute du responsable (cf. CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 25).

²⁸⁴ Une confiance placée de bonne foi dans le comportement de quelqu'un ou dans un état de fait ne suffit pas forcément à créer un chef de responsabilité, si elle est accordée trop généreusement.

²⁸⁵ CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 23; WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 159.

²⁸⁶ ATF 124 III 297 (304), c.6a. Dans cet arrêt, le lésé fait valoir que son partenaire d'affaires, la société EOP/Infocall SA mentionne la société mère sur son papier à lettres ainsi que dans ses brochures publicitaires: « une entreprise du groupe Telecolumbus » ou encore « une entreprise en pleine expansion du groupe Telecolumbus ». Elle en déduit une responsabilité de la société mère fondée sur la confiance pour le dommage résultant de ses relations d'affaires avec EOP/Infocall SA. Le Tribunal fédéral rejette cet argument en faisant valoir que la simple allusion de manière purement générale à la structure du groupe ne suffit pas à justifier une responsabilité fondée sur la confiance.

²⁸⁷ ATF 120 II 331.

la confiance d'une société mère (SWISSAIR) ayant mentionné l'existence d'un groupe dans les documents publicitaires de sa filiale IGR. La responsabilité a été admise en raison de l'insistance avec laquelle l'appartenance de IGR au groupe SWISSAIR a été mise en avant à des fins commerciales²⁸⁸.

2. Le lésé et l'auteur du comportement ayant suscité les attentes doivent se trouver dans un rapport particulier (*Sonderverbindung*)²⁸⁹. Cette relation doit être, par son intensité, assimilable à celle qui lie des parties en pourparlers et qui est sanctionnée par la *culpa in contrahendo*²⁹⁰. La responsabilité fondée sur la confiance nécessite une relation de proximité spéciale entre le lésé et le responsable, qui suppose un comportement volontaire ou imputable par voie d'interprétation normative. Un tel rapport est en revanche exclu lorsque le contact entre les parties n'est que le fruit du hasard. Tel est le cas, en principe, du domaine de la responsabilité délictuelle²⁹¹. Cependant, un contact d'affaires direct entre le lésé et le responsable n'est pas nécessaire pour fonder un tel rapport particulier²⁹². Dans l'arrêt SWISSAIR²⁹³, il n'existait aucune relation directe entre SWISSAIR et le lésé (le partenaire commercial d'IGR, filiale de SWISSAIR).

Il convient d'examiner de cas en cas l'existence d'une relation de confiance assimilable à un rapport de pourparlers.

3. Les attentes éveillées ne doivent pas être déçues de manière contraire aux règles de la bonne foi qui servent à donner un contenu plus concret à la responsabilité fondée sur la confiance et, singulièrement, à déter-

²⁸⁸ Outre l'utilisation du logo SWISSAIR, la société filiale IGR indiquait dans ses documents publicitaires: « *Überall wo International Golf and Country Residences [IGR] steht, steht Swissair darunter. Und selbstverständlich auch dahinter* ». Un peu plus loin: « *Denn die IGR ist zwar ein selbstständiges Unternehmen der Swissair Beteiligungen AG, arbeitet aber nach den gleichen unternehmerischen Maximen wie ihre Mutter* » (ATF 120 II 331 [334], c. 3b et [338], c. 5b/aa).

²⁸⁹ ATF 121 III 350 (356), c. 6c; CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 24.

²⁹⁰ ATF 120 II 331 (335 s.), c. 5a: Cette relation particulière donne naissance aux mêmes devoirs réciproques de diligence et de loyauté que ceux qui incombent aux participants à des négociations en vue de la conclusion d'un contrat.

²⁹¹ WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 159.

²⁹² D'un avis contraire: MOSER, p. 165; WALTER, RJB 132 (1996), p. 294; HEINZER, n. 567. Selon ce dernier, « l'auteur doit donc avoir un intérêt personnel direct ou indirect à la situation de confiance; son comportement doit tendre à une rémunération au sens large » (*ibid.*).

²⁹³ ATF 120 II 331.

miner si la confiance a été trompée de manière injustifiée. L'art. 2, al. 1, CC fixe ainsi des limites objectives à la responsabilité²⁹⁴. Celui qui, par son comportement, suscite des attentes déterminées d'un tiers doit, en conséquence, renoncer à adopter ultérieurement un comportement contraire à celles-ci, qui violerait, de ce fait, le rapport particulier qui s'est noué entre les parties²⁹⁵. Il est donc nécessaire que le besoin de protection du tiers puisse être objectivement reconnaissable pour l'auteur, qui doit pouvoir apprécier le risque de responsabilité²⁹⁶. Le Tribunal fédéral a jugé que SWISSAIR²⁹⁷ avait déçu les attentes légitimes du partenaire commercial de sa société fille sous deux aspects différents:

- D'une part, la société lésée qui a conclu l'affaire avec la filiale de SWISSAIR pouvait légitimement penser que cette dernière doterait sa société fille de moyens financiers suffisants, du moins pendant sa phase de création.
- D'autre part, l'entreprise lésée pouvait admettre, en raison de l'appartenance au groupe SWISSAIR, que l'affaire serait traitée correctement, sous le contrôle de SWISSAIR. Celle-ci devait veiller à ce que les informations fournies par sa filiale soient exactes et fiables, au besoin, en renseignant elle-même les partenaires commerciaux de la société fille.

Dans les faits, le Tribunal fédéral a reproché à SWISSAIR d'avoir violé son devoir d'information: au moment de sa vente à une société étrangère, IGR a rassuré ses clients par écrit sur la marche de ses affaires, malgré sa mauvaise santé économique. SWISSAIR n'a pas réagi à ces courriers. Selon notre haute Cour, en ne veillant pas à informer correctement les partenaires contractuels de sa filiale, la société mère a déçu, de manière contraire à la bonne foi, la confiance légitime placée par l'entreprise lésée dans le groupe SWISSAIR, engageant, du même coup, sa responsabilité²⁹⁸.

²⁹⁴ Il va de soi que la seule déception de la confiance ne suffit pas à entraîner une responsabilité. Au contraire, le Tribunal fédéral a fixé des exigences sévères, afin d'éviter qu'un individu naïf puisse déduire des prétentions en responsabilité du simple fait que sa confiance a été déçue par une publicité optimiste. N'importe quelle confiance ne suffit pas (cf. ATF 124 III 297; ATF 120 II 331).

²⁹⁵ BaK-BUCHER, n. 89 ad art. 1 CO; CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 24.

²⁹⁶ HEINZER, n. 568.

²⁹⁷ ATF 120 II 331.

²⁹⁸ ATF 120 II 331 (339 s.), c. 5c/bb.

4. La responsabilité fondée sur la confiance suppose l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité entre la déception des attentes suscitées et le préjudice subi. Le dommage intervient lorsque le lésé a pris, en se fiant aux attentes suscitées, des dispositions qui se sont révélées, par la suite, préjudiciables à ses intérêts ou a, à l'inverse, omis de prendre les mesures qui s'imposaient²⁹⁹.

§ 3 Le champ d'application

Les domaines dans lesquels la responsabilité fondée sur la confiance trouve application ne paraissent pas limités. *A priori*, tous les cas d'apparence trompeuse ou de fausse information caractérisées peuvent entrer en considération. Les situations suivantes peuvent donner lieu à une responsabilité fondée sur la confiance:

- L'une des parties en pourparlers viole ses devoirs précontractuels (*culpa in contrahendo*)³⁰⁰.
- Une filiale se prévaut du groupe de sociétés auquel elle appartient pour susciter une confiance particulière de ses partenaires commerciaux, ce que tolère la société mère. La confiance éveillée et trompée au sein des groupes de sociétés est en effet le point de départ de l'évolution jurisprudentielle³⁰¹ en matière de responsabilité fondée sur la confiance. Il a été jugé qu'une société mère qui laisse croire aux partenaires commerciaux de sa filiale que celle-ci dispose de moyens financiers suffisants peut, de cette manière, engager sa responsabilité à raison de la confiance³⁰².
- Une responsabilité fondée sur la confiance peut résulter d'un comportement contradictoire. Tel est le cas d'une fédération sportive qui change au dernier moment les conditions de qualification à une compétition internationale. Le sportif, finalement écarté alors qu'il remplissait les conditions posées par sa fédération avant que celle-ci ne

²⁹⁹ SJ 2000, p. 549 (554 s.), c. 3a; SJ 2000, p. 533 (538 s.), c. 4. Dans l'arrêt SWISSAIR, le dommage à réparer par la société mère résultant de la confiance déçue est constitué par le montant de Fr. 90'000.- (loyers à payer à l'avance) par le partenaire contractuel de sa filiale au moment de la conclusion du contrat visant la jouissance de luxueuses résidences situées à proximité de terrains de golf (ATF 120 II 331 [341], c. 6).

³⁰⁰ ATF 121 III 350 (355), c. 6c; WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 153.

³⁰¹ ATF 124 III 297 (303 s.), c. 6; ATF 120 II 331, (335 ss), c. 5.

³⁰² ATF 120 II 331, (335 ss), c. 5.

les modifie au dernier moment, a le droit d'être indemnisé sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance. En adoptant un comportement contradictoire, la fédération sportive a créé une apparence trompeuse: le sportif pouvait croire, de bonne foi, qu'il répondait aux critères de participation au concours international³⁰³.

- La responsabilité fondée sur la confiance peut aussi s'appliquer en cas de faux renseignements³⁰⁴. Selon notre haute Cour, cette responsabilité est contractuelle si l'information est donnée dans l'exercice d'une profession ou contre rémunération. A défaut, le lésé peut se prévaloir du régime délictuel (art. 41 ss CO)³⁰⁵ ou de la responsabilité fondée sur la confiance³⁰⁶. Le Tribunal fédéral a ainsi admis l'action introduite contre le *protector*³⁰⁷ d'un *trust*, qui avait faussement confirmé à une banque l'exactitude d'un relevé du patrimoine du *trust* mis en gage. Celui-ci cherchait à obtenir d'importants crédits supplémentaires. La banque a, par la suite, dénoncé les prêts, car elle s'est aperçue que les renseignements donnés étaient inexacts. Dans cette situation, le Tribunal fédéral a retenu la responsabilité du *protector*, sans préciser son fondement exact, en indiquant que celui-ci pouvait reposer sur la responsabilité fondée sur la confiance ou sur la responsabilité délictuelle³⁰⁸.
- Notre haute Cour a déjà retenu une responsabilité fondée sur la confiance lorsque l'un des cocontractants se prévaut d'un vice affectant la validité d'un contrat. Le Tribunal fédéral a notamment considéré qu'un acheteur qui fait valoir que la somme indiquée dans l'acte de vente immobilier ne correspond pas au prix effectivement versé, alors que le contrat a été en grande partie exécuté de part et d'autre, commet un abus de droit. Il doit en outre s'acquitter du solde du prix de vente sur la base d'une responsabilité fondée sur la confiance³⁰⁹.
- Une responsabilité fondée sur la confiance a également été admise en matière d'effets de change³¹⁰. L'administratrice d'une société anonyme

³⁰³ ATF 121 II 350 (354), c. 6c.

³⁰⁴ KAISER, p. 183.

³⁰⁵ ATF 121 III 350 (355), c. 6c.

³⁰⁶ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 147, 151; WALTER, RJB 132 (1996), p. 292.

³⁰⁷ Le *protector* est un organe facultatif du *trust* de droit liechtensteinois (WANGER, p. 208).

³⁰⁸ ATF 124 III 363 (369), c. 5b.

³⁰⁹ SJ 2000 I, p. 533, (538), c. 4a.

³¹⁰ ATF 128 III 324.

tenue de payer un effet de change (tirée) avait été interpellée par son porteur qui lui avait demandé si la signature apposée sur l'effet était correcte et si le signataire disposait bien des pouvoirs pour engager la société. Bien qu'elle ait aussitôt reconnu la falsification, l'administratrice a, par fax, rassuré le porteur de l'effet sur la validité de celui-ci. Se fondant sur les assurances reçues, le porteur a présenté l'effet pour paiement à l'échéance. La société tirée a alors refusé de s'exécuter, se prévalant de la falsification de la signature figurant sur le titre. Dans ces circonstances, notre haute Cour a admis une responsabilité fondée sur la confiance: par son comportement, la société tirée a suscité une confiance particulière du porteur du titre qui l'a amené à prendre des dispositions préjudiciables à ses intérêts³¹¹.

§ 4 Les caractéristiques dogmatiques

La responsabilité fondée sur la confiance présente les caractéristiques suivantes:

- Elle constitue une source autonome de responsabilité devant être considérée comme une troisième voie entre les régimes délictuel et contractuel.
- Elle est de nature légale et trouve son fondement juridique à l'art. 2, al. 1, CC. Il suffit que les parties soient liées par une relation particulière d'une intensité suffisante pour que la confiance suscitée soit protégée sous l'angle de cette disposition³¹². Cette question est toutefois controversée dans la doctrine. Certains auteurs³¹³ considèrent que la responsabilité fondée sur la confiance repose directement sur l'art. 1, al. 2, CC et les règles de la bonne foi servent ainsi uniquement à déterminer si la déception de la confiance est de nature à engager une responsabilité dans un cas particulier. Ce point peut rester ouvert, car il est sans conséquence pratique³¹⁴.
- Le Tribunal fédéral n'a pas déterminé quel régime – celui de la responsabilité contractuelle ou celui de la responsabilité délictuelle – s'appliquait par analogie aux modalités de la responsabilité fondée sur la confiance. Les défenseurs de la théorie contractuelle mettent l'accent sur

³¹¹ ATF 128 III 324 (329), c. 2.5.

³¹² REY, Sonderverbindung, p. 233 ss; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 89.

³¹³ WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 159 s.; ZK-DÜRR, Vorb. zu Art. 1-4 ZGB, n. 89 ss.

³¹⁴ Du même avis: WALTER, Unkraut, p. 98.

la relation de confiance qui lie le lésé au responsable³¹⁵. Cette opinion est celle retenue par le Tribunal fédéral dans un arrêt récent³¹⁶. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile propose, quant à lui, d'étendre la notion d'acte illicite à la violation du principe de la bonne foi. Le régime délictuel engloberait ainsi la responsabilité fondée sur la confiance³¹⁷. D'autres auteurs défendent enfin que, en raison de sa nature hybride (ni délictuelle ni contractuelle), la responsabilité fondée sur la confiance ne peut pas être régie par les art. 41 ss CO ni par les art. 97 ss CO, les modalités de réparation dépendant des circonstances particulières du cas d'espèce³¹⁸. La prescription serait soumise à la règle délictuelle prévue à l'art. 60 CO, tandis que la règle contractuelle de l'art. 101 CO s'appliquerait à la responsabilité pour les auxiliaires³¹⁹. Dans cette dernière hypothèse, la situation juridique serait semblable à celle qui prévaut en cas de réparation d'un dommage découlant d'une *culpa in contrahendo*. La responsabilité fondée sur la confiance est aujourd'hui une institution juridique reconnue par un grand nombre d'auteurs³²⁰. Malgré la volonté du Tribunal fédéral de l'appliquer à un nombre croissant de contentieux, cette nouvelle responsabilité demeure, cependant, contestée en doctrine³²¹.

³¹⁵ MOSER, p. 116 s.; WALTER, RJB 132 (1996), p. 282 s.; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 85 ss.

³¹⁶ ATF 128 III 324 (329), c. 2.5: « Diese Haftung [...] ist vorliegend den Regeln der Vertragshaftung zu unterstellen ».

³¹⁷ Cf. art. 46, al 2, AP RC; la théorie délictuelle est également défendue par MISTELI, p. 177 ss.

³¹⁸ BaK-BUCHER, n. 92 ss ad art. 41 CO; BK-WEBER, n. 86 s. ad art. 97 CO; HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 409 s.; ZK-BAUMANN, n. 181 ss ad art. 2 CC.

³¹⁹ CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 31.

³²⁰ Cf. notamment: BaK-BUCHER, n. 91 ad art. 1 CO; BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 11; le même, Schuldverhältnis, p. 86 ss; CHAPPUIS, FS SCHMIDLIN, p. 240 ss; la même, SJ 1997, p. 165 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 982m; HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 404 ss; MOSER, p. 125 ss; MOSER/BERGER, p. 541 ss; WALTER, RJB 132 (1996), p. 273 ss; le même, Unkraut, p. 79; ZK-BAUMANN, n. 106 ss ad art. 2 CC; TERCIER, Responsabilité, p. 14.

³²¹ AMSTUTZ/WATTER, p. 502 ss; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4, n. 22; KUZMIC, p. 255 s., et p. 261; MISTELI, p. 175 ss; MORIN, p. 168 s.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, n. 280 ss; SCHWENZER, OR AT, § 52, n. 52.03 s.; la même, Rezeption, p. 59 ss; WICK, p. 1275, 1282.

Deuxième partie: La notion de devoirs accessoires du contrat

Dans cette seconde partie, nous nous intéresserons aux différentes sortes de devoirs contractuels. Après quelques généralités (chap. 1), nous allons, tout d'abord, distinguer les devoirs principaux de ceux qui n'ont qu'un caractère accessoire (chap. 2). Le chapitre suivant (chap. 3) portera exclusivement sur les devoirs accessoires des contrats. Nous nous efforcerons de les définir en procédant à des distinctions selon leur contenu (devoirs d'information, de protection, de procuration et de collaboration) (§ 1), selon leur source (contrat, loi, règles de la bonne foi) (§ 2), selon le but qu'ils poursuivent (§ 3) et, enfin, selon la possibilité, pour le créancier, d'agir en exécution lorsqu'ils sont violés (§ 4).

Chapitre 1: Généralités

La nécessité est apparue très tôt de reconnaître dans le contrat des obligations accessoires complétant les prestations principales prévues par les parties. En 1944 déjà, dans le contrat d'entreprise, le Tribunal fédéral distinguait le devoir principal portant sur la livraison d'un ouvrage du devoir accessoire de protection. Selon notre haute Cour, l'organisateur d'un feu d'artifice est tenu non seulement de présenter le spectacle (prestation principale), mais également d'assurer la sécurité du public pendant la combustion (devoir accessoire)³²².

Les devoirs accessoires déterminent le contenu de la convention des parties et les contours de la responsabilité contractuelle. Tout acte dommageable accompli par le débiteur au détriment du créancier à l'occasion d'un contrat n'entraîne pas l'obligation d'indemniser le lésé selon les art. 97 ss CO³²³; le comportement reproché au débiteur doit en outre constituer l'inexécution d'une obligation imposée par le contrat. A défaut, l'auteur du dommage ne peut répondre que selon le droit délictuel^{324, 325}. Avant toute question de responsabilité, il est donc essentiel de connaître le contenu de la convention des parties et les obligations qu'elle impose aux cocontractants³²⁶. Dans un jugement français du 10 janvier 1990, la Cour de cassation civile devait établir si la responsabilité contractuelle d'un médecin était engagée pour la chute d'un de ses patients dans la salle d'attente à cause d'un sol trop glissant³²⁷. La Cour de cassation civile a refusé d'appliquer le régime contractuel en faisant valoir que « le contrat médical passé entre le patient et le centre médical se limite à la consultation et aux soins »³²⁸. Il peut arriver également qu'une des parties au contrat subisse une atteinte à son intégrité

³²² ATF 70 II 215 (218 s.), c. 3.

³²³ CUENDET, p. 11. Si, par ex., un vendeur blesse dans la rue un passant qui se trouve être l'acheteur avec qui il vient de passer un contrat, sa responsabilité contractuelle ne sera pas engagée.

³²⁴ BUCHER, p. 338; CUENDET, p. 11; VON TUHR/ESCHER, p. 107 s. Ces derniers distinguent selon que l'acte dommageable est intervenu à l'occasion ou dans l'exécution d'un contrat; seule cette dernière hypothèse donne naissance à une responsabilité contractuelle (*ibid.*).

³²⁵ La responsabilité fondée sur la confiance demeure réservée. A ce sujet, cf. 1^e partie, chap. 4 et 4^e partie, chap. 4.

³²⁶ CUENDET, p. 11; SCHMID, *Vertragsverletzung*, p. 1032.

³²⁷ VON BAR, p. 460, note 321.

³²⁸ Cass. civ. 10 janvier 1990, *Rev. trim. dr. civ.* 1990. 481.

corporelle pendant l'exécution du contrat. Dispose-t-elle alors d'une action en réparation contractuelle ou délictuelle? Dans une telle situation, les art. 97 ss CO ne trouvent application que si le contrat impose au débiteur de protéger les biens juridiques du créancier sous la forme d'un devoir accessoire³²⁹.

On relèvera qu'au cours des dernières décennies les devoirs accessoires ont pris davantage d'importance et ont entraîné une extension de la responsabilité pour inexécution des obligations contractuelles (art. 97 ss CO)³³⁰.

³²⁹ CUENDET, n. 17; PATRY, p. 46. La responsabilité fondée sur la confiance demeure réservée. A ce sujet, cf. 1^e partie, chap. 4 et 4^e partie, chap. 4.

³³⁰ BaK-WIEGAND, *Einl. zu Art. 97-109*, n. 8.

Chapitre 2: Les devoirs principaux et les devoirs accessoires

Le contrat donne naissance à deux sortes d'obligations contractuelles: les devoirs **principaux** et les devoirs **accessoires**.

§ 1 Les devoirs principaux³³¹

Les devoirs principaux sont à l'origine des pourparlers³³² et représentent le « noyau » de la convention des parties³³³. On peut les décrire comme les prestations qui caractérisent chaque type de contrat³³⁴. Les devoirs principaux portent sur les points objectivement essentiels, soit ceux qui sont nécessaires, de par la loi, à l'existence d'un contrat déterminé. Ils supposent un accord minimal de volontés des cocontractants sur les éléments dont la loi fait dépendre la conclusion de la convention (*essentialia negotii*)³³⁵. Dans la vente, le devoir principal du vendeur est de transférer la propriété d'une chose et celui de l'acheteur d'en payer le prix (art. 184 CO)³³⁶. En matière de bail à loyer, le bailleur doit céder l'usage d'une chose au locataire et le locataire est tenu, en contrepartie, de verser un loyer (art. 253 CO)³³⁷.

Les devoirs principaux comprennent également les obligations contractuelles qui sont subjectivement essentielles aux yeux des parties, à savoir celles dont les partenaires font dépendre la conclusion de leur contrat (art. 2 CO). Dans une vente à distance, les cocontractants peuvent prévoir que le vendeur a l'obligation de transporter la chose jusqu'au domicile de l'acheteur et que ce point est subjectivement nécessaire au contrat. Dans cette hypothèse, le devoir de transport qui incombe au vendeur revêt un caractère principal.

³³¹ Ils sont également appelés « devoirs de prestation principaux ». Sur la notion de « devoirs de prestation », cf. *infra* 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.1.

³³² BERGER, p. 65.

³³³ NEUENSCHWANDER, p. 3 et 4 *in fine*.

³³⁴ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 93; KOLLER, OR AT, § 2, n. 84; MERZ, TDP, p. 44; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.21.

³³⁵ DESCHENAUX, TDP II, p. 175; ESSER/SCHMID, Schuldrecht I/1, p. 107.

³³⁶ KOLLER, OR AT, § 2, n. 84; LARENZ, p. 8; MERZ, TDP, p. 44; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.21; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 161.

³³⁷ MERZ, TDP, p. 44.

D'un point de vue dogmatique, les devoirs principaux prennent naissance avec la conclusion du contrat et reposent sur l'échange des manifestations de volonté concordantes des parties. Ils obligent le débiteur à une prestation³³⁸ et peuvent faire l'objet d'une action en exécution³³⁹.

§ 2 Les devoirs accessoires

La distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires repose sur leur contenu. Les premiers portent sur les points objectivement et subjectivement essentiels du contrat. Les seconds rassemblent toutes les autres obligations découlant de la convention qui ne revêtent pas un caractère principal³⁴⁰. On peut regrouper les différents devoirs accessoires du contrat en trois catégories:

- Une partie des devoirs accessoires découle directement des prestations principales qu'ils complètent³⁴¹. Tel est le cas, par ex., du devoir de l'employeur de fournir « au travailleur les instruments de travail et les matériaux dont celui-ci a besoin » (art. 327, al. 1, CO) ou de l'obligation de rendre compte dans certains contrats de services (art. 321b, 365, al. 2, 389, al. 2, 400 CO).
- Certains devoirs accessoires ne découlent pas directement des prestations principales mais poursuivent un but propre³⁴². Leur violation peut donner lieu à une action en exécution³⁴³. On peut notamment citer l'interdiction de faire concurrence (art. 340 ss CO) ou l'obligation de l'employeur de remettre en tout temps un certificat de travail au travailleur qui le demande (art. 330a CO).
- D'autres, enfin, ne découlent pas directement des devoirs principaux et n'ont qu'un lien éloigné avec ces derniers. Ils visent exclusivement à protéger la vie, l'intégrité corporelle et les autres droits absolus du

³³⁸ Sur la notion de « prestation », cf. en particulier BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 72 ss; ENGEL, p. 77.

³³⁹ BERGER, p. 65.

³⁴⁰ KOLLER, OR AT, § 2, n. 84.

³⁴¹ TERCIER, Contrats spéciaux, n. 162.

³⁴² Il s'agit des « devoirs accessoires indépendants ou primaires ». A ce sujet, cf. *infra* 2^e partie, chap. 3, § 4.

³⁴³ BK-MERZ, n. 262 s. ad art. 2 CC; DESCHENAUX, TDP II, p. 165, note 60; GUHL/MERZ/KOLLER, OR AT, § 2, n. 30; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.24.

cocontractant en cours d'exécution du contrat³⁴⁴. En principe, ces devoirs ne peuvent pas faire l'objet d'une action en exécution³⁴⁵.

§ 3 Les limites de la distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires

La frontière entre les devoirs principaux et accessoires aux contrats est parfois difficile à tracer. Il arrive que certains devoirs accessoires aient une importance particulière pour les parties et revêtent, ainsi, un caractère principal. Si, dans la vente, l'obligation d'emballer la marchandise avant d'en transférer la propriété à l'acheteur est, en principe, accessoire, elle devient un devoir principal, si l'acheteur a l'intention de revendre la marchandise à un tiers avec l'emballage³⁴⁶. De même, dans la vente mobilière ou le contrat d'entreprise, la remise d'un mode d'emploi peut constituer un devoir principal en cas de livraison d'une machine techniquement complexe³⁴⁷. Dans le contrat de mandat, l'intérêt principal du mandant porte parfois non pas sur le succès du travail accompli par le mandataire, mais sur le transfert des valeurs patrimoniales que ce dernier a acquises pour le compte de son client en cours d'exécution du contrat. Dans cette hypothèse, le devoir de restitution imposé au mandataire à l'art. 400, al. 1, CO revêt, en principe, un caractère principal³⁴⁸. En revanche, dans le contrat de soins, la remise des radiographies au malade ne constitue généralement qu'un devoir accessoire du médecin, le devoir principal consistant à soigner le patient selon les règles de l'art³⁴⁹. Dans ce même contrat, les actes médicaux sont contraires au droit s'ils ne sont pas couverts par le consentement « éclairé » du patient³⁵⁰. Avant de décider de se soumettre à un traitement, ce dernier doit être renseigné sur le pronostic avec ou sans traitement, les différents traitements possibles, leurs risques et

³⁴⁴ BK-MERZ, n. 269 ad art. 2 CC; KOLLER, OR AT, § 2, n. 88 s. Ces obligations sont appelées « devoirs accessoires de protection ». A ce sujet, cf. *infra* 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.2 et 3^e partie.

³⁴⁵ KOLLER, OR AT, § 2, n. 93; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.24.

³⁴⁶ SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.25.

³⁴⁷ WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 91.

³⁴⁸ BK-FELLMANN, n. 260 ad art. 394 CO.

³⁴⁹ BK-FELLMANN, n. 260 ad art. 394 CO.

³⁵⁰ GUILLOD, p. 84; MÜLLER CHRISTOPH, p. 293. Sur cette question, cf. également *infra*, 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.1.

leur coût³⁵¹. L'obligation d'information du médecin est considérée par plusieurs auteurs comme un devoir principal, en raison de l'intensité du rapport de confiance qui lie les parties et de l'importance que revêt ce devoir dans le domaine médical, en particulier pour le patient qui confie au médecin son intégrité corporelle et sa santé³⁵². De la même manière, on peut se demander si l'obligation faite à l'employeur de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO) ne constitue pas également un devoir principal, en plus du versement du salaire (art. 319, al. 1, CO). Dans le contrat de travail, l'employé risque de subir des atteintes graves à sa santé en raison de l'intensité de la relation contractuelle et du rapport de subordination qui caractérise le contrat. En conséquence, il se justifie, selon nous, de considérer que l'art. 328 CO impose un devoir principal à l'employeur³⁵³.

En définitive, lorsqu'il ne porte pas sur un élément objectivement essentiel, un devoir est principal ou accessoire en fonction des circonstances du cas d'espèce. La distinction entre les deux repose, avant tout, sur la volonté des parties et doit tenir compte des intérêts en présence au moment de la conclusion du contrat^{354, 355}.

³⁵¹ ATF 119 II 456 (458), c. 2; ATF 117 Ib 197 (203), c. 3b; ATF 116 II 519 (521), c. 3b; ATF 114 Ia 350 (358), c. 6; ATF 108 II 59 (61), c. 2; ATF 105 II 284 (287), c. 6c; MÜLLER CHRISTOPH, p. 293.

³⁵² MAINARDI-SPEZIALI, p. 97 s.; MÜLLER CHRISTOPH, p. 294, note 1711; PAYLLIER, p. 141 et note 423, p. 142. Ces deux derniers auteurs considèrent même le devoir d'information du médecin précédant un traitement comme un point objectivement essentiel (« *essentialia negotii* ») du contrat de soins (*ibid.*).

³⁵³ La question du caractère « principal » ou « accessoire » du devoir prévu à l'art. 328 CO n'a été que peu discutée en doctrine. REHBINDER, BK, n. 1 ad art. 328 CO, indique qu'il s'agit d'un devoir accessoire, sans autre précision. Quant à STAEHELIN/VISCHER, ZK, n. 3 ad art. 328 CO, ils considèrent que l'art. 328 CO donne naissance à toute une série de devoirs accessoires qui s'imposent à l'employeur.

³⁵⁴ BK-FELLMANN, n. 260 ad art. 394 CO; BUCHER, p. 366; DERENDINGER, p. 37; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 91. Selon DERENDINGER, p. 37, il appartient au juge de déterminer, non pas de manière schématique mais en procédant à une pesée des intérêts du créancier et du débiteur si la violation du contrat est suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat. Dans cette hypothèse, le devoir violé revêt un caractère « principal ».

³⁵⁵ A ce sujet, cf. également *infra*, 3^e partie, chap. 3, § 2, 2.1.

§ 4 L'importance de la distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires

En droit suisse, la responsabilité contractuelle prévue à l'art. 97, al. 1, CO vise à réparer le préjudice qui résulte de l'inexécution d'une obligation, que le débiteur viole un devoir principal ou un devoir accessoire³⁵⁶. La distinction entre les deux ne revêt pas une importance pratique considérable, puisque la violation de l'un comme de l'autre est sanctionnée par le même régime de responsabilité. WERRO défend une autre opinion. Il propose de déterminer le régime applicable à l'inexécution des obligations en distinguant selon leur genre (obligations **de résultat** ou **de moyens**)³⁵⁷. Selon cet auteur, la violation d'une obligation de moyens doit être sanctionnée par l'art. 41, al. 1, CO, tandis que le non respect d'une obligation de résultat entraîne une responsabilité fondée sur l'art. 97, al. 1, CO³⁵⁸. Si l'on retient la solution proposée par WERRO, le devoir principal et le devoir accessoire peuvent être appréhendés par un régime de responsabilité différent lorsque l'un est de résultat et l'autre de moyens. Prenons l'exemple du contrat de transport conclu entre une société de téléphérique et un skieur. Le devoir principal de transport est une obligation de résultat, alors que le devoir accessoire de sécurité des pistes est une obligation de moyens³⁵⁹. En cas de violation, le premier sera sanctionné par le régime de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO), tandis que le second sera soumis aux règles de la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO).

La distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires a des conséquences pratiques dans les contrats bilatéraux. Lorsqu'une partie n'a pas exécuté ou offert d'exécuter sa prestation, son cocontractant peut se prévaloir de l'exception d'inexécution et refuser de fournir sa propre obligation (art. 82 CO). En principe, seuls les devoirs principaux se trouvent dans un tel rapport d'échange³⁶⁰. La doctrine majoritaire admet cependant que l'inexécution de certains devoirs accessoires peut justifier l'application de l'art. 82 CO, lorsqu'ils sont si étroitement liés aux devoirs principaux que leur violation empêche l'exécution correcte de la prestation

³⁵⁶ CR-THÉVENOZ, n. 25 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1576. A ce sujet, cf. également 1^{re} partie, chap. 1, § 1, 1.3 et 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.3.

³⁵⁷ WERRO, Mandat, n. 828 s.

³⁵⁸ WERRO, Mandat, n. 828; le même, RDS 2003 II, p. 374; le même, Obligation de résultat et obligation de moyens, p. 280.

³⁵⁹ WERRO, Mandat, n. 817.

³⁶⁰ SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.25.

promise dans le contrat³⁶¹. On peut citer, par ex., l'obligation du vendeur de préparer la chose à livrer (art. 188 s. CO) ou le devoir d'information de l'entrepreneur portant sur les explications nécessaires à garantir une utilisation correcte et sûre de l'ouvrage livré³⁶².

Une autre différence entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires concerne la résolution du contrat. Dans les contrats synallagmatiques, l'inexécution d'un devoir principal autorise le créancier à procéder selon les art. 107 à 109 CO et à se départir de la convention. En revanche, la violation d'un devoir accessoire confère uniquement au créancier le droit de réclamer des dommages-intérêts³⁶³. Une partie de la doctrine admet toutefois que le contrat peut être rompu lorsque le devoir accessoire violé peut faire l'objet d'une action en exécution indépendante³⁶⁴ et qu'il se trouve dans un rapport de réciprocité avec la prestation principale du cocontractant³⁶⁵.

Contrairement aux art. 107 à 109 CO, l'art. 97, al. 1, CO ne confère pas expressément au créancier le droit de se départir d'un contrat. La doctrine majoritaire atténue la différence qui existe entre ces dispositions en reconnaissant au créancier le droit de résoudre le contrat non seulement en cas d'impossibilité, mais également lorsque le débiteur a commis une violation grave de ses obligations contractuelles (*schwerwiegende Pflichtverletzung*), que celles-ci consistent en des devoirs principaux ou accessoires³⁶⁶.

³⁶¹ Il s'agit des devoirs accessoires « secondaires » ou « dépendants ». A ce sujet, cf. 4^e partie, chap. 4, § 2, 2.2.

³⁶² BK-KOLLER, n. 278 ad art. 363 CO.

³⁶³ BK-WEBER, n. 45 ad art. 107 CO; BUCHER, p. 366; DERENDINGER, p. 37; VON TUHR/ESCHER, p. 157.

³⁶⁴ Au sujet des devoirs accessoires qui peuvent faire l'objet d'une action en exécution (« devoirs accessoires indépendants »), cf. *infra*, 2^e partie, chap. 3, § 4.

³⁶⁵ BK-WEBER, n. 45 ad art. 107 CO et les auteurs cités. Pour plus de précisions, cf. *infra*, 3^e partie, chap. 4, § 2, 2.1.

³⁶⁶ BaK-WIEGAND, n. 58 ad art. 97 CO; BK-WEBER, n. 270 ad art. 97 CO; CR-THÉVENOZ, n. 63 ad art. 97 CO; SCHWENZER, OR AT, § 68, n. 68.10. Contra: VON TUHR/ESCHER, p. 105. Pour plus de précisions à ce sujet, cf. *infra* 3^e partie, chap. 4, § 4, 4.1.

Chapitre 3: La classification des devoirs accessoires⁶

En raison de leur diversité, les devoirs accessoires posent des problèmes de classification. La doctrine a tenté de les regrouper en différentes catégories présentant des caractéristiques communes. Quatre critères sont fréquemment utilisés. Les auteurs distinguent les différents devoirs accessoires:

- selon leur contenu (ou leur objet) (§ 1);
- selon leur source (§ 2);
- selon le but qu'ils poursuivent (§ 3) et
- selon la possibilité de requérir leur exécution en justice (*Klagbarkeit*) (§ 4).

§ 1 La distinction selon le contenu

Les devoirs accessoires aux contrats ont un contenu varié. On distingue principalement les devoirs de protection, d'information, de procuration et de collaboration. La liste n'est pas exhaustive mais correspond aux catégories essentielles retenues par la doctrine³⁶⁷.

1.1. Les devoirs d'information³⁶⁸

Le droit suisse ne connaît pas de devoir général d'information entre les parties à un contrat³⁶⁹. En cas de litige, le juge doit examiner, selon les circonstances du cas d'espèce, si l'une des parties est tenue à un devoir d'information envers son partenaire. Il tient compte de la nature du contrat et du niveau de connaissances des cocontractants³⁷⁰.

Dans les contrats de services (par ex. contrats de travail, d'entreprise et de mandat), les parties sont liées par un rapport de confiance particulier et sont

³⁶⁷ Cf. en particulier BK-MERZ, n. 265 ss ad art. 2 CC; DESCHENAUX, TDP II, p. 176 s.; GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 26 ss; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.23.

³⁶⁸ La terminologie n'est pas uniforme. Certains auteurs préfèrent parler de « devoirs de conseil » (« *Beratungspflichten* ») ou « de déclaration » (« *Aufklärungspflichten* ») [BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO]; d'autres de « devoirs de communication » (« *Mitteilungspflichten* ») [GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 27; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.23; BK-MERZ, n. 270 ss ad art. 2 CC]. Nous parlerons, quant à nous, de « devoirs d'information ».

³⁶⁹ MERZ, TDP, p. 47.

³⁷⁰ MERZ, TDP, p. 47.

tenues à un devoir de loyauté et de fidélité. Le plus souvent, ce devoir résulte déjà de la loi³⁷¹. Il oblige chacun des cocontractants à sauvegarder les intérêts du partenaire en cours d'exécution du contrat³⁷². Selon les circonstances, le devoir de loyauté et de fidélité peut imposer aux cocontractants une obligation de renseignement dont l'étendue se détermine selon les règles de la bonne foi. L'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de devoirs d'information démontre que ceux-ci ont un contenu étendu et varié³⁷³.

Notre haute Cour a notamment jugé que l'entrepreneur doit renseigner le maître sur l'usage approprié et l'entretien convenable de l'ouvrage livré³⁷⁴ ainsi que sur les risques et dangers liés à son utilisation³⁷⁵. Selon les circonstances, il peut en outre être tenu de rendre son partenaire contractuel attentif à la nécessité de conclure une assurance responsabilité civile pour couvrir les risques liés à l'exécution de l'ouvrage³⁷⁶.

³⁷¹ Cf. par ex. l'art. 328 CO pour l'employeur dans le contrat de travail, l'art. 321a, al. 1, CO pour le travailleur dans le contrat de travail et l'art. 398, al. 2, CO pour le mandataire dans le contrat de mandat.

³⁷² BK-FELLMANN, n. 251 ad art. 394 CO; BK-KOLLER, n. 274 ad art. 363 CO; ZK-STAEHELIN/VISCHER, n. 6 ss ad art. 321a CO.

³⁷³ ATF 124 III 155 (162-164), c. 3a et b: devoir d'une banque d'informer l'investisseur néophyte sur les risques et les commissions dans le commerce des produits dérivés; ATF 119 II 456 (460 s.), c. 2d: devoir du médecin d'informer son patient sur les conséquences économiques d'un traitement médical (prise en charge ou non par l'assurance maladie); ATF 116 II 519 (521), c. 3b: devoir d'information du médecin portant sur les conséquences physiques du traitement ainsi que son coût; ATF 115 II 251 [252], c. 3: devoir d'un employeur d'informer ses employés sur l'obligation que leur impose la convention collective de travail de s'assurer pour les frais médicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation; ATF 114 Ia 350 (358), c. 6: devoir d'information du médecin portant sur la nature et les conséquences d'une intervention, en vue d'obtenir le consentement préalable du patient; ATF 111 II 72 (75), c. 3d: devoir de l'architecte d'attirer l'attention du maître de l'ouvrage sur l'utilité de contracter une assurance responsabilité civile, lorsque la construction comporte des risques particuliers; ATF 110 II 360 (372 s.), c. 5: devoir d'une banque de renseigner correctement son client sur la possibilité d'exemption de la commission et de l'impôt anticipé, lorsqu'elle conseille un investissement à un étranger.

³⁷⁴ ATF 94 II 157 (160), c. 5: l'entrepreneur viole son devoir d'information s'il n'indique pas au maître quelle sorte d'eau doit être introduite dans une installation de chauffage qu'il vient de produire et livrer.

³⁷⁵ RJN 1993, p. 98 s.; DC 1975, p. 342.

³⁷⁶ BK-KOLLER, n. 282 ad art. 363 CO et n. 55 ad art. 365 CO. Il arrive que l'entrepreneur doive conclure lui-même l'assurance. Une telle obligation existe en particulier lorsqu'elle a été expressément ou implicitement convenue ou lorsque la survenance d'un risque particulier rend le besoin d'une assurance si urgent qu'il ne reste pas suffisamment de temps pour faire conclure le contrat d'assurance par le maître (BaK-ZINDEL/PULVER, n. 14 ad art. 365 CO; GAUCH, *Entreprise*, n. 828).

Le devoir d'information prend une importance particulière dans le mandat, en raison du lien de confiance étroit qui lie les parties et constitue le grief le plus fréquemment invoqué à l'encontre du mandataire. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le dépassement d'un devis constituait une violation du devoir d'information de l'architecte envers le maître de l'ouvrage³⁷⁷. Les établissements financiers qui sont actifs dans le commerce des valeurs mobilières boursières sont aussi soumis à un devoir d'information étendu. Notre haute Cour s'est notamment prononcée sur le devoir de renseignement incombant à une société de courtage qui pratiquait l'achat et la vente d'options à terme négociées en bourse. Elle a jugé que les personnes et entreprises qui s'occupent, à titre professionnel, de gestion de patrimoine de même que les conseillers et intermédiaires spécialisés en matière d'affaires à option négociées en bourse sont tenus, en fonction des connaissances de leurs clients, de renseigner ceux-ci sur les risques des investissements envisagés et de les conseiller quant aux différentes possibilités de placements³⁷⁸. Le mandataire est même tenu de questionner son client pour obtenir les renseignements nécessaires pour déterminer sa capacité à assumer des risques³⁷⁹. En revanche, le Tribunal fédéral a nié tout devoir d'information d'une banque ayant effectué des opérations en devises pour sa cliente, sans avoir conclu de mandat de gestion de fortune³⁸⁰. Un tel contrat n'existe pas lorsque la banque n'exécute que des affaires ponctuelles pour un tiers. Elle ne doit alors renseigner que sur demande et n'est, en principe, pas tenue de signaler les risques que comporte un placement déterminé, en particulier si le mandant connaît (ou est censé connaître), de par sa situation personnelle³⁸¹, les risques inhérents aux fluctuations des cours de change³⁸².

Dans le contrat de soins, le devoir d'information du médecin revêt une importance particulière. Il trouve son fondement dans le droit d'autodéter-

³⁷⁷ ATF 119 II 249 (252), c. 3b/aa: Le Tribunal fédéral précise que, au-delà d'une certaine marge de tolérance, un devis inexact correspond à une fausse information au sujet du coût de construction prévisible et constitue une mauvaise exécution du contrat dont l'architecte répond en cas de faute. Pour le calcul du montant dû à titre de dommages-intérêts par l'architecte en cas de dépassement de devis: cf. ATF 122 III 61 (63 ss), c. 2b; ATF 119 II 249 (252 ss), c. 3b et c.

³⁷⁸ ATF 124 III 155 (162 s.), c. 3a.

³⁷⁹ Le fait, pour une société de courtage, d'attirer l'attention de l'investisseur, dans la brochure explicative, sur le risque de perdre la provision ne suffit pas, en particulier lorsqu'il s'agit d'affaires hautement spéculatives et donc fortement risquées (ATF 124 III 155 [162 s.], c. 3a).

³⁸⁰ ATF 119 II 333.

³⁸¹ Au cas particulier, le client était actif dans le commerce international.

³⁸² ATF 119 II 333 (335), c. 5a.

mination du patient et est nécessaire pour obtenir son consentement éclairé à un traitement ou à une intervention déterminés (*Eingriffaufklärung*)³⁸³. Le médecin a l'obligation d'informer le mandant de la nature et des risques liés au traitement qu'il entend appliquer, à moins qu'il ne s'agisse d'actes courants sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable³⁸⁴. Il doit renseigner le patient sur le diagnostic, le pronostic avec et sans traitement, les différents traitements possibles, leur nature, leurs modalités, leurs avantages, leurs risques et leur coût³⁸⁵. Si le médecin n'avertit pas le patient d'éventuels risques qui se réalisent par la suite, il sera responsable, même si l'intervention ou le traitement n'a pas été entaché de faute et a été mené *lege artis*. Dès lors, en raison de son importance et du rapport de confiance particulier qui lie le patient à son médecin, de nombreux auteurs sont d'avis que le devoir d'information est une obligation principale du contrat de soins³⁸⁶.

Dans le domaine médical, le patient doit être suivi pendant toute la durée du traitement. Après l'intervention, le médecin est en particulier tenu de veiller à la bonne administration des soins thérapeutiques (*Sicherungserklärung*). Il ne respecte pas son devoir d'information s'il ne renseigne pas une malade du sida sur les risques qu'elle encourt en prenant, sans avis médical, un médicament supplémentaire alors qu'elle suit une trithérapie³⁸⁷. Le devoir d'information porte également sur le coût des soins prodigués³⁸⁸. Lorsqu'il sait qu'un traitement, une intervention ou ses honoraires ne sont pas couverts par l'assurance maladie, le médecin doit attirer l'attention du patient sur ce point³⁸⁹.

³⁸³ L'étendue de l'information doit être déterminée individuellement en fonction du besoin d'information du patient (GUILLIOD, p. 127 ss et 149 ss; WIEGAND, *Aufklärungspflicht*, p. 137).

³⁸⁴ ATF 119 II 456 (458), c. 2; ATF 117 Ib 197 (203), c. 3b; ATF 116 II 519 (521), c. 3b; ATF 114 Ia 350 (358), c. 6; ATF 108 II 59 (61), c. 2; ATF 105 II 284 (287), c. 6c.

³⁸⁵ MÜLLER CHRISTOPH, p. 293 s. et la jurisprudence citée.

³⁸⁶ Pour plus de précisions, cf. BK-FELLMANN, n. 147 ad art. 398 CO; MAINARDI-SPEZIALI, p. 97 ss; MÜLLER CHRISTOPH, p. 294, note 1711; PAYLLIER, p. 141 et note 423, p. 142.

³⁸⁷ L'interaction médicamenteuse liée à la prise simultanée des deux médicaments a entraîné une amputation du pied droit et des orteils gauches de la victime: cf. SJ 2002, p. 253. Dans ce jugement, notre haute Cour relativise le fardeau de la preuve de la violation du devoir d'information du médecin qui incombe au patient en admettant une preuve par présomptions (à ce sujet, cf. le commentaire de WERRO/HAAS, in REAS 2002, p. 208 ss).

³⁸⁸ ATF 119 II 456 (460 s.), c. 2d.

³⁸⁹ ATF 119 II 456 (460 s.), c. 2d.

Les contrats portant sur une prestation matérielle (*Sachleistung*)³⁹⁰ supposent un rapport de confiance de moindre intensité entre les parties. Ils peuvent néanmoins, selon les circonstances, obliger les cocontractants au respect d'un devoir d'information³⁹¹. Selon le Tribunal fédéral, le vendeur est notamment tenu de:

- répondre selon ses meilleures connaissances à une demande expresse de l'acheteur³⁹²;
- détromper l'acheteur, dans l'erreur au moment de la vente;
- mentionner les défauts cachés³⁹³.

Concernant le dernier point, notre haute Cour a jugé que le vendeur ne respectait pas son devoir d'information s'il n'indiquait pas à l'acheteur:

- la cause de l'humidité qui imprègne l'immeuble à vendre³⁹⁴;
- que le sauna installé dans l'immeuble présente un défaut d'étanchéité³⁹⁵;
- que les anciens locataires de la maison en vente ont dû lutter contre des taches d'humidité durant toute la durée du bail³⁹⁶.

Par ailleurs, on rappellera que, dans la vente, le devoir d'information prend une importance particulière lorsque les parties dérogent au régime légal de la garantie pour les défauts. Le vendeur qui viole frauduleusement son devoir d'information, afin de dissimuler un défaut affectant la chose vendue, ne peut pas opposer à l'acheteur la clause supprimant ou restreignant sa garantie³⁹⁷.

On relèvera enfin que, dans une affaire récente portant sur la contestation d'une facture téléphonique (« téléphone rose »), le Tribunal fédéral a précisé que le contrat d'abonnement conclu entre Swisscom et ses clients n'impose aucun devoir accessoire d'avertissement à la charge du con-

³⁹⁰ Par ex., la vente ou l'échange.

³⁹¹ BK-GIGER, n. 52 ad art. 184 CO.

³⁹² PEDRAZZINI, n. 436.

³⁹³ Un défaut est caché lorsqu'il ne peut pas être perçu par un acheteur diligent et attentif (BK-GIGER, n. 41 ad art. 199 CO).

³⁹⁴ BK-GIGER, n. 53 ad art. 184 CO; ATF 66 II 132 (140), c. 6. Dans cet arrêt, l'humidité était provoquée par une évacuation des eaux insuffisante.

³⁹⁵ SJ 1987, p. 181.

³⁹⁶ BK-GIGER, n. 42 ad art. 199 CO.

³⁹⁷ L'art. 199 CO prévoit que « toute clause qui supprime ou restreint la garantie est nulle si le vendeur a frauduleusement dissimulé à l'acheteur les défauts de la chose ».

cessionnaire, même lorsque les taxes liées au raccordement sont plus de dix fois supérieures au montant mensuel le plus élevé facturé jusqu'alors à l'abonné³⁹⁸.

1.2. Les devoirs de protection³⁹⁹

Les devoirs de protection visent à préserver les biens juridiques du partenaire contractuel en rapport avec l'exécution du contrat⁴⁰⁰. Les cocontractants doivent notamment veiller à ne pas porter atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la propriété d'une chose du partenaire contractuel et de compromettre ainsi le but du contrat. Chaque partie doit, en particulier, prendre les mesures de précaution nécessaires à éviter une telle atteinte. Le Tribunal fédéral a, par ex., imposé aux restaurateurs et aux hôteliers de garantir la sécurité de leurs clients au sein de leurs établissements⁴⁰¹ et aux sociétés de remontées mécaniques d'entretenir les pistes de ski dans un état conforme à leur affectation⁴⁰². Selon la conception défendue ici, les devoirs de protection visent à sauvegarder les droits absolus des parties et non pas leurs intérêts purement patrimoniaux⁴⁰³.

Dans la vente, l'acheteur doit supporter les risques du contrat entre le moment de la conclusion de la convention et celui du transfert de propriété⁴⁰⁴. Par ex., si la vente porte sur un cheval, les devoirs de protection obligent le vendeur à continuer de s'occuper de l'animal tant qu'il n'a pas été remis à son nouveau propriétaire. Il doit le sortir, le nourrir et lui dispenser les soins d'un vétérinaire en cas de maladie⁴⁰⁵.

Dans les contrats qui supposent une confiance particulière (tels que le mandat ou le contrat de travail), les devoirs accessoires de protection peuvent prendre la forme d'une obligation de discrétion⁴⁰⁶. Ils interdisent

³⁹⁸ ATF 129 III 604 (610 ss), c. 4.

³⁹⁹ Sur les devoirs accessoires de protection, cf. *infra*, 3^e partie.

⁴⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2551; GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 26; KOLLER, OR AT, § 2, n. 88.

⁴⁰¹ ATF 71 II 107 (115), c. 4.

⁴⁰² ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (115), c. 2a/bb; ATF 121 III 358 (360), c. 4a; ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

⁴⁰³ Dans le même sens: KOLLER, OR AT, § 2, n. 90; le même, BK, n. 265 ad art. 363 CO, qui distingue les devoirs de protection des autres devoirs accessoires visant à protéger les intérêts purement patrimoniaux des cocontractants.

⁴⁰⁴ BK-GIGER, n. 55 ad art. 184 CO.

⁴⁰⁵ BK-GIGER, n. 55 ad art. 184 CO et les autres auteurs cités.

⁴⁰⁶ La terminologie n'est pas uniforme. Certains auteurs parlent de « devoir de discrétion » (« *Schweigepflicht* »; BK-GAUTSCHI, n. 13a ss ad art. 398 CO) ou « *Diskretionspflicht* »; ZK-STAEHELIN, n. 54 ss ad art. 321a CO), d'autres de

alors au débiteur d'utiliser ou de révéler à des tiers des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires que le créancier a intérêt à taire⁴⁰⁷ ou des faits relevant de la sphère intime du cocontractant⁴⁰⁸. Selon les circonstances, le devoir de discrétion oblige aussi à un comportement actif destiné à garantir le respect de la sphère protégée⁴⁰⁹. Le débiteur peut alors être contraint de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la conservation de pièces, l'instruction du personnel ou le codage de données électroniques.

Le devoir de discrétion est parfois prévu expressément par le CO⁴¹⁰. Il peut aussi découler directement des règles de la bonne foi. Tel est le cas de l'obligation du travailleur de taire les secrets d'affaires dont il a pris connaissance durant les pourparlers, même si le contrat de travail n'est pas conclu par la suite⁴¹¹. Pour certaines activités, le devoir de discrétion est renforcé par des sanctions pénales qui punissent la violation du secret de fonction (art. 320 CP)⁴¹², du secret professionnel (art. 321 CP)⁴¹³ ou du secret bancaire (art. 47, ch. 1, LB)⁴¹⁴.

Une affaire de droit du travail permet d'illustrer le propos⁴¹⁵. L'employée d'un centre médico-social avait tourné de nuit, à l'insu de son employeur,

« devoir de garder le secret » (« *Verschwiegenheitspflicht* »; GEISER, p. 228 ss). Certains auteurs (BK-FELLMANN, n. 56 ad art. 398 CO; HOFSTETTER, Auftrag, p. 110) distinguent entre le « devoir de discrétion » (« *Diskretionspflicht* ») et le « devoir de confidentialité » (« *Geheimhaltungspflicht* »).

⁴⁰⁷ BK-FELLMANN, n. 40 ss ad art. 398 CO; BK-GAUTSCHI, n. 13a ss ad art. 398 CO; BK-REHBINDER, n. 13 ss ad art. 321a CO; HOFSTETTER, Auftrag, p. 108 ss; ZK-STAEHELIN, n. 54 ad art. 321a CO.

⁴⁰⁸ CR-WERRO, n. 22 ad art. 398 CO.

⁴⁰⁹ BK-FELLMANN, n. 55 ad art. 398 CO; HOFSTETTER, Auftrag, p. 110.

⁴¹⁰ Cf. art. 321a, al. 4, 406g, al. 2 et 418d, al. 1, CO.

⁴¹¹ GEISER, p. 237.

⁴¹² L'art. 320, ch. 1, CP s'applique à « Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi ».

⁴¹³ L'art. 321 CP soumet au secret professionnel les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du CO, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires, pour la divulgation de secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

⁴¹⁴ L'art. 47, ch. 1, LB sanctionne « celui qui, en sa qualité de membre d'un organe, d'employé, de mandataire, de liquidateur ou de commissaire de la banque, d'observateur de la Commission des banques, ou encore de membre d'un organe ou d'employé d'une institution de révision agréée, aura révélé un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, [...] ».

⁴¹⁵ ATF 127 III 310.

un film à l'intérieur de l'établissement, l'avait remis à la Télévision suisse romande et avait participé à une émission critique présentant le film en question. Peu de temps après, le Département de l'intérieur et de la santé publique a refusé de renouveler l'autorisation d'exploiter l'EMS et l'employée a été licenciée. Le Tribunal fédéral a confirmé la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail en retenant qu'une employée est, en principe, tenue de garder le secret sur des infractions pénales ou administratives commises par son employeur. Même lorsque l'activité de celui-ci cause ou risque de causer illicitement un dommage à autrui, le salarié ne peut faire valoir un intérêt supérieur à rompre le secret que s'il respecte lui-même le principe de proportionnalité. En premier lieu, il doit interpellé son employeur puis, le cas échéant, saisir l'autorité compétente. Dans le cas d'espèce, selon notre haute Cour, l'employée a agi de manière disproportionnée en approchant la télévision et en lui remettant le film litigieux⁴¹⁶.

1.3. Les devoirs de procuration

De nombreuses conventions obligent l'une des parties à procurer à son cocontractant des documents, titres ou autres objets nécessaires à assurer l'exécution correcte de la prestation promise dans le contrat ou à protéger, d'une manière générale, les intérêts du partenaire contractuel:

- Dans le contrat de vente, le vendeur doit souvent remettre à l'acheteur des certificats, rapports d'expertise, modes d'emploi, titres de transport ou d'autres documents contenant des indications sur les qualités de la chose vendue et la manière de s'en servir⁴¹⁷.
- En matière de cession de créance, « le cédant est tenu de remettre au cessionnaire le titre de créance et de lui fournir les moyens de preuve existants, ainsi que les renseignements nécessaires pour faire valoir ses droits »⁴¹⁸.
- Dans le contrat de bail à loyer, l'art. 256a CO impose au bailleur de remettre, sur demande, au nouveau locataire le procès-verbal établi lors de la restitution de la chose à la fin du bail précédent⁴¹⁹.
- L'art. 330a CO oblige l'employeur à fournir en tout temps un certificat de travail au travailleur qui le demande.

⁴¹⁶ ATF 127 III 310 (316 s.), c. 5a.

⁴¹⁷ BK-GIGER, n. 56, 123-127 ad art. 184 CO; MERZ, TDP, p. 48.

⁴¹⁸ Art. 170, al. 2, CO.

⁴¹⁹ KOLLER, OR AT, § 2, n. 91.

1.4. Les devoirs de collaboration⁴²⁰

Les contrats n'obligent pas, d'une manière générale, les cocontractants à respecter des devoirs de collaboration, car leurs intérêts ont plutôt tendance à diverger.

Les devoirs de collaboration interviennent, avant tout, dans les affaires qui nécessitent l'approbation ou la ratification d'un tiers⁴²¹ ou pour l'accomplissement d'actes juridiques soumis à une autorisation officielle⁴²². Par ex., ils obligent l'employeur à faciliter l'obtention du permis de séjour et de travail de son travailleur lorsque celui-ci est ressortissant étranger.

D'une manière générale, les devoirs accessoires de collaboration imposent au débiteur de contribuer, par un comportement coopératif, au succès de la prestation ou d'empêcher l'aggravation d'un dommage déjà survenu⁴²³. Dans la vente, toutes les règles de comportement qui obligent le vendeur à éliminer les obstacles susceptibles de compromettre la livraison de la chose à l'acheteur sont des devoirs de collaboration. On pense notamment aux exigences en matière de politique sanitaire ou de technique douanière.

Dans le contrat de soins, le patient est tenu à un devoir accessoire de collaboration à l'égard du médecin. Il doit le renseigner et répondre à ses questions, non seulement lors de l'anamnèse, mais également au moment du choix et durant la mise en œuvre du traitement⁴²⁴.

1.5. Les autres objets des devoirs accessoires du contrat

a. L'expédition

L'exécution correcte de la prestation principale peut obliger le débiteur à un devoir d'expédition, par ex. dans une vente à distance ou en matière de commerce international. En interprétant un contrat de vente internationale contenant une clause CIF, le Tribunal fédéral a imposé au vendeur une obligation accessoire d'expédition en se fondant sur les conditions de

⁴²⁰ MERZ, TDP, p. 49, parle de devoir de coopérer.

⁴²¹ Par ex. l'autorisation d'importer ou d'exporter certaines marchandises.

⁴²² GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 2; MERZ TDP, p. 49. MERZ donne l'exemple des actes juridiques qu'une personne interdite ne peut accomplir sans le consentement de l'autorité tutélaire (art. 421 CC) ou de l'autorité de surveillance (art. 422 CC) (*ibid.*).

⁴²³ MERZ, TDP, p. 49.

⁴²⁴ CONTI, p. 83 ss. Selon cet auteur, le devoir de collaboration du patient oblige ce dernier à contribuer, par son comportement coopératif, au succès de la prestation et, en particulier, à s'abstenir de tout ce qui peut faire échec ou mettre en danger le succès du contrat (*ibid.*).

livraison standardisées de la Chambre de commerce internationale réservées par la convention⁴²⁵.

b. La restitution

Un contrat peut, selon les circonstances, obliger le débiteur à un devoir de restitution. Dans le contrat d'entreprise, chaque fois que le maître remet une chose à réparer à l'entrepreneur, celui-ci est tenu à restitution⁴²⁶. Dans cette situation, la réparation de l'ouvrage constitue la prestation principale et sa restitution au maître ne revêt qu'un caractère accessoire⁴²⁷. Un devoir analogue s'impose au locataire. Celui-ci doit rendre au bailleur la chose louée au terme du contrat de bail (art. 267 CO).

§ 2 La distinction selon la source

2.1. Le contrat

Les parties peuvent convenir d'obligations accessoires. Les possibilités sont innombrables. Dans la vente à distance, le vendeur qui s'y est engagé peut être tenu de transporter la chose vendue au domicile de l'acheteur⁴²⁸. La principale difficulté est de déterminer si un devoir accessoire a bien été convenu. En cas de contestation, le juge doit interpréter le contrat⁴²⁹.

Les parties prennent rarement la peine de s'entendre sur les devoirs accessoires d'un contrat. En général, elles se contentent de s'accorder sur les éléments objectivement essentiels et s'en remettent à la loi pour le surplus. Prenons l'exemple de la vente de papiers-valeurs à la bourse. Cette opération consiste, pour l'essentiel, en l'acceptation d'une offre chiffrée. Elle laisse peu de place aux conventions particulières. Il en va de même lorsque des papiers-valeurs cotés sont acquis hors bourse. Les parties s'entendent uniquement sur le prix et conviennent rarement de devoirs accessoires. En l'absence d'indication contraire, le vendeur s'engage uniquement à transférer le titre à l'acheteur; il fera le nécessaire, en ce qui le concerne, pour que le transfert ait lieu.

Lorsqu'elles prévoient des devoirs accessoires dans leur convention, les parties doivent veiller à respecter les limites imposées par la loi à la liberté

⁴²⁵ ATF 122 III 106 (107 s.), c. 4.

⁴²⁶ BK-KOLLER, n. 256 ad art. 363 CO.

⁴²⁷ BK-KOLLER, n. 257 ad art. 363 CO.

⁴²⁸ A défaut de convention particulière, le vendeur n'est pas tenu à une telle obligation accessoire de par la loi.

⁴²⁹ Selon le principe de la confiance (art. 18 CO).

contractuelle. Celles-ci sont prévues, en premier lieu, à l'art. 27 CC, de même qu'aux art. 19, al. 2 et 20 CO. Selon ces dispositions, un engagement qui restreint la liberté personnelle de manière excessive est contraire aux mœurs et donc nul. Tel est le cas d'une partie qui renonce, de façon anticipée, à demander réparation d'un préjudice corporel⁴³⁰. D'autres normes limitent, de manière générale, la liberté contractuelle. Le CO protège ainsi la partie qui a contracté sous l'effet d'un vice du consentement (art. 23 ss CO) ou qui a été victime d'une lésion (art. 21 CO). En outre, lorsque le contrat contient des conditions générales, la liberté contractuelle est restreinte par l'art. 256, al. 2, let. a, CO⁴³¹ en matière de bail et par l'art. 8 LCD⁴³². Cette dernière disposition ne trouve cependant que rarement application, car elle pose comme condition que la clause préformulée soit de nature à induire en erreur le consommateur⁴³³. On relèvera enfin que, dans certains contrats, le législateur a prévu des règles

⁴³⁰ TERCIER, Dommage corporel, p. 265 ss; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 259.

⁴³¹ L'art. 256, al. 1, CO prévoit que « Le bailleur est tenu de délivrer la chose à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée, et de l'entretenir en cet état ». L'al. 2, let. a, de cette disposition prévoit que « Les dérogations au détriment du locataire sont nulles si elles sont prévues dans des conditions générales préimprimées. »

⁴³² L'art. 8 LCD a la teneur suivante: « Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui:
a. Dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou
b. Prévoient une répartition des droits et obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. »

⁴³³ Au sujet des conditions particulières de l'art. 8 LCD, cf. notamment DESSEMONTET, p. 69 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1151 et les auteurs cités au n. 1117.

impératives, notamment dans le bail⁴³⁴, le contrat de travail⁴³⁵ et le contrat d'assurance⁴³⁶.

En outre, les devoirs contractuels qui sont expressément convenus par les parties peuvent également revêtir un caractère principal. Les obligations auxquelles les cocontractants subordonnent la conclusion de leur convention sont en effet des devoirs principaux (art. 2, al. 1, CO)⁴³⁷. Ainsi, lorsqu'un devoir contractuel ordinaire, en principe accessoire, prend une signification particulière pour les parties, il revêt un caractère principal⁴³⁸. Par ex., l'obligation d'emballer la chose vendue devient un devoir principal, si l'acheteur est tenu de revendre la chose emballée⁴³⁹. Sur le plan pratique, la distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires ne doit toutefois pas être surestimée, car tous deux sont sanctionnés par les art. 97 ss CO en cas de violation⁴⁴⁰.

2.2. La loi

Lorsqu'elles concluent un contrat, les parties ne se mettent souvent d'accord que sur les points essentiels. La loi régleme alors, pour l'essentiel, leur relation juridique⁴⁴¹.

⁴³⁴ Dans le contrat de bail à loyer, les parties ne peuvent pas valablement exclure l'application de certaines règles prévues par le régime légal. On pense notamment:

- à l'art. 256, al. 1, CO, auquel les cocontractants ne peuvent déroger au détriment du locataire dans les baux d'habitations ou de locaux commerciaux: cf. art. 256, al. 2, CO.
- aux normes protectrices des locataires d'habitations ou de locaux commerciaux contre les loyers abusifs (art. 269-270e CO) et contre les congés (art. 271-273c CO): cf. art. 273c CO et CR-LACHAT, Intro art. 269-270e, n. 6.

⁴³⁵ Dans le contrat de travail, l'art. 361 CO énumère les dispositions impératives et l'art. 362 CO mentionne celles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger au détriment du travailleur.

⁴³⁶ La LCA dresse la liste des dispositions impératives (art. 97, al. 1) et semi-impératives (art. 98, al. 1) qui s'imposent aux parties au contrat d'assurance. Pour plus de précisions, cf. MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, p. 151 s.

⁴³⁷ A ce sujet, cf. 2^e partie, chap. 2, § 1.

⁴³⁸ A ce sujet, cf. également *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 3.

⁴³⁹ SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.25.

⁴⁴⁰ Sur le plan pratique, les différences les plus importantes entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires concernent l'application de l'art. 82 CO et le droit de résoudre le contrat selon les art. 107-109 CO. Pour plus de précisions à ce sujet, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 4.

⁴⁴¹ ZK-BAUMANN, n. 19 ad art. 2 CC.

En sus des devoirs principaux, le législateur a prévu, pour chaque type de contrat régi par la loi, un certain nombre de devoirs accessoires visant à les compléter. Ceux-ci peuvent notamment obliger:

- à préparer la chose à livrer⁴⁴², à l'emballer⁴⁴³;
- à participer à l'inventaire des biens affermés⁴⁴⁴; à restituer la chose cédée au terme du bail⁴⁴⁵; à signaler au bailleur des défauts auxquels le locataire n'est pas tenu de remédier lui-même (menus travaux de nettoyage ou de réparation indispensables à l'entretien normal de la chose)⁴⁴⁶; à communiquer, au locataire qui le demande, le montant du loyer fixé dans le contrat de bail précédent⁴⁴⁷;
- à fournir aux travailleurs instruments et matériaux⁴⁴⁸;
- à rendre compte⁴⁴⁹;
- à aviser et à informer le créancier de tout événement important en relation avec l'exécution du contrat⁴⁵⁰;
- à respecter la personnalité de l'autre partie⁴⁵¹;
- à ne pas lui faire concurrence⁴⁵².

Cependant, on relèvera qu'il arrive de plus en plus fréquemment que la convention soit accompagnée de conditions générales auxquelles renvoie le contrat⁴⁵³.

⁴⁴² Art. 188 s. CO.

⁴⁴³ Art. 442 CO.

⁴⁴⁴ Art. 277 CO.

⁴⁴⁵ Art. 267 CO.

⁴⁴⁶ Art. 257g CO.

⁴⁴⁷ Art. 256a CO.

⁴⁴⁸ Art. 327 CO.

⁴⁴⁹ Par ex.: les art. 321b CO, 365, al. 2, CO, 389, al. 2, CO.

⁴⁵⁰ Par ex.: les art. 257g CO, 286 CO, 322a, al. 2, CO, 450 CO, 505 CO, 541 CO. Dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur doit informer le maître d'ouvrage si, en cours de travaux, la matière fournie par le maître ou le terrain désigné par lui est reconnu défectueux, ou s'il survient d'autres circonstances qui compromettent l'exécution régulière ou ponctuelle de l'ouvrage (art. 365, al. 3, CO).

⁴⁵¹ Par ex., l'art. 328 CO.

⁴⁵² Par ex., les art. 340 CO, 349 CO, 418d CO.

⁴⁵³ Au sujet des conditions générales, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 1, § 2, 2.6/a.

2.3. L'interprétation et le complètement du contrat selon les règles de la bonne foi

Lorsqu'il n'existe pas de fondement légal ou contractuel⁴⁵⁴, les devoirs accessoires peuvent reposer sur les règles de la bonne foi. Celles-ci jouent un rôle déterminant pour interpréter et compléter les actes juridiques⁴⁵⁵ et notamment les contrats.

Le contrat est défini comme un accord de volonté⁴⁵⁶. Déterminer si des manifestations de volonté concordantes ont été ou non échangées par les parties peut, selon les circonstances, se révéler problématique. Il arrive que la volonté interne des parties (*Willensprinzip*) ne coïncide pas avec la déclaration externe (*Erklärungsprinzip*)⁴⁵⁷. Pour surmonter cette difficulté, le législateur propose d'interpréter la convention selon le principe de la confiance: le juge doit se demander comment le destinataire pouvait, selon les règles de la bonne foi, comprendre la déclaration que lui a adressée l'autre partie⁴⁵⁸. Si la manifestation de volonté, interprétée selon l'art. 2 CC, correspond au sens donné par son destinataire, le contrat est réputé conclu avec le contenu déterminé selon le principe de la confiance. Cependant, les parties ne peuvent pas s'en tenir uniquement au sens littéral des manifestations de volonté, mais doivent, conformément au principe de la bonne foi, prendre en considération tout élément permettant de déceler les erreurs de déclaration de leur auteur⁴⁵⁹.

En sus de son rôle dans la conclusion du contrat, le principe de la bonne foi est également l'instrument au moyen duquel le juge interprète le contrat conclu et comble les lacunes qui l'affectent⁴⁶⁰. Le contenu des devoirs découlant d'un contrat n'est déterminé que partiellement par la loi et la convention expresse des cocontractants. Dans cette hypothèse, le juge peut

⁴⁵⁴ Notamment dans le domaine de la *culpa in contrahendo* ou des devoirs accessoires au contrat.

⁴⁵⁵ ZK-BAUMANN, n. 14c ad art. 2 CC.

⁴⁵⁶ Art. 1 CO.

⁴⁵⁷ Cf. BUCHER, p. 121 s.

⁴⁵⁸ Cf. notamment BaK-BUCHER, n. 6 ad art. 1 CC; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 207 ss (212); ATF 129 III 118 (122), c. 2.5; ATF 128 III 419 (422), c. 2.2; ATF 126 III 375 (380), c. 2e/aa; ATF 123 III 16 (22), c. 4b; ATF 122 III 106 (108 s.), c. 5a; ATF 113 II 49 (50 s.), c. 1a; ATF 93 II 272 (275 s.), c. 2; ATF 90 II 449 (454), c. 3; ATF 87 II 234 (242), c. 3.

⁴⁵⁹ BUCHER, p. 123.

⁴⁶⁰ BaK-HONSELL, n. 13 et 15 ad art. 2 CC; DESCHENAUX, TDP II, p. 121 s.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1224 (interprétation du contrat) et n. 1260 (complètement de la convention).

être appelé à compléter la convention. Il doit en premier lieu déterminer, sur la base des règles de la bonne foi, si le point non réglé est un silence qualifié ou une lacune⁴⁶¹. Un comblement ne peut intervenir qu'en cas de lacune. Le juge se fonde alors sur la volonté hypothétique des parties; il examine ce qu'auraient convenu des cocontractants raisonnables et loyaux placés dans les mêmes circonstances⁴⁶².

Le juge doit faire preuve de retenue lorsqu'il décide de compléter un contrat. Il ne peut, sur la base des règles de la bonne foi, imposer aux cocontractants de nouveaux devoirs accessoires qui ne présentent pas de lien suffisamment étroit avec l'objet et le but du contrat⁴⁶³.

Un arrêt portant sur la vente d'actions nominatives liées dans une société anonyme illustre le propos. Notre haute Cour devait examiner si un contrat de vente pouvait, à titre accessoire, supprimer le droit de vote du vendeur en cas de refus de la société d'approuver le transfert des actions⁴⁶⁴. Le Tribunal fédéral a relevé qu'à côté de la loi et de la convention expresse ou tacite des parties, les devoirs accessoires à un contrat peuvent reposer sur les règles de la bonne foi. Ils ne doivent alors pas étendre l'obligation principale au point de modifier son objet, mais uniquement préciser le comportement que doit observer le débiteur en fonction du but de la prestation⁴⁶⁵. Forte de ces considérations, notre haute Cour a estimé que le vendeur ne pouvait être tenu, sur la base des règles de la bonne foi, à un devoir accessoire lui interdisant de voter au sein de l'assemblée générale en cas de vente de ses actions nominatives liées.

⁴⁶¹ BaK-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff., n. 43; BaK-WIEGAND, n. 65 s. ad art. 18 CO; BK-KRAMER, n. 216 ad art. 18 CO; GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung, p. 10. Sur la notion de lacune, cf. BaK-WIEGAND, n. 61 ad art. 18 CO; BaK-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff., n. 45; BK-KRAMER, n. 213 ad art. 18 CO.

⁴⁶² BaK-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. vor Art. 184 ff., n. 48; BaK-WIEGAND, n. 76 ad art. 18 CO; BK-KRAMER, n. 238 ad art. 18 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1257.

⁴⁶³ MERZ, TDP, p. 45; le même, BK, n. 260 ad art. 2 CC.

⁴⁶⁴ ATF 114 II 57.

⁴⁶⁵ ATF 114 II 57 (66), c. 6d/bb.

§ 3 La distinction selon le but poursuivi

Un courant de doctrine distingue les **devoirs de prestation** des **devoirs de comportement**⁴⁶⁶. Les premiers visent l'exécution correcte des prestations principales promises dans le contrat⁴⁶⁷; les seconds définissent les comportements qu'une partie doit avoir envers l'autre, en plus de ceux qui découlent directement de sa prestation.

3.1. Les devoirs de prestation

Les devoirs de prestation (*Leistungspflichten*) imposent un comportement déterminé au débiteur visant à procurer au créancier l'avantage spécifique promis dans la convention⁴⁶⁸. Il peut s'agir de la tradition d'un objet (vente ou échange), de la cession de l'usage d'une chose (bail), ou de la fourniture d'un service (mandat, travail, entreprise)⁴⁶⁹. Les devoirs de prestation obligent le débiteur à tout faire pour assurer l'exécution correcte de la prestation principale et la réalisation du but poursuivi par le contrat⁴⁷⁰. Les obligations du vendeur de livrer la chose et d'assumer les frais de délivrance et celles de l'acheteur de s'acquitter du prix de vente et de payer les frais d'acte et d'enlèvement (art. 184 et 188 CO) sont des devoirs de prestation⁴⁷¹.

Les devoirs de prestation peuvent revêtir un caractère principal (a) ou accessoire (b) selon leur contenu et leur proximité avec le but du contrat.

a. Les devoirs de prestation principaux

Les devoirs de prestation principaux (*Hauptleistungspflichten*) sont ceux qui sont nécessaires, de par la loi, à la naissance d'un contrat (« *essentialia negotii* »)⁴⁷². Ils comprennent également les obligations auxquelles les

⁴⁶⁶ BaK-WIEGAND, n. 34 ad 97 CO; BERGER, p. 66; MOSER, p. 101. Cf. également BK-KRAMER, Allg. Einl. n. 97 ss qui parle, quant à lui, de « devoirs de protection » (« *Schutzpflichten* »).

⁴⁶⁷ BaK-WIEGAND, n. 34 ad 97 CO; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 97 ss; BERGER, p. 65 s.; MOSER, p. 100 s.

⁴⁶⁸ LARENZ, p. 8 s.; MORIN, p. 22; MOSER, p. 100; NEUENSCHWANDER, p. 4 s.; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 91.

⁴⁶⁹ NEUENSCHWANDER, p. 5.

⁴⁷⁰ BaK-WIEGAND, n. 34 *in initio* ad art. 97 CO; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, p. 107; LARENZ, p. 8 s.; NEUENSCHWANDER, p. 4.

⁴⁷¹ MORIN, p. 22, note 97.

⁴⁷² DESCHENAUX, TDP II, p. 175; ESSER/SCHMID, Schuldrecht I/1, p. 107; LARENZ, p. 8. Il s'agit, pour la vente, du devoir du vendeur de transférer à l'acheteur la propriété d'une chose et l'obligation de l'acheteur d'en payer le prix (art. 184 CO).

parties subordonnent la conclusion de leur convention, soit les points subjectivement essentiels. Ils correspondent aux devoirs principaux du contrat⁴⁷³.

b. Les devoirs de prestation accessoires

Les devoirs de prestation accessoires (*Nebenleistungspflichten*) découlent directement des devoirs de prestation principaux qu'ils complètent⁴⁷⁴. Ils visent à assurer l'exécution correcte des prestations promises dans le contrat⁴⁷⁵. Certains auteurs parlent de « devoirs accessoires accompagnant la prestation »⁴⁷⁶ ou « orientés vers la prestation »⁴⁷⁷. Les devoirs de prestation accessoires imposent, d'une part, au débiteur de s'abstenir de tout comportement susceptible de mettre en danger le but du contrat⁴⁷⁸. Ils peuvent, d'autre part, obliger ce dernier à prendre des mesures afin d'assurer la conservation d'une chose ou de garantir un usage correct de l'objet du contrat (par ex. en remettant un mode d'emploi)⁴⁷⁹. L'obligation de l'expéditeur de veiller à emballer convenablement la marchandise à livrer (art. 442, al. 1, CO) et celle de l'employeur de fournir au travailleur les instruments et matériaux de travail nécessaires (art. 327 CO) sont des devoirs de prestation accessoires.

3.2. Les devoirs de comportement⁴⁸⁰

A côté des devoirs de prestation accessoires visant à garantir le succès des obligations principales promises par les parties, le contrat comprend de nombreuses obligations qui définissent les comportements qu'une partie doit avoir envers l'autre, en plus de ceux qui découlent directement de sa prestation. Ces devoirs de comportement (*Verhaltenspflichten*) n'ont pas pour but de procurer directement au partenaire l'avantage spécifique promis dans le contrat, mais de protéger ses autres intérêts⁴⁸¹. Ils visent à sauvegarder les autres biens du créancier qui ne sont pas compris dans les prestations principales. Les devoirs de comportement portent le plus

⁴⁷³ Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 1.

⁴⁷⁴ TERCIER, Contrats spéciaux, n. 162.

⁴⁷⁵ ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, p. 107 s.; KOLLER, Grundzüge, p. 1485.

⁴⁷⁶ « *Leistungsbegleitende Pflichten* » (BaK-WIEGAND, n. 33 ad art. 97 CO).

⁴⁷⁷ « *Leistungsorientierte Nebenpflichten* » (KOLLER, Grundzüge, p. 1485).

⁴⁷⁸ MOSER, p. 101.

⁴⁷⁹ ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, p. 108.

⁴⁸⁰ KRAMER, BK, n. 97 ss, Allg. Einl., utilise une autre terminologie et parle de « devoirs de protection » (« *Schutzpflichten* »).

⁴⁸¹ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 98; le même, MÜNK, Einl. vor §§ 241 ff. BGB, n. 80.

souvent sur les droits absolus du cocontractant (par ex. l'intégrité corporelle, la propriété), mais ils peuvent également protéger d'autres intérêts ayant une valeur économique (intérêt à l'intégrité ou à la conservation du patrimoine)⁴⁸². En principe, leur violation n'empêche pas l'exécution correcte des obligations principales du contrat.

Les devoirs de comportement sont nombreux et leur objet est varié. Ils obligent, d'une manière générale, les parties à adopter un comportement loyal conforme aux règles de la bonne foi⁴⁸³. Ils consistent essentiellement en des devoirs de diligence, de protection, de conseil, d'abstention, d'information et de renseignement⁴⁸⁴. L'obligation des entreprises de remontées mécaniques d'assurer l'entretien et la sécurité des pistes de ski constitue un devoir de comportement⁴⁸⁵, de même que le devoir d'information et de mise en garde de la banque envers ses clients inexpérimentés⁴⁸⁶ ou celui de l'architecte de rendre le maître attentif à la nécessité de conclure une assurance responsabilité civile pour les travaux à effectuer⁴⁸⁷. On peut citer également l'obligation du médecin de renseigner son patient quant à la prise en charge des frais de traitement par l'assurance maladie⁴⁸⁸ ainsi que le devoir du gérant de fortune d'avertir son client du passage à une stratégie de placement plus risquée⁴⁸⁹.

Les devoirs de comportement présentent la particularité de ne pas reposer sur la volonté des parties, mais de découler directement des règles de la bonne foi⁴⁹⁰. Ils peuvent, en conséquence, s'imposer aux cocontractants après l'exécution de la convention. Ainsi, lorsque le traitement a pris fin, si un médecin apprend que les médicaments qu'il a dispensés ont des effets

⁴⁸² BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 98; le même, MÜNK, Einl. vor §§ 241 ff. BGB, n. 80; MÜNK-ROTH, n. 90 ad § 241 BGB; STOLL, Leistungsstörungen, p. 27; THIELE, p. 650. Ces auteurs résumant ainsi la différence entre les devoirs de prestation et les devoirs de comportement: les premiers ont pour but de préserver le *statu quo*, à savoir l'état du patrimoine des cocontractants indépendamment des prestations promises dans le contrat, alors que les seconds visent le *status ad quem*, soit l'état du patrimoine après l'exécution régulière de la convention. A ce sujet, cf. également *infra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3/b.

⁴⁸³ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO; le même, Schuldverhältnis, p. 92, MOSER, p. 101 *in fine*; NEUSCHWANDER, p. 3.

⁴⁸⁴ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 97 s.; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 88 et 92.

⁴⁸⁵ MOSER, p. 103 s.

⁴⁸⁶ SJ 1999, p. 205, (207), c. 3a.

⁴⁸⁷ MOSER, p. 104.

⁴⁸⁸ MOSER, p. 104.

⁴⁸⁹ MOSER, p. 104.

⁴⁹⁰ WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 92.

secondaires indésirables et dangereux, il est tenu d'en informer son ancien patient, même si les parties ne sont plus liées par un contrat de soins. Une telle obligation constitue en effet un devoir de comportement découlant directement des règles de la bonne foi⁴⁹¹.

3.3. L'intérêt positif, l'intérêt négatif et l'intérêt à l'intégrité du patrimoine

Traditionnellement, dans le domaine des contrats, le créancier peut obtenir réparation de l'intérêt positif et, plus rarement, de l'intérêt négatif (a). Depuis peu, une nouvelle notion, inspirée du droit allemand, est apparue dans la doctrine: l'intérêt à l'intégrité ou à la conservation du patrimoine (*Integritäts- oder Erhaltungsinteresse*)⁴⁹² (b).

a. L'intérêt positif et l'intérêt négatif

aa. L'intérêt positif

En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle (art. 97, al. 1, CO), le débiteur est tenu de réparer l'intérêt positif (ou intérêt à l'exécution) du créancier⁴⁹³. Ce dernier doit être replacé dans la situation économique qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté correctement et complètement⁴⁹⁴. En cas de demeure du débiteur, l'intérêt positif est visé par l'art. 103, al. 1, CO qui prévoit l'indemnisation du créancier pour le dommage dû au retard⁴⁹⁵.

bb. L'intérêt négatif

L'intérêt négatif ne vise pas la compensation du préjudice découlant de l'inexécution d'un contrat, mais celui que subit une partie lorsque la convention n'a pas été conclue valablement ou n'est pas parvenue à terme⁴⁹⁶. L'action en réparation oblige le débiteur à replacer le créancier

⁴⁹¹ WIEGAND, *Schuldverhältnis*, p. 94.

⁴⁹² BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2727; GLÄTTLI, p. 25; KRAMER, *Allg. Einl.*, n. 98; LÜCHINGER, n. 368 ss; MOSER, p. 189.

⁴⁹³ BUCHER, p. 343; VON TUHR/ESCHER, p. 99.

⁴⁹⁴ ATF 123 III 16 (22), c. 4b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2723. L'intérêt positif couvre la perte que subit le créancier du fait que le contrat n'est pas ou n'est pas correctement exécuté.

⁴⁹⁵ ATF 123 III 241 (245), c. 4b; BUCHER, p. 360; VON TUHR/PETER, p. 86. Le créancier est indemnisé de toute diminution de fortune consécutive au retard de la prestation. Il est ainsi replacé, du point de vue temporel, dans la situation qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté correctement.

⁴⁹⁶ ATF 90 II 285 (294), c. 3; LÜCHINGER, n. 214.

dans la situation qui serait la sienne si les parties n'avaient pas conclu (ou tenté de conclure) le contrat⁴⁹⁷. Il intervient en premier lieu en cas de nullité de la convention lorsqu'un vice affecte la conclusion du contrat. Peu importe que celui-ci soit nul au sens de l'art. 20 CO ou pour vice de forme, qu'il soit invalide en raison d'un vice du consentement ou qu'il soit inexistant suite à l'échec des pourparlers⁴⁹⁸. La réparation de l'intérêt négatif peut également intervenir en cas de résolution d'un contrat bilatéral pour cause de retard du débiteur dans l'exécution de sa prestation (art. 107, al. 2, art. 109 CO).

On relèvera finalement que la compensation de l'intérêt négatif est prévue expressément par la loi aux art. 41 I, al. 2, CC⁴⁹⁹ et aux art. 26, al. 1⁵⁰⁰, 31, al. 3⁵⁰¹, 36, al. 2⁵⁰², 39, al. 1, CO⁵⁰³.

b. L'intérêt à l'intégrité du patrimoine

Dans le domaine délictuel, le dommage est la diminution involontaire de patrimoine que subit la victime d'une atteinte portée à un droit absolu ou à un autre intérêt juridiquement protégé. L'indemnisation vise à replacer le lésé dans la situation qui serait la sienne si l'atteinte dommageable ne s'était pas produite (*statu quo*). Récemment, sous l'influence de la doctrine allemande, de nombreux auteurs⁵⁰⁴ proposent d'introduire, en droit des contrats, la notion d'« intérêt à l'intégrité ou à la conservation du patri-

⁴⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1604.

⁴⁹⁸ ANEX, p. 79.

⁴⁹⁹ Le pupille s'est faussement donné pour capable et cause ainsi un dommage à un tiers. Il est tenu à réparation de l'intérêt négatif.

⁵⁰⁰ Une partie invalide un contrat pour erreur essentielle au sens des art. 23 ss CO, mais l'erreur provient de sa propre faute. Elle est alors tenue à des dommages-intérêts négatifs, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître l'erreur (art. 26, al. 1, CO).

⁵⁰¹ La partie qui a invalidé un contrat peut réclamer des dommages-intérêts négatifs. La loi ne le prévoit pas expressément, mais on peut le déduire *a fortiori* de l'art. 31, al. 3, CO (TERCIER, *Culpa in contrahendo*, p. 234).

⁵⁰² Le représenté peut être tenu de réparer l'intérêt négatif de la victime lorsque les pouvoirs du représentant nanti d'un titre constatant ceux-ci ont pris fin et que le représenté néglige de contraindre ce dernier à lui restituer le titre ou à effectuer son dépôt en justice. Cette responsabilité n'existe qu'à l'égard des tiers de bonne foi.

⁵⁰³ Le représentant sans pouvoir est tenu de réparer l'intérêt négatif de la victime, lorsque le représenté ne ratifie pas le contrat conclu en son nom avec un tiers.

⁵⁰⁴ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO; BK-KRAMER, *Allg. Einl.*, n. 98; CR-THÉVENOZ, n. 34 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2727; GLÄTTLI, p. 25 s.; LÜCHINGER, n. 344 ss; MIDDENDORF, n. 144 et 166; MOSER, p. 188 s.; WALTER, *Responsabilité fondée sur la confiance*, p. 161.

moine » (« *Erhaltungs- oder Integritätsinteresse* ») qui vise à préserver le *statu quo*⁵⁰⁵. L'intérêt à l'intégrité du patrimoine a pour but la réparation du dommage causé aux biens du créancier qui ne sont pas compris dans les prestations principales du contrat⁵⁰⁶, à savoir ses droits absolus (atteinte à l'intégrité corporelle, à la vie, à la propriété, à la possession et aux droits de la personnalité) ainsi que ses autres intérêts ayant une valeur économique⁵⁰⁷.

c. La distinction entre l'intérêt à l'intégrité du patrimoine et les intérêts positif et négatif au contrat

Les principales différences entre l'intérêt à l'intégrité du patrimoine et les intérêts positif et négatif au contrat sont les suivantes:

- L'intérêt à l'intégrité du patrimoine doit toujours être respecté, même en l'absence de contrat. Il ne se rapporte pas à l'exécution proprement dite de la convention, puisqu'il ne porte pas sur les prestations principales promises par les parties, mais existe indépendamment de tout lien préalable entre l'auteur d'un dommage et la victime⁵⁰⁸. A l'inverse, les intérêts positif et négatif supposent que les parties soient liées par un rapport juridique particulier, de nature contractuelle ou précontractuelle⁵⁰⁹.
- L'intérêt à l'intégrité du patrimoine poursuit un but différent de l'intérêt positif. Il ne consiste pas en la fourniture de la prestation promise dans la convention des parties (*status ad quem*), mais vise à conserver les autres biens du créancier qui existent indépendamment du contrat (*statu*

⁵⁰⁵ Il s'oppose au *status ad quem* qui représente l'état du patrimoine à obtenir par l'exécution régulière du contrat.

⁵⁰⁶ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 98; CR-THÉVENOZ, n. 34 ad art. 97 CO; GLÄTTLI, p. 25 s.; LÜCHINGER, n. 371.

⁵⁰⁷ CR-THÉVENOZ, n. 34 ad art. 97 CO. KRAMER, BK, Allg. Einl., n. 98, indique que l'intérêt à l'intégrité du patrimoine vise à protéger le partenaire contractuel de toute atteinte portée à sa sphère juridique, à savoir à son intégrité corporelle et à ses autres biens (« [...] Eingriffen in den Rechtskreis (in die körperliche Integrität und den Güterstand) des Kontrahenten [...] zu wehren »). GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2727, parlent de préservation de l'état actuel des biens du créancier (« die Wahrung des bisherigen Standes der Rechtsgüter »). MOSER, p. 189 et WIEGAND, BaK, n. 34 ad art. 97 CO incluent dans la protection les sphères juridique et patrimoniale des cocontractants (*Integrität der Rechts- und Vermögenssphäre*). GLÄTTLI, p. 25, considère, quant à elle, que l'intérêt à l'intégrité du patrimoine décrit l'intérêt d'une personne à ne pas subir d'atteinte à sa situation juridique et économique actuelle (« *Das Integritätsinteresse bezeichnet das Interesse einer Person, in ihrem bestehenden Rechts- und Vermögensstand nicht beeinträchtigt zu werden* »).

⁵⁰⁸ LÜCHINGER, n. 370.

⁵⁰⁹ LÜCHINGER, n. 370.

quo), en particulier ses droits absolus (par ex. l'intégrité corporelle, la propriété)⁵¹⁰.

3.4. La difficulté de distinguer les devoirs de comportement des devoirs de prestation

Les notions d'« intérêt à l'intégrité (ou à la conservation) du patrimoine » et d'« intérêt positif » servent à différencier les devoirs de comportement des devoirs de prestation. Cette distinction pose néanmoins problème en pratique, notamment dans les contrats de services. Prenons l'exemple du mandat. A titre principal, le mandataire s'efforce d'exécuter l'affaire ou le service confié de manière conforme à la convention et selon les instructions du mandant (art. 394, al. 1, CO). Le devoir de fidélité (art. 398, al. 2, CO), qui incombe au mandataire à titre accessoire, oblige en outre celui-ci à sauvegarder, d'une manière générale, les intérêts légitimes du maître en rapport avec l'exécution du mandat⁵¹¹. Ces deux obligations sont proches l'une de l'autre et sont parfois difficiles à distinguer⁵¹². Ainsi, par ex., le médecin doit soigner son patient avec toute la diligence requise, et l'avocat est tenu de défendre au mieux son client. Pour ces mandataires, la distinction entre les devoirs de prestation et les devoirs de comportement suppose de définir préalablement les contours de leur prestation principale avec suffisamment de précision. Tel est le cas d'un client qui charge un avocat de rédiger un avis de droit. La distinction entre les devoirs de comportement et les devoirs de prestation est alors plus aisée, car l'obligation principale est bien déterminée. Cependant, le client confie plus fréquemment à l'avocat la défense générale de ses intérêts dans une affaire particulière, en le laissant seul juge des moyens à mettre en œuvre pour tenter d'obtenir gain de cause. La distinction entre les devoirs de prestation et les devoirs de comportement est ici plus délicate, car la prestation du mandataire n'est pas définie clairement. Prenons les exemples suivants:

- Un avocat tarde à réclamer à la partie adverse l'indemnité due à son client et celle-ci est perdue: l'avocat viole-t-il un devoir de prestation ou de comportement? A notre sens, une telle obligation est détachée de la prestation principale qui consiste à conduire, avec diligence, la

⁵¹⁰ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 98; CR-THÉVENOZ, n. 34 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2727; MOSER, p. 189.

⁵¹¹ BK-FELLMANN, n. 23 ad art. 398 CO.

⁵¹² Selon FELLMANN, BK, n. 28 ad art. 398 CO, le devoir de fidélité déduit de l'art. 398, al. 2, CO comprend aussi bien l'intérêt positif que l'intérêt à l'intégrité du patrimoine.

procédure judiciaire; il s'agit donc plutôt d'un devoir de comportement. Il est cependant possible de défendre l'opinion inverse en faisant valoir que le devoir du mandataire de procéder au recouvrement des sommes allouées par le juge à l'issue de la procédure est si étroitement lié à la conduite du procès qu'il constitue un devoir de prestation.

- Un avocat, consulté pour engager une procédure civile, n'informe pas le mandant des faibles chances de succès d'un procès: viole-t-il un devoir de prestation ou un devoir de comportement? Selon nous, l'information concernant les chances de succès d'une procédure peut être incluse dans la défense des intérêts du client. Un tel renseignement est en effet étroitement lié à la conduite du procès, bien qu'il ne constitue pas un acte de procédure en soi. Il s'agit donc plutôt d'un devoir de prestation. Il est cependant possible de parvenir à une autre conclusion en retenant que le renseignement sur les chances de succès est détaché de la conduite du procès proprement dite et représente dès lors un devoir de comportement.
- Un avocat n'informe pas son client des coûts d'une procédure: viole-t-il un devoir de prestation en compromettant la prestation principale promise dans le contrat? Dans cette situation, à notre avis, l'homme de lois porte atteinte à d'autres intérêts patrimoniaux du mandant qui doivent être distingués de la conduite diligente du procès. Dans cet exemple, le devoir d'information n'influence pas la manière dont le mandataire mène la procédure. De même, le médecin qui ne renseigne pas le patient qu'un traitement n'est pas pris en charge par l'assurance maladie peut néanmoins prodiguer ses soins correctement en respectant les règles de l'art. Dans ces deux exemples, l'avocat comme le médecin violent, selon nous, un devoir de comportement visant à sauvegarder des intérêts distincts de la prestation principale du mandataire. On peut pourtant parvenir à la conclusion inverse, en retenant qu'il existe un lien étroit entre l'information sur le coût d'un traitement ou d'une procédure et leur mise en œuvre. Si le client avait été bien renseigné, il n'aurait pas entamé la procédure ou suivi le traitement. Si l'on suit ce raisonnement, le devoir d'information devrait être considéré comme un devoir de prestation.

Les considérations qui précèdent montrent que la distinction entre l'intérêt positif au contrat et l'intérêt à l'intégrité du patrimoine apparaît quelque peu aléatoire et peut également conduire à des solutions contradictoires. Se justifie-t-il en effet de traiter différemment le devoir d'information portant sur les chances de succès d'une procédure (considéré davantage comme un

devoir de prestation) de l'obligation de renseigner sur le coût de celle-ci (qui serait plutôt un devoir de comportement)?

Sur le plan pratique, l'importance de la distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt à l'intégrité du patrimoine ne doit pas être surestimée. La violation des devoirs de prestation et de comportement est en effet soumise au même régime de responsabilité: le créancier est, dans les deux hypothèses, en droit d'obtenir réparation de son dommage selon les art. 97 ss CO⁵¹³.

§ 4 La distinction selon la faculté d'agir en exécution

KRAMER⁵¹⁴ propose de distinguer les devoirs de prestation (*Leistungspflichten*)⁵¹⁵ des devoirs accessoires dépendants (*unselbständige Nebenpflichten*)⁵¹⁶. Selon cet auteur, les premiers poursuivent un but propre et peuvent faire l'objet d'une action en exécution⁵¹⁷, tandis que les seconds ne confèrent, au lésé, qu'une créance en dommages-intérêts. Cette distinction, qui repose sur un critère pratique, est soutenue par la doctrine majoritaire⁵¹⁸, même si la terminologie n'est pas uniforme⁵¹⁹.

Un certain nombre de devoirs de prestation accessoires sont prévus expressément par la loi⁵²⁰. On peut notamment mentionner:

- l'obligation de l'employeur de produire un certificat de travail (art. 330a CO);
- l'obligation d'avis du commissionnaire (art. 426, al. 1, CO);

⁵¹³ Comme nous le verrons encore, la distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt à l'intégrité du patrimoine est reprise par la théorie du rapport de protection légal uniforme. A ce sujet, cf. *infra* 3^e partie, chap. 3, § 4.

⁵¹⁴ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 91.

⁵¹⁵ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 91 ss.

⁵¹⁶ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 91, 96.

⁵¹⁷ L'action en exécution peut être non seulement positive, mais également négative, dans le sens d'une abstention: BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 91.

⁵¹⁸ BaK-WIEGAND, n. 32 ad art. 97 CO; BK-FELLMANN, n. 270 ad art. 394 CO; BK-WEBER, n. 91 ad art. 82 CO; DERENDINGER, p. 65 s.; GAUCH, *Entreprise*, n. 812, p. 240; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2562 s.; GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 30; MERZ, TDP, p. 49 s.; SCHWENZER, n. 4.24; ZK-SCHRANER, n. 64 ad art. 82 CO; WEBER, *Schutzpflichten*, p. 740. Plus critique: BaK-KOLLER, n. 71 ad art. 184 CO.

⁵¹⁹ GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 30; MERZ, TDP, p. 49; ZK-SCHRANER, n. 64 ad art. 82 CO; BK-WEBER, n. 91 ad art. 82 CO distinguent entre les devoirs accessoires primaires et secondaires, tandis que SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.24 préfère parler de devoirs accessoires indépendants et dépendants.

⁵²⁰ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 94.

- l'interdiction de concurrence du travailleur pendant la durée des rapports de service (art. 331a, al. 3, CO). Un devoir similaire est imposé au fondé de procuration et au mandataire commercial (art. 464 CO) ainsi qu'aux associés d'une société en nom collectif (art. 561 CO).

D'autres devoirs de prestation accessoires sont convenus expressément par les parties. Celles-ci peuvent, par ex., prévoir:

- l'obligation du vendeur d'emballer la chose vendue⁵²¹;
- un devoir d'expédition à la charge du vendeur (comprenant les frais de transport lorsque la chose vendue doit être expédiée dans un autre lieu que celui de l'exécution du contrat);
- une interdiction de concurrence imposée au travailleur après la fin du contrat de travail (art. 340, 340a ss CO);
- le devoir, pour le commissionnaire, d'assurer l'objet du contrat de commission (art. 426, al. 2, CO).

Dans le contrat de mandat, l'obligation de fidélité du mandataire comprend différents devoirs accessoires dont le mandant ne peut en principe pas exiger le respect en justice au moyen d'une action en exécution. On peut citer les devoirs de déclaration, d'avertissement (*Benachrichtigungspflicht*) et de protection⁵²². Ces obligations doivent être exécutées spontanément. En cas d'omission, le mandant n'introduit pas d'action en exécution, car il n'a pas connaissance de la violation. Par ex., le mandataire doit informer son client qu'il est retenu par une autre affaire plus urgente, afin de lui permettre de prendre ses dispositions⁵²³, et l'avocat est tenu d'avertir le mandant que ses instructions mettent en danger le but du contrat. En revanche, le devoir d'information du mandataire peut, selon les circonstances, constituer un devoir de prestation. Ainsi, le patient peut agir en justice afin d'obliger son médecin à le renseigner sur son état de santé et sur les traitements envisageables. S'agissant des devoirs de discrétion et de rendre compte (art. 400, al. 1, CO), la doctrine considère qu'ils peuvent, en principe, faire l'objet d'une action en exécution⁵²⁴. Par ex., un

⁵²¹ ATF 96 II 115 (118), c. 2b.

⁵²² En revanche, le devoir de discrétion, déduit lui aussi du devoir de fidélité du mandataire, peut faire l'objet d'une action en exécution négative (dans le sens d'une abstention). Cf. BK-FELLMANN, n. 270 ad art. 394 CO; DERENDINGER, p. 65, note 194.

⁵²³ BK-FELLMANN, n. 172 ad art. 398 CO.

⁵²⁴ Sur la possibilité d'agir en exécution pour faire respecter le devoir de rendre compte, cf. BK-FELLMANN, n. 88 ad art. 400 CO; DERENDINGER, p. 56, n. 130;

malade peut introduire une action visant à interdire à son médecin d'informer un tiers de son état de santé.

Il peut arriver que le mandant soit menacé d'un dommage direct et imminent. Il doit alors pouvoir actionner le mandataire en exécution pour faire respecter le devoir de fidélité qui incombe à ce dernier. Dans cette situation, personne ne peut sérieusement exiger du mandant qu'il attende que le dommage se produise pour réclamer ensuite des dommages-intérêts. Ce dernier doit, au contraire, être en mesure d'introduire une action en prévention de l'atteinte afin d'empêcher sa survenance⁵²⁵.

Dans la doctrine, peu d'auteurs s'intéressent aux critères permettant de distinguer les devoirs accessoires qui peuvent faire l'objet d'une action en exécution de ceux qui ne confèrent au créancier qu'une prétention en dommages-intérêts⁵²⁶. En pratique, il est parfois difficile de juger s'il est possible de requérir en justice l'exécution d'un devoir accessoire. Une partie de la doctrine propose de se fonder sur le contenu du devoir concerné⁵²⁷. Selon ces auteurs, les devoirs de renseignement, de communication, de procuration, de coopération et d'abstention (par ex. interdiction de concurrence) seraient des obligations à but autonome pouvant, en principe, faire l'objet d'une action en exécution. Cette opinion est cependant contestée. KRAMER considère que les devoirs d'information, de procuration et de collaboration sont des devoirs accessoires dépendants sans prétention en exécution⁵²⁸. La doctrine est moins divisée au sujet des devoirs accessoires de protection qui ne peuvent en principe pas faire l'objet d'une action en exécution⁵²⁹. Par ex., le consommateur d'une grande surface n'a pas de

KOLLER, OR AT, § 2, n. 93. Sur la possibilité d'exiger en justice l'exécution du devoir de discrétion, cf. BK-FELLMANN, n. 270 ad art. 394 CO. On relèvera que l'action en exécution qui a trait au devoir de rendre compte est positive; elle est négative (dans le sens d'une abstention) lorsqu'elle porte sur l'obligation de discrétion.

⁵²⁵ Du même avis: BK-FELLMANN, n. 272 ad art. 394 CO.

⁵²⁶ KOLLER, BK, n. 258 ad art. 363 CO, relève que la distinction entre les devoirs accessoires dépendants et indépendants a été peu approfondie par la doctrine.

⁵²⁷ On distingue principalement les devoirs d'information, de procuration, de collaboration et de protection. Pour davantage de précisions, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 1.

⁵²⁸ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 96.

⁵²⁹ BK-KRAMER, n. 99, Allg. Einl. [sauf art. 328 CO], GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 30; KOLLER, OR AT, § 2, n. 88, 93 [sauf art. 328 CO]; MERZ, TDP, p. 50; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.24 [sauf art. 328 CO]; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 91. MERZ, TDP, p. 36 et 49, relève cependant que l'obligation générale de ne pas porter atteinte à la personnalité ou à la propriété d'autrui peut faire l'objet d'une action en exécution à des conditions strictes prévues par la loi aux art. 28, 28a, 679 CC et 59 CO.

prétention en exécution de travaux de nettoyage. Si, par ex., il trébuche sur des débris éparpillés sur le sol et se blesse, il dispose uniquement d'une créance en dommages-intérêts. Il convient cependant de réserver les devoirs accessoires de protection prévus à l'art. 328 CO: lorsqu'ils sont violés, le travailleur peut introduire une action en exécution, notamment si l'employeur ne prend pas les mesures nécessaires à garantir la sécurité au travail⁵³⁰.

Il est donc nécessaire, pour les devoirs de protection comme pour les autres devoirs accessoires, de procéder par voie d'interprétation et de tenir compte des circonstances du cas d'espèce pour déterminer s'ils peuvent faire l'objet d'une action en exécution⁵³¹.

Dans ces hypothèses, le législateur a autorisé expressément le créancier à requérir en justice l'exécution de mesures préventives afin d'écartier un danger imminent.

⁵³⁰ SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.26. Au sujet de la possibilité d'exiger en justice le respect des devoirs accessoires de protection au moyen d'une action en exécution, cf. *infra*, 3^e partie, chap. 4, § 3.

⁵³¹ BaK-WIEGAND, n. 32 ad art. 97 CO; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.26.

Résumé de la deuxième partie

1. Les devoirs principaux représentent le « noyau » du contrat. Ils portent sur les éléments objectivement et subjectivement essentiels de la convention. Les devoirs accessoires regroupent, quant à eux, toutes les obligations qui ne revêtent pas un caractère principal⁵³².

2. On distingue trois principaux types de devoirs accessoires du contrat⁵³³:

- Ceux qui découlent directement des devoirs principaux qu'ils complètent. Tel est le cas, par ex., du devoir de l'employeur de « fournir au travailleur les instruments de travail et les matériaux dont celui-ci a besoin » (art. 327, al. 1, CO) ou du devoir de rendre compte dans certains contrats de services (art. 321b, 365, al. 2, 389, al. 2, 400 CO).
- Ceux qui ne découlent pas directement des prestations principales mais poursuivent un but propre⁵³⁴. Leur violation donne lieu, en principe, à une action en exécution. On peut notamment citer l'interdiction de faire concurrence (art. 340 ss CO) ou l'obligation de l'employeur de remettre en tout temps un certificat de travail au travailleur qui le demande (art. 330a CO).
- Ceux qui ne découlent pas directement des prestations principales et qui n'ont qu'un lien éloigné avec elles. Ils visent à protéger les droits absolus du cocontractant en cours d'exécution du contrat⁵³⁵. En principe, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une action en exécution⁵³⁶.

3. Les sources des devoirs accessoires sont diverses. Ceux-ci peuvent découler de la convention expresse ou tacite des parties, de la loi ou d'un complètement du contrat par le juge selon les règles de la bonne foi⁵³⁷.

4. Dans la doctrine, les devoirs accessoires sont regroupés selon plusieurs critères. La distinction la plus fréquente repose sur le contenu de ces

⁵³² Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 2.

⁵³³ Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 2.

⁵³⁴ Il s'agit des devoirs accessoires indépendants ou primaires. A ce sujet, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 4.

⁵³⁵ Il s'agit des devoirs accessoires de protection. A ce sujet, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.2.

⁵³⁶ Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 4.

⁵³⁷ Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 2.

différents devoirs⁵³⁸. On peut notamment citer les devoirs d'information, de protection, de procuration et de collaboration.

Une partie de la doctrine propose de séparer les devoirs accessoires qui peuvent faire l'objet d'une action en exécution de ceux qui autorisent uniquement au créancier de réclamer des dommages-intérêts au débiteur⁵³⁹. Cette distinction, défendue notamment par KRAMER⁵⁴⁰, est soutenue par de nombreux auteurs⁵⁴¹. En principe, les devoirs de renseignement, de collaboration et de procuration peuvent faire l'objet d'une action en exécution, à l'inverse des devoirs de protection⁵⁴².

Un courant de doctrine, influencé par la littérature allemande⁵⁴³, propose de distinguer les devoirs de prestation des devoirs de comportement⁵⁴⁴. Les premiers visent l'exécution correcte des prestations principales promises dans la convention (intérêt positif). Les seconds s'efforcent de sauvegarder l'intérêt à l'intégrité (ou à la conservation) du patrimoine (*Integritäts- oder Erhaltungsinteresse*): ils ont pour but de préserver les biens du créancier qui ne sont pas compris dans les prestations principales du contrat (l'intégrité corporelle, la propriété et d'autres intérêts ayant une valeur économique)⁵⁴⁵. Nous avons vu cependant que la distinction entre les devoirs de prestation et les devoirs de comportement peut se révéler problématique, en particulier dans les contrats dont les prestations principales n'ont pas un contour précis, tel que le mandat⁵⁴⁶.

⁵³⁸ BK-MERZ, n. 265 ss ad art. 2 CC; DESCHENAUX, TDP II, p. 165 s.; GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 26 ss; KOLLER, OR AT, § 2, n. 87 ss; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.23; WEBER, Schutzpflichten, p. 739. Contra: BaK-WIEGAND, n. 32 ad art. 97 CO. Cf. 2^e partie, chap. 3, § 1.

⁵³⁹ Cf. *supra* 2^e partie, chap. 3, § 4.

⁵⁴⁰ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 91 ss.

⁵⁴¹ BaK-WIEGAND, n. 32 ad art. 97 CO; GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 30; MERZ, TDP, p. 49 s.; le même, BK, n. 262 s. ad art. 2 CC; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.24, 4.26; WEBER, Schutzpflichten, p. 740. Plus réticent: BaK-KOLLER, n. 71 ad art. 184 CO; le même, § 2, n. 93 s. Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3.

⁵⁴² Cf. 2^e partie, chap. 3, § 4.

⁵⁴³ STOLL, Leistungsstörungen, p. 27; STÜRNER, p. 385; THIELE, p. 650 s.

⁵⁴⁴ Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3.

⁵⁴⁵ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 98. Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3/b.

⁵⁴⁶ Cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3/c.

Troisième partie: La notion particulière de devoirs accessoires de protection et les sanctions en cas de violation

Cette troisième partie traitera des devoirs de protection, à l'exclusion des autres obligations accessoires des contrats⁵⁴⁷. Après avoir défini la notion et l'objet des devoirs accessoires de protection (chap. 1), nous examinerons leurs sources (chap. 2). Certains sont prévus expressément par la loi (par ex. art. 328 CO) (§ 1) ou par la convention des parties (§ 2). D'autres résultent d'un complètement du contrat par le juge au moyen des règles de la bonne foi (§ 3).

Nous nous intéresserons, ensuite, à la nature juridique controversée des devoirs accessoires de protection (chap. 3). Ceux-ci sont tantôt considérés comme des devoirs généraux (§ 1) et tantôt comme des obligations contractuelles (§ 2), cette dernière opinion étant majoritaire (§ 3). Un nouveau courant doctrinal considère que les devoirs accessoires de protection ne trouveraient pas leur source dans l'accord de volontés des parties, mais dans un rapport de protection légal uniforme découlant directement des règles de la bonne foi (§ 4).

Nous terminerons cette troisième partie en examinant quelles sanctions peuvent intervenir en cas de violation des devoirs accessoires de protection (chap. 4).

⁵⁴⁷ Nous n'examinerons pas les devoirs d'information, de collaboration et de procuration. A ce sujet, cf. 2^e partie, chap. 3, § 1.

Chapitre 1: La notion et l'objet

Les devoirs accessoires de protection⁵⁴⁸ sont ceux qui visent à sauvegarder les droits absolus des partenaires en cours d'exécution d'un contrat (§ 1). Ils se trouvent dans un rapport de connexité avec la convention des parties⁵⁴⁹, mais n'ont, en principe, pas d'effet sur l'exécution correcte des prestations principales promises par les cocontractants (§ 2). Les devoirs de protection peuvent également revêtir un caractère principal (§ 3).

§ 1 La protection des droits absolus

Les devoirs accessoires de protection visent à préserver les droits absolus du partenaire contractuel contre toute atteinte en rapport avec l'exécution du contrat⁵⁵⁰. Chaque partie doit, en particulier, s'efforcer de sauvegarder la propriété, la possession, la vie, l'intégrité physique et psychique ainsi que les autres droits de la personnalité du cocontractant⁵⁵¹. Ainsi, le peintre qui doit blanchir des locaux est susceptible de tacher les objets du propriétaire

⁵⁴⁸ La terminologie française n'est pas uniforme. Certains auteurs préfèrent parler d'« obligations de sécurité ». Cette notion désigne les devoirs contractuels qui tendent à protéger l'intégrité physique du contractant: cf. CR-THÉVENOZ, n. 23 ad art. 97 CO; PATRY, p. 41 ss; WERRO, Mandat, n. 579; le même, CR, n. 25 ad art. 398 CO.

⁵⁴⁹ Les devoirs accessoires de protection doivent présenter un certain rapport de connexité avec l'objet du contrat. Souvent, le juge n'a pas à examiner ce point, le devoir accessoire en cause résultant déjà de la convention expresse des parties ou de la loi (par ex. art. 328 CO). En revanche, lorsqu'il complète un contrat, le juge doit respecter des règles particulières pour déterminer si le comportement exigé du débiteur résulte encore du contrat en cause. Il doit, en particulier, tenir compte de la volonté hypothétique des parties. A ce sujet, cf. 2^e partie, chap. 3, § 2, 2.3 et 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2.

⁵⁵⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2551; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 17; KOLLER, OR AT, § 2, n. 88 s.; le même, Grundzüge, p. 1485; le même, BK, n. 263 ad art. 363 CO; WEBER, Schutzpflichten, p. 742 s.; le même, BK, n. 73 ad art. 97 CO.

⁵⁵¹ L'art. 28 CC protège les droits de la personnalité physique (droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la liberté de mouvement, à la liberté sexuelle et à disposer du sort de son cadavre), les droits de la personnalité affective (droit aux relations avec les proches, à la piété filiale, au respect de sa vie affective) ainsi que les droits de la personnalité sociale (droit au nom, à l'image et à la voix, à l'honneur, au respect de la vie privée, droit de la personnalité de l'auteur de productions littéraires et artistiques et droit de la liberté économique). Pour plus de précisions, cf. SCHMID, Einleitungsartikel, n. 836 ss et 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/a.

(tels que les tapis, les fauteuils ou les fenêtres) durant l'accomplissement des travaux⁵⁵².

Les devoirs de protection doivent être distingués des autres obligations accessoires qui ont pour but de préserver les intérêts purement patrimoniaux des cocontractants^{553, 554}.

Les devoirs accessoires de protection comportent deux aspects, l'un négatif et l'autre positif. Négativement, les parties doivent veiller à ne pas porter directement atteinte aux droits absolus du cocontractant en cours d'exécution du contrat en s'abstenant de tout acte propre à mettre en danger les droits de la personnalité du partenaire contractuel ou la propriété de ses biens⁵⁵⁵. Par ex., le débiteur doit assurer l'intégrité des choses que le créancier lui a confiées⁵⁵⁶. Positivement, les devoirs accessoires de protection obligent le débiteur à prendre des dispositions afin d'éviter que le créancier ne subisse une atteinte dommageable à ses biens juridiques. Selon MERZ, toute personne dont le comportement met en péril la vie, l'intégrité corporelle ou la propriété d'autrui est tenue de prendre les mesures nécessaires que l'on peut raisonnablement attendre d'elle pour écarter le danger. Ce principe, maintes fois affirmé par la jurisprudence en matière délictuelle⁵⁵⁷, est aussi valable dans les relations contractuelles, notamment dans les rapports de travail. Ainsi, un propriétaire ne doit pas laisser ses nouveaux employés de maison épousseter un fusil chargé sans leur donner les instructions nécessaires afin d'éviter qu'un coup de feu ne parte⁵⁵⁸. Selon la jurisprudence, les organisateurs de manifestations publiques payantes, les entreprises de remontées mécaniques⁵⁵⁹, les hôteliers-restau-

⁵⁵² BK-KOLLER, n. 289 ad art. 363 CO; ATF 89 II 232 (237 s.), c. 5.

⁵⁵³ Du même avis: KOLLER, OR AT, § 2, n. 90; le même, BK, n. 265 ad art. 363 CO. Certains auteurs proposent cependant d'étendre la protection à tout intérêt patrimonial non compris dans les prestations principales du contrat: cf. notamment LARENZ, p. 9; NEUENCHWANDER, p. 6 et 8.

⁵⁵⁴ Selon la conception défendue ici, le devoir de l'architecte de rendre le maître d'ouvrage attentif à la nécessité de conclure une assurance responsabilité civile (ATF 111 II 72 [75], c. 3d) et celui du médecin d'informer son patient que le traitement proposé n'est pas pris en charge par l'assurance-maladie (ATF 119 II 456 [458-461], c. 2) ne sont pas des devoirs accessoires de protection.

⁵⁵⁵ BK-WEBER, n. 72 ad art. 97 CO; LARENZ, p. 10.

⁵⁵⁶ Pour le mandat: cf. WERRO, Mandat, n. 579.

⁵⁵⁷ Il s'agit du principe « du risque créé ». A ce sujet, cf. 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/c/dd.

⁵⁵⁸ ATF 112 II 138 (141), c. 3a.

⁵⁵⁹ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (115), c. 2a/bb; ATF 121 III 358 (360), c. 4a; ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

rateurs⁵⁶⁰ et les exploitants de piscines⁵⁶¹ doivent prendre les mesures de sécurité qui s'imposent afin d'assurer la sécurité de leurs clients.

Le Tribunal fédéral confère une portée étendue aux devoirs accessoires de protection. Il a notamment jugé que:

- L'artisan qui blanchit des locaux doit éviter toute éclaboussure de peinture sur la fenêtre⁵⁶².
- L'organisateur d'une manifestation sportive ou culturelle doit garantir la sécurité du public. Ainsi, le tir d'un feu d'artifice requiert des mesures de précaution propres à éviter des lésions corporelles aux spectateurs⁵⁶³.
- Les sociétés de remontées mécaniques doivent assurer la sécurité des pistes de ski⁵⁶⁴. Elles sont notamment tenues d'entourer les poteaux ou les arbres d'une couche protectrice, afin d'empêcher que les usagers des pistes ne se blessent⁵⁶⁵;
- Les exploitants d'une piscine ou d'un plongeur doivent garantir la sécurité des nageurs⁵⁶⁶.
- Les hôteliers et restaurateurs doivent s'assurer que les clients ne subissent pas d'atteintes à leur intégrité corporelle à l'intérieur de leur établissement. Par ex., le tenancier ne doit pas tolérer de concours de tir improvisé au pistolet-flobert dans le jardin de son auberge⁵⁶⁷.

⁵⁶⁰ ATF 71 II 107 (115), c. 4.

⁵⁶¹ ATF 123 III 306 (311), c. 3b; mesures de sécurité pour un plongeur; ATF 113 II 424 (427), c. 1c: exigences de sécurité concernant une piscine ou un établissement de bains. Dans ces différents arrêts, le Tribunal fédéral a jugé que l'absence de mesures à prendre pour assurer la sécurité des baigneurs constituait un défaut de l'ouvrage et fondait une responsabilité du propriétaire selon l'art. 58 CO. Dans de telles situations, notre haute Cour aurait très bien pu admettre l'existence de devoirs accessoires de protection à la charge de l'exploitant, comme il l'a fait dans les contrats de spectacle (ATF 70 II 215 [218 s.], c. 3), de restauration (ATF 71 II 107 [115], c. 4) ou à l'encontre des entreprises de remontées mécaniques concernant la sécurité des pistes de ski (ATF 130 III 193 [195 s.], c. 2.2; ATF 126 III 113 [115], c. 2a/bb).

⁵⁶² ATF 89 II 232 (237 s.), c. 5; BK-KOLLER, n. 289 ad art. 363 CO.

⁵⁶³ ATF 70 II 215 (218 s.), c. 3; BK-KOLLER, n. 287 ad art. 363 CO.

⁵⁶⁴ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (115), c. 2a/bb; ATF 121 III 358 (360), c. 4a; ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

⁵⁶⁵ ATF 121 III 358 (360), c. 4a.

⁵⁶⁶ ATF 123 III 306 (312), c. 4a (plongeur); ATF 113 II 424 (427), c. 1c (piscine).

⁵⁶⁷ ATF 71 II 107 (115), c. 4.

- L'entrepreneur qui s'est vu confier une chose à réparer doit s'assurer que celle-ci ne sera pas dérobée ni endommagée au cours des travaux⁵⁶⁸. Ainsi, le garagiste doit prendre les mesures nécessaires pour éviter le vol de la voiture qui lui a été remise pour réparation⁵⁶⁹.

Bien souvent, les devoirs accessoires de protection ne sont pas prévus par les parties au moment de la conclusion du contrat, mais prennent naissance dans des situations de danger particulières⁵⁷⁰ et doivent être respectés durant toute la relation contractuelle, parfois même après que le contrat a pris fin⁵⁷¹.

§ 2 L'atteinte à des biens juridiques non compris dans les devoirs principaux du contrat

Les devoirs accessoires de protection doivent être distingués des devoirs principaux, car ils ne visent pas l'exécution correcte de la prestation promise dans le contrat (*status ad quem*). Ils ont pour but de protéger les droits absolus des cocontractants lors de l'exécution de leur convention (*statu quo*)⁵⁷². De tels biens juridiques existent indépendamment de tout contrat⁵⁷³. En principe, la violation des devoirs accessoires de protection n'a pas d'effet sur le succès des prestations principales⁵⁷⁴. Il arrive que le créancier subisse une atteinte à ses droits absolus, quand bien même les devoirs principaux ont été exécutés correctement.

Un ancien arrêt du Tribunal fédéral permet d'illustrer le propos. Notre haute Cour devait examiner la responsabilité de l'organisateur d'un feu d'artifice payant tiré au Kursaal à Berne⁵⁷⁵. Lors de la manifestation, un spectateur avait été gravement blessé à l'œil par un éclat de verre. Le

⁵⁶⁸ BK-KOLLER, n. 288 ad art. 363 CO.

⁵⁶⁹ ATF 113 II 421 (422), c. 2a.

⁵⁷⁰ NEUENSCHWANDER, p. 3.

⁵⁷¹ Cf., par ex., le devoir de discrétion du travailleur prévu à l'art. 321a, al. 4, CO. Pour d'autres exemples de devoirs de protection continuant à développer leurs effets juridiques après que le contrat a pris fin, cf. MIDDENDORF, p. 74 ss.

⁵⁷² BK-FELLMANN, n. 141 ad art. 398 CO; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 97 s.; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, p. 109; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 17; NEUENSCHWANDER, p. 8.

⁵⁷³ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 97 s.; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, p. 109.

⁵⁷⁴ BK-FELLMANN, n. 137 et 139 ad art. 398 CO; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 17. Selon DERENDINGER, n. 192, la violation des devoirs accessoires de protection est neutre dans ses effets (« *erfolgsneutral* »).

⁵⁷⁵ ATF 70 II 215.

Tribunal fédéral a admis la responsabilité de l'organisateur de la manifestation sur la base de l'art. 101 CO. Il a considéré que ce dernier était lié au spectateur blessé par un contrat d'entreprise qui l'obligeait, à titre accessoire, à assurer sa sécurité et à prendre toutes les mesures de précaution exigées par les circonstances afin de lui éviter un dommage durant la combustion⁵⁷⁶.

Dans une autre affaire, notre haute Cour devait déterminer si une entreprise de téléphérique pouvait être tenue responsable du dommage corporel subi à l'occasion d'un accident de ski⁵⁷⁷. La victime avait heurté l'annexe d'une station inférieure de téléphérique et s'était grièvement blessé lors d'une manœuvre d'évitement d'une congère. Elle avait introduit action contre l'entreprise de téléphérique sept ans après les faits et avait réclamé réparation de son préjudice. La défenderesse avait soulevé l'exception de prescription et avait obtenu gain de cause devant l'instance cantonale. Dans son jugement, le Tribunal fédéral a constaté que la victime était au bénéfice d'un abonnement « libre parcours », de sorte qu'elle était liée par un contrat de transport à l'entreprise de remontées mécaniques. Notre haute Cour a ensuite examiné s'il existait un devoir accessoire qui obligeait l'entreprise de téléphérique à assurer *ex contractu* la sécurité des pistes de ski. Elle a relevé que, sur le plan délictuel, quiconque crée un état de chose dangereux est tenu de prendre les mesures de précaution nécessaires afin d'éviter qu'un dommage ne se produise. Selon le Tribunal fédéral, ce devoir général peut également consister en une obligation accessoire de nature contractuelle lorsque la mise en danger est en rapport avec l'exécution d'un contrat⁵⁷⁸. Tel est le cas en l'espèce. Selon notre haute Cour, le skieur pouvait, en vertu du principe de la confiance, s'en remettre à la société de remontées mécaniques non seulement pour la prestation principale de transport, mais aussi pour le devoir accessoire de sécurité⁵⁷⁹. Dès lors, la présence de la congère sur la piste de ski engageait la responsabilité contractuelle de l'entreprise de téléphérique.

Dans ces deux arrêts, le débiteur a exécuté correctement la prestation promise dans le contrat (tir du feu d'artifice et transport en téléski), mais a violé ses devoirs accessoires de protection. Il a en effet porté atteinte aux biens juridiques de son cocontractant en rapport avec l'exécution du contrat.

⁵⁷⁶ ATF 70 II 215 (218 s.), c. 3.

⁵⁷⁷ ATF 113 II 246.

⁵⁷⁸ ATF 113 II 246 (248), c. 4.

⁵⁷⁹ ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

Ces exemples montrent que les devoirs accessoires de protection peuvent être distingués des prestations principales d'un contrat.

§ 3 Le caractère principal ou accessoire des devoirs de protection

Les devoirs de protection n'ont pas toujours un caractère accessoire. Ils peuvent également consister en des obligations principales lorsque la sauvegarde des droits absolus du partenaire est un élément objectivement ou subjectivement essentiel du contrat⁵⁸⁰. Tel est le cas, par ex., du devoir de l'agent privé de sécurité (*securitas*) d'assurer un service d'ordre durant une manifestation publique ou, dans le contrat de dépôt, de l'obligation du dépositaire de garder en lieu sûr et de restituer la chose qui lui a été confiée⁵⁸¹. En revanche, dans le contrat de restauration ou de spectacle, le débiteur ne s'oblige qu'à titre accessoire à conserver les objets personnels du créancier, pour autant qu'il ait clairement indiqué qu'il se chargeait de ce service⁵⁸².

Lorsqu'ils sont prévus expressément par les parties au moment de la conclusion de leur convention, les devoirs de protection ont souvent un caractère principal. Ils constituent alors un élément subjectivement essentiel du contrat, en raison de l'importance que revêt, pour les cocontractants, la protection de leurs biens juridiques. Ainsi, dans le contrat d'entreprise, le maître peut exiger de l'entrepreneur qu'il tienne secrets les plans qu'il met à sa disposition pour l'exécution de l'ouvrage ou d'autres secrets d'affaires, même après la fin du contrat. Une telle obligation expresse de discrétion doit, en principe, être considérée comme un devoir principal du contrat.

⁵⁸⁰ Sur la distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires, cf. 2^e partie, chap. 2.

⁵⁸¹ Le CO traite du dépôt aux art. 472 à 491 CO. Le dépôt en général est réglé aux art. 472 à 480 CO. Cette réglementation est complétée par quelques dispositions applicables au dépôt irrégulier (art. 481 CO), au contrat d'entrepôt (art. 482 à 486 CO) et d'hôtellerie (art. 487 à 491 CO).

⁵⁸² Selon le Tribunal fédéral, l'existence d'un tel engagement est notamment admise lorsque le restaurateur reçoit les effets du client contre récépissé et les lui restitue sur présentation du justificatif du dépôt (ATF 108 II 449 [453 s.], c. 3a). Cf. également ATF 109 II 234.

Chapitre 2: Les sources

Les devoirs accessoires de protection ont plusieurs sources: ils peuvent ressortir de la convention des parties (§ 1), du régime légal applicable au contrat en cause (§ 2) ou indirectement d'un complètement de la convention selon les règles de la bonne foi (§ 3). Un courant d'opinions considère que les devoirs accessoires de protection peuvent également découler directement de l'art. 2, al. 1, CC, indépendamment de la conclusion d'un contrat valable entre les parties (§ 4).

§ 1 Les devoirs accessoires de protection conventionnels

Il arrive que les parties s'engagent à préserver la vie, l'intégrité corporelle ou les autres droits absolus du partenaire en cours d'exécution du contrat. Lorsqu'ils sont expressément prévus, de tels devoirs revêtent, en général, un caractère principal⁵⁸³. La protection des droits absolus du partenaire représente, alors, un point objectivement ou subjectivement essentiel⁵⁸⁴. On peut citer, par ex., le contrat de surveillance⁵⁸⁵ par lequel l'organisateur d'une manifestation publique promet à son cocontractant de prendre des mesures de protection particulières pour garantir sa sécurité. Il arrive également que des devoirs accessoires de protection soient intégrés à la convention au moyen de conditions générales. Celles-ci n'ont cependant un caractère contraignant pour les parties que si elles ont été incorporées au contrat, à savoir si les cocontractants les ont acceptées⁵⁸⁶.

Les parties ne prévoient que rarement des devoirs accessoires de protection au moment de la conclusion de leur contrat. Le plus souvent, elles ne songent pas aux atteintes qui pourraient être portées à leurs biens juridiques en cours d'exécution de la convention⁵⁸⁷. La plupart des devoirs accessoires de protection reposent dès lors sur la loi ou les règles de la bonne foi.

⁵⁸³ Sur la notion de devoirs principaux, cf. également *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 3.

⁵⁸⁴ Sur les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 1 et § 3.

⁵⁸⁵ SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.26.

⁵⁸⁶ A ce sujet, cf. CR-Dessemontet, n. 43 ss ad art. 1 CO.

⁵⁸⁷ PATRY, p. 45 s.

§ 2 Les devoirs accessoires de protection prévus par la loi

2.1. En général

De nombreux devoirs accessoires de protection sont expressément prévus par la loi et s'imposent aux parties dès la conclusion du contrat. Ils visent principalement à sauvegarder l'intégrité physique du cocontractant ou la propriété de biens qui leur ont été confiés. On peut notamment citer:

- L'obligation imposée à l'employeur de protéger les droits de la personnalité du travailleur (art. 328 CO).
- Le devoir du travailleur d'utiliser les machines, les instruments de travail, les appareils et les installations techniques ainsi que les véhicules de l'employeur, mis à sa disposition pour l'exécution de son travail « selon les règles en la matière » et « de les traiter avec soin » (art. 321a, al. 2, CO)⁵⁸⁸.
- L'obligation de l'entrepreneur d'user avec soin de la matière fournie par le maître et de restituer ce qui reste après l'exécution de l'ouvrage (art. 365, al. 2, CO)⁵⁸⁹.
- Le devoir du locataire de remédier, à ses frais, aux défauts qui peuvent être éliminés par les menus travaux de nettoyage ou de réparations indispensables à l'entretien normal de la chose (art. 259 CO).
- L'obligation de l'acheteur, dans la vente à distance, d'assurer provisoirement la conservation de la chose expédiée lorsqu'elle est défectueuse (art. 204, al. 1, CO). Le même devoir incombe au vendeur lorsque l'acheteur tarde à prendre livraison de la chose. Si cette dernière est endommagée ou perdue, chacun des cocontractants doit sauvegarder les intérêts de son partenaire envers les assureurs, transporteurs, mandataires et autorités (art. 204, al. 3, CO).

Dans le contrat de travail, la protection des droits absolus du travailleur est prévue par l'art. 328 CO⁵⁹⁰. Cette disposition oblige l'employeur à sauve-

⁵⁸⁸ La doctrine impose le même devoir à l'entrepreneur en l'obligeant à engager des appareils répondant aux normes légales de protection et de sécurité et des matériaux adaptés à l'ouvrage projeté (CR-CHAIX, n. 9 ad art. 364 CO).

⁵⁸⁹ WERRO, Mandat, n. 579.

⁵⁹⁰ L'art. 328 CO a la teneur suivante: « L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. Il prend, pour protéger la vie et la santé du

garder la personnalité du travailleur dans les rapports de travail. Elle protège la vie, la santé, l'intégrité physique et psychique, l'honneur privé et professionnel, la position et le crédit au sein de l'entreprise, la sphère privée, la liberté d'expression et la liberté d'organisation syndicale⁵⁹¹. L'employeur doit, par ex., éviter tout harcèlement professionnel (ou « mobbing »)⁵⁹². L'art. 328 CO a une portée étendue: l'employeur est non seulement tenu de s'abstenir de porter directement atteinte aux droits de la personnalité du travailleur, mais il doit également préserver ces derniers en prenant les mesures de précaution commandées par les circonstances pour éviter un dommage (art. 328, al. 2, CO)⁵⁹³.

Les devoirs de protection imposés par l'art. 328 CO ont une telle importance en pratique pour le travailleur que l'on peut se demander s'ils ne revêtent pas un caractère principal⁵⁹⁴.

Dans les contrats de mandat et d'entreprise, de nombreux devoirs accessoires de protection découlent de l'obligation de fidélité qui incombe à l'entrepreneur selon l'art. 364, al. 1, CO⁵⁹⁵ et au mandataire sur la base de l'art. 398, al. 2, CO⁵⁹⁶. On peut notamment mentionner:

travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. »

⁵⁹¹ BK-REHBINDER, n. 4 ad art. 328 CO. Selon STAEHELIN/VISCHER, ZK, n. 10 ad art. 328 CO, la propriété est également protégée par l'art. 328 CO. L'employeur peut, par ex., être tenu de mettre à la disposition du travailleur un local fermé à clé pour que ce dernier puisse y déposer ses vêtements et ses effets personnels.

⁵⁹² Le « mobbing » est « un ensemble d'atteintes répétées ou systématiques à la dignité de la personne, qui tendent à l'isoler ou à l'exclure » (CR-AUBERT, n. 4 ad art. 328 CO).

⁵⁹³ CR-AUBERT, n. 2 ad art. 328 CO.

⁵⁹⁴ Au sujet de la distinction entre les devoirs principaux et les devoirs accessoires, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 3.

⁵⁹⁵ Selon la doctrine, l'art. 364, al. 1, CO renvoie aux art. 321a et 321e CO: cf. CR-CHAIX, n. 2 ad art. 364 CO; GAUCH, *Entreprise*, n. 820; TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4046; ZK-BÜHLER, n. 13 ad art. 364 CO. D'un autre avis: KOLLER, BK, n. 3 ad art. 364 CO, qui considère que l'art. 364, al. 1, CO renvoie uniquement à l'art. 321e, al. 2, CO. Selon cet auteur, les devoirs accessoires de protection qui s'imposent à l'entrepreneur ont leur source à l'art. 328 CO appliqué par analogie (BK, n. 294 ad art. 363 CO).

⁵⁹⁶ BK-FELLMANN, n. 136 *in fine* ad art. 398 CO; DERENDINGER, n. 189, p. 80.

- Le devoir de l'organisateur d'un feu d'artifice de prendre les mesures de sécurité nécessaires afin d'éviter que les spectateurs ne subissent des lésions corporelles⁵⁹⁷.
- L'obligation de l'entrepreneur de veiller à ce que la chose, qui lui a été confiée pour réparation, ne soit pas dérobée⁵⁹⁸.
- Le devoir de l'artisan, qui repeint une paroi, d'éviter toute éclaboussure de peinture sur la fenêtre⁵⁹⁹.
- Le devoir du médecin de prendre les mesures de précaution nécessaires afin d'éviter que ses patients contractent une maladie contagieuse dans la salle d'attente de son cabinet⁶⁰⁰.

En outre, le droit public contient de nombreuses dispositions dont le juge peut s'inspirer, dans un cas particulier, pour déterminer le comportement que le créancier est en droit d'attendre du débiteur. Par ex., l'art. 7, al. 1, LPD prévoit que « les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelles et techniques appropriées ». Selon les circonstances, le juge pourrait notamment considérer que l'employeur ne respecte pas son devoir de confidentialité découlant du contrat de travail, s'il ne protège pas, par un code ou tout autre moyen technique approprié au sens de l'art. 7, al. 1, LPD, les données concernant son travailleur qui sont destinées à être transmises sous forme électronique et à rester confidentielles. On trouve des dispositions comparables aux art. 13, al. 1, LLCA⁶⁰¹, 3 LSIT⁶⁰², 14, al. 1, LDAI⁶⁰³, 11,

⁵⁹⁷ BK-KOLLER, n. 287 ad art. 363 CO; ATF 70 II 215 (218 s.), c. 3.

⁵⁹⁸ BK-KOLLER, n. 288 ad art. 363 CO; ATF 113 II 421 (422), c. 2a.

⁵⁹⁹ BK-KOLLER, n. 289 ad art. 363 CO; ATF 89 II 232 (237 s.), c. 5.

⁶⁰⁰ DERENDINGER, note 282, p. 81.

⁶⁰¹ Cf. l'art. 13 LLCA qui prévoit: « L'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés ». « Il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel. »

⁶⁰² Cf. l'art. 3 LSIT qui a la teneur suivante: « Les installations et appareils techniques ne peuvent être mis en circulation que dans la mesure où ils ne mettent pas en danger, s'ils sont utilisés avec soin et conformément à leur destination, la vie et la santé des utilisateurs et des tiers. Ils doivent [...] être conçus selon les règles de la technique reconnues en la matière. »

⁶⁰³ Cf. l'art. 14, al. 1, LDAI qui stipule que: « Lors de leur emploi conforme à leur destination ou habituellement présumé, les objets usuels ne doivent pas mettre la santé en danger. »

al. 2, LDA⁶⁰⁴ et 321, ch. 1, CP⁶⁰⁵, sans oublier l'art. 342, al. 1, CO en matière de droit du travail. Selon cette dernière disposition, les règles de protection du travail prévues par le droit public ont des effets de droit privé⁶⁰⁶ lorsqu'elles imposent un comportement susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail⁶⁰⁷.

2.2. Le devoir de discrétion

Le CO impose parfois un devoir de discrétion qui vise à interdire au débiteur toute utilisation ou révélation à des tiers de faits confidentiels que le créancier a intérêt à garder secret⁶⁰⁸. Ce devoir perdure quelquefois lorsque le rapport contractuel a pris fin (art. 321a, al. 4⁶⁰⁹, 406g, al. 2⁶¹⁰ et 418d, al. 1, CO⁶¹¹). Il est déduit de l'art. 398, al. 2, CO pour le médecin, l'avocat et les autres mandataires⁶¹² et de l'art. 328 CO pour l'employeur⁶¹³. Dans le contrat de travail, « cette obligation concerne tout d'abord les

⁶⁰⁴ Cf. l'art. 11, al. 2, LDA, selon lequel: « Même si un tiers est autorisé par un contrat ou par la loi à modifier l'œuvre ou à l'utiliser pour créer une œuvre dérivée, l'auteur peut s'opposer à toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité. »

⁶⁰⁵ Cf. l'art. 321, ch. 1, CP qui dispose que: « Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende. »

⁶⁰⁶ L'autre partie peut agir civilement en vue d'obtenir l'exécution de cette obligation.

⁶⁰⁷ A ce sujet, cf. BK-REHBINDER, Einl. zum Arbeitsvertrag, n. 9.

⁶⁰⁸ BK-FELLMANN, n. 40 ss ad art. 398 CO; BK-GAUTSCHI, n. 13a ss ad art. 398 CO; BK-REHBINDER, n. 13 ss ad art. 321a CO; HOFSTETTER, Auftrag, p. 108 ss; ZK-STAEHELIN, n. 54 ad art. 321a CO.

⁶⁰⁹ L'art. 321a, al. 4, CO a la teneur suivante: « Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur. »

⁶¹⁰ L'art. 406g, al. 2, CO prévoit que, dans le mandat visant la conclusion d'un mariage ou l'établissement d'un partenariat, le mandataire est tenu à un devoir de discrétion « lors du traitement de données personnelles concernant le mandant [...]; les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont réservées. »

⁶¹¹ L'art. 418d, al. 1, CO stipule que: « L'agent ne peut, même après la fin du contrat, utiliser ou révéler les secrets d'affaires du mandant qui lui ont été confiés ou dont il a eu connaissance en raison du contrat. »

⁶¹² BK-FELLMANN, n. 40 ss ad art. 398 CO.

⁶¹³ ZK-STAEHELIN, n. 8 s. et 11 ad art. 328 CO.

secrets de fabrication, tels qu'organisation de l'exploitation, procédés de production, plans de construction et tableaux de calculs techniques, de même que les secrets d'affaires de tous genres tels qu'organisation de vente, listes de clients, calculs de prix, sources d'approvisionnement, etc. Elle s'étend toutefois à d'autres faits devant être tenus secrets soit parce que l'employeur le demande expressément au travailleur, soit que sa volonté de les tenir secrets découle des circonstances elles-mêmes (par ex. affaires personnelles ou situation financière de l'employeur). »⁶¹⁴

Dans le contrat de mandat, le devoir de discrétion peut être prévu expressément par la loi⁶¹⁵, découler des instructions du mandant ou résulter des circonstances.

Dans les professions libérales, l'obligation de discrétion du mandataire peut revêtir une telle importance que le mandant a davantage intérêt au maintien du secret qu'à l'exécution correcte de la prestation promise dans le contrat⁶¹⁶. Pensons à une consultation médicale pour un problème de santé peu grave qui obligerait le patient à dévoiler des faits ressortissant de sa sphère intime. D'une manière générale, le devoir de discrétion impose au mandataire de faire preuve de retenue et de garder secrète l'affaire qu'il traite, « dans la mesure où l'exécution du mandat ne nécessite pas sa divulgation à des tiers et en l'absence d'instructions contraires (révocables) »⁶¹⁷. Dans une affaire zurichoise, le Tribunal fédéral a confirmé une amende disciplinaire infligée à un avocat pour violation du secret professionnel⁶¹⁸. Lors d'une procédure devant la Commission de surveillance des avocats, le mandataire avait donné des indications inutiles sur la situation financière de sa cliente et avait critiqué le comportement de celle-ci à son égard. L'acte avait été adressé en copie à des tiers. Dans cette affaire, notre haute Cour a retenu que l'avocat avait violé son devoir de discrétion⁶¹⁹.

Le devoir de discrétion n'oblige pas seulement à taire des faits déterminés; le mandataire est également tenu de prendre les mesures appropriées afin de garder le secret. Un avocat doit, par ex., veiller à suivre ses dossiers, à

⁶¹⁴ Message relatif au contrat de travail, FF 1967 II, p. 309 s.

⁶¹⁵ Art. 321 CP et art. 47 LB.

⁶¹⁶ HOFSTETTER, TDP, p. 97.

⁶¹⁷ HOFSTETTER, TDP, p. 97. Lorsque le secret professionnel relève du droit pénal, le mandataire doit se faire délier du secret par l'autorité de surveillance, lorsque le mandant ne donne pas lui-même l'autorisation (*ibid.*).

⁶¹⁸ ATF 97 I 831.

⁶¹⁹ ATF 97 I 831 [838], c. 4.

contrôler l'expédition de son courrier et de ses actes de procédure et surveiller son personnel⁶²⁰.

§ 3 Les devoirs accessoires de protection découlant de l'interprétation et du complètement du contrat selon les règles de la bonne foi

Les règles de la bonne foi sont utilisées comme instrument d'interprétation et de complètement des conventions. Elles jouent un rôle essentiel non seulement dans la détermination du contenu des devoirs accessoires existants, mais également lorsqu'il s'agit de déduire de nouveaux devoirs de l'accord de volonté des parties. Conformément à l'art. 18 CO, le juge recherche en premier lieu la **volonté réelle et concordante** des parties (3.1). S'il n'y parvient pas, il peut interpréter objectivement la convention lorsque celle-ci est lacunaire et prendre en considération la **volonté hypothétique** des cocontractants⁶²¹. Il procède alors à un complètement du contrat (3.2).

3.1. Les règles de la bonne foi comme instrument d'interprétation des contrats

Lorsqu'un contrat est conclu, les parties sont tenues d'exercer leurs droits et d'exécuter leurs obligations selon les règles de la bonne foi (art. 2, al. 1, CC)⁶²². Une convention vise toujours à assurer au créancier l'exécution régulière des prestations promises⁶²³. Pour atteindre ce but, le débiteur peut être tenu d'exécuter des obligations accessoires⁶²⁴. Selon la doctrine⁶²⁵ et la jurisprudence⁶²⁶, de nombreux devoirs accessoires peuvent être déduits du principe de la bonne foi, qui oblige le débiteur à tout faire pour garantir le succès des prestations principales promises dans le contrat. Ces devoirs accessoires servent à compléter et préciser les devoirs principaux du débi-

⁶²⁰ HOFSTETTER, TDP, p. 98.

⁶²¹ GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 2 s. et la jurisprudence citée.

⁶²² MORIN, p. 157.

⁶²³ MERZ, TDP, p. 45; MORIN, p. 157.

⁶²⁴ Selon SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.16, l'art. 2, al. 1, CC oblige même le débiteur à s'abstenir de tout acte qui pourrait compromettre le résultat recherché par le contrat. Par ex., la bailleuse de locaux commerciaux ne peut, sans violer ses obligations découlant du contrat de bail, ouvrir un commerce concurrent dans le voisinage immédiat de son locataire.

⁶²⁵ GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 25; KOLLER, OR AT, § 2, n. 86; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.22.

⁶²⁶ ATF 114 II 57 [65], c. 6d/aa.

teur, mais ne peuvent en aucun cas étendre leur objet⁶²⁷. Les règles de la bonne foi permettent ainsi de déterminer le contenu exact des prestations principales et de préciser les obligations accessoires qui en découlent.

Dans les contrats de mandat et d'entreprise, la loi impose, à l'entrepreneur⁶²⁸ et au mandataire⁶²⁹, un devoir de fidélité (*Treuepflicht*) dont le Tribunal fédéral dégage de nombreux devoirs accessoires de protection au moyen des règles de la bonne foi.

a. Le devoir accessoire de fidélité de l'entrepreneur

Dans le contrat d'entreprise, le devoir de fidélité oblige, d'une manière générale, l'entrepreneur à sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes du maître⁶³⁰. Il est en particulier tenu de s'abstenir de tout acte ou omission pouvant mettre en danger la vie, l'intégrité corporelle ou les autres biens juridiques de son cocontractant⁶³¹. Pour atteindre ce but, il doit prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour éviter que la matière, l'ouvrage ou tout autre objet dont il a la garde ne soient endommagés, volés⁶³², utilisés de façon abusive, détruits par malveillance ou soumis à des influences extérieures dommageables⁶³³.

La doctrine et le Tribunal fédéral se fondent sur les règles de la bonne foi pour dégager les devoirs accessoires de protection qui s'imposent à l'entrepreneur sur la base de son devoir de fidélité. Ce dernier est notamment tenu:

- de ne pas réutiliser les plans du maître qui ont été mis à sa disposition pour l'exécution d'un ouvrage spécifique⁶³⁴;

⁶²⁷ BK-MERZ, n. 260 ad art. 2 CC.

⁶²⁸ BK-KOLLER, n. 274 ss ad art. 363 CO; GAUCH, *Entreprise*, n. 820 ss; ZK-BÜHLER, n. 29 ss ad art. 364 CO. TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4046 ss, parle, quant à lui, d'obligation de diligence.

⁶²⁹ BK-FELLMANN, n. 251 ad art. 394 CO.

⁶³⁰ BK-KOLLER, n. 274 ad art. 363 CO; GAUCH, *Entreprise*, n. 820.

⁶³¹ ATF 70 II 215 (218 s.), c. 3; BK-KOLLER, n. 294 ad art. 363 CO; TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4049. Ces auteurs considèrent que le maître est également tenu de protéger la personnalité de l'entrepreneur, en appliquant par analogie l'art. 328 CO du contrat de travail (*ibid.*).

⁶³² ATF 113 II 421 (422), c. 2a, DC 1989 p. 17 s., n. 10; BK-BECKER, n. 6 ad art. 365 CO.

⁶³³ Responsabilité d'un garagiste qui, pendant des années, a entreposé à l'extérieur du bâtiment de son garage une Mazeratti qui lui a été confiée pour réparation et qui n'a ensuite pas été réclamée: DC 1990, p. 99 s., n. 131; GAUCH, *Entreprise*, n. 828.

⁶³⁴ BK-KOLLER, n. 275 ad art. 363 CO.

- de ne pas divulguer à des tiers des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pu prendre connaissance lors de l'exécution de l'ouvrage⁶³⁵.

b. Le devoir accessoire de fidélité du mandataire

Le devoir de fidélité du mandataire est prévu à l'art. 398, al. 2, CO⁶³⁶. Le Tribunal fédéral se fonde sur les règles de la bonne foi pour déterminer l'étendue de ce devoir et les obligations accessoires qui en découlent. D'une manière générale, le devoir de fidélité impose au mandataire de veiller au mieux aux intérêts légitimes du mandant et de s'abstenir de tout comportement susceptible de les compromettre⁶³⁷. Il ne vise pas directement à procurer au mandant l'avantage spécifique poursuivi par le contrat, mais plutôt à assurer l'exécution correcte de la prestation⁶³⁸ et à protéger le partenaire contractuel contre toute atteinte dommageable à ses biens juridiques en cours d'exécution du contrat⁶³⁹. Le CO ne contient aucune liste des devoirs accessoires de protection découlant de l'obligation de fidélité⁶⁴⁰. Leur nombre et leur étendue dépendent, avant tout, de l'intensité du rapport de confiance qui lie les parties⁶⁴¹.

Le mandataire est notamment tenu de sauvegarder les droits absolus du mandant, en protégeant, en particulier, sa vie et sa santé⁶⁴², et en gardant

⁶³⁵ BK-KOLLER, n. 276 ad art. 363 CO; GAUCH, *Entreprise*, n. 820; TERCIER, *Contrats spéciaux*, n. 4049; ATF 93 II 272 (277 ss), c. 5.

⁶³⁶ Aux termes de l'art. 328 CO, « le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat ».

⁶³⁷ BK-FELLMANN, n. 251 ad art. 394 CO. Selon cette auteur, le devoir de fidélité est une forme particulièrement intense du principe de la bonne foi (*ibid.*).

⁶³⁸ Ces obligations accessoires, qui découlent également de l'art. 398, al. 2, CO et des règles de la bonne foi, ne sont pas des devoirs de protection; elles ne visent pas à sauvegarder les droits absolus du mandant. On peut citer notamment:

- l'obligation d'éviter les collisions d'intérêts (BK-FELLMANN, n. 34 ad art. 398 CO);
- le devoir de renseigner spontanément le mandant sur toutes les circonstances qui peuvent influencer le succès de la prestation et ainsi remettre en cause – ou pour le moins modifier – la décision du mandant (BK-FELLMANN, n. 143 ss ad art. 398 CO; DERENDINGER, n. 131 ss);
- l'interdiction de la double représentation et l'interdiction de contracter avec soi-même (*Selbstkontrahieren*) (BK-FELLMANN, n. 100 ss ad art. 398 CO).

⁶³⁹ BK-FELLMANN, n. 28 s. ad art. 398 CO.

⁶⁴⁰ DERENDINGER, n. 150.

⁶⁴¹ BK-FELLMANN, n. 26 ad art. 398 CO; DERENDINGER, n. 150.

⁶⁴² BK-FELLMANN, n. 136 *in fine* ad art. 398 CO.

secrets les faits dont il a connaissance dans le cadre de l'exécution du mandat⁶⁴³.

3.2. Les règles de la bonne foi comme instrument de complètement des contrats

a. En général

Il n'est pas rare que les devoirs accessoires de protection découlent d'un complètement de la convention par le juge. Souvent, les cocontractants ne songent pas aux éventuelles atteintes qui pourraient être portées à leurs droits absolus en cours d'exécution du contrat. Dans cette situation, s'ils ne sont pas déjà prévus par la loi (par ex. aux art. 321a, al. 4 et 328 CO), les devoirs accessoires de protection ne peuvent être rattachés au contrat qu'au moyen des règles de complètement des conventions.

Lorsqu'il n'a pas pu déterminer la volonté réelle et concordante des parties au moment de la conclusion du contrat, le juge examine si un complètement de la convention se justifie. Il recherche « normativement » ce que des parties loyales et raisonnables auraient convenu si la lacune du contrat avait été évitée⁶⁴⁴. Le juge se fonde sur la **volonté hypothétique des parties**⁶⁴⁵. En définitive, il examine quelles étaient les attentes légitimes des cocontractants au moment de la conclusion de la convention. Certains auteurs expriment la même idée en précisant que le juge doit interpréter le contrat « selon le principe de la confiance » ou « selon la nature de l'affaire »⁶⁴⁶.

Le complètement d'un contrat suppose ainsi l'existence d'une lacune (b) et le choix d'une méthode de comblement de la convention (c).

⁶⁴³ BK-FELLMANN, n. 36 ad art. 398 CO; DERENDINGER, n. 154. Pour plus de précisions sur le devoir de discrétion et de garder le secret, cf. BK-FELLMANN, n. 39 ss ad art. 398 CO. La violation du secret professionnel par certains mandataires est sanctionnée par l'art. 321 CP. Il s'agit des médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du CO.

⁶⁴⁴ BK-KRAMER, n. 238 ad art. 18 CO; GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 3; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 498 ad art. 18 CO.

⁶⁴⁵ BK-KRAMER, n. 238 ad art. 18 CO; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 486 ss, 498 ss, 530 ss ad art. 18 CO.

⁶⁴⁶ GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1257.

b. L'existence d'une lacune dans le contrat

Les cocontractants se contentent, en général, de régler les points essentiels de leur convention. Comme ils ne peuvent pas anticiper l'ensemble des événements qui pourraient se produire dans le futur, leur contrat n'est jamais complet mais est toujours plus ou moins lacunaire au moment de sa conclusion⁶⁴⁷. Selon la doctrine⁶⁴⁸ et la jurisprudence⁶⁴⁹, une convention est lacunaire lorsque les parties n'ont pas (complètement) réglé conventionnellement par une « norme propre » (*Eigennorm*) un point qu'elles étaient en droit de trancher selon leur autonomie privée⁶⁵⁰ et qui nécessitait une réglementation. En cas de litige, le juge se trouve ainsi confronté à une « insuffisance téléologiquement inadmissible » (« *eine planwidrige Unvollständigkeit* »⁶⁵¹) de la convention. Que les parties aient eu ou non conscience du caractère lacunaire de leur contrat ne joue aucun rôle⁶⁵². En revanche, il n'existe pas de lacune lorsque les cocontractants ont, volontairement, renoncé à une réglementation possible et se sont soumis à l'ordre légal (silence qualifié)⁶⁵³.

Pour déterminer l'existence d'une lacune, le juge doit procéder par voie d'interprétation, en faisant preuve d'une certaine retenue, eu égard au principe de l'autonomie privée⁶⁵⁴. Son rôle n'étant pas de corriger les contrats déséquilibrés⁶⁵⁵, le juge ne peut imposer un devoir accessoire supplémentaire à l'un des cocontractants que si un tel complètement du

⁶⁴⁷ BK-KRAMER, n. 209 ad art. 18 CO; GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 10; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n. 430 ad art. 1 CO.

⁶⁴⁸ BaK-SCHLUEP/AMSTUTZ, n. 45, *Einl. vor Art. 184 ss CO*; BK-KRAMER, n. 213 ad art. 18 CO; DESCHENAUX, TDP II, p. 171; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 486 ad art. 18 CO.

⁶⁴⁹ ATF 122 III 10 (17 s.), c. 5b; ATF 115 II 484 (487 s.), c. 4a.

⁶⁵⁰ Il n'y a pas de lacune, lorsque les cocontractants ont renoncé à régler un point de droit impératif (CR-WINIGER, n. 163 d art. 18 CO).

⁶⁵¹ L'expression « *planwidrige Unvollständigkeit des Vertrags* » correspond à la définition de la lacune selon LARENZ (NJW 1963, p. 738). Elle a été reprise également en droit suisse: cf. par. ex. BaK-SCHLUEP/AMSTUTZ, n. 45, *Einl. vor Art. 184 ff.*; BK-KRAMER, n. 213 ad art. 18 CO.

⁶⁵² BaK-SCHLUEP/AMSTUTZ, n. 45, *Einl. vor Art. 184 ff.*; BK-KRAMER, n. 214 ad art. 18 CO.

⁶⁵³ BaK-WIEGAND, n. 65 ad art. 18 CO; BK-KRAMER, n. 216 ad art. 18 CO; GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 10; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 488 ad art. 18 CO.

⁶⁵⁴ BK-KRAMER, n. 245 ad art. 18 CO.

⁶⁵⁵ Dans ce sens également: BK-KRAMER, n. 245 ad art. 18 CO. Cet auteur précise que le juge ne doit pas non plus corriger les négligences d'une partie en intégrant dans le contrat ce que cette dernière aurait vraisemblablement exigé si elle avait été mieux conseillée au moment de la conclusion du contrat (*ibid.*).

contrat est commandé par les particularités de la convention en cause et intervient à la suite d'une pesée adéquate des intérêts en présence⁶⁵⁶. Dans le doute, le juge doit considérer que les parties ont souhaité s'en remettre à la réglementation légale; leur convention n'est pas lacunaire et ne doit pas être complétée⁶⁵⁷. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que, lorsque les parties à un contrat d'entreprise n'ont pas prévu de clause d'interdiction de concurrence après la fin de leur relation d'affaires, il n'appartient pas au juge de compléter la convention avec un élément supplémentaire qu'elle ne contient pas⁶⁵⁸.

c. Le comblement du contrat

En présence d'une lacune, le juge peut appliquer différentes méthodes pour compléter la convention:

- Lorsque le juge dispose de suffisamment d'indices pour dégager la volonté réelle des parties, il peut combler la lacune en prolongeant les lignes ébauchées dans le contrat⁶⁵⁹.
- Souvent, il n'existe pas d'éléments permettant de déduire la volonté réelle des parties et combler la lacune. Dans ces circonstances, le juge peut créer une norme de droit *modo legislatoris* (art. 1, al. 2, CC). Cette méthode n'intervient que pour trancher une question dont la réponse n'est pas liée aux particularités du cas d'espèce, mais qui est susceptible d'être généralisée⁶⁶⁰.
- Lorsque le juge doit rechercher une solution individuelle adaptée aux circonstances particulières d'un cas d'espèce, il complète la convention selon la méthode casuistique de la volonté hypothétique des parties⁶⁶¹. Il se fonde sur des considérations d'équité (art. 4 CC), tient compte du but du contrat et s'aide de critères objectifs⁶⁶². Il prend en considération

⁶⁵⁶ GAUCH, *Entreprise*, n. 816, p. 241.

⁶⁵⁷ Selon KRAMER, BK, n. 251 ad art. 18 CO, le juge doit faire preuve d'une certaine retenue, lorsqu'un complètement du contrat aurait pour conséquence d'imposer un devoir supplémentaire à la charge d'une des parties.

⁶⁵⁸ ATF 93 II 272 (275 s.), c. 2.

⁶⁵⁹ BK-KRAMER, n. 240 ad art. 18 CO. Selon cet auteur, le juge doit également respecter d'éventuelles dispositions objectivement déraisonnables adoptées par les parties.

⁶⁶⁰ BK-KRAMER, n. 228 ad art. 18 CO.

⁶⁶¹ BK-KRAMER, n. 228 ad art. 18 CO.

⁶⁶² BK-KRAMER, n. 240 ad art. 18 CO. Cf. également ATF 61 I 65 (77), c. 4: « *Der Richter ist darauf angewiesen, festzustellen, welche Ordnung [...] den Regeln von Treu und Glauben gemäss ist, im Rahmen des Vertrages einer angemessenen*

l'ensemble du contrat pour le compléter dans le même esprit et combler la lacune comme l'auraient fait des partenaires loyaux et raisonnables⁶⁶³. Dans cette hypothèse, les parties se voient imposer un « standard moyen » de comportement⁶⁶⁴.

d. La frontière entre l'interprétation et le complètement d'un contrat

En théorie, l'interprétation et le complètement d'une convention se distinguent strictement l'un de l'autre. Un complètement du contrat intervient en cas de lacune. Il suppose que les parties n'ont pas prévu de norme propre (*Eigennorm*)⁶⁶⁵ pour régler une question litigieuse. Le juge n'a d'autre solution que de se fonder sur la volonté hypothétique des cocontractants. A l'inverse, l'interprétation porte sur une règle convenue par les parties et vise à rechercher leur volonté réelle ou probable (*mutmasslich*) en recourant au principe de la confiance⁶⁶⁶.

En pratique, l'interprétation et le complètement d'un contrat sont parfois difficiles à distinguer l'un de l'autre⁶⁶⁷. Il arrive que le juge parle d'interprétation alors qu'en réalité il complète le contrat. Au lieu d'admettre l'existence d'une lacune et de combler celle-ci au moyen d'une norme étrangère à la convention (norme tierce, « *Fremdnorm* »), il préfère « construire » une volonté concordante exprimée tacitement⁶⁶⁸. Dans cette situation, le juge interprète objectivement le contrat en se fondant sur la volonté hypothétique des parties⁶⁶⁹. Il procède de la même manière lorsqu'il complète une convention sans créer une norme de droit *modo legislatoris* (art. 1, al. 2, CC), mais en se fondant sur les circonstances particulières du cas d'espèce.

La difficulté de distinguer l'interprétation du complètement imprègne également la terminologie utilisée. Certains auteurs parlent d'« interprétation

Interessenabwägung gerecht wird und insofern des präsumtiven Parteiwillen entspricht ».

⁶⁶³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1257; ATF 111 II 260 (262), c. 2a.

⁶⁶⁴ BK-KOLLER, n. 270 ss ad art. 363 CO.

⁶⁶⁵ A savoir les règles convenues expressément par les parties (*Eigennorm*).

⁶⁶⁶ Selon ce principe, les manifestations de volonté s'interprètent dans le sens que le destinataire pouvait et devait leur donner selon les règles de la bonne foi (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 192).

⁶⁶⁷ BUCHER, p. 188.

⁶⁶⁸ ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 341 ad art. 18 CO.

⁶⁶⁹ BK-KRAMER, n. 238 ad art. 18 CO; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 486 ss, 498 ss, 530 ss ad art. 18 CO.

complétive ou supplétive » (« *ergänzende Auslegung* »)⁶⁷⁰, alors qu'ils procèdent, en réalité, à un complètement du contrat selon la volonté hypothétique des parties⁶⁷¹.

e. Le complètement du contrat au moyen de devoirs accessoires de protection

Les règles de complètement des conventions aident le juge à fixer l'étendue des obligations découlant d'un contrat et à mettre une limite raisonnable à la responsabilité contractuelle. Un devoir accessoire ne peut être imposé à l'un des cocontractants que s'il présente un lien suffisamment étroit avec la convention des parties. Le Tribunal fédéral a fait usage des règles sur le complètement des contrats dans l'arrêt du skieur blessé lors d'une manœuvre d'évitement d'une congère⁶⁷². A cette occasion, notre haute Cour a imposé à la société de remontées mécaniques le devoir accessoire d'assurer la sécurité des pistes. Le Tribunal fédéral a relevé qu'il existait une relation étroite entre la montée en téléphérique et la descente à ski, qui justifiait de compléter la convention⁶⁷³. En vertu du principe de la confiance, l'usager était en droit d'admettre que la société de remontées mécaniques n'était pas uniquement tenue d'effectuer le transport au sommet des pistes, mais qu'elle devait également assurer la sécurité du domaine skiable⁶⁷⁴. Nous partageons également cette opinion. Selon nous, le devoir d'assurer la sécurité des pistes de ski fait partie des attentes légitimes du skieur.

Le même raisonnement pourrait, à notre sens, s'appliquer également aux contrats qui portent, par ex., sur un traitement médical, des leçons de sport, l'admission dans un internat ou des excursions avec un guide de montagne. Dans toutes ces situations, l'exécution correcte de la convention implique de préserver l'intégrité physique et la santé du créancier. De tels devoirs

⁶⁷⁰ BaK-SCHLUEP, Vorb. vor Art. 184 ff.; SCHLUEP, Innominatverträge, p. 783.

⁶⁷¹ BK-KRAMER, n. 219 ss ad art. 18 CO; KOLLER, OR AT, § 9, n. 560; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 341 ad art. 18 CO.

⁶⁷² ATF 113 II 246. Cf. également 3^e partie, chap. 1, § 1, 1.1.

⁶⁷³ ATF 113 II 246 (249), c. 6a. Une partie de la doctrine conteste l'existence d'une lacune autorisant le juge à imputer aux sociétés de remontées mécaniques un devoir accessoire portant sur la sécurité des pistes de ski: cf. BERGER, p. 68 s.; MOSER, p. 104. Ce raisonnement suppose que les parties aient tacitement renoncé à régler cette question (silence qualifié). Selon nous, il est plus probable que les partenaires (du moins le skieur) n'ont pas envisagé l'éventualité d'un accident au moment de la conclusion du contrat de transport, ce qui autorise le juge à admettre l'existence d'une lacune.

⁶⁷⁴ ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

accessoires de protection sont suffisamment proches du contrat pour le compléter (au besoin).

§ 4 Les devoirs accessoires de protection découlant directement des règles de la bonne foi

Selon la doctrine et la jurisprudence, les règles de la bonne foi peuvent donner naissance à de véritables droits et obligations lorsqu'il existe un rapport juridique particulier entre deux personnes⁶⁷⁵. Tel est le cas dans les relations précontractuelles et dans les domaines sanctionnés par la responsabilité fondée sur la confiance, notamment lorsque des renseignements et des déclarations erronés sont donnés hors contrats⁶⁷⁶.

Dans le domaine contractuel, les devoirs de protection et les autres devoirs accessoires des contrats peuvent découler des règles de la bonne foi⁶⁷⁷. Il reste cependant à déterminer si ces dernières constituent pour autant une véritable source d'obligations en matière contractuelle. La doctrine est partagée:

- La majorité des auteurs considère que tous les devoirs accessoires (y compris les devoirs de protection) ont un fondement contractuel et reposent sur la volonté des parties⁶⁷⁸. Les règles de la bonne foi servent alors à interpréter la convention, afin de dégager les obligations qui en découlent. Elles ne donnent pas directement naissance à des devoirs légaux⁶⁷⁹ indépendants du contrat. Celui-ci demeure le fondement juridique des obligations imposées aux parties. Cette opinion est

⁶⁷⁵ ZK-BAUMANN, n. 6 ad art. 2 CC. Cf. également *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/c/cc.

⁶⁷⁶ ZK-BAUMANN, n. 7 ss ad art. 2 CC. Au sujet de la responsabilité fondée sur la confiance, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 4 et *infra*, 4^e partie, chap. 4.

⁶⁷⁷ GUHL/MERZ/KOLLER, § 2, n. 25; KOLLER, OR AT, § 2, n. 86; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.22.

⁶⁷⁸ GAUCH, *Entreprise*, n. 812, 816, p. 240 s.; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 18; NEUENSCHWANDER, p. 18 s. Cf. également BaK-WIEGAND, *Einl. zu Art. 97-109*, n. 5 et KOLLER, *Grundzüge*, p. 1485: bien qu'ils ne soient pas partisans de la théorie contractuelle, ces deux auteurs relèvent néanmoins que la doctrine majoritaire considère que les devoirs accessoires ont leur source dans la volonté des cocontractants et doivent être rattachés au contrat (*ibid.*).

⁶⁷⁹ Dans le sens où ces devoirs reposent sur la loi (art. 2, al. 1, CC) et non pas sur un contrat.

renforcée par la teneur de l'art. 2, al. 1, CC qui prévoit que les règles de la bonne foi s'appliquent à des droits et obligations existants⁶⁸⁰.

- Un autre courant d'opinions⁶⁸¹ considère que les règles de la bonne foi ne sont pas l'instrument au moyen duquel le juge interprète et complète les contrats, mais qu'elles donneraient directement naissance à des devoirs de comportement (dont font partie les devoirs de protection). Ces devoirs seraient détachés de tout contrat et ne reposeraient plus sur la volonté des parties, mais sur l'art. 2, al. 1, CC.

L'enjeu de cette controverse doctrinale est la théorie du rapport de protection légal uniforme (« *einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis* »)⁶⁸². Affirmer que les devoirs accessoires peuvent découler directement des règles de la bonne foi⁶⁸³ revient à faire un pas important en direction de cette théorie. Celle-ci soutient en effet que certains devoirs de comportement (*Verhaltenspflichten*) – dont font partie les devoirs accessoires de protection – ne reposeraient pas sur l'accord de volonté des parties et n'auraient pas de fondement contractuel, mais découleraient directement d'une obligation générale de loyauté déduite de l'art. 2, al. 1, CC. Ces devoirs naîtraient avec l'entrée en pourparlers précontractuels et subsisteraient pendant l'exécution des prestations contractuelles et même durant la phase de liquidation du contrat⁶⁸⁴.

Pour notre part, nous estimons que, dans le domaine contractuel, la source des obligations des parties doit être avant tout recherchée dans la volonté des cocontractants, le principe de la confiance étant réservé. Selon nous, les règles de la bonne foi servent uniquement à préciser les droits et obligations qui s'imposent aux partenaires sur la base de leur convention, c'est-à-dire

⁶⁸⁰ A ce sujet, cf. également *infra* 3^e partie, chap. 2, § 3 et 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/c/cc.

⁶⁸¹ BaK-WIEGAND, n. 34 s. ad art. 97 CO; le même, *Schuldverhältnis*, p. 89; BERGER, p. 75 ss; BK-KRAMER, *Allg. Einl.*, n. 142 ss, 145; DELCÒ, p. 181 ss; MOSER, p. 97 ss; WALTER, *RJB 132* (1996), p. 279 s. Plus nuancé: KAISER, p. 187 ss. *Contra*: CHAPPUIS, *FS Schmidlin*, p. 243 ss; CR-THÉVENOZ, *Intro. art. 97-109*, n. 7.

⁶⁸² Nous examinerons cette théorie dans le chapitre consacré à la nature juridique des devoirs accessoires de protection: cf. *infra*, 3^e partie, chap. 3, § 4.

⁶⁸³ BaK-WIEGAND, n. 35 ad art. 97 CO; ATF 114 II 57 (64), c. 6d/bb.

⁶⁸⁴ MÜNK-KRAMER, *Einl. vor §§ 241 ff. BGB*. Selon WIEGAND, *Schuldverhältnis*, p. 88 ss et KRAMER, *Allg. Einl.*, n. 144 ss, le principal avantage de la théorie du rapport de protection légal uniforme est de donner un fondement uniforme à la *culpa in contrahendo*, à la violation positive du contrat (sur cette notion, cf. *infra* 4^e partie, chap. 1, 1.4), ainsi qu'à la théorie du contrat comportant un effet protecteur envers les tiers (à ce sujet, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 5).

selon les règles d'interprétation et de complètement des contrats⁶⁸⁵. Lorsque nous étudierons la théorie du rapport de protection légal uniforme, nous constaterons que le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché définitivement la controverse au sujet du rôle joué par les règles de la bonne foi en matière contractuelle⁶⁸⁶. La jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux accidents de ski semble néanmoins indiquer que celui-ci continue de voir le fondement des devoirs accessoires de protection dans le contrat passé entre les parties. Notre haute Cour n'a en effet pas déduit directement l'obligation de sécurité imposée aux sociétés de remontées mécaniques des règles de la bonne foi mais d'un accord de volontés des parties⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ Du même avis: BK-MERZ, n. 121 ss ad art. 2 CC; DESCHENAUX, SPR II, p. 71 ss; GAUCH (Auslegung, Ergänzung und Anpassung, p. 3) qui indique que le juge doit appliquer une méthode qui l'oblige à déterminer « normativement » ce qui vaut comme convenu selon les règles de la bonne foi; ATF 113 II 246 (247 s.), c. 4. Contra: KOLLER, OR AT, § 2, n. 86; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.22; ATF 114 II 57 (65 s.), c. 4.

⁶⁸⁶ Concernant la position du Tribunal fédéral au sujet de la théorie du rapport de protection légal uniforme, cf. *infra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.9.

⁶⁸⁷ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 113 II 246 (247 s.), c. 4. Cf. GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 18; MOSER, p. 103 s.

Chapitre 3: La nature juridique des devoirs accessoires de protection

La nature juridique des devoirs accessoires de protection est controversée. La doctrine majoritaire considère qu'il s'agit de devoirs relatifs⁶⁸⁸, alors qu'un courant minoritaire estime que les devoirs accessoires de protection sont des devoirs généraux imposés par l'ordre juridique. D'autres auteurs défendent une troisième solution et proposent de retenir, en droit suisse, la théorie allemande du rapport de protection légal uniforme (*einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis*)⁶⁸⁹.

§ 1 La théorie délictuelle

1.1. L'assimilation des devoirs accessoires de protection à des devoirs généraux

Les devoirs accessoires de protection ne visent pas à fournir au créancier la prestation promise dans le contrat⁶⁹⁰. Certains auteurs⁶⁹¹ en déduisent que le lien entre les devoirs accessoires de protection et la convention des parties est trop ténu pour que l'on puisse considérer qu'il s'agit d'obligations contractuelles. En conséquence, ils proposent d'assimiler les devoirs accessoires de protection à des devoirs généraux. Les devoirs accessoires de protection ne seraient, en réalité, que l'expression du principe général, imposé par l'ordre juridique et sanctionné aux art. 41 ss CO, interdisant de nuire sans raison légitime à autrui (*neminem laedere*). Leur violation constituerait un acte illicite. Selon les partisans de la théorie délictuelle, les devoirs accessoires de protection doivent être traités comme des devoirs généraux en raison de leur but (a) et de l'absence de manifestations de volonté concordantes des parties portant sur de tels devoirs au moment de la conclusion du contrat (b).

⁶⁸⁸ On parle également de devoirs contractuels ou d'obligations.

⁶⁸⁹ Cf. *supra* 3^e partie, chap. 2, § 4, 4.3 et chap. 3, § 4.

⁶⁹⁰ Cf. *supra* 3^e partie, chap. 1.

⁶⁹¹ KOLLER, OR AT, § 2, n. 89; le même, Grundzüge, p. 1486. En droit français: MAZEAUD, p. 1201 ss; JOURDAIN, Fondement, p. 1196 ss. En droit allemand: MEDICUS, p. 59, 201.

a. *Le but des devoirs accessoires de protection*

Les devoirs accessoires de protection visent à sauvegarder les droits absolus du cocontractant contre toute atteinte dommageable en cours d'exécution d'un contrat. Les devoirs généraux poursuivent dès lors la même finalité que les devoirs accessoires de protection: ils s'efforcent de préserver les biens juridiquement protégés d'une personne⁶⁹².

Selon les partisans de la théorie délictuelle, les devoirs accessoires de protection existent indépendamment d'un contrat ou de tout lien particulier entre les cocontractants⁶⁹³. Ils ne font pas expressément partie du programme contractuel, mais visent à empêcher la commission d'un acte illicite en cours d'exécution de la convention⁶⁹⁴. Preuve en est que la violation des devoirs accessoires de protection n'a, en principe, pas d'effet sur l'exécution des prestations principales du contrat⁶⁹⁵. Par ex., l'artisan chargé de repeindre les murs intérieurs d'une habitation doit veiller à ne pas endommager les meubles qu'il déplace. A défaut, il commettrait un acte illicite en portant atteinte aux biens d'autrui, sans pour autant violer nécessairement sa prestation contractuelle⁶⁹⁶.

b. *L'absence de manifestations de volonté concordantes*

Les partisans de la théorie délictuelle relèvent que la plupart des devoirs accessoires de protection ne font pas l'objet de manifestations expresses de volonté des parties au moment de la conclusion de la convention⁶⁹⁷. Souvent, les partenaires ne songent pas aux atteintes qui pourraient être portées à leurs droits absolus en cours d'exécution du contrat. En tous les cas, la convention va rarement jusqu'à reproduire ces préoccupations⁶⁹⁸. Lorsqu'une partie s'engage, contre rémunération, à effectuer une prestation,

⁶⁹² La sauvegarde des biens juridiquement protégés est typiquement la fonction du droit délictuel: KOLLER, Grundzüge, p. 1490; LÜCHINGER, n. 372; WEBER, Schutzpflichten, p. 756.

⁶⁹³ LÜCHINGER, n. 370.

⁶⁹⁴ BUCHER, p. 336.

⁶⁹⁵ GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 17. Cf. également *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 1.

⁶⁹⁶ L'obligation principale découlant du contrat d'entreprise serait violée, si l'artisan ne peignait pas correctement les locaux.

⁶⁹⁷ La critique adressée par une partie de la doctrine au caractère contractuel des devoirs accessoires de protection ne concerne évidemment pas ceux qui sont expressément prévus par les parties ou ceux qui ressortent directement de la loi (par ex. art. 328 CO). La nature contractuelle de tels devoirs n'est pas contestée.

⁶⁹⁸ KOLLER, Grundzüge, p. 1490; WEBER, Schutzpflichten, p. 740 et 751; WESSNER, Frontières, p. 19.

telle que transporter une personne⁶⁹⁹, organiser un spectacle⁷⁰⁰, fournir un repas ou un logement⁷⁰¹, il n'est pratiquement jamais question des dangers auxquels le client peut être exposé en cours d'exécution de cette prestation. Ce n'est que lorsqu'un dommage survient que la victime songe à rendre responsable son cocontractant⁷⁰². Pour les partisans de la théorie délictuelle, les devoirs accessoires de protection ne découlent pas de la volonté des parties et apparaissent davantage comme des normes de comportement imposées par l'ordre juridique que comme des devoirs contractuels⁷⁰³. Ils doivent, en conséquence, être détachés du contrat et être considérés comme des devoirs généraux.

1.2. *Les critiques à l'encontre de la théorie délictuelle*

L'assimilation des devoirs accessoires de protection à des devoirs généraux est contestée par la doctrine majoritaire⁷⁰⁴, qui relève que les devoirs accessoires de protection ne s'appliquent qu'à des personnes déterminées (a) et liées par un rapport de confiance particulier (b).

a. *Les personnes soumises à des devoirs accessoires de protection*

La responsabilité délictuelle sanctionne la commission d'un acte illicite. Un tel acte survient lorsque l'auteur d'un dommage a violé les règles de précaution et de diligence que la loi lui impose envers n'importe quelle autre personne⁷⁰⁵. Il n'est pas nécessaire que le responsable et la victime

⁶⁹⁹ Cf. par ex. ATF 113 II 246 (250), c. 6c. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral oblige, à titre accessoire, les sociétés de remontées mécaniques à assurer la sécurité des pistes de ski (*ibid.*).

⁷⁰⁰ Cf. par ex. ATF 70 II 215 (218 s.), c. 3. Selon notre haute Cour, l'organisateur d'un feu d'artifice est tenu, à titre accessoire, d'assurer la sécurité des spectateurs durant le spectacle (*ibid.*).

⁷⁰¹ Cf. par ex. ATF 71 II 107 (115), c. 4. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que l'hôtelier était tenu d'assurer la sécurité de ses hôtes. Sa responsabilité est engagée lorsque l'un d'eux est blessé par un concours au pistolet organisé dans son établissement (*ibid.*).

⁷⁰² PATRY, p. 45 s.

⁷⁰³ KOLLER, OR AT, § 2, n. 89; le même, Grundzüge, p. 1486. En droit français: MAZEAUD, p. 1201 ss; JOURDAIN, Fondement, p. 1196 ss. En droit allemand: MEDICUS, p. 59, 201.

⁷⁰⁴ La nature contractuelle des devoirs accessoires de protection est fortement ancrée dans la doctrine suisse: cf. BaK-WIEGAND, n. 35 *in initio* ad art. 97 CO; BK-MERZ, n. 266 ss ad art. 2 CC; CR-THÉVENOZ, n. 23 ad art. 97 CO; SCHWENZER, OR AT, § 4, 4.23.

⁷⁰⁵ HIRSCH, p. 82.

soient liés par un rapport particulier. Les devoirs généraux existent envers quiconque de la même manière et selon la même intensité⁷⁰⁶.

Les devoirs accessoires de protection, en revanche, n'obligent que les cocontractants⁷⁰⁷.

b. *Le rapport de confiance*

L'exécution du contrat augmente les risques d'atteintes portées aux biens juridiques des parties⁷⁰⁸. Lorsqu'ils entrent en relation contractuelle, les partenaires exposent leurs droits absolus à l'influence du cocontractant⁷⁰⁹ et chacun attend que l'autre prenne les mesures de précaution nécessaires à éviter un dommage. Ainsi, l'entreprise de transport doit protéger l'intégrité corporelle de ses clients durant le trajet. Celui qui exploite une installation de bains doit, de la même manière, assurer la sécurité des baigneurs en maintenant les installations dans un état conforme à leur affectation et en garantissant une surveillance⁷¹⁰. Ces devoirs accessoires de protection découlent du rapport de confiance qui lie les partenaires contractuels. Une telle relation n'existe pas en matière délictuelle: les devoirs généraux protègent tout un chacun de la même manière et selon la même intensité, sans tenir compte du lien particulier entre l'auteur du dommage et la victime.

Dès lors, le rapport de confiance entre les partenaires contractuels s'oppose à l'assimilation des devoirs accessoires de protection à des devoirs généraux.

⁷⁰⁶ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 148 s.; BERGER, p. 69; WEBER, Schutzpflichten, p. 755 s.

⁷⁰⁷ Il faut réserver la théorie du contrat comportant un effet de protection envers les tiers. A ce sujet, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 3.

⁷⁰⁸ BERGER, p. 66; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 148; LÜCHINGER, n. 428; SCHMID, Vertragsverletzung, p. 1031; WEBER, Schutzpflichten, p. 753.

⁷⁰⁹ LÜCHINGER, n. 428; SCHMID, Vertragsverletzung, p. 1031.

⁷¹⁰ ATF 113 II 424 (427), c. 1c. Selon le Tribunal fédéral, on ne peut pas exiger d'un surveillant de piscine qu'il conserve constamment une vue sur chaque nageur pour s'assurer que celui-ci reste à la surface ou, s'il plonge, qu'il réapparaisse aussitôt (*ibid.*).

§ 2 La théorie contractuelle

2.1. L'assimilation des devoirs accessoires de protection à des devoirs contractuels

La doctrine majoritaire considère les devoirs accessoires de protection comme des obligations contractuelles reposant sur la volonté des parties⁷¹¹.

Le caractère contractuel des devoirs accessoires de protection est évident lorsque ceux-ci ont été expressément convenus par les parties, qu'ils ressortent de leurs manifestations de volonté expresses ou interprétées selon le principe de la confiance (art. 18 CO) ou qu'ils soient prévus par la loi (par ex. art. 328 et 398, al. 2, CO). Les devoirs accessoires de protection peuvent également résulter d'un complètement de la convention par le juge selon les règles de la bonne foi⁷¹².

2.2. Les critiques à l'encontre de la théorie contractuelle

La nature contractuelle des devoirs accessoires de protection est contestée par une partie de la doctrine, qui estime que le rattachement de ces devoirs à la volonté des parties est une fiction (a). En outre, selon ces auteurs, le rapport de confiance qui lie les cocontractants ne porte pas sur les devoirs accessoires de protection, mais uniquement sur les prestations promises dans le contrat (b).

a. *L'absence de commune et réelle volonté des parties*

Une partie de la doctrine⁷¹³ considère que les devoirs accessoires de protection qui ne sont pas convenus expressément par les cocontractants ni prévus par la loi (art. 328 CO par ex.) ne peuvent pas être rattachés au contrat, car

⁷¹¹ BaK-WIEGAND, n. 35 *in initio* ad art. 97 CO; KOLLER, Grundzüge, p. 1485; NEUENSCHWANDER, p. 18 s. WIEGAND et KOLLER ne sont pas partisans de la théorie contractuelle, mais tous deux constatent néanmoins que leur opinion est minoritaire dans la doctrine (*ibid.*).

⁷¹² Le Tribunal fédéral a notamment complété le contrat de transport passé entre un skieur et une entreprise de téléphérique pour obliger cette dernière à assurer la sécurité des pistes de ski: ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (115), c. 2a/bb; ATF 121 III 358 (360), c. 4a; ATF 113 II 246 (250), c. 6c. Sur le complètement des conventions, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2.

⁷¹³ ABEGGLEN, p. 76; BERGER, p. 50; KOLLER, OR AT, § 10, n. 616; le même, Grundzüge, p. 1490; MOSER, p. 103 ss. WEBER, Schutzpflichten, p. 740, 751, 759, considère en particulier que le caractère contractuel de l'obligation de sécurité imposée aux sociétés de remontées mécaniques relève de la fiction.

ils ne ressortent pas de la volonté concordante des parties. Selon ces auteurs, la constatation d'une telle volonté relève de la fiction lorsqu'elle porte sur des devoirs accessoires de protection qui n'ont même pas été envisagés par les cocontractants au moment de la conclusion du contrat. Dans cette situation, le juge imputerait en réalité aux parties une volonté fictive qu'elles n'ont pas eue et déterminerait le contenu du contrat selon son propre sentiment de justice et d'équité.

Cette critique remet en cause le droit, pour le juge, de combler un contrat lacunaire selon un critère objectif. En l'absence de dispositions légales supplétives, la doctrine et la jurisprudence admettent pourtant que le juge complète la convention selon la volonté hypothétique des parties⁷¹⁴. Selon le Tribunal fédéral, « le juge doit compléter les contrats qui sont valablement conclus mais ne prévoient pas de solution à une difficulté surgie entre parties. En l'absence de dispositions légales supplétives, il ne peut le faire qu'en recherchant ce dont les contractants seraient convenus de bonne foi s'ils avaient envisagé l'hypothèse non réglée; il s'inspire de l'économie du contrat et de son but, et tient compte de l'ensemble des circonstances »⁷¹⁵. En conséquence, le complètement d'un contrat suppose nécessairement une certaine « objectivation » des manifestations de volonté des parties. Le juge doit, néanmoins, faire preuve d'une retenue particulière lorsque les règles de comblement des lacunes conduisent à imposer un devoir supplémentaire à la charge de l'une des parties⁷¹⁶.

b. La remise en cause du rapport de confiance portant sur les devoirs accessoires de protection

Une partie de la doctrine estime que le rapport de confiance particulier qui existe entre les partenaires contractuels doit être relativisé en ce qui concerne les devoirs accessoires de protection⁷¹⁷. En effet, il est rare que les parties pensent aux atteintes susceptibles d'être portées à leurs biens juridiques en cours d'exécution du contrat. La confiance des cocontractants ne porte, en général, que sur les prestations promises dans la convention et

⁷¹⁴ BK-KRAMER, n. 212 ad art. 18 CO; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 498 ss ad art. 18 CO; DESCHENAUX, TDP II, p. 161 s.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1259 ss; BK-MERZ, n. 145 ad art. 2 CC; ATF 107 II 144 (149), c. 3. Pour plus de précisions, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2.

⁷¹⁵ ATF 107 II 144 (149), c. 3 et les références citées. Cf. également GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1457; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 342 ad art. 18 CO.

⁷¹⁶ BK-KRAMER, n. 251 ad art. 18 CO. Sur le complètement des contrats, cf. 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2.

⁷¹⁷ LÜCHINGER, n. 432. PICKER, p. 418 ss. On relèvera cependant que LÜCHINGER est néanmoins partisan de la théorie contractuelle: cf. n. 438.

non sur d'éventuels devoirs accessoires de protection⁷¹⁸. Sous réserve d'une convention expresse des parties, la protection des biens juridiques relève ainsi exclusivement du droit délictuel.

§ 3 La pesée des théories délictuelle et contractuelle

A notre avis, le lien particulier (*Sonderverbindung*) qui existe entre les parties à une convention crée des attentes légitimes des cocontractants concernant la protection de leurs biens juridiques. La conclusion du contrat oblige les partenaires à entrer en contact et expose leurs droits absolus à un risque d'atteinte accru. En conséquence, les devoirs accessoires de protection ne peuvent être assimilés à des devoirs généraux qui s'imposent à tout un chacun de la même manière et selon la même intensité⁷¹⁹. Nous considérons dès lors, avec la doctrine dominante⁷²⁰, que les devoirs accessoires de protection sont de nature contractuelle.

Cette opinion est renforcée par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de complètement des contrats. Notre haute Cour admet en effet que le juge comble une convention lacunaire en se fondant sur la volonté hypothétique des parties. Le Tribunal fédéral rejette ainsi la critique principale adressée à la théorie contractuelle qui est de rattacher au contrat des devoirs qui ne ressortent pas expressément de la volonté des parties⁷²¹.

⁷¹⁸ A ce sujet, cf. LÜCHINGER, n. 431 ss.

⁷¹⁹ LÜCHINGER, n. 415; YUNG, FS SCHÖNENBERGER, p. 164.

⁷²⁰ GABRIEL, p. 36, 44 et 228; GAUCH/SWEET, p. 139; WIDMER, Symposium STARK, p. 67 ss; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 63; GLÄTTLI, p. 36 s.; NEUENSCHWANDER, p. 6 s., 18 s. Contra: KOLLER, OR AT, § 2, n. 89; le même, Grundzüge, p. 1486; MEDICUS, p. 59, 201. Bien qu'il soumette la violation des devoirs accessoires de protection au régime de la responsabilité délictuelle des art. 41 et ss CO, GABRIEL, p. 28, considère que ces devoirs revêtent un caractère relatif, car ils n'existent qu'à la charge et en faveur de personnes déterminées (le créancier et le débiteur). Quant à KOLLER, Grundzüge, p. 1485, il relève que la doctrine majoritaire considère que les devoirs accessoires de protection sont de nature contractuelle.

⁷²¹ A ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 2, 2.2/a.

§ 4 L'alternative proposée par la théorie du rapport de protection légal uniforme⁷²²

4.1. Généralités

La théorie du rapport de protection légal uniforme (*einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis*) prévoit que les parties liées par un rapport particulier doivent adopter un comportement loyal à l'égard du partenaire, conformément aux règles de la bonne foi⁷²³. Elles sont tenues de respecter des devoirs de comportement (*Verhaltenspflichten*)⁷²⁴ qui visent à protéger les parties de toute atteinte à leur intégrité corporelle, à la propriété de leurs biens et à d'autres intérêts ayant une valeur économique qui ne sont pas compris dans les prestations principales du contrat (intérêt à l'intégrité du patrimoine)⁷²⁵.

Les devoirs de comportement ont un contenu varié: ils peuvent consister en des devoirs de protection, de garde, de conseils, d'abstention, d'informations ou de renseignements⁷²⁶. Ces devoirs ne trouvent pas leur source dans l'accord de volontés des parties, mais découlent d'un rapport de protection légal uniforme. Ce dernier débute avec les contacts d'affaires⁷²⁷ et repose

⁷²² La terminologie n'est pas unique: l'expression « rapport de protection légal uniforme » (« *einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis* ») provient de CANARIS, p. 480 et de KRAMER, BK, Allg. Einl., n. 143, 148. D'autres auteurs parlent de « rapport d'obligations légal uniforme » (« *einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis* »): cf. THIELE, p. 654 et, en droit suisse, BK-WEBER, Vorb. zu Art. 97-109, n. 48 s.; FELLMANN, Integration, p. 105; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 85 s., note 11 et 14. Par la suite, l'expression a été simplifiée en « rapport légal d'obligations » (« *gesetzliches Schuldverhältnis* »): cf. MOSER, p. 102 ss; WALTER, RJB 132 (1996), p. 279 s.; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 89 ss. THÉVENOZ, CR, Intro art. 97-109, n. 7, parle, quant à lui, de « rapport légal unique de protection ». Pour notre part, nous utiliserons la terminologie de « rapport de protection légal uniforme ».

⁷²³ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO; WALTER, RJB 132 (1996), p. 279.

⁷²⁴ La terminologie n'est pas uniforme. Certains auteurs préfèrent parler de « devoirs de protection » (« *Schutzpflichten* ») au sens large: cf. CANARIS, p. 475 ss; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 ss. Nous préférons, quant à nous, l'expression « devoirs de comportement » qui évite tout ambiguïté avec les devoirs accessoires de protection qui font l'objet de notre étude. Sur la notion de « devoirs accessoires de protection », cf. 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.2 et 3^e partie, chap. 1.

⁷²⁵ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 97; CR-THÉVENOZ, n. 34 ad art. 97 CO. Sur la notion d'intérêt à l'intégrité du patrimoine, cf. 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3/b.

⁷²⁶ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO.

⁷²⁷ BaK-WIEGAND, n. 35 ad art. 97 CO; le même, Schuldverhältnis, p. 88; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 s.; WALTER, RJB 132 (1996), p. 278 ss.

directement sur les règles de la bonne foi. Il donne naissance à des devoirs de comportement qui existent indépendamment de la conclusion et de la validité d'un contrat⁷²⁸. Ainsi détachés de tout fondement contractuel, les devoirs de comportement peuvent s'appliquer également aux pourparlers précontractuels et obliger des tiers étrangers à la convention des parties⁷²⁹.

Par ex., le devoir accessoire de l'architecte de rendre le maître d'ouvrage attentif à la nécessité de conclure une assurance responsabilité civile⁷³⁰, celui des sociétés de remontées mécaniques d'assurer la sécurité des pistes de ski⁷³¹ et l'obligation du médecin d'informer son patient que le traitement proposé n'est pas pris en charge par l'assurance-maladie⁷³² sont des devoirs de comportement découlant d'un rapport de protection légal uniforme (art. 2, al. 1, CC)⁷³³.

4.2. Une théorie développée par la doctrine allemande

La théorie du rapport de protection légal uniforme prévoit qu'il existe certains devoirs imposés aux parties à un contrat qui ne sont pas convenus ni envisagés par elles au moment de la conclusion de leur convention, sans qu'il s'agisse pour autant de devoirs généraux imposés par l'ordre juridique. Le rapport de protection légal uniforme propose une alternative aux théories contractuelle et délictuelle en matière de devoirs accessoires de protection⁷³⁴.

A l'origine, la théorie du rapport de protection légal uniforme a été développée par CANARIS⁷³⁵ et soutenue, en Allemagne, par une partie importante de la doctrine⁷³⁶. Le législateur allemand l'a récemment adoptée à l'occasion de la loi de modernisation du droit des obligations du 19

⁷²⁸ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 ss; WALTER, RJB 132 (1996), p. 279 ss; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 85 et 87.

⁷²⁹ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 144 s.; WALTER, RJB 132 (1996), p. 290; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 89, 93 s.

⁷³⁰ ATF 111 II 72 (75), c. 3d.

⁷³¹ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (115), c. 2a/bb; ATF 121 III 358 (360), c. 4a; ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

⁷³² ATF 119 II 456.

⁷³³ WALTER, RJB 132 (1996), p. 279.

⁷³⁴ Au sujet de la nature contractuelle ou délictuelle des devoirs accessoires de protection, cf. 3^e partie, chap. 3, § 1 à 3.

⁷³⁵ CANARIS, p. 475 ss.

⁷³⁶ FROST, p. 211 ss, GERNHUBER, p. 26 s.; THIELE, p. 653 ss. Contra: LARENZ, p. 219 ss, qui relève les difficultés de distinction; MEDICUS, p. 59 et 189; STAUDINGER/LÖWISCH, Vorb. zu §§ 275 ff. BGB, n. 26.

novembre 2001 (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002⁷³⁷.

a. La genèse de la théorie

La théorie du rapport de protection légal uniforme part de la distinction d'HEINRICH STOLL⁷³⁸ entre les devoirs visant à fournir au créancier la prestation promise dans le contrat (*status ad quem*)⁷³⁹ et ceux qui protègent uniquement l'intérêt à l'intégrité du patrimoine⁷⁴⁰ du partenaire contractuel (*statu quo*)⁷⁴¹. Les devoirs de comportement font partie de la seconde catégorie: ils ne portent pas sur les obligations principales prévues dans la convention mais s'efforcent de préserver d'autres biens du créancier (atteinte à l'intégrité corporelle, à la propriété ou à d'autres intérêts ayant une valeur économique).

Par la suite, LARENZ a développé la théorie du rapport légal d'obligations sans prestation primaire (*gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*) qui étend la responsabilité contractuelle à des situations qui ne relèvent pas véritablement d'un contrat⁷⁴². Cette théorie a été développée à partir de la *culpa in contrahendo*⁷⁴³. Elle constate que, lors des pourparlers précontractuels, il existe déjà un lien juridique particulier entre les parties qui, certes, ne donne pas (encore) naissance à des prestations contractuelles, mais qui oblige les partenaires à respecter des

⁷³⁷ Le législateur allemand a ajouté un alinéa 2 au § 241 BGB qui prévoit que le rapport d'obligations peut, selon son contenu, obliger chaque partie à respecter les droits, les biens et les intérêts juridiques de l'autre partie (« *Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten* »). A côté des devoirs contractuels (prévus au § 241, al. 1, BGB), le législateur allemand reconnaît ainsi l'existence de devoirs de comportement (appelés devoirs de protection [*Schutzpflichten*]). Ceux-ci s'imposent aux parties liées par un contrat (§ 311, al. 1, BGB) ou une relation précontractuelle (entrée en pourparlers, préparation d'un contrat, autres relations commerciales équivalentes) (§ 311, al. 2, BGB). Le tiers est également tenu de respecter des devoirs de comportement, lorsqu'il suscite une confiance particulière et qu'il influence, de cette manière, les pourparlers contractuels ou la conclusion du contrat (§ 311, al. 3, BGB). Cf. également ci-après: 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3.

⁷³⁸ MÜNK-KRAMER, Einl. vor §§ 241 ff. BGB, n. 79; STOLL, Leistungsstörungen, p. 27.

⁷³⁹ STOLL, Leistungsstörungen, p. 27.

⁷⁴⁰ Sur la notion d'intérêt à l'intégrité du patrimoine (*Integritäts- oder Erhaltungsinteresse*), cf. 2^e partie, § 3, 3.3/b.

⁷⁴¹ STOLL, Leistungsstörungen, p. 27, parle de devoirs de protection.

⁷⁴² LARENZ, p. 12 ss, 104 ss.

⁷⁴³ Sur la notion de *culpa in contrahendo*, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 963 ss.

devoirs de comportement⁷⁴⁴. Selon la théorie du rapport légal d'obligations sans prestation primaire, les devoirs de comportement se transforment, après la conclusion d'un contrat valable, en des devoirs contractuels, dont la violation constitue une exécution défectueuse du contrat.

La théorie du rapport de protection légal uniforme énoncée par CANARIS reprend, en partie, celle du rapport légal d'obligations sans prestation primaire. Contrairement à ce que prévoit cette dernière, CANARIS considère que les devoirs de comportement découlant du rapport de protection légal uniforme ne se transforment pas en des devoirs contractuels après la conclusion du contrat⁷⁴⁵, mais continuent d'exister en marge du rapport de prestation découlant de la convention des parties. La violation des devoirs de comportement entraîne une responsabilité fondée sur la confiance reposant directement sur les règles de la bonne foi⁷⁴⁶.

b. L'énoncé de la théorie

La théorie du rapport de protection légal uniforme prévoit que les parties à un rapport particulier sont tenues, dès les pourparlers, à des devoirs de comportement indépendants de leur volonté. Ces devoirs ne reposent pas sur la conclusion d'un contrat, mais découlent directement du principe de la bonne foi (art. 2, al. 1, CC)⁷⁴⁷. Ils prennent naissance dès que les parties entrent en relation précontractuelle et continuent de s'appliquer durant les phases de l'exécution et de la liquidation du contrat⁷⁴⁸.

CANARIS formule ainsi sa théorie⁷⁴⁹: tous les devoirs de comportement⁷⁵⁰ trouvent leur fondement dans un rapport de protection légal uniforme qui commence par l'acceptation des contacts d'affaires et qui, après plusieurs étapes – début des pourparlers contractuels, conclusion du contrat, entrée dans la phase d'exécution du contrat – s'intensifient. Ils revêtent un caractère légal et non pas contractuel, car ils se forment indépendamment

⁷⁴⁴ LARENZ, p. 10 s., parle « des autres règles de comportement » (« *weitere Verhaltensregeln* »); plus nuancé: DELCÒ, p. 185.

⁷⁴⁵ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 143; ABEGGLEN, p. 149.

⁷⁴⁶ ABEGGLEN, p. 149, note 181; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 94, considère que le rapport légal d'obligations et la responsabilité fondée sur la confiance sont des institutions complémentaires.

⁷⁴⁷ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel, n. 69 ad art. 2 CC. Selon ces auteurs, le rapport de protection légal uniforme donne naissance à des devoirs de comportement qui sont pas de nature délictuelle ni de nature contractuelle (« *weder deliktischer noch vertraglicher Natur* ») (*ibid.*).

⁷⁴⁸ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 144 s.; WALTER, RJB 132 (1996), p. 290.

⁷⁴⁹ CANARIS, p. 479; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 143.

⁷⁵⁰ CANARIS, p. 475 ss, préfère parler de devoirs de protection (*Schutzpflichten*).

de la volonté des parties. Ils trouvent leur justification juridique dans le principe de la confiance et leur fondement de droit positif dans le § 242 BGB⁷⁵¹.

4.3. La situation en droit suisse

Une partie de la doctrine⁷⁵², principalement en Suisse alémanique, propose d'introduire la théorie du rapport de protection légal uniforme en droit suisse. Selon ces auteurs, la base légale serait constituée par l'art. 2, al. 1, CC. La reconnaissance, en droit suisse, du rapport de protection légal uniforme conduirait à une modification fondamentale du rapport d'obligations que nous connaissons aujourd'hui. Celui-ci deviendrait une relation juridique complexe à trois niveaux:

- Le premier niveau serait composé des devoirs principaux⁷⁵³.
- Le second comprendrait les devoirs accessoires qui se rapportent aux prestations promises dans le contrat et qui visent à assurer son exécution correcte⁷⁵⁴.
- Le dernier regrouperait les devoirs de comportement qui ont pour but de protéger, dès le début des pourparlers, le partenaire contre toute atteinte à son intégrité corporelle, à sa propriété et à ses autres intérêts ayant une valeur économique, à l'exception des prestations promises dans le contrat (intérêt à l'intégrité du patrimoine)⁷⁵⁵. Les devoirs de comportement formeraient le troisième et plus bas niveau et constitueraient le socle commun à tous rapports d'obligations.

⁷⁵¹ Cette disposition légale correspond à l'art. 2, al. 1, CC du droit suisse.

⁷⁵² BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 ss; BaK-WIEGAND, n. 34 s. ad art. 97 CO; le même, Schuldverhältnis, p. 86, note 14 et p. 89 [WIEGAND utilise la terminologie de « rapport légal d'obligations » (« gesetzliches Schuldverhältnis »)]; BERGER, p. 64 ss; DELCÔ, p. 181 ss; MOSER, p. 101 ss; WALTER, RJB 132 (1996), p. 279 s. Plus nuancé: KAISER, p. 187 ss. Contra: CHAPPUIS, FS SCHMIDLIN, p. 243 ss; CR-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, n. 7.

⁷⁵³ Sur la notion de devoirs principaux du contrat, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 1.

⁷⁵⁴ Ces obligations sont des devoirs de prestation accessoires. A ce sujet, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.1/b.

⁷⁵⁵ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 ss; CANARIS, p. 479.

4.4. Le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs de comportement découlant du rapport de protection légal uniforme

Selon ses partisans, la théorie du rapport de protection légal uniforme est comprise dans l'institution juridique plus générale de la responsabilité fondée sur la confiance⁷⁵⁶ et soumise au régime de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO)⁷⁵⁷. Selon ces auteurs, les devoirs de comportement découlent des règles de la bonne foi et sont la conséquence d'un rapport individualisé existant à l'égard d'un partenaire déterminé. Contrairement à des devoirs généraux, ils ne s'imposent pas envers tout un chacun de la même manière et selon la même intensité⁷⁵⁸, mais supposent l'existence d'une relation de confiance. En conséquence, la violation des devoirs de comportement doit être appréhendée par les art. 97 ss CO⁷⁵⁹. La théorie contractuelle⁷⁶⁰ et celle du rapport de protection légal uniforme conduisent ainsi à appliquer le régime de la responsabilité contractuelle⁷⁶¹. Que l'on retienne l'une ou l'autre, la violation des devoirs accessoires de protection est toujours soumise aux art. 97 ss CO. Cette constatation relativise, dans une mesure importante, la controverse concernant la nature juridique des devoirs accessoires de protection et la portée pratique de la théorie du rapport de protection légal uniforme.

⁷⁵⁶ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 151; BERGER, p. 75, 81; MOSER, p. 117; WALTER, RJB 132 (1996), p. 273 s.; WEBER, Schutzpflichten, p. 750; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 94;

⁷⁵⁷ La doctrine majoritaire soumet la responsabilité fondée sur la confiance au régime contractuel: cf. *infra*, 4^e partie, chap. 4, § 4, 4.4.

⁷⁵⁸ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 149.

⁷⁵⁹ MOSER, p. 116 s.; WALTER, RJB 132 (1996), p. 282 s. Même si le Tribunal fédéral n'a pas clairement déterminé quel régime, celui de la responsabilité contractuelle ou celui de la responsabilité délictuelle, s'applique par analogie aux modalités de la responsabilité fondée sur la confiance, il semble approprié, d'une manière générale, de donner la préférence à la responsabilité contractuelle: cf. notamment ATF 128 III 324 (329), c. 2.5.

⁷⁶⁰ Selon cette théorie, les devoirs accessoires de protection sont des devoirs contractuels ordinaires reposant sur la volonté des parties: à ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 2.

⁷⁶¹ BERGER, p. 69, 82, 86; MOSER, p. 103; WEBER, Schutzpflichten, p. 757.

4.5. L'enjeu de la théorie

a. *La culpa in contrahendo et le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers*

Selon la doctrine majoritaire⁷⁶², le fondement juridique des devoirs accessoires repose sur la conclusion du contrat et sur la volonté des parties. Les devoirs de protection, comme les autres devoirs accessoires, font partie du contenu de la convention dès la conclusion de celle-ci, même en l'absence de manifestations de volonté expresses s'y rapportant. On part en effet de l'idée que le contrat crée, pour les parties, des attentes légitimes qui doivent être respectées en vertu des règles de la bonne foi⁷⁶³.

Les partisans de la théorie du rapport de protection légal uniforme considèrent que les règles de la bonne foi donnent naissance directement à des devoirs de comportement qui ne reposent pas sur la volonté des parties. Le principal intérêt de cette théorie est de dégager des devoirs de comportement qui ne sont pas liés à l'existence ou à la validité d'un contrat⁷⁶⁴. Détachés de leur fondement contractuel, ces devoirs peuvent s'imposer aux partenaires lorsque le contrat se révèle nul ou a été invalidé. Ils peuvent également être étendus à la phase des pourparlers et protéger des tiers étrangers au contrat⁷⁶⁵. Cette théorie permet ainsi de donner un fondement uniforme à toutes les violations de devoirs de comportement, qu'elles surviennent lors des pourparlers précontractuels (*culpa in contrahendo*)⁷⁶⁶, en cours d'exécution d'un contrat ou dans sa phase de liquidation.

b. *La coexistence des devoirs de comportement et des devoirs contractuels*

Lorsqu'un contrat est valablement conclu, les devoirs de comportement fondés sur l'art. 2, al. 1, CC coexistent avec les obligations contractuel-

⁷⁶² BaK-WIEGAND, n. 35 ad art. 97 CO; KOLLER, Grundzüge, p. 1485, NEUENSCHWANDER, p. 18 s. WIEGAND et KOLLER ne sont pas partisans de la théorie contractuelle, mais tous deux constatent néanmoins que leur opinion est minoritaire dans la doctrine (*ibid*).

⁷⁶³ En cas de lacune dans la convention des parties, il appartient au juge d'interpréter le contrat selon les règles de la bonne foi pour déterminer si un devoir accessoire de protection incombe ou non au débiteur. Sur le complètement du contrat, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2.

⁷⁶⁴ CANARIS, p. 479.

⁷⁶⁵ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 144 s.; MOSER, p. 114 s.; WALTER, RJB 132 (1996), p. 290; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 89 et 93 s.

⁷⁶⁶ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO.

les⁷⁶⁷. La théorie du rapport de protection légal uniforme a ainsi pour effet d'imposer trois sortes d'obligations au débiteur: la prestation promise dans le contrat, les devoirs accessoires qui la complètent et les devoirs de comportement qui découlent directement des règles de la bonne foi.

c. *L'alternative aux théories contractuelle et délictuelle*

Nous avons vu que la nature juridique des devoirs accessoires de protection est controversée⁷⁶⁸. Certains auteurs estiment qu'il s'agit de devoirs contractuels⁷⁶⁹, alors que d'autres les assimilent à des devoirs généraux⁷⁷⁰. Une partie de la doctrine⁷⁷¹ rejette l'une et l'autre solution et retient la théorie du rapport de protection légal uniforme. Selon ses auteurs, l'art. 2, al. 1, CC donne naissance à des devoirs de comportement qui protègent notamment les droits absolus des cocontractants⁷⁷². Les devoirs accessoires de protection seraient ainsi compris dans les devoirs de comportement déduits directement des règles de la bonne foi et détachés de tout contrat.

La théorie du rapport de protection légal uniforme a le mérite de proposer une alternative aux théories contractuelle⁷⁷³ et délictuelle⁷⁷⁴.

⁷⁶⁷ La doctrine parle également de devoirs de prestation (*Leistungspflichten*): BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 91 ss; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, p. 107; LARENZ, p. 8 s.; NEUENSCHWANDER, p. 3 s.

⁷⁶⁸ A ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 1 et 2.

⁷⁶⁹ C'est l'opinion de la doctrine majoritaire: cf. BaK-WIEGAND, n. 35 *in initio* ad art. 97 CO.

⁷⁷⁰ KOLLER, OR AT, § 2, n. 89; le même, Grundzüge, p. 1486. En droit français: JOURDAIN, Fondement, p. 1196 ss; MAZEAUD, p. 1201 ss. En droit allemand: MEDICUS, p. 59, 201.

⁷⁷¹ BK-KOLLER, n. 270 ad art. 363 CO; le même, Grundzüge, p. 1490; BK-WEBER, n. 78 ad art. 97 CO; le même, Schutzpflichten, p. 740, 745; DELCÒ, p. 185; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2568; MOSER, p. 104; PATRY, p. 61 s.

⁷⁷² Les devoirs de comportement découlant du rapport de protection légal uniforme protègent non seulement les droits absolus des parties, mais également leurs autres intérêts ayant une valeur économique (intérêt à l'intégrité du patrimoine). Ils comprennent également des obligations d'information, tels que le devoir de l'architecte de rendre le maître d'ouvrage attentif à la nécessité de conclure une assurance responsabilité civile, celui des sociétés de remontées mécaniques d'assurer la sécurité des pistes de ski, et l'obligation du médecin d'informer son patient que le traitement proposé n'est pas pris en charge par l'assurance-maladie (WALTER, RJB 132 [1996], p. 279).

⁷⁷³ Au sujet de la nature contractuelle des devoirs accessoires de protection, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 2.

⁷⁷⁴ Au sujet de la nature délictuelle des devoirs accessoires de protection, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 1.

4.6. Les caractéristiques du rapport de protection légal uniforme

Au vu de ce qui précède, le rapport de protection légal uniforme présente les caractéristiques suivantes:

1. Il ne prend pas naissance au moment de la conclusion du contrat, mais au stade précontractuel, dès l'entrée en pourparlers⁷⁷⁵. A ce moment, les parties sont liées par un rapport particulier et exposent leurs biens juridiques à un risque d'atteinte accru⁷⁷⁶. Le rapport de protection légal uniforme subsiste durant l'exécution du contrat ainsi que dans sa phase de liquidation⁷⁷⁷.
2. Il ne se fonde pas sur la volonté des parties et existe indépendamment de tout contrat.
3. Il trouve sa justification dans le principe de la confiance et se fonde sur l'art. 2, al. 1, CC.
4. Il donne naissance à des devoirs de comportement qui poursuivent un but différent des obligations contractuelles: ils ne visent pas à procurer au créancier l'avantage spécifique promis par le contrat (*status ad quem*), mais s'efforce de sauvegarder l'intérêt à l'intégrité du patrimoine des cocontractants. Les devoirs de comportement servent à protéger l'intégrité corporelle, la propriété ainsi que les autres intérêts des partenaires contractuels ayant une valeur économique, pour autant qu'ils ne soient pas compris dans les prestations principales du contrat (*statu quo*)⁷⁷⁸.
5. Il impose des devoirs de comportement non seulement aux cocontractants, mais également à des tiers étrangers à la convention⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 92.

⁷⁷⁶ BERGER, p. 73; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 148; LÜCHINGER, n. 429.

⁷⁷⁷ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 ss; WALTER, RJB 132 (1996), p. 280 ss; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 88 ss.

⁷⁷⁸ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 97; CR-THÉVENOZ, n. 34 ad art. 97 CO. Sur la notion d'intérêt à l'intégrité (ou de conservation) du patrimoine *Integritäts- oder Erhaltungsinteresse*, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3.

⁷⁷⁹ A ce sujet, cf. la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers, *infra*, 4^e partie, chap. 5.

4.7. Les motifs invoqués à l'appui de la théorie du rapport de protection légal uniforme

1. Pour les partisans⁷⁸⁰ de la théorie du rapport de protection légal uniforme, le rattachement au contrat des devoirs accessoires correspondrait, en réalité, à une fiction⁷⁸¹. Ces devoirs ne reposeraient pas sur la volonté des parties, mais seraient déduits d'une pesée objective des intérêts en présence⁷⁸². Ces auteurs prennent l'exemple du devoir imposé aux sociétés de remontées mécaniques d'assurer la sécurité des pistes de ski⁷⁸³. Le Tribunal fédéral a retenu qu'un tel devoir accessoire découlait du contrat de transport passé entre le skieur et l'entreprise de téléphérique. Il a indiqué que l'utilisateur d'un télésiège était en droit de considérer, selon le principe de la confiance, que la société de remontées mécaniques devait exécuter non seulement sa prestation principale de transport, mais qu'elle devait également veiller, à titre accessoire, à la sécurité des pistes⁷⁸⁴. En réalité, au moment de la conclusion du contrat, les parties n'ont pas songé aux accidents susceptibles de se produire sur les pistes de ski. Le devoir de sécurité est imposé par le juge sur la base des règles de la bonne foi; il ne se fonde pas, en réalité, sur la volonté des parties et ne peut ainsi pas être rattaché au contrat de transport⁷⁸⁵.

Selon WIEGAND⁷⁸⁶, cette manière de compléter un contrat en imputant une volonté fictive aux parties n'est pas limitée à quelques cas isolés ayant trait à des devoirs accessoires de protection. Le Tribunal fédéral a imposé de nombreuses obligations accessoires détachées des prestations principales du contrat. Tel est le cas de l'architecte qui est tenu de rendre le maître attentif à la nécessité de conclure une assurance responsabilité civile en rapport avec les travaux à effectuer⁷⁸⁷, du médecin qui doit informer son patient lorsque les frais d'un traitement ne sont pas couverts par l'assurance maladie⁷⁸⁸ et du gérant de fortune

⁷⁸⁰ BaK-WIEGAND, n. 34 s. ad art. 97 CO; le même, Schuldverhältnis, p. 86, note 14 et p. 89; BERGER, p. 64 ss; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 ss; DELCÒ, p. 181 ss; MOSER, p. 101 ss; WALTER, RJB 132 (1996), p. 279 s.

⁷⁸¹ BERGER, p. 68 et 72; MOSER, p. 103; WEBER, Schutzpflichten, p. 740, 759.

⁷⁸² MOSER, p. 104.

⁷⁸³ ATF 113 II 246.

⁷⁸⁴ ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

⁷⁸⁵ MOSER, p. 104.

⁷⁸⁶ BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 5 ss; le même, Schuldverhältnis, p. 85; le même, recht 1990, p. 136 ss.

⁷⁸⁷ ATF 111 II 72 (75), c. 3d.

⁷⁸⁸ ATF 119 II 456 (460 s.), c. 2d.

qui a l'obligation d'orienter son mandant sur le passage à une stratégie de placement plus risquée⁷⁸⁹.

2. Les défenseurs de la théorie du rapport de protection légal uniforme font valoir que les devoirs de comportement présentent plusieurs avantages essentiels par rapport aux devoirs contractuels: d'une part, ils peuvent être étendus à la phase des pourparlers et, d'autre part, ils protègent des tiers non parties au contrat⁷⁹⁰. Si la théorie du rapport de protection légal uniforme était retenue en droit suisse, elle permettrait de donner un fondement juridique commun à la *culpa in contrahendo*⁷⁹¹ de même qu'au contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers⁷⁹². Les relations entre les parties seraient ainsi soumises au même régime juridique, « qu'elles surviennent avant la passation du contrat, sous l'empire de la convention ou après son extinction »⁷⁹³.
3. Les partisans de la théorie du rapport de protection légal uniforme relèvent en outre que les devoirs de comportement peuvent également s'imposer aux parties lorsque le contrat est nul (par ex. pour vice de forme) ou qu'il a été invalidé (art. 31, al. 1, CO)⁷⁹⁴. Ils peuvent même obliger les cocontractants après la fin du rapport contractuel si les règles de la bonne foi le commandent. Prenons l'exemple d'un médecin qui, quelque temps après l'achèvement d'un traitement, apprend que les médicaments dispensés risquent, selon une forte probabilité, de nuire gravement à la santé du patient. Dans cette situation, le rapport de protection légal uniforme impose au mandataire de préserver les intérêts du mandant conformément aux règles de la bonne foi. Cette obligation incombe au médecin bien que les parties ne sont plus liées par un contrat de soins⁷⁹⁵.

⁷⁸⁹ ATF 115 II 62 (66 s.), c. 3d.

⁷⁹⁰ MÜNK-KRAMER, n. 84, Einl. vor §§ 241 ff. BGB.

⁷⁹¹ BaK-WIEGAND, n. 35 ad art. 97 CO.

⁷⁹² BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 144 ss.

⁷⁹³ SJ 1999, p. 113 (117), c. 3a.

⁷⁹⁴ MÜNK-KRAMER, n. 82, Einl. vor §§ 241 ff. BGB. Selon la théorie du rapport de protection légal uniforme, les devoirs de comportement se fondent, en effet, sur l'art. 2, al. 1, CC et non pas sur un contrat.

⁷⁹⁵ WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 94.

4.8. Les raisons conduisant au rejet de la théorie du rapport de protection légal uniforme

La théorie du rapport de protection légal uniforme a séduit une partie importante de la doctrine mais se heurte également à de nombreuses critiques. On peut les résumer ainsi:

1. Pour justifier la théorie du rapport de protection légal uniforme, certains auteurs font valoir que la plupart des devoirs accessoires de protection n'ont pas été convenus expressément ou tacitement par les parties et que leur rattachement au contrat constitue une fiction⁷⁹⁶. La jurisprudence⁷⁹⁷ et la doctrine majoritaire⁷⁹⁸ reconnaissent, en revanche, au juge le droit de compléter une convention lacunaire⁷⁹⁹ en l'interprétant objectivement afin de déterminer ce que des parties raisonnables et loyales auraient convenu dans la même situation⁸⁰⁰. Pour ce faire, le juge s'inspire de l'économie du contrat et de son but, et tient compte de l'ensemble des circonstances⁸⁰¹. De tels devoirs sont bien de nature contractuelle, même s'ils ne reposent pas sur la volonté expresse ou tacite des parties⁸⁰².
2. Selon la théorie du rapport de protection légal uniforme, les parties liées par un rapport particulier⁸⁰³ sont tenues de respecter des devoirs de comportement découlant directement de l'art. 2, al. 1, CC, indépendamment de la conclusion d'un contrat. Ce point de vue est critiquable. A notre sens, les règles de la bonne foi servent à interpréter et à compléter un contrat, afin de dégager les devoirs accessoires qui en découlent. Elles ne sont que la source indirecte de ces devoirs. Ainsi, l'obligation

⁷⁹⁶ BERGER, p. 50; KOLLER, Grundzüge, p. 1490; MOSER, p. 103; OFTINGER, Auslegung und Ergänzung, p. 208; WEBER, Schutzpflichten, p. 759; YUNG, Interprétation, p. 59 ss.

⁷⁹⁷ ATF 115 II 484 (488), c. 4b; ATF 111 II 260 (262), c. 2a; ATF 107 II 144 (149), c. 3.

⁷⁹⁸ BK-KRAMER, n. 238 ss ad art. 18 CO; BK-SCHMIDLIN, n. 23 ad art. 2 CO; CR-WINIGER, n. 168 ad art. 18 CO; GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung, p. 12; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1257 ss; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 498 ss ad art. 18 CO.

⁷⁹⁹ BK-KRAMER, n. 212 ad art. 18 CO; CR-WINIGER, n. 161 ad art. 18 CO.

⁸⁰⁰ Le juge recherche la volonté hypothétique des parties. Pour plus de précisions à ce sujet, cf. 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2/c.

⁸⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 1259 s.; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 537 ad art. 18 CO.

⁸⁰² BK-KRAMER, n. 209 ss ad art. 18 CO; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 483 s. ad art. 18 CO.

⁸⁰³ Un rapport juridique particulier existe lors des pourparlers, pendant l'exécution du contrat et même dans la phase post-contractuelle: cf. ZK-BAUMANN, n. 7 et 12 ad art. 2 CC.

incombant aux cocontractants de protéger les droits absolus du partenaire est la conséquence du rapport contractuel qui les lie et repose, en réalité, sur la volonté des parties⁸⁰⁴.

Les devoirs accessoires de protection ont donc un fondement contractuel et non légal (art. 2, al. 1, CC).

3. La théorie du rapport de protection légal uniforme ne permet pas de fixer des limites raisonnables à la responsabilité, car elle ne fournit pas au juge de critères précis pour déterminer l'étendue des devoirs de comportement découlant des règles de la bonne foi. Ces derniers imposent aux partenaires d'observer une obligation générale de loyauté (art. 2, al. 1, CC) aux contours imprécis et au contenu varié pouvant consister aussi bien en des devoirs de protection, de garde, de conseils, d'abstention, d'informations ou de renseignements⁸⁰⁵. Le juge dispose ainsi d'un pouvoir d'appréciation trop étendu. En revanche, dans le domaine contractuel, ce dernier doit compléter la convention en respectant des règles strictes. Il doit déterminer l'existence d'une lacune puis combler la convention en s'inspirant du but du contrat et en tenant compte de l'ensemble des circonstances⁸⁰⁶. Les règles sur le complètement des conventions l'obligent à procéder à un examen concret et circonstancié de chaque espèce. Elles l'aident davantage, en pratique, à respecter l'économie du contrat que l'obligation générale de loyauté à laquelle se réfère la théorie du rapport de protection légal uniforme.
4. La théorie du rapport de protection légal uniforme propose une distinction entre les devoirs contractuels⁸⁰⁷ et les devoirs de comportement découlant des règles de la bonne foi, qui peut s'avérer particulièrement compliquée⁸⁰⁸. Les devoirs de comportement obligent les parties à adopter un comportement loyal et à protéger les droits

⁸⁰⁴ Selon HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel, n. 59 ad art. 2 CC, cette opinion correspond à celle de la doctrine traditionnelle quant au rôle joué par les règles de la bonne foi dans les rapports contractuels. Pour plus de précisions à ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 2, § 4.

⁸⁰⁵ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO.

⁸⁰⁶ ATF 107 II 144 (149), c. 3. Pour davantage de précisions sur le complètement des conventions, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2.

⁸⁰⁷ La doctrine parle également de « devoirs de prestation » (« *Leistungspflichten* »): BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 91 ss; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, p. 107; LARENZ, p. 8 s.; NEUENSCHWANDER, p. 3 s. Au sujet des « devoirs de prestation », cf. 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.1.

⁸⁰⁸ DELCÒ, p. 185; LARENZ, p. 120; MIDDENDORF, n. 230.

absolus du partenaire, à le conseiller ou à le renseigner. Ils peuvent avoir le même objet que les devoirs découlant du contrat. Ils s'en distinguent cependant par le but qu'ils poursuivent: les devoirs contractuels visent l'exécution correcte des prestations promises dans le contrat, tandis que les devoirs de comportement s'efforcent de protéger d'autres biens du créancier non appréhendés par les prestations principales du contrat (l'intégrité corporelle, la propriété et d'autres intérêts ayant une valeur économique⁸⁰⁹).

La mise en œuvre pratique de ce critère de distinction est délicate, notamment dans les contrats de services⁸¹⁰. Prenons l'exemple du mandat. Le mandataire s'efforce, à titre principal, d'exécuter l'affaire ou le service confié avec diligence, selon les instructions du mandant (art. 394, al. 1, CO). Son devoir de fidélité (art. 398, al. 2, CO) l'oblige, à titre accessoire, à sauvegarder, d'une manière générale, les intérêts du maître en rapport avec l'exécution du contrat⁸¹¹. Ces deux obligations sont difficiles à distinguer l'une de l'autre, en particulier lorsque les contours du devoir principal ne sont pas définis précisément⁸¹². Ainsi, lorsqu'un avocat s'engage à défendre au mieux les intérêts de son client, l'intérêt positif et l'intérêt à l'intégrité du patrimoine se recoupent dans une mesure importante. L'homme de lois, consulté pour engager une procédure civile, viole-t-il un devoir accessoire de prestation ou un devoir de comportement lorsqu'il n'informe pas son client des faibles chances de succès d'un procès?⁸¹³ Si la théorie du rapport de protection légal uniforme était retenue, elle obligerait le juge à procéder à des distinctions difficiles entre les différents devoirs qui s'imposent aux cocontractants. Elle compliquerait ainsi, de manière inutile, l'administration de la justice.

⁸⁰⁹ On parle d'intérêt à l'intégrité (ou à la conservation) du patrimoine. Sur cette notion, cf. BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 98 et *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3/b.

⁸¹⁰ MOSER, p. 101. A ce sujet, cf. 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.4.

⁸¹¹ BK-FELLMANN, n. 23 ad art. 398 CO.

⁸¹² Par ex., le médecin doit soigner son patient avec la diligence requise et l'avocat est tenu de défendre au mieux son client dans une procédure déterminée.

⁸¹³ Dans cet exemple, on peut, à notre avis, reprocher à l'avocat aussi bien de ne pas exécuter le contrat avec tout le soin nécessaire (devoir de prestation) que de porter atteinte, d'une manière générale, aux intérêts économiques du mandant en lui occasionnant des frais de procédure inutiles (devoir de comportement). Sur la difficulté de distinguer entre les devoirs de prestation visant l'intérêt à l'exécution et les devoirs de comportement protégeant l'intérêt à l'intégrité du patrimoine du créancier, cf. *supra* 2^e partie, chap. 3, § 3.

5. La théorie du rapport de protection légal uniforme ne présente qu'un intérêt pratique limité, puisqu'elle conduit également à appliquer les règles de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) à la violation des devoirs de comportement découlant des règles de la bonne foi.

4.9. La position du Tribunal fédéral

La position du Tribunal fédéral concernant la théorie du rapport de protection légal uniforme est controversée en doctrine. Pour de nombreux auteurs, notre haute Cour a reconnu cette théorie dans sa jurisprudence relative à la responsabilité fondée sur la confiance⁸¹⁴. A cette occasion, le Tribunal fédéral a admis qu'une situation de confiance particulière entre deux partenaires pouvait générer des devoirs de loyauté (ou devoirs de comportement) détachés de la volonté des parties et reposant directement sur les règles de la bonne foi⁸¹⁵. Dans deux arrêts non publiés au recueil officiel⁸¹⁶, notre haute Cour a fait un pas supplémentaire en direction d'une reconnaissance de la théorie du rapport de protection légal uniforme en l'appliquant dans deux cas d'espèce:

- Dans la première affaire⁸¹⁷, l'exploitant d'un café-restaurant avait signé un contrat de remise de commerce pour un prix de Fr. 830'000.-. La convention était subordonnée à la condition que les acheteurs obtiennent un bail commercial. Après avoir établi un projet de bail non signé de dix ans arrêtant le montant du loyer et de la garantie, les acheteurs avaient renoncé à la conclusion du contrat, car ils n'avaient pu obtenir des banques le financement nécessaire. Le Tribunal fédéral a retenu une responsabilité fondée sur la confiance à la charge des acheteurs (responsabilité précontractuelle). Il a estimé que ces derniers avaient signé le contrat de remise de commerce conditionnel, alors qu'ils auraient dû se rendre compte qu'ils ne disposaient pas des ressources

⁸¹⁴ LOSER, p. 90 ss; MORIN, p. 22 ss; MOSER, p. 97 ss; MOSER/BERGER, p. 547; WALTER, RJB 132 (1996), p. 283; BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 11; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 85. Contra: CHAPPUIS, FS SCHMIDLIN, p. 244; MIDDENDORF, n. 220; WYSS, Verhaltensregeln, p. 69. Plus partagés: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 982n; TERCIER, Responsabilité de la banque, p. 12.

⁸¹⁵ Dans l'arrêt SWISSAIR, le Tribunal fédéral a reproché à une société mère de ne pas avoir doté sa filiale de moyens suffisants lors de sa fondation (sous-capitalisation) et de n'avoir pas veillé à une information correcte des partenaires commerciaux de la société fille (ATF 120 II 331 [337], c. 5a).

⁸¹⁶ Cf. SJ 1999, p. 113 ss et 205 ss. A propos de ce dernier arrêt, cf. les commentaires de TERCIER, Responsabilité de la banque, p. 10 ss et MOSER/BERGER, p. 541 ss. Cf. également *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 2, 2.3.

⁸¹⁷ SJ 1999, p. 113 ss.

nécessaires pour reprendre le café-restaurant⁸¹⁸. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a expressément relevé que les acheteurs et l'exploitant étaient liés par un rapport de protection légal uniforme et qu'un tel rapport permettait de soumettre « au même régime les relations entre parties qui reposent sur un rapport spécial de confiance et de fidélité, qu'elles surviennent avant la passation du contrat, sous l'empire de la convention, ou après son extinction »⁸¹⁹.

- Le second arrêt traite du devoir d'information qui s'imposait à une banque sur la base de la théorie du rapport de protection légal uniforme⁸²⁰. Dans cette affaire, trois promoteurs s'étaient portés acquéreurs d'un immeuble grâce au prêt d'un établissement financier. L'affaire devait ensuite se solder par des pertes. Les promoteurs avaient reproché à la banque de ne pas leur avoir signalé le caractère risqué de l'opération.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a distingué le devoir d'information contractuel qui s'imposait à l'établissement financier sur la base du contrat de crédit passé avec les promoteurs⁸²¹ des différents devoirs de comportement fondés sur le principe de la confiance et visant à sauvegarder loyalement les intérêts d'autrui⁸²². Selon notre haute Cour, l'art. 2, al. 1, CC peut imposer un devoir d'information à une banque en dehors de toute relation contractuelle. Il est toutefois nécessaire que les parties soient liées par un rapport de confiance particulier qui oblige

⁸¹⁸ SJ 1999, p. 113 (118), c. 3b. Le Tribunal fédéral rappelle que le lésé n'a droit qu'à la réparation de son intérêt négatif et renvoie à l'autorité cantonale pour la détermination du montant de la réparation due (*ibid.*).

⁸¹⁹ SJ 1999, p. 113 (117), c. 3a.

⁸²⁰ SJ 1999, p. 205 ss. Cet arrêt a été commenté par TERCIER, Responsabilité de la banque, p. 10 ss et MOSER/BERGER, p. 541 ss.

⁸²¹ Le devoir d'information de la banque peut reposer sur un contrat de crédit combinant des éléments propres au prêt et au mandat dans les hypothèses suivantes (SJ 1999, p. 205 [208], c. 3b):

- Lorsqu'elle fait partie du contenu de l'obligation principale, une information spontanée et complète est requise. Tel est le cas, par ex., pour le contrat de gérance de fortune.
- Lorsque son client sollicite un conseil ou un renseignement, la banque doit également l'informer correctement. Une telle obligation revêt un caractère accessoire.
- Lorsque la banque recommande au client, même spontanément, certaines dispositions patrimoniales (par ex. des placements en capital), elle est également tenue à un devoir d'information.

⁸²² SJ 1999, p. 205 ss.

l'établissement financier à renseigner son client conformément aux règles de la bonne foi⁸²³.

Le Tribunal fédéral a relevé ce qui suit: « D'un point de vue dogmatique, et pour autant que ces devoirs ne forment pas directement le contenu du contrat, partant qu'ils n'apparaissent pas comme des devoirs principaux, ils sont conçus comme des devoirs accessoires qui sont déduits soit d'un contrat bancaire général, soit d'un rapport légal d'obligations sans prestation primaire [...]. Ils peuvent prendre une signification juridique tant dans le cadre des négociations préalables (pourparlers précontractuels) que lors du déroulement et après la fin du contrat; ils sortent ainsi du nexus contractuel et, en cas de violation, justifient une responsabilité qui est comprise aujourd'hui comme une responsabilité fondée sur la confiance. Au stade des pourparlers précontractuels, elle prend la forme traditionnelle de la *culpa in contrahendo*. »⁸²⁴

Dans un arrêt ultérieur portant sur les devoirs accessoires de protection imposés à une société de remontées mécaniques⁸²⁵, le Tribunal fédéral est revenu à sa conception traditionnelle des obligations accessoires en rattachant ces dernières au contrat. Un skieur avait heurté un pylône de télésiège alors qu'il tentait de rattraper sa fille qui glissait le long de la pente de l'installation après une chute. Le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence antérieure⁸²⁶ en matière de responsabilité des entreprises de téléphériques. Il a considéré que le skieur était lié par un contrat de transport à la société de remontées mécaniques qui obligeait celle-ci à assurer, sur une base contractuelle, la sécurité des pistes de ski⁸²⁷. Cette jurisprudence a été confirmée récemment dans une affaire glaronnaise⁸²⁸.

S'agissant de deux affaires concernant des devoirs accessoires de protection typiques, le Tribunal fédéral n'a donc pas confirmé l'arrêt rendu en matière bancaire. Il est revenu à la conception traditionnelle soutenue par une majorité de la doctrine, selon laquelle, pendant la durée des rapports contractuels, tous les devoirs accessoires reposent sur la convention des

⁸²³ SJ 1999, p. 205 (208), c. 3b.

⁸²⁴ SJ 1999, p. 205 (206 s.), c. 3a. Selon MOSER/BERGER, p. 544 ss et 547, le Tribunal fédéral a voulu ainsi désigner des devoirs de comportement qui ne reposent pas sur un contrat, mais dont le fondement juridique doit être vu dans le lien particulier qui unit la banque à son client.

⁸²⁵ ATF 126 III 113, commenté par WERRO, DC 2001, p. 10 ss.

⁸²⁶ ATF 121 III 358 (360), c. 4a; ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

⁸²⁷ ATF 126 III 113 (115), c. 2a/bb.

⁸²⁸ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2.

parties. On peut toutefois regretter que, dans ces deux arrêts, notre haute Cour n'ait pas mentionné la théorie du rapport de protection légal uniforme et tranché la question de sa reconnaissance en droit suisse. En effet, il est contradictoire d'appliquer cette théorie au devoir d'information dans le domaine bancaire, mais de l'écarter en ce qui concerne les devoirs accessoires de protection imposés aux sociétés de remontées mécaniques. Il est probable que, dans un proche avenir, le Tribunal fédéral devra préciser sa jurisprudence et indiquer s'il entend retenir, en droit suisse, la théorie du rapport de protection légal uniforme⁸²⁹.

4.10. Conclusion

Le principal obstacle à la théorie du rapport de protection légal uniforme est la difficulté que représente sa mise en œuvre pratique. Cette théorie oblige à distinguer les devoirs de prestation des devoirs de comportement⁸³⁰. Si cette théorie était retenue en droit suisse, le juge devrait déterminer, dans un cas d'application, si les parties ont violé une obligation contractuelle qui vise l'exécution correcte des prestations promises dans la convention (intérêt positif) ou un devoir légal qui s'efforce, de manière générale, de sauvegarder l'intégrité physique, la propriété et les autres intérêts des parties ayant une valeur économique (intérêt à l'intégrité du patrimoine).

Par ailleurs, si la théorie du rapport de protection légal uniforme était appliquée en Suisse, les parties à une convention ne seraient pas tenues uniquement à des obligations contractuelles, mais également à des devoirs de comportement déduits directement des règles de la bonne foi. Cette théorie conduirait ainsi à étendre la protection légale accordée aux parties, sans qu'il soit nécessaire, pour le juge, de procéder à une interprétation ou à un complètement du contrat. Cette simplification entraînerait vraisemblablement un important développement de la responsabilité des cocontractants pour l'inexécution d'une obligation (art. 97, al. 1, CO).

Sur le plan pratique, la reconnaissance de la théorie du rapport de protection légal uniforme n'entraînerait pas de modification du régime de responsabilité. Les art. 97 ss CO s'appliqueraient aussi bien à la violation des devoirs de comportement qu'à celle des devoirs de prestation contractuels.

⁸²⁹ Du même avis: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 982n; TERCIER, Responsabilité de la banque, p. 12; WYSS, Verhaltensregeln, p. 69: « Auch mit dem vorliegenden Entscheid (SJ 1999, p. 205 ss) ist das letzte Wort bezüglich der Übernahme der Doktrin des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses wohl noch nicht gesprochen. »

⁸³⁰ Sur cette distinction, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.1-3.3.

Au vu du soutien rencontré dans la doctrine⁸³¹ et de l'attitude ouverte du Tribunal fédéral⁸³² à son égard, on peut raisonnablement penser que la théorie du rapport de protection légal uniforme est en passe de modifier profondément le droit des contrats et la notion d'inexécution d'une obligation (art. 97, al. 1, CO).

⁸³¹ BaK-WIEGAND, n. 34 s. ad art. 97 CO; le même, Schuldverhältnis, p. 86, note 14 et p. 89; BERGER, p. 64 ss; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 ss; DELCÒ, p. 181 ss; MOSER, p. 101 ss; WALTER, RJB 132 (1996), p. 279 s. Plus nuancé: KAISER, p. 187 ss. Contra: CHAPPUIS, FS Schmidlin, p. 243 ss; CR-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, n. 7.

⁸³² Cf. SJ 1999, p. 113 ss et p. 205 ss, qui n'ont pas été confirmés depuis lors.

Chapitre 4: Les sanctions en cas de violation

§ 1 La réparation du dommage

1.1. Le principe

La sanction principale en cas de violation des devoirs accessoires de protection est l'obligation, pour le responsable, de réparer le dommage⁸³³ qu'il a causé à son partenaire en cours d'exécution du contrat.

Le dommage est « la diminution du patrimoine d'une personne qui se produit sans la volonté de celle-ci »⁸³⁴. Dès lors, toute atteinte aux droits d'autrui ne constitue pas forcément un dommage; celle-ci doit se répercuter sur le patrimoine de la victime⁸³⁵. Lorsque le débiteur viole des devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat, il porte atteinte à des droits absolus⁸³⁶ et cause également un acte illicite⁸³⁷. Selon les règles du concours d'actions⁸³⁸, le lésé peut obtenir réparation de son dommage selon les modalités des actions contractuelle (art. 97 ss CO) ou délictuelle (art. 41 ss CO). Toutes deux visent l'indemnisation du même préjudice: dans l'une comme dans l'autre hypothèse, le responsable doit replacer la victime dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si son cocontractant n'avait pas porté atteinte aux droits protégés.

⁸³³ Le droit de la responsabilité civile, délictuelle comme contractuelle, ne prévoit pas la réparation de tout désavantage, mais uniquement du dommage et du tort moral.

⁸³⁴ DESCHENAUX/TERCIER, § 3, n. 3. Cf. également BK-BREHM, n. 70 ad art. 41 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2652; SCHWENZER, OR AT, § 14, n. 14.03; ATF 120 II 296 (298), c. 3b.

⁸³⁵ DESCHENAUX/TERCIER, § 2, n. 15; OFTINGER/STARK I, § 2, n. 5.

⁸³⁶ Les droits absolus sont les droits de la personnalité (la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté personnelle, la liberté économique, etc.), les droits réels (la propriété, les droits réels restreints, la possession), ainsi que les droits de propriété intellectuelle: ENGEL, p. 452; MERZ, Widerrechtlichkeit, p. 309; OFTINGER/STARK I, § 4, n. 26; SCHWENZER, OR AT, § 50, n. 50.05. Cf. également *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/a.

⁸³⁷ Sur la notion d'acte illicite, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.1/a et *infra*, 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.2.

⁸³⁸ Sur la notion de concours d'actions, cf. *supra*, 1^{ère} partie, chap. 3, § 2 et *infra*, 4^e partie, chap. 1, § 3.

1.2. L'étendue de la réparation

En cas de violation des devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat, la victime peut subir un tort moral et/ou un dommage patrimonial. Ce dernier consiste en un dommage corporel, matériel, ou en d'autres dommages. L'étendue de la réparation due au lésé se détermine alors selon les dispositions régissant les actes illicites (art. 42 à 47 CO) conformément à l'art. 99, al. 3, CO⁸³⁹.

a. Le dommage corporel

Le dommage corporel est réglé aux art. 45, 46 et 47 CO. Il couvre les conséquences économiques d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou psychique (blessures ou décès) d'une personne⁸⁴⁰. Il peut s'agir d'une perte éprouvée (par ex. des frais de soins) comme d'un gain manqué (par ex. une perte de salaire)⁸⁴¹. Le dommage corporel comprend les frais supportés par la victime⁸⁴², le dommage pour incapacité de travail totale ou partielle ainsi que le préjudice résultant de l'atteinte à l'avenir économique⁸⁴³. En cas de décès, le lésé peut réclamer les frais d'enterrement et la perte de soutien ainsi que les frais de soins et le dommage résultant de l'incapacité de travail jusqu'au décès⁸⁴⁴.

b. Le dommage matériel

Un dommage matériel survient lors de la destruction, de l'endommagement ou de la perte d'une chose. Il n'est, de façon générale, pas prévu expressément par la loi, contrairement au préjudice corporel. Il est réparé lorsque le responsable a versé au lésé des dommages-intérêts correspondant aux frais de réparation – si la chose est partiellement détruite – ou – si elle l'est totalement – à la valeur de remplacement, soit au prix d'achat d'un objet de même valeur⁸⁴⁵. Si la réparation ne peut empêcher une diminution de valeur

⁸³⁹ Pour plus de précisions sur l'art. 99, al. 3, CO, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 3, § 1.

⁸⁴⁰ BK-BREHM, n. 76 ad art. 41 CO.

⁸⁴¹ BK-BREHM, n. 76 ad art. 41 CO.

⁸⁴² Il s'agit de tous les frais de soins au sens large: les frais de transport, les dépenses pour une prothèse, le prix de souliers spéciaux, etc. Pour plus de précisions, cf. REY, *Haftpflichtrecht*, n. 229 s.

⁸⁴³ La réparation porte sur la perte ou la diminution de possibilités de gain futures. Pour plus de précisions, cf. REY, *Haftpflichtrecht*, n. 252-258.

⁸⁴⁴ Sur la notion de perte de soutien et son calcul, cf. DESCHENAUX/TERCIER, § 26, n. 14 ss; OFTINGER I, p. 230 ss; OFTINGER/STARK I, § 6, n. 260 ss; REY, *Haftpflichtrecht*, n. 284 ss.

⁸⁴⁵ BK-BREHM, n. 77 ad art. 41 CO.

de l'objet, cette dernière doit également être compensée⁸⁴⁶. En outre, le lésé doit être indemnisé de toute perte de gain résultant de son impossibilité à disposer de la chose durant le temps nécessaire à sa réparation ou à l'acquisition d'un bien de remplacement. Le gain manqué résulte alors, le plus souvent, de l'endommagement d'un bien de production (machines, automobiles, locaux de travail)⁸⁴⁷.

c. Les autres dommages

Les autres dommages désignent l'ensemble des dommages qui ne sont ni corporels ni matériels. Le dommage purement patrimonial⁸⁴⁸ (ou purement économique) en fait partie. Il représente la catégorie résiduelle formée de tous les préjudices qui ne résultent pas de la lésion d'un droit absolu⁸⁴⁹. Il ne concerne donc pas les devoirs accessoires de protection qui visent précisément à sauvegarder de tels droits⁸⁵⁰.

La violation des devoirs accessoires de protection peut néanmoins entraîner d'autres dommages qui sont la conséquence d'atteintes portées à des droits absolus autres que la propriété et l'intégrité physique du créancier. On peut citer notamment le crédit, l'honneur⁸⁵¹ ou les droits de propriété intellectuelle.

d. Le tort moral

La violation des devoirs accessoires de protection peut obliger son auteur à verser une indemnité de tort moral en cas d'atteinte grave aux droits de la personnalité du cocontractant (art. 47 et 49 CO)⁸⁵².

⁸⁴⁶ BK-BREHM, n. 77 ad art. 41 CO.

⁸⁴⁷ BK-BREHM, n. 78 ad art. 41 CO.

⁸⁴⁸ Sur la notion de dommage purement patrimonial, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2.

⁸⁴⁹ GAUCH, *Grundbegriffe*, p. 227; GAUCH/SWEET, p. 119; MISTELI, p. 40 s.; OFTINGER/STARK I, § 2, n. 60, note 83.

⁸⁵⁰ Cf. 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.2 et 3^e partie, chap. 1.

⁸⁵¹ DESCHENAUX/TERCIER, § 3, n. 21. Sur les notions d'honneur et de crédit protégés par le droit de la personnalité, cf. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, p. 123 ss; SCHMID, *Einleitungsartikel*, n. 849, p. 186.

⁸⁵² Une indemnité pour tort moral peut également être versée en cas d'inexécution du contrat, l'art. 99, al. 3, CO renvoyant aux art. 47 et 49 CO (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2746; GLÄTTLI, p. 199). Au sujet des conditions auxquelles obéit la réparation du tort moral, cf. BK-BREHM, n. 19 ss ad art. 49 CO et REY, *Haftpflichtrecht*, n. 454-466a.

§ 2 Le refus d'exécuter sa prestation

Une partie à un contrat est en droit de refuser d'exécuter sa prestation lorsqu'elle peut se prévaloir de l'exception d'inexécution prévue à l'art. 82 CO.

2.1. L'exception d'inexécution prévue à l'article 82 CO

Aux termes de l'art. 82 CO, « celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat ».

L'*exceptio non adimpleti contractus* a un effet purement dilatoire⁸⁵³ et est soumise à des conditions d'application stricte:

- Il doit s'agir, en principe, d'un contrat bilatéral parfait⁸⁵⁴.
- Les prestations réciproques des parties doivent exister⁸⁵⁵, être exigibles⁸⁵⁶ au moment où l'exception d'inexécution est soulevée, et se trouver dans un rapport d'échange.
- Les prestations doivent être effectuées trait pour trait (*Zug um Zug*)⁸⁵⁷. En revanche, s'il est tenu de s'exécuter de manière anticipée, le débiteur

⁸⁵³ BUCHER, p. 309; BaK-LEU, n. 10 ad art. 82 CO; ZK-SCHRANER, n. 188 ss ad art. 82 CO.

⁸⁵⁴ La doctrine et le Tribunal fédéral appliquent également l'art. 82 CO aux contrats bilatéraux imparfaits sous la forme d'un droit de rétention contractuel (*obligatorisches Retentionsrecht*): cf. ATF 122 IV 322 (328), c. 3c/bb; ATF 94 II 263 (267), c. 3a; ATF 78 II 376 (378), c. 2. BK-FELLMANN, n. 186 ss ad art. 400 CO; BK-WEBER, n. 23 ad art. 82 CO; BUCHER, p. 311; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2236; SIMMEN, p. 114; ZK-SCHRANER, n. 180 ad art. 82 CO.

⁸⁵⁵ Tel n'est pas le cas lorsque la convention est nulle pour vice de forme (art. 11 CO), que son objet est impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 CO) ou qu'elle a été invalidée pour vice du consentement (art. 23 ss CO). Le contrat peut aussi s'éteindre en cas d'impossibilité subséquente du débiteur de s'exécuter (art. 119, al. 2, CO).

⁸⁵⁶ Le débiteur requis d'accomplir sa prestation peut refuser de s'exécuter uniquement si sa propre créance est exigible (ATF 78 II 38). A défaut, le débiteur est tenu de s'exécuter de manière anticipée et ne peut refuser sa prestation en se fondant sur l'art. 82 CO. En effet, si le débiteur requis doit fournir une prestation anticipée, le créancier peut réclamer la prestation sans lui-même devoir offrir la sienne (BK-WEBER, n. 132 et 146 ad art. 82 CO).

⁸⁵⁷ Le principe de l'exécution « donnant donnant » des obligations des parties est prévu expressément dans le contrat de vente à l'art. 184, al. 2, CO. Il vaut de manière générale pour tous les contrats synallagmatiques (VON TUHR/ESCHER, p. 58; BK-WEBER, n. 135 ad art. 82 CO).

sommé d'effectuer sa prestation ne peut se prévaloir de l'art. 82 CO pour s'opposer à la demande⁸⁵⁸.

- L'autre partie ne doit pas avoir offert ou exécuté correctement sa propre prestation⁸⁵⁹.

2.2 L'application de l'article 82 CO aux devoirs accessoires de protection

En principe, seuls les devoirs principaux se trouvent dans un rapport d'échange⁸⁶⁰. La doctrine majoritaire admet que la violation des devoirs accessoires dépendants (ou secondaires)⁸⁶¹ peut justifier l'application de l'art. 82 CO⁸⁶². Ces devoirs découlent directement de l'obligation principale qu'ils complètent. Ils ne poursuivent pas un but propre, mais visent à assurer l'exécution correcte de la prestation promise dans le contrat. Les devoirs accessoires dépendants ne peuvent pas faire l'objet d'une action en exécution et leur violation entraîne l'inexécution du devoir principal auquel ils se rapportent⁸⁶³. On peut citer l'obligation du vendeur de préparer la chose à livrer (art. 188 s. CO) et celui de l'entrepreneur de fournir au maître les explications nécessaires à garantir un usage correct de l'ouvrage livré⁸⁶⁴.

⁸⁵⁸ L'obligation de fournir la prestation de manière anticipée peut:

- reposer sur la loi (art. 286, al. 2, CO, 323, al. 1, CO, 389, al. 1, CO, 521, al. 1, CO et 19 de la LCA [RS 221.229]);
- être fondée sur la convention des parties;
- découler de la nature de l'affaire (le transfert de propriété d'un immeuble doit être précédé de la libération convenue par le vendeur de la responsabilité pour les dettes d'hypothèques [ATF 57 II 315 (321), c. 1]);
- résulter des usages (le restaurateur doit fournir sa prestation de manière anticipée en cas de commande d'un client dans son établissement [BK-WEBER, n. 140 ss ad art. 82 CO]).

⁸⁵⁹ En principe, une offre verbale (*Verbaloblation*) ne suffit pas (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2228).

⁸⁶⁰ SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.25.

⁸⁶¹ Sur la notion de devoirs accessoires dépendants ou secondaires, cf. également *supra*, 1^e partie, chap. 3, § 4.

⁸⁶² BK-WEBER, n. 91 ad art. 82 CO; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I/1*, p. 219; GUHL/MERZ/KOLLER, § 4, n. 17; LARENZ, p. 202; MERZ, TDP, p. 50; ZK-SCHRANER, n. 65 ad art. 82 CO. Contra: BaK-LEU, n. 6 ad art. 82 CO; SIMMEN, p. 41. Ces deux derniers auteurs considèrent qu'il est impossible de déterminer, de manière générale, quels devoirs accessoires se trouvent dans un rapport d'échange avec les devoirs de prestation principaux. Il faut examiner au cas particulier si un tel rapport existe sans distinguer entre les devoirs accessoires primaires et secondaires (*ibid.*).

⁸⁶³ BK-WEBER, n. 91 ad art. 82 CO.

⁸⁶⁴ BK-KOLLER, n. 278 ad art. 363 CO.

Les devoirs accessoires de protection ne se trouvent pas dans un rapport d'échange avec les prestations principales promises dans le contrat⁸⁶⁵. Contrairement aux devoirs accessoires dépendants, leur violation est en principe sans effet sur l'exécution correcte des prestations principales découlant du contrat⁸⁶⁶. Dès lors, l'application de l'art. 82 CO est généralement niée en cas de violation des devoirs accessoires de protection⁸⁶⁷. Ainsi, le client d'un établissement public ne peut refuser de payer son repas parce que le restaurateur tolère l'organisation d'un concours de tir improvisé au sein de son établissement⁸⁶⁸.

Cette règle comporte cependant des exceptions. Ainsi, en droit du travail, la doctrine admet que le travailleur peut être dispensé de fournir sa prestation lorsque l'employeur viole ses devoirs de protection (art. 328 CO)⁸⁶⁹. Par ex., une employée placée à un poste non adapté à ses capacités physiques est en droit de refuser de travailler, tant que l'employeur ne lui a pas attribué un travail correspondant à ses aptitudes physiques⁸⁷⁰.

§ 3 La possibilité d'exiger en justice l'exécution des devoirs accessoires de protection

3.1. L'action en exécution en tant qu'attribut de la créance

En cas d'inexécution d'une obligation, le créancier a le droit d'agir en exécution. Le droit d'action (*Klagbarkeit*) fait partie intégrante de la créance⁸⁷¹.

⁸⁶⁵ Un tel rapport existe uniquement lorsque deux devoirs contractuels sont à ce point liés qu'ils ne peuvent naître l'un sans l'autre et se servent réciproquement de causes (BK-WEBER, n. 46 ad art. 82 CO; MÜLLER, p. 17).

⁸⁶⁶ A ce sujet, cf. 3^e partie, chap. 1, § 2.

⁸⁶⁷ ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/1, p. 108; GERNHUBER, p. 325.

⁸⁶⁸ Le Tribunal fédéral a déjà jugé que l'aubergiste est tenu d'assurer la sécurité de ses clients au sein de son établissement: ATF 71 II 107 (115), c. 4.

⁸⁶⁹ BK-REHBINDER, n. 24 ad art. 328 CO, FREY, p. 67; ZK-STAEHELIN/VISCHER, n. 13 ad art. 328 CO.

⁸⁷⁰ ZK-STAEHELIN/VISCHER, n. 13 ad art. 328 CO. Dans cet exemple, l'employeur reste en outre tenu au paiement du salaire jusqu'à ce qu'il ait rétabli une situation respectant les droits de la personnalité de son employée.

⁸⁷¹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 77, 1528. La loi n'en traite pas spécialement, car il est présupposé; elle y fait toutefois allusion à l'art. 98, al. 3, CO et à l'art. 107, al. 2, CO (contrats bilatéraux).

3.2. Les conditions matérielles de l'action en exécution

Une obligation ne peut faire l'objet d'une action en exécution que lorsque les trois conditions suivantes sont réunies⁸⁷²:

- l'obligation doit être exigible;
- elle doit être encore possible;
- le cocontractant doit avoir un intérêt à la recevoir.

Le créancier peut alors user de son droit à un jugement condamnatore et, par la suite, obtenir de l'Etat des mesures d'exécution forcée⁸⁷³.

Les devoirs accessoires de protection peuvent obliger les cocontractants aussi bien à un comportement positif que négatif⁸⁷⁴. Lorsqu'ils portent sur une obligation d'abstention, le créancier peut requérir en justice l'exécution d'un tel devoir sous la forme de la contrainte indirecte prévue à l'art. 292 Cp⁸⁷⁵.

3.3. L'application aux devoirs accessoires de protection

Les conditions de l'action en exécution⁸⁷⁶ ne sont que rarement remplies en cas de violation des devoirs accessoires de protection, étant donné qu'ils n'ont pas un contenu suffisamment déterminé au moment de la conclusion du contrat. Ils s'imposent aux parties lorsqu'une situation de danger particulière menace les droits absolus du partenaire⁸⁷⁷. Le débiteur est alors tenu de prendre spontanément les mesures qui s'imposent pour éviter un dommage sans que le cocontractant n'ait à les requérir⁸⁷⁸. Contrairement aux prestations principales dont l'objet est déjà connu des parties au moment de la conclusion de la convention, le contenu des devoirs accessoires de protection ne peut être déterminé qu'en cours d'exécution du contrat lorsque les droits absolus du cocontractant sont menacés⁸⁷⁹. Prenons l'exemple du devoir de discrétion du médecin découlant de son obligation de fidélité (art. 398, al. 2, CO). Ce n'est que lorsque le mandataire est sollicité par un tiers afin de fournir des informations confidentielles

⁸⁷² BRUNNER, n. 204.

⁸⁷³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 49 ss; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorb. vor Art. 1, n. 43.

⁸⁷⁴ Pour plus de précisions à ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 1.

⁸⁷⁵ GUHL/MERZ/KOLLER, § 7, n. 13.

⁸⁷⁶ Cf. 3^e partie, chap. 4, § 3. 3.2.

⁸⁷⁷ LARENZ, p. 12; NEUENSCHWANDER, p. 3.

⁸⁷⁸ DERENDINGER, p. 65, note 195.

⁸⁷⁹ LARENZ, p. 12.

concernant la santé de son patient que son devoir de discrétion l'oblige à adopter un comportement déterminé.

Il est rare qu'une partie ait le temps d'introduire une procédure pour obtenir l'exécution de devoirs accessoires de protection. En pratique, une action en exécution n'est souvent pas possible avant que le dommage ne se soit produit⁸⁸⁰. Il n'existe pas un laps de temps suffisant au cours duquel le comportement correct peut être exigé en justice. Le lésé ne peut alors demander que la réparation du préjudice qu'il a subi. Par ex., si le tenancier d'un établissement public tolère un concours de tir dans son restaurant, un client ne pourrait pas introduire une action en justice afin d'obtenir du juge qu'il mette fin au concours. Il est en effet peu vraisemblable que le concours dure assez longtemps pour que le juge ait le temps d'ordonner sa cessation au moyen de mesures provisoires !

Il faut cependant réserver les cas dans lesquels la violation des devoirs accessoires de protection est durable. Le créancier peut alors exiger leur respect par une action en exécution et requérir des mesures préventives visant la cessation de l'atteinte dommageable. Si l'une des parties est menacée d'un dommage direct en rapport avec l'exécution du contrat, personne ne peut sérieusement lui demander d'attendre que le préjudice se produise pour ensuite réclamer des dommages-intérêts. Dans une telle situation, elle doit, au contraire, être autorisée à introduire une action en prévention de l'atteinte afin d'éviter celle-ci⁸⁸¹. Par ex., la tâche d'un travailleur peut imposer le port d'un casque et de lunettes de protection en raison des risques qu'elle comporte. L'employeur doit veiller à l'application scrupuleuse de ces mesures⁸⁸². S'il refuse de fournir à son employé le matériel nécessaire, celui-ci peut agir en justice pour obtenir l'exécution des devoirs de protection (art. 328 CO). De même, le devoir de discrétion du mandataire peut faire l'objet d'une action en exécution négative (dans le sens d'une abstention)⁸⁸³. Ainsi, un malade peut, selon les circonstances, demander au juge d'interdire à son médecin de divulguer son état de santé à un tiers.

En pratique, il est rare qu'une partie introduise une procédure pour obtenir l'exécution de devoirs accessoires de protection qu'elle n'a bien souvent

⁸⁸⁰ GLÄTTLI, p. 33.

⁸⁸¹ Du même avis: BK-FELLMANN, n. 272 ad art. 394 CO.

⁸⁸² ATF 102 II 18.

⁸⁸³ Sur la possibilité de requérir en justice l'exécution du devoir de rendre compte, cf. BK-FELLMANN, n. 88 ad art. 400 CO; DERENDINGER, p. 56, n. 130; KOLLER, OR AT, § 2, n. 93. Au sujet du devoir de discrétion, cf. BK-FELLMANN, n. 270 ad art. 394 CO.

pas même envisagés au moment de la conclusion du contrat. Ce n'est que lorsqu'elle subit un dommage qu'elle songe à en faire supporter la réparation à son cocontractant. Ainsi, un travailleur peut ignorer que la machine qu'il utilise quotidiennement n'est pas équipée des mesures de sécurité nécessaires. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un accident de travail qu'il se prévaudra de la violation de l'art. 328 CO. Il sera alors trop tard pour exiger le respect des devoirs de protection en justice. De même, le skieur ne peut savoir, lorsqu'il achète sa carte journalière, que l'entreprise de remontées mécaniques n'a pas entouré un poteau ou un arbre d'une couche protectrice, afin d'éviter aux usagers des pistes de se blesser en cas de chute⁸⁸⁴. Ce n'est que si elle subit un préjudice que la victime demandera réparation à l'entreprise de remontées mécaniques.

Les considérations qui précèdent montrent que, en principe, les devoirs accessoires de protection ne peuvent pas faire l'objet d'une action en exécution. Il existe cependant des exceptions, telles que l'obligation de l'employeur de protéger les droits de la personnalité du travailleur (art. 328 CO)⁸⁸⁵.

Il faut toutefois réserver les règles spéciales instituées par le législateur dans le domaine du droit privé afin de préserver les droits absolus des parties⁸⁸⁶. On peut citer:

- les art. 28 ss CC portant sur la protection des droits de la personnalité;
- l'art. 679 CC protégeant la propriété;
- les art. 926 à 929 CC se rapportant à la protection de la possession;
- l'art. 59 CO traitant des mesures de sûreté en cas de menace d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui.

Des règles similaires existent également en droit public⁸⁸⁷.

Dans ces situations, une personne est exposée à un danger potentiel provenant d'un tiers de la même manière que les cocontractants lors de l'exécution d'un contrat. Cependant, si l'on prend l'exemple du voisin qui excède son droit de propriété immobilière au sens de l'art. 679 CC, l'action

⁸⁸⁴ ATF 121 III 358.

⁸⁸⁵ KRAMER, Allg. Einl., n. 95 s., 99 qui réserve toutefois le devoir de protection de l'employeur prévu à l'art. 328 CO; GLÄTTLI, p. 32; KOLLER, OR AT, § 2, n. 93; MERZ, TDP, p. 50; SCHWENZER, OR AT, § 4, n. 4.24 et n. 4.26.

⁸⁸⁶ MERZ, TDP, p. 36.

⁸⁸⁷ Cf. notamment les moyens prévus par le droit de la construction, de la protection de l'environnement, de procédure pour ce qui touche les mesures provisionnelles.

en cessation du trouble du propriétaire ne se fonde pas sur une créance. Dans ce cas, ce n'est pas une prestation qui est exigée du voisin, mais le respect d'un droit absolu, à savoir le droit de propriété⁸⁸⁸.

§ 4 Le droit de mettre fin au contrat

La violation des devoirs accessoires de protection peut entraîner la fin du rapport contractuel en conférant à la victime un droit de résolution (*ex tunc*) ou de résiliation (*ex nunc*) de la convention.

4.1. Le droit de résoudre le contrat

a. En général

Différentes dispositions prévues dans la partie spéciale du CO confèrent au créancier le droit de se départir de la convention en cas de défauts graves affectant l'objet du contrat (par ex. art. 208, 368 et 258 CO).

Dans la partie générale, l'art. 97, al. 1, CO ne prévoit pas expressément un droit de résolution du contrat en cas d'inexécution d'une obligation. Un courant minoritaire⁸⁸⁹ considère qu'il s'agit d'un silence qualifié du législateur qui interdit d'appliquer les art. 107, al. 2, et 109 CO par analogie. La doctrine majoritaire⁸⁹⁰ admet, en revanche, un droit de résolution en cas d'impossibilité subséquente afin de ne pas placer le créancier dans une situation moins favorable qu'en cas de demeure du débiteur.

La plupart des auteurs reconnaissent également au créancier un droit de résolution en cas d'exécution imparfaite (*nichtgehörige Erfüllung*) d'une obligation⁸⁹¹ et proposent d'appliquer l'art. 107 CO par analogie. Cette disposition est, *a priori*, prévue uniquement pour les contrats synallagmatiques⁸⁹². Pourtant, l'intérêt du créancier à pouvoir renoncer à la prestation du débiteur et à prétendre à des dommages-intérêts peut également exister

⁸⁸⁸ Cf. MERZ, TDP, p. 34.

⁸⁸⁹ VON TUHR/ESCHER, p. 105, note 79.

⁸⁹⁰ BK-WEBER, n. 269 ad art. 97 CO; BUCHER, p. 339 s., 424; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 3; SCHWENZER, OR AT, § 64, n. 64.27.

⁸⁹¹ BaK-WIEGAND, n. 58 ad art. 97 CO; BK-WEBER, n. 270 ad art. 97 CO; BUCHER, p. 339 s., note 46; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2647, 2934; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 3; SCHWENZER, OR AT, § 68, n. 68.10. Contra: VON TUHR/ESCHER, p. 105, note 79.

⁸⁹² Les contrats bilatéraux parfaits ont pour particularité d'obliger les parties à des prestations réciproques qui se trouvent dans un rapport d'échange (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 3036).

en cas de contrats bilatéraux imparfaits lorsque l'obligation violée ne se trouve pas dans un rapport d'échange avec la prestation du cocontractant⁸⁹³. Souvent, l'exécution imparfaite consiste en la violation d'un devoir accessoire⁸⁹⁴. Dans ce cas, la doctrine majoritaire considère que seule une exécution gravement défectueuse⁸⁹⁵ autorise le créancier à résoudre la convention⁸⁹⁶. Une telle sanction doit en effet demeurer une *ultima ratio*.

Le créancier est également en droit de résoudre le contrat en cas de refus anticipé du débiteur d'effectuer sa prestation. La partie qui déclare, avant l'exigibilité de son obligation, qu'elle ne s'exécutera pas, viole ses devoirs contractuels. Le cocontractant peut alors procéder selon les art. 107/109 CO et renoncer à l'exécution du contrat⁸⁹⁷.

b. En cas de violation des devoirs accessoires de protection

Les auteurs ne traitent pas différemment les devoirs accessoires de protection des autres obligations accessoires des contrats. La résolution de la convention ne peut ainsi intervenir qu'en cas de violation grave, par ex. en cas de lésions corporelles intentionnelles⁸⁹⁸ ou encore lorsqu'un garagiste, qui se voit confier une voiture pour un service, l'entrepose à l'extérieur en laissant la porte ouverte et les clés à l'intérieur du véhicule. Dans de telles situations, la violation des devoirs accessoires de protection, de par sa gravité, justifie que le maître se départisse du contrat. En revanche, lorsque l'atteinte portée aux droits absolus du cocontractant n'est que de peu d'importance, elle n'autorise pas la victime à résoudre le contrat. Ainsi, le

⁸⁹³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 3038.

⁸⁹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2538 ss. Cf. également, *supra*, 1^e partie, chap. 1, § 1, 1.3.

⁸⁹⁵ « *Schwerwiegend* » (BaK-WIEGAND, n. 58 ad art. 97 CO; BK-WEBER, n. 270 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2934) ou « *wesentlich* » (SCHWENZER, OR AT, § 68, n. 68.10). Dans le même sens: CR-THÉVENOZ, n. 63 ad art. 97 CO.

⁸⁹⁶ BaK-WIEGAND, n. 58 ad art. 97 CO; BK-WEBER, n. 270 ad art. 97 CO; KELLER/GABI I, p. 284; SCHWENZER, OR AT, § 68, n. 68.10. Dans le même sens: GUHL/MERZ/KOLLER § 2, n. 31 et § 31, n. 3. Ces derniers considèrent qu'en principe, seule la violation d'un devoir accessoire secondaire (servant uniquement à garantir l'exécution correcte du devoir de prestation principale) peut conférer un droit de résolution (§ 2, n. 33); la violation d'un devoir accessoire primaire (ou devoir de prestation accessoire) peut également, exceptionnellement, conférer un tel droit, si sa violation porte une atteinte grave au rapport de confiance liant les parties (§ 2, n. 31). Contra: VON TUHR/ESCHER, p. 105, note 79 qui exclut tout droit de résolution dans l'hypothèse de l'art. 97, al. 1, CO; BK-KRAMER, n. 94, Allg. Einl., qui considère que dans les contrats bilatéraux parfaits, seule la violation des devoirs principaux autorise le créancier à procéder selon les art. 107/109 CO.

⁸⁹⁷ ATF 69 II 243 (244), c. 4.

⁸⁹⁸ BK-WEBER, n. 91 ad art. 82 CO.

maître d'ouvrage ne peut pas se départir du contrat d'entreprise parce que l'artisan, chargé de repeindre un mur, a taché le parquet.

4.2. La résiliation des contrats de durée

Dans les contrats de durée, les parties ne peuvent pas résoudre le contrat selon les art. 107/109 CO, car la convention a déjà été exécutée pendant une certaine période. Le droit de résolution, comportant un effet rétroactif (*ex tunc*), est alors remplacé par une possibilité de résiliation (*Kündigung*) qui déploie des effets immédiats (*ex nunc*)⁸⁹⁹.

Le législateur a prévu dans la partie spéciale du CO un certain nombre de clauses générales permettant au partenaire qui peut se prévaloir d'un motif sérieux de résilier un contrat de durée (sans effet rétroactif). On peut notamment citer:

- l'art. 257f, al. 3 et 4, CO qui confère un droit de résiliation avec effet immédiat au bailleur en cas de violation par le locataire de son devoir de diligence. Pour les baux d'habitations et de locaux commerciaux, la résiliation ne peut intervenir que moyennant un délai de congé minimum de 30 jours pour la fin d'un mois. Le propriétaire peut passer outre ce délai et mettre fin immédiatement au contrat si le locataire cause volontairement un préjudice grave à la chose⁹⁰⁰;
- l'art. 266g CO qui permet à chacune des parties à un bail à loyer de résilier le contrat pour de justes motifs;
- l'art. 337 CO qui autorise l'employeur et le travailleur à résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs;
- l'art. 366 CO qui confère au maître le droit de mettre fin au contrat d'entreprise en cours d'exécution de l'ouvrage. S'il apparaît, lors des travaux, que l'entrepreneur ne respecte pas ses engagements dans le temps, « le maître a le droit de se départir du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison »⁹⁰¹;

⁸⁹⁹ ATF 97 II 58 (65 s.), c. 7; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 3124 et 3156; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, n. 565 ad art. 1 CO; BUCHER, p. 384 s. Ce dernier auteur admet exceptionnellement un droit de résolution pour les contrats de durée qui ont déjà été en partie exécutés (*ibid.*).

⁹⁰⁰ Art. 257f, al. 4, CO.

⁹⁰¹ La résiliation du contrat suppose que l'entrepreneur ait été mis en demeure « qualifiée » par la fixation d'un délai de grâce (art. 107, al. 1, CO sous réserve de l'art. 108 CO).

- L'art. 404 CO qui autorise chacune des parties, dans le mandat, à mettre fin au contrat en tout temps, sans motif et sans indemnité⁹⁰².

La violation des devoirs accessoires de protection peut, selon sa gravité, tomber sous le coup de l'une ou l'autre de ces dispositions et entraîner la résiliation du contrat (par ex. en cas d'atteintes à l'intégrité corporelle du cocontractant).

§ 5 La perte du droit à la rémunération du mandataire

5.1. En général

a. L'interdiction d'enrichissement du lésé

Le Tribunal fédéral n'a pas développé une jurisprudence constante concernant la rémunération du mandataire en cas d'inexécution de ses obligations. Notre haute Cour a :

- tantôt refusé au mandataire le droit de percevoir ses honoraires⁹⁰³;
- tantôt considéré qu'une certaine rémunération était due lorsque le travail du mandataire, même défectueux, avait une certaine utilité pour le mandant⁹⁰⁴.

Par ex., notre haute Cour n'a pas admis le droit aux honoraires d'un médecin qui avait omis d'avertir sa patiente que la gastro-plastie nécessaire à soigner son obésité n'était pas prise en charge par l'assurance maladie⁹⁰⁵. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé que le mandataire qui n'agit pas avec le soin requis ne peut prétendre à l'entier de ses honoraires et doit en outre réparer le dommage causé fautivement. Cependant, même en cas

⁹⁰² Il faut toutefois réserver l'indemnité due par la partie qui résilie en temps inopportun.

⁹⁰³ ATF 87 II 290 (293), c. 4c; RJB 98 (1962), p. 460 s.; SJ 1987, p. 254 (256), c. 5; ATF 119 II 456. Dans ce dernier arrêt, les considérants traitant du droit du mandataire aux honoraires n'ont pas été publiés. Ils ressortent cependant de la critique de ABBEGLEN, p. 178 ss et LÜCHINGER, n. 942 ss. Du même avis: BK-GAUTSCHI, n. 83b ad art. 394 CO, n. 17, 71b et 73c ad art. 395 CO, n. 29c ad art. 398 CO, n. 9b ad art. 402 CO, n. 6b art. 404 CO.

⁹⁰⁴ Rep. 103 (1970) 210 ss; ATF 110 II 375 (379), c. 2. Dans le même sens: TERCIER, Contrats spéciaux, n. 4119 s.

⁹⁰⁵ ATF 119 II 456 (460 s.), c. 2d. Dans cet arrêt, notre haute Cour a non seulement condamné le médecin à des dommages-intérêts à hauteur des frais d'intervention et d'hospitalisation, mais elle a en outre rejeté sa prétention reconventionnelle en paiement de ses honoraires. Cf. également LÜCHINGER, n. 942 s.

d'exécution défectueuse du contrat, le mandataire « a droit à des honoraires pour l'activité qu'il a exercée en conformité avec le contrat. Ce n'est que dans le cas où l'exécution défectueuse du mandat est assimilable à une totale inexécution, se révélant inutile ou inutilisable, que le mandataire peut perdre son droit à rémunération »⁹⁰⁶.

La doctrine majoritaire admet, quant à elle, que la mauvaise exécution du contrat peut entraîner une réduction des honoraires du mandataire, mais ces derniers doivent être fixés en appréciation de la valeur de la prestation effectuée, à savoir de l'utilité du travail fourni par le mandataire⁹⁰⁷. Un autre courant d'opinions se montre plus sévère à l'égard du mandant⁹⁰⁸. Selon ces auteurs, le mandat onéreux se caractérise par un rapport d'équivalence entre les prestations principales des parties. Lorsque le mandataire cause un dommage au mandant en cours d'exécution du contrat, il est tenu de lui verser des dommages-intérêts visant à replacer ce dernier dans la situation qui serait la sienne si le contrat avait été régulièrement exécuté. La relation d'équivalence est alors restaurée et une réduction des honoraires ne se justifie plus⁹⁰⁹.

b. L'utilité de la prestation pour le mandant

Il arrive que le mandataire ne puisse pas compenser l'inexécution du contrat par des dommages-intérêts, en particulier lorsque le mandant subit une atteinte à des intérêts immatériels⁹¹⁰. Le versement de dommages-intérêts ne constitue alors, pour ce dernier, qu'une maigre consolation en comparaison de l'avantage que lui aurait procuré l'exécution correcte du mandat. L'équilibre entre prestation et contre-prestation ne peut alors être

⁹⁰⁶ ATF 124 III 423 (427), c. 4a.

⁹⁰⁷ BaK-WEBER, n. 43 ad art. 394 CO; DERENDINGER, n. 414 et n. 443 ss; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 4773. Plus sévère à l'égard du mandataire: WERRO, Mandat, n. 1067 ss qui considère que le mandant a droit à une réduction de ses honoraires, dès que le mandataire a manqué à la diligence qui était objectivement due et ce, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte de l'utilité du travail fourni. Selon cet auteur, il faut toutefois réserver l'hypothèse où « le travail fourni permet, sans effort supplémentaire, d'obtenir le résultat que, sans sa faute, le mandataire aurait atteint » (WERRO, Mandat, n. 1072).

⁹⁰⁸ BK-FELLMANN, n. 504 ad art. 394 CO; LÜCHINGER, n. 945.

⁹⁰⁹ Selon FELLMANN, BK, n. 504 ad art. 394 CO, il s'agit d'une application du principe fondamental d'interdiction d'enrichissement du lésé applicable au régime de la responsabilité contractuelle conformément à l'art. 99, al. 3, CO.

⁹¹⁰ DERENDINGER, n. 438.

rétabli qu'au moyen d'une réduction ou d'une suppression de la rémunération du mandataire⁹¹¹.

Tel est le cas d'un enfant dont le bras cassé doit être amputé à la suite de mauvais soins⁹¹². Dans une telle situation, le mandataire n'a pas droit à ses honoraires. De même, le propriétaire ne doit pas rémunérer son avocat lorsqu'il fait l'objet d'une mesure d'expropriation qui aurait pu être évitée si le mandataire s'était exécuté consciencieusement⁹¹³.

En revanche, le mandant n'a pas le droit de réduire ou refuser de payer les honoraires lorsque la prestation du mandataire présente une certaine utilité pour lui⁹¹⁴.

5.2. En cas de violation des devoirs accessoires de protection

Les principes de l'interdiction d'enrichissement du lésé et de l'utilité de la prestation du mandataire pour le mandant doivent trouver application en cas de violation des devoirs accessoires de protection. Comme ces derniers visent uniquement à sauvegarder les droits absolus du partenaire contractuel, ils ne se trouvent pas dans un rapport d'échange avec les devoirs principaux⁹¹⁵. En principe, leur violation n'empêche pas l'exécution correcte des obligations principales du contrat⁹¹⁶. Le résultat du travail accompli par le mandataire a donc bien souvent une certaine utilité pour le mandant, qui doit alors s'acquitter de tout ou partie des honoraires.

⁹¹¹ BK-FELLMANN, n. 528 ss ad art. 394 CO. Cette auteur s'oppose toutefois à une réduction des honoraires lorsque cela conduirait à un enrichissement du lésé qui obtient déjà réparation de son dommage en totalité (BK, n. 536 ad art. 394 CO).

⁹¹² DERENDINGER, n. 454.

⁹¹³ ATF 87 II 290 (293), c. 4c. Dans cette situation, le mandant ne subit pas de dommage, car il est indemnisé à hauteur de la valeur vénale.

⁹¹⁴ DERENDINGER, n. 447; TERCIER, Contrats spéciaux, n. 4773. Selon ce dernier, « ce qui est déterminant, c'est de savoir dans quelle mesure les services rendus par le mandataire ont pu objectivement être utiles au mandant » (n. 4773). Contra: WERRO, Mandat, n. 1069 s. pour lequel « la mauvaise exécution du contrat entraîne un droit à la réduction du prix, et cela, indépendamment de l'utilité du travail fourni ainsi que de l'indemnité payée à titre de dommages-intérêts ». Cet auteur admet toutefois une exception, « lorsque le travail fourni permet, sans effort supplémentaire, d'obtenir le résultat que, sans sa faute, le mandataire aurait atteint. [...] Ce qui justifie ici la rémunération entière du mandataire, ce n'est pas l'utilité du résultat obtenu malgré la faute, mais bien celle du travail fourni » (Mandat, n. 1072).

⁹¹⁵ Au sujet du rapport d'échange entre deux obligations, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 4, § 2, 2.1.

⁹¹⁶ A ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 2.

Prenons l'exemple d'un médecin qui viole son devoir de fidélité en renseignant un tiers sur un fait confidentiel qu'il aurait du taire conformément à son devoir de discrétion. Dans cette situation, le médecin doit prendre en charge le dommage qui résulte, pour le mandant, de la divulgation du secret. Le tiers, mis au courant de la maladie du mandant, a peut-être renoncé à conclure avec lui le contrat qu'il aurait vraisemblablement conclu s'il avait ignoré son état de santé. Le montant versé à titre de dommages-intérêts indemnise entièrement la victime. Dès lors, il nous paraît justifié que le mandant s'acquitte en totalité de la créance d'honoraires du médecin.

Résumé de la troisième partie

1. Nous avons vu que les devoirs accessoires de protection sont ceux qui visent à sauvegarder les droits absolus du partenaire contractuel en cours d'exécution du contrat. Ils portent principalement sur les droits de la personnalité (tels que notamment la vie, l'intégrité corporelle et la santé) et les droits réels (la propriété, les droits réels restreints, la possession) des cocontractants⁹¹⁷. La violation des devoirs accessoires de protection n'a, en principe, pas d'effet sur l'exécution correcte des prestations principales prévues dans le contrat⁹¹⁸.
2. La source des devoirs accessoires de protection est variée. Ils peuvent être expressément prévus par les parties, ressortir directement de la loi (par ex. des art. 259, 321a, al. 2 et 4, 328, 365, al. 3, CO) ou découler des règles de la bonne foi. Dans cette dernière hypothèse, le juge procède à un complètement du contrat selon la volonté hypothétique des parties, en recherchant ce que des partenaires loyaux et diligents auraient convenus, s'ils avaient eu connaissance de la lacune⁹¹⁹. Le juge s'inspire de l'économie du contrat, de son but et tient compte de l'ensemble des circonstances⁹²⁰.
3. La nature juridique des devoirs accessoires de protection est controversée dans la doctrine. La conception traditionnelle considère que les devoirs accessoires de protection ont leur source dans l'accord de volonté des parties et peuvent résulter d'un complètement du contrat selon les règles de la bonne foi⁹²¹. Cette opinion tient compte du lien particulier qui unit les parties à une convention, et leur impose de respecter les attentes légitimes du partenaire en rapport avec l'exécution du contrat⁹²².

De nombreux auteurs refusent de voir dans le contrat le fondement des devoirs accessoires de protection. Ils font valoir que ces devoirs ne sont le

⁹¹⁷ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 1.

⁹¹⁸ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 2.

⁹¹⁹ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2.

⁹²⁰ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 2, § 3, 3.2/c.

⁹²¹ Nous avons parlé de théorie contractuelle. A ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 2.

⁹²² Par ex., la société de remontées mécaniques qui s'engage, à titre principal, à transporter des skieurs au sommet des pistes doit également assurer, à titre accessoire, leur sécurité en veillant à maintenir les pistes en bon état et en dispensant un service de sauvetage. Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 2.

plus souvent pas prévus par les parties au moment de la conclusion du contrat, et que leur rattachement à la volonté des cocontractants relève de la fiction. On recense, en doctrine, deux courants d'opinions distincts:

- Certains auteurs assimilent les devoirs accessoires de protection à des devoirs généraux du droit délictuel⁹²³. Cette théorie présente certaines faiblesses. D'une part, les devoirs accessoires de protection, à l'inverse des devoirs généraux, ne s'imposent pas à chacun de la même manière et selon la même intensité. Ils n'obligent que les parties au contrat, soit le créancier et le débiteur. Par ailleurs, l'assimilation des devoirs accessoires de protection à des devoirs généraux ne tient pas compte du rapport particulier (*Sonderverbindung*) qui lie les cocontractants et qui expose les droits absolus des parties à un risque d'atteinte accru⁹²⁴.
- D'autres auteurs défendent la théorie du rapport de protection légal uniforme (*einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis*)⁹²⁵. Celle-ci prévoit que les parties liées par un rapport particulier doivent adopter un comportement loyal à l'égard du partenaire, conformément aux règles de la bonne foi. Elles sont tenues de respecter des devoirs de comportement (*Verhaltenspflichten*) qui visent à protéger les parties de toute atteinte à leur intégrité corporelle, à la propriété de leurs biens et à d'autres intérêts ayant une valeur économique et qui ne sont pas compris dans les prestations principales du contrat (intérêt à l'intégrité du patrimoine).

Les devoirs de comportement ont un contenu varié: ils peuvent consister en des devoirs de protection, de garde, de conseils, d'abstention, d'informations ou de renseignements. Ces devoirs ne trouvent pas leur source dans l'accord de volontés des parties, mais découlent d'un rapport de protection légal uniforme. Ce dernier débute avec les contacts d'affaires et repose directement sur les règles de la bonne foi. Il donne naissance à des devoirs de comportement qui existent indépendamment de la conclusion et de la validité d'un contrat. Ainsi détachés de tout fondement contractuel, les devoirs de comportement peuvent s'appliquer également aux pourparlers précontractuels et obliger des tiers étrangers à la convention des parties⁹²⁶.

⁹²³ Nous avons parlé de théorie délictuelle. A ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 1.

⁹²⁴ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 1, 1.2, § 2, 2.1 et § 3.

⁹²⁵ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4.

⁹²⁶ Sur les motifs invoqués à l'appui de la théorie du rapport de protection légal uniforme, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.7.

Le principal obstacle à la théorie du rapport de protection légal uniforme est la difficulté que représente sa mise en œuvre pratique. Cette théorie oblige à distinguer les devoirs de prestation des devoirs de comportement. Si cette théorie était retenue en droit suisse, le juge devrait déterminer, dans un cas d'application, si les parties ont violé une obligation contractuelle qui vise l'exécution correcte des prestations promises dans la convention (intérêt positif) ou un devoir légal qui s'efforce, de manière générale, de sauvegarder l'intégrité physique, la propriété est les autres intérêts des parties ayant une valeur économique (intérêt à l'intégrité du patrimoine)⁹²⁷.

La doctrine et la jurisprudence se montrent plutôt favorables à l'égard de cette nouvelle théorie⁹²⁸. Le Tribunal fédéral n'a cependant pas encore tranché définitivement la question de sa reconnaissance en droit suisse.

4. La violation des devoirs accessoires de protection peut entraîner différentes sanctions. Le débiteur doit réparer le dommage subi par son cocontractant⁹²⁹. Le créancier peut également résoudre le contrat, pour autant que l'exécution ait été gravement défectueuse⁹³⁰. La violation des devoirs accessoires de protection ne permet toutefois pas à la victime de se prévaloir de l'exception d'inexécution (art. 82 CO) ni, en principe, d'agir en exécution⁹³¹. On précisera enfin que, dans le contrat de mandat, la violation des devoirs accessoires de protection ne dispense généralement pas le mandant de s'acquitter de la créance d'honoraires du mandataire⁹³².

⁹²⁷ Sur les critiques adressées à la théorie du rapport de protection légal uniforme, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.8.

⁹²⁸ Le Tribunal fédéral a en particulier appliqué à deux reprises déjà la théorie du rapport de protection légal uniforme: cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.9.

⁹²⁹ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 4, § 1.

⁹³⁰ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 4, § 4.

⁹³¹ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 4, § 3.

⁹³² Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 4, § 5.

Quatrième partie:
**Le régime de responsabilité applicable à la violation
des devoirs de protection**

Dans le premier chapitre, nous examinerons les distinctions entre les régimes généraux de responsabilité civile (art. 41 ss et 97 ss CO). En premier lieu, nous rappellerons les fondements juridiques sur lesquels reposent ces responsabilités (§ 1), à savoir l'acte illicite (art. 41, al. 1, CO) et l'inexécution d'une obligation (art. 97, al. 1, CO). Ensuite, nous énoncerons les autres différences entre les deux régimes de responsabilité (§ 2), puis nous terminerons par le système actuel du concours d'actions (§ 3).

Le deuxième chapitre sera consacré aux reproches adressés au concours d'actions. Nous verrons qu'il est aujourd'hui critiqué par une partie de la doctrine (§ 1) et que l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile propose une unification partielle des régimes des responsabilités contractuelle et délictuelle. Ce projet implique une remise en cause du concours d'actions (§ 2).

Dans le troisième chapitre, nous étudierons le régime de responsabilité applicable en droits allemand (§ 1) et français (§ 2) en cas de violation des devoirs accessoires de protection découlant du contrat. Nous nous intéresserons également à la solution prévue par les Principes du droit européen des contrats et les Principes d'UNIDROIT.

Nous nous demanderons, enfin, si la responsabilité fondée sur la confiance (chap. 4) et la théorie du contrat comportant un effet protecteur envers les tiers (chap. 5) peuvent trouver application en cas de violation des devoirs accessoires de protection.

Chapitre 1: La distinction entre les régimes généraux de responsabilité civile et le concours d'actions

§ 1 La distinction entre les régimes généraux de responsabilité civile selon leur fondement juridique

1.1. En général

Le droit suisse connaît deux régimes généraux de compensation des préjudices: la responsabilité contractuelle des art. 97 ss CO et la responsabilité délictuelle prévue aux art. 41 ss CO⁹³³. Tous deux supposent la violation d'un devoir juridique, un dommage, un lien de causalité adéquate et une faute. Ils reposent cependant sur des fondements juridiques différents: la responsabilité prévue à l'art. 41, al. 1, CO répare les dommages découlant d'un acte illicite (1.2), tandis que le régime institué par l'art. 97, al. 1, CO sanctionne l'inexécution d'une obligation (1.3).

1.2. La notion d'illicéité selon l'article 41, alinéa 1, CO

La doctrine et la jurisprudence retiennent une conception objective de l'illicéité⁹³⁴ qui est fortement influencée par le droit allemand (notamment § 823 BGB)⁹³⁵. Ils instituent un système dualiste qui distingue selon le bien juridique atteint:

- Si l'acte dommageable porte atteinte à un droit absolu – tel que la vie, l'intégrité physique et psychique, la propriété et la possession, les droits de la personnalité et de la propriété intellectuelle, mais pas le patrimoine comme tel –, l'illicéité est *a priori* réalisée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si l'auteur a violé une norme de comportement spécifique. On parle d'illicéité par le résultat⁹³⁶. Les droits absolus sont parfois protégés aussi bien par les dispositions du droit civil que du droit pénal.

⁹³³ Pour une présentation générale de ces deux régimes de responsabilité, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 1, § 1 et chap. 2, § 1.

⁹³⁴ BK-BREHM, n. 33 ss, ad art. 41 CO; MERZ, *Widerrechtlichkeit*, p. 309 ss; OFTINGER/STARK I, § 4, n. 9 ss et 22; ATF 118 Ib 473 (476 s.), c. 2b. Sur la notion d'illicéité, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.1.

⁹³⁵ Sur la notion d'illicéité en droit allemand, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.2.

⁹³⁶ MERZ, *Widerrechtlichkeit*, p. 309. A ce sujet, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2.

Tel est le cas, en particulier, de la vie (art. 111 ss CP; art. 28 CC), de l'intégrité corporelle (art. 122 ss CP; art. 28 CC), de la liberté personnelle (art. 180 ss CP; art. 28 CC), de la propriété et de la possession (art. 137 ss CP; art. 641 et 926 ss CC)⁹³⁷.

- Lorsque l'acte dommageable porte atteinte à un autre droit, c'est-à-dire un bien juridique qui ne bénéficie pas de la protection accordée au droit absolu⁹³⁸, l'illicéité n'est réalisée que si l'auteur a enfreint une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause. On parle d'illicéité par le comportement⁹³⁹. De telles normes protectrices peuvent découler de l'ensemble de l'ordre juridique et, notamment, de dispositions pénales ou administratives, comme les règles du droit du travail, de la construction, de la circulation routière, de la concurrence ou de la santé. Par ex., l'auteur du dommage porte atteinte à un intérêt patrimonial spécifiquement protégé par une norme de comportement lorsqu'il commet une escroquerie (art. 146 CP) ou un acte de concurrence déloyale (art. 2 ss LCD)⁹⁴⁰.

Cette définition de l'illicéité, qui opère une hiérarchie entre les droits absolus et les autres biens juridiques, vise à placer une limite à la responsabilité. A défaut, « les actes conformes au droit mais exercés aux dépens d'autrui, comme ceux de la concurrence (même loyale) dans le domaine économique, pourraient donner lieu à réparation »⁹⁴¹.

1.3. La violation d'une obligation au sens de l'article 97, alinéa 1, CO

L'art. 97, al. 1, CO institue un régime général de responsabilité, « lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement ». Cette disposition sanctionne la violation d'une obligation, le plus souvent contractuelle⁹⁴². L'art. 97, al. 1, CO impose au débiteur de réparer le dommage subi par le créancier en cas d'impossibilité

⁹³⁷ OFTINGER/STARK I, § 4, n. 26 s.

⁹³⁸ Tel est le cas du patrimoine en tant que tel.

⁹³⁹ MERZ, *Widerrechtlichkeit*, p. 312. A ce sujet, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2.

⁹⁴⁰ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 100.

⁹⁴¹ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 96.

⁹⁴² Selon la doctrine récente, l'art. 97, al. 1, CO sanctionne non seulement la violation des obligations résultant d'un contrat, mais de toute obligation préexistante, quelles qu'en soient la source et le contenu (BK-WEBER, *Vorb. zu Art. 97-109*, n. 6 et n. 9 ad art. 97 CO; BaK-WIEGAND, n. 3 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2921; CR-THÉVENOZ, *Intro. art. 97-109*, n. 1). L'art. 97, al. 1, CO s'applique, par ex., à l'impossibilité de restituer l'enrichissement illégitime ou l'exécution défectueuse d'une obligation de restituer fondée sur l'enrichissement illégitime (CR-THÉVENOZ, *Intro. art. 97-109*, n. 1).

de fournir la prestation⁹⁴³, ainsi que dans l'hypothèse d'une exécution imparfaite de l'obligation⁹⁴⁴. La responsabilité contractuelle vise non seulement les dommages résultant de l'exécution qualitativement défectueuse d'un devoir principal du débiteur, mais également la violation d'un devoir accessoire⁹⁴⁵. Le texte de l'art. 97, al. 1, CO doit, en réalité, être compris comme suit: « Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou qu'il ne l'a obtenue qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le préjudice en résultant... »⁹⁴⁶.

1.4. La violation positive du contrat

Dans la conception du Code suisse des obligations de 1911, inspiré du BGB (§§ 280 ss)⁹⁴⁷, la notion d'inexécution de l'art. 97, al. 1, CO est principalement caractérisée par des violations négatives du contrat: le débiteur viole son devoir en ne fournissant pas la prestation due. Il adopte un comportement dit négatif⁹⁴⁸. Cependant, les contrats comprennent également des devoirs d'abstention, dont la violation est la conséquence d'un comportement positif du débiteur⁹⁴⁹. Ainsi, l'artisan qui monte un meuble chez son client doit veiller à ne pas endommager le reste de son mobilier. Partant de

⁹⁴³ L'art. 97, al. 1, CO sanctionne l'impossibilité subséquente, définitive et imputable au débiteur. Cette situation doit être distinguée de l'hypothèse de l'art. 119, al. 1, CO qui prévoit l'extinction pure et simple de l'obligation, lorsque l'impossibilité résulte « de circonstances non imputables au débiteur ». On rappellera, en outre, que dans le domaine contractuel, l'impossibilité initiale entraîne la nullité du contrat, conformément à l'art. 20, al. 1, CO. Au sujet de la notion d'impossibilité subséquente définitive imputable au débiteur, cf. BK-WEBER, n. 98 ss ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 3125 ss.

⁹⁴⁴ CR-THÉVENOZ, n. 4 ad art. 97 CO.

⁹⁴⁵ CR-THÉVENOZ, n. 19 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1576; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2530, 2572. Pour plus de précisions, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 1, 1.3.

⁹⁴⁶ VON TUHR/ESCHER, p. 107. Pour plus de précisions sur les différents comportements irréguliers sanctionnés par la responsabilité contractuelle, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 1, 1.3.

⁹⁴⁷ Les §§ 280 ff. BGB ont été modifiés par la loi de modernisation du droit des obligations entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Dans la nouvelle conception allemande, l'impossibilité cesse d'être la notion centrale fondant la prétention en dommages-intérêts du créancier; le § 280 BGB sanctionne la violation du devoir (« *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung* »). Pour plus de précisions, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3.

⁹⁴⁸ Le débiteur ne fait pas ce qu'il doit. Cf. BUCHER, p. 335.

⁹⁴⁹ Le débiteur fait ce qu'il ne doit pas. Cf. BUCHER, p. 335.

ce constat, HERMANN STAUB⁹⁵⁰ a introduit, en droit allemand, la notion de violation positive du contrat. Les clauses du contrat dont la transgression constitue une violation positive du contrat sont rarement formulées expressément. Il s'agit de devoirs accessoires qui consistent le plus souvent en une abstention et qui visent à protéger le partenaire contractuel contre toute atteinte à ses biens juridiques⁹⁵¹. Un médecin commet une violation positive du contrat lorsqu'il sectionne l'artère fémorale du patient au cours d'une opération chirurgicale visant à réduire une fracture de la jambe⁹⁵². De même, le peintre qui doit repeindre un logement viole positivement le contrat qui le lie au maître, s'il tache le tapis de ce dernier⁹⁵³. Les cas typiques de violation positive du contrat constituent également un acte illicite⁹⁵⁴.

La définition de la violation positive du contrat est controversée en doctrine. Certains auteurs⁹⁵⁵ donnent à cette notion un sens plus large comprenant tous les cas d'exécution imparfaite d'une obligation contractuelle⁹⁵⁶. Seules l'impossibilité fautive d'effectuer la prestation (art. 97, al. 1, CO) et la demeure du débiteur (art. 102 ss CO) échapperaient à la notion de violation positive du contrat⁹⁵⁷.

Le Tribunal fédéral a peu recouru à la notion de violation positive du contrat⁹⁵⁸. Dans un vieil arrêt, il l'a définie comme « une violation du devoir général qui incombe à chaque partie contractante de s'abstenir de tout acte pouvant mettre en danger ou compromettre le but du contrat »⁹⁵⁹.

⁹⁵⁰ STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin 1902, p. 46 ss; le même, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904, 2. Aufl. 1913.

⁹⁵¹ BK-FELLMANN, n. 329 ad art. 398 CO; BUCHER, p. 336; LÜCHINGER, n. 373; WIEGAND, Schlechterfüllung, p. 16; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 63. Selon ces derniers auteurs, on se trouve en présence d'une violation positive du contrat quand « le fait dommageable provoque une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la propriété d'une chose d'un partenaire et met ainsi en danger, ou même compromet, le but du contrat » (*ibid.*).

⁹⁵² WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64.

⁹⁵³ KOLLER, Grundzüge, p. 1485.

⁹⁵⁴ BUCHER, p. 336; LÜCHINGER, n. 373.

⁹⁵⁵ BK-WEBER, n. 49 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2534; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 19; KOLLER, Grundzüge, p. 1484.

⁹⁵⁶ Sur la notion d'exécution imparfaite d'une obligation, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 1, § 1, 1.3 et *infra*, 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.3.

⁹⁵⁷ Pour plus de précisions à ce sujet, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 4, 4.2/b/cc.

⁹⁵⁸ WERRO, Mandat, n. 810, p. 277.

⁹⁵⁹ ATF 69 II 243 (244), c. 4; ATF 4C.20/2004 du 27 avril 2004 (*X. c. American Express Travel Related Services Company, Inc.*), c. 4.2.

§ 2 Les autres distinctions entre les régimes généraux de responsabilité civile

L'art. 99, al. 3, CO assure une certaine unité entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. Cette disposition prévoit que les règles concernant l'étendue de la responsabilité en matière d'actes illicites (art. 42 à 47 CO) s'appliquent également au régime contractuel⁹⁶⁰. Des différences subsistent, néanmoins, entre les art. 41 ss et 97 ss CO. Elles portent principalement sur les modalités de l'action en dommages-intérêts (preuve de la faute, responsabilité pour les auxiliaires et prescription), la réparation des dommages purement économiques et les règles en matière de droit international privé.

2.1 La présomption de faute du débiteur

L'art. 41, al. 1, CO impose au lésé de prouver la faute de l'auteur du dommage. Dans la responsabilité contractuelle, cette faute est présumée, en vertu de l'art. 97, al. 1, CO⁹⁶¹. Le créancier reste cependant tenu d'établir les faits sur lesquels reposent son action et, en particulier, la violation d'un devoir contractuel⁹⁶².

2.2 La responsabilité pour les auxiliaires

Le maître qui recourt au service d'auxiliaires répond des dommages que ceux-ci causent dans l'accomplissement de leur travail. La responsabilité est réglée à l'art. 55 CO lorsque l'auxiliaire commet un acte illicite et se fonde sur l'art. 101 CO en cas de violation d'une obligation contractuelle. Ces dispositions présentent certaines différences. La notion d'auxiliaire prévue à l'art. 101 CO comprend toute personne à laquelle le débiteur confie le soin d'exécuter une obligation. Contrairement à l'art. 101 CO⁹⁶³, l'art. 55 CO impose l'existence d'un rapport de subordination entre le maître et l'auxiliaire⁹⁶⁴. Un tel rapport peut reposer sur un contrat de travail, d'un mandat, d'un bail, d'un contrat d'agence ou même découler d'une simple relation de fait⁹⁶⁵. Il peut aussi se fonder sur le droit public: une collectivité ou un établissement publics ne répondent toutefois selon l'art. 55 CO que si l'acte dommageable résulte de l'exercice d'une

⁹⁶⁰ BRUNNER, p. 49 ss et 159 ss. Cf. également *supra*, 1^e partie, chap. 3, § 1.

⁹⁶¹ « ... à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ».

⁹⁶² DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 35. Au sujet de la présomption de faute, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/b/bb.

⁹⁶³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2906.

⁹⁶⁴ DESCHENAUX/TERCIER, § 9, n. 32.

⁹⁶⁵ BK-BREHM, n. 7 s. ad art. 55 CO; OFTINGER/STARK II/1, § 20, n. 64 ss.

industrie⁹⁶⁶. L'existence d'un rapport de subordination suppose que l'employeur ait le pouvoir de donner à l'auxiliaire des instructions et de pratiquer sur lui une surveillance. En revanche, l'employeur ne doit pas **forcément exercer son pouvoir directement; il peut tout à fait recourir à un intermédiaire, tel qu'un contremaître dans une entreprise de construction**⁹⁶⁷.

Une autre différence entre les art. 55 et 101 CO concerne l'application d'éventuelles preuves libératoires. Conformément à l'art. 101 CO, lorsque le débiteur charge un tiers de fournir la prestation qu'il a promise dans le contrat, il répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve que l'auxiliaire a accompli son travail avec tout le soin qu'on était en droit d'attendre de lui-même⁹⁶⁸. Le maître ne peut donc se libérer que s'il prouve qu'il n'aurait commis aucune faute s'il avait agi comme son auxiliaire⁹⁶⁹. En revanche, en matière délictuelle, la responsabilité de l'employeur pour les dommages causés par un auxiliaire est soumise à un régime moins strict. L'art. 55 CO institue une responsabilité objective simple⁹⁷⁰ conférant un moyen libératoire à l'employeur: celui-ci peut démontrer qu'il a fait preuve de toute l'attention commandée par les circonstances dans le choix, les instructions et la surveillance de l'auxiliaire⁹⁷¹.

2.3 La prescription

La prescription des actions en réparation d'un dommage découlant d'un acte illicite est régie par l'art. 60 CO, sous réserve de dispositions spéciales⁹⁷². Elle est d'une année dès la connaissance du dommage et du responsable et de dix ans à compter du fait dommageable.

La prescription des actions contractuelles est réglée, en principe, à l'art. 127 CO qui prévoit un délai de dix ans à compter de l'exigibilité de la créance.

⁹⁶⁶ ATF 113 II 424 (426), c. 1b.

⁹⁶⁷ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 124.

⁹⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1650.

⁹⁶⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2884 ss.

⁹⁷⁰ L'obligation faite à l'employeur de réparer le dommage causé à un tiers par son auxiliaire ne dépend pas d'une faute de sa part, ni d'ailleurs d'une faute de l'auxiliaire, mais de la violation présumée d'un devoir de diligence (WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 123).

⁹⁷¹ DESCHENAUX/TERCIER, § 9, n. 53 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2881.

⁹⁷² Par ex., l'art. 10 LRCN prévoit un délai de prescription de trois ans à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture, ainsi qu'un délai de péremption de trente ans depuis l'événement dommageable.

L'art. 128 CO raccourcit le délai à cinq ans pour certaines créances⁹⁷³. Des règles particulières sont en outre prévues dans la partie spéciale du CO⁹⁷⁴.

2.4. La réparation des dommages purement économiques

Une autre distinction essentielle entre les responsabilités contractuelle et délictuelle concerne l'étendue de la protection accordée au lésé. L'art. 97, al. 1, CO permet de réparer tout dommage découlant de la violation d'une obligation contractuelle. En revanche, l'art. 41, al. 1, CO subordonne l'indemnisation du lésé à la commission d'un acte illicite. Si le fait dommageable consiste en la lésion d'un droit absolu, l'illicéité est donnée d'emblée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si l'auteur du dommage a violé une injonction légale déterminée⁹⁷⁵. En revanche, en cas de dommage purement économique⁹⁷⁶, la victime n'a pas subi d'atteinte à un droit absolu. Il ne peut y avoir d'illicéité que si le comportement reproché tombe sous le coup d'une disposition légale protégeant spécifiquement le lésé⁹⁷⁷. Dans cette situation, tout dépend des conditions dans lesquelles l'atteinte a été portée⁹⁷⁸. Autrement dit, la question du dommage purement économique ne se pose pas dans le cadre du contrat, alors qu'elle peut conduire à refuser l'indemnisation du lésé en matière délictuelle⁹⁷⁹.

⁹⁷³ L'art. 128 CO prévoit une prescription de cinq ans pour les créances suivantes:

- Les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques;
- Les actions pour fournitures de vivres, pension alimentaire et dépenses d'auberge;
- Les actions des artisans, pour leur travail; des marchands en détail, pour leurs fournitures; des médecins et autres gens de l'art, pour leurs soins; des avocats, procureurs, agents de droit et notaires, pour leurs services professionnels; ainsi que celles des travailleurs, pour leurs services.

⁹⁷⁴ Par ex., dans le contrat de vente mobilière, l'art. 210 CO prévoit que toute action en garantie pour les défauts de la chose se prescrit par un an dès la livraison.

⁹⁷⁵ A ce sujet, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/a et *infra*, 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.2.

⁹⁷⁶ Sur la notion de « dommage purement économique », cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2.

⁹⁷⁷ BaK-SCHNYDER, n. 13 ad art. 41 CO; DELCO, p. 37 s.; GIOVANNONI, p. 243; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 100. Cf. également *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/a.

⁹⁷⁸ GIOVANNONI, p. 243. Par ex., un commerçant est en droit de ravir des clients à ses concurrents, mais il ne doit pas recourir à des moyens qui violent la loi sur la concurrence déloyale, la loi sur les cartels ou le code pénal.

⁹⁷⁹ Sur la protection du droit délictuel lorsque la victime a subi un dommage purement économique, cf. également *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2.

2.5. Le système de solidarité en cas de pluralité de responsables

Une autre différence entre les responsabilités contractuelle et délictuelle intervient en cas de concours d'actions. L'art. 50 CO institue un système de solidarité dont bénéficie la victime d'un acte illicite lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage par une faute commune (*gemeinsam verschuldet*)⁹⁸⁰. Elles sont alors personnellement responsables pour l'ensemble du préjudice subi (solidarité parfaite)⁹⁸¹. En revanche, l'art. 51 CO institue un « simple » concours d'actions entre les art. 41 ss et 97 ss CO lorsque les responsables répondent du préjudice en vertu de causes différentes⁹⁸². En cas de concours d'actions, le lésé a intérêt à intenter l'action délictuelle, en cas de pluralité de responsables, afin d'obtenir une condamnation solidaire du débiteur et de ses complices (solidarité parfaite). S'il intente l'action contractuelle contre le débiteur, la solidarité de celui-ci et des complices ou instigateurs sera imparfaite⁹⁸³.

2.6. Les conventions restrictives⁹⁸⁴ de responsabilité

a. En général

En matière contractuelle, le principe de l'autonomie privée autorise les parties à modifier conventionnellement le régime des art. 97 ss CO. Le plus souvent, elles prévoient une responsabilité moins stricte, l'une des parties ne répondant, par ex., que de certains postes du dommage⁹⁸⁵ ou uniquement

⁹⁸⁰ CUENDET, p. 213, 219 s. Les responsables doivent avoir agi en commun, comme s'il y avait eu entre eux un lien préalable (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 2443).

⁹⁸¹ Cette hypothèse doit être distinguée de celle prévue à l'art. 51 CO: plusieurs personnes répondent du même dommage mais en vertu de « diverses causes du dommage » (note marginale); il n'y a donc pas, entre les responsables, de lien préalable ni de collaboration consciente.

⁹⁸² On parle alors de solidarité imparfaite.

⁹⁸³ CUENDET, p. 220. Cependant, comme le relève CUENDET, le peu de différence existant entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite affaiblit l'intérêt à intenter l'action délictuelle. Les différences principales entre les deux régimes de solidarité portent sur l'interruption de la prescription, le recours du débiteur qui a désintéressé le créancier, la subrogation ainsi que l'appréciation – éventuelle – différenciée de la responsabilité contractuelle au plan externe. Pour davantage de précisions, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 2444 ss; TERCIER, Concours et solidarité, p. 128 s.; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 167.

⁹⁸⁴ Le terme « restrictif » englobe les conventions exclusives et les conventions limitatives de responsabilité.

⁹⁸⁵ Les parties pourraient convenir que seuls les préjudices corporels et matériels sont indemnisés, à l'exclusion des dommages purement économiques. Cette limite est, du reste, prévue à l'art. 58 LCR en matière de responsabilité civile du détenteur de véhicule automobile.

à hauteur d'un montant maximum. Ces clauses limitent ou excluent l'obligation de réparer à l'avance, c'est-à-dire avant qu'un fait dommageable ne survienne ou, du moins, avant que la victime n'ait connaissance de son dommage⁹⁸⁶.

b. Les limites aux clauses restrictives de responsabilité

Certaines lois spéciales limitent la possibilité offerte aux parties de déroger aux régimes des responsabilités objectives qu'elles prévoient. On peut citer les art. 16 LRespC⁹⁸⁷, 8 LRFP⁹⁸⁸, 8, al. 1, LRCN⁹⁸⁹, 39 LIE⁹⁹⁰, 87, al. 1, LCR⁹⁹¹ et 65, al. 3, LFP⁹⁹² qui frappent de nullité toute disposition contraire. En matière de voyages à forfait, la LVF exclut toute limitation de responsabilité en cas de dommages corporels ou commis par faute intentionnelle, négligence ou imprudence graves (art. 16, al. 1, LVF). Dans les autres cas, la possibilité de restreindre sa responsabilité est limitée au double du prix du voyage à forfait (art. 16, al. 2, LVF). Dans le domaine du transport de marchandises, la LTP autorise la limitation conventionnelle de responsabilité uniquement pour les marchandises dont le transport présente des difficultés particulières ou un risque élevé (art. 42 LTP)⁹⁹³.

Outre les lois spéciales instituant des responsabilités objectives, les clauses restrictives de responsabilité sont également soumises aux limites générales prévues par l'ordre juridique (art. 27 CC; art. 19, al. 2, 20, 100, 101, CO) ainsi qu'aux règles régissant les conditions générales (art. 8 LCD). De ce fait, une partie ne peut renoncer, par avance, à demander réparation en cas

⁹⁸⁶ Nous ne traiterons pas ici de la question de la transaction relative à l'étendue de la réparation une fois le dommage survenu.

⁹⁸⁷ L'art. 16 LRespC a la teneur suivante: « Les publications, règlements ou conventions spéciales qui excluraient ou restreindraient d'avance la responsabilité civile sont sans valeur légale. »

⁹⁸⁸ Art. 8 LRFP prévoit que « Sont nulles les conventions qui limitent ou excluent au détriment de la victime la responsabilité civile résultant de la présente loi. »

⁹⁸⁹ Selon l'art. 8, al. 1, LRCN, « Les conventions qui excluent ou restreignent la responsabilité civile résultant de la présente loi sont nulles. »

⁹⁹⁰ L'art. 39 LIE indique ce qui suit: « Sont sans valeur légale les règlements, publications ou conventions spéciales qui excluraient ou limiteraient d'avance la responsabilité telle qu'elle résulte des dispositions de la présente loi. »

⁹⁹¹ Aux termes de l'art. 87, al. 1, LCR, « Est nulle toute convention qui exclut ou restreint la responsabilité civile découlant de la présente loi. »

⁹⁹² L'art. 65, al. 3, LFP stipule que « Toute restriction de cette responsabilité est exclue. »

⁹⁹³ L'art. 42 LTP autorise également une limitation de la responsabilité pour les marchandises et bagages transportés à un tarif exceptionnel selon l'art. 9, al. 2, ou conformément aux accords particuliers prévus par l'art. 10, al. 2, LTP.

de dommage corporel. Un tel engagement est nul (art. 19, al. 2, et 20 CO), car il limite de manière excessive la liberté personnelle et est contraire aux bonnes mœurs (art. 27, al. 2, CC)⁹⁹⁴. Lorsque la clause de restriction de responsabilité figure dans des dispositions contractuelles préalablement formulées, elle doit respecter l'art. 8 LCD⁹⁹⁵, qui régit les conditions générales abusives. Cette disposition est toutefois d'application limitée, car elle suppose une différence notable avec le régime légal ou avec la répartition des droits qui découle de la nature du contrat⁹⁹⁶.

Une autre limite aux clauses restrictives de responsabilité est prévue à l'art. 100, al. 1, CO. Cette disposition interdit au débiteur de s'exonérer à l'avance de sa responsabilité pour dol ou faute grave⁹⁹⁷. En outre, si le créancier était au service du débiteur au moment où il a convenu de l'exclusion de responsabilité ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle la clause qui libérerait le débiteur en cas de faute légère (art. 100, al. 2, CO). Dans ces deux hypothèses, le débiteur ne peut pas non plus s'exonérer pour le dol ou la faute grave de ses auxiliaires (art. 101, al. 3, CO).

c. La portée d'une convention restrictive de responsabilité dans le domaine délictuel

Les parties ne peuvent en principe pas convenir d'une limitation de la responsabilité délictuelle, car celle-ci est fondée sur la loi. Cependant, il peut arriver que la violation d'un devoir contractuel constitue également un acte illicite engageant la responsabilité délictuelle de son auteur⁹⁹⁸. Dans cette hypothèse, on peut se demander si la clause restrictive de responsabilité produit aussi ses effets sur le plan extra-contractuel. Dans l'affirmative, les parties auraient ainsi la possibilité de restreindre par avance la responsabilité délictuelle, pourtant fondée sur la loi.

⁹⁹⁴ BK-BREHM, n. 139 ad art. 58 CO; SCHWENZER, OR AT, § 24, n. 24.14; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 259.

⁹⁹⁵ L'art. 8 LCD a la teneur suivante: « Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui:

^a Dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou

^b Prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. »

⁹⁹⁶ CR-DESSEMONTET, n. 66 ss ad art. 1 CO; SCHWENZER, OR AT, § 46, n. 46.03 ss.

⁹⁹⁷ En revanche, le débiteur peut s'exonérer de toute responsabilité du fait de ses auxiliaires (art. 101, al. 2, CO).

⁹⁹⁸ Il s'agit alors d'un cas de concours d'actions.

La question de savoir si une exclusion de responsabilité prévue dans un contrat est également valable sur le plan délictuel est controversée. Après avoir considéré que la responsabilité pour acte illicite ne pouvait pas être écartée⁹⁹⁹, le Tribunal fédéral admet, aujourd'hui, l'effet général de l'exclusion conventionnelle de la responsabilité¹⁰⁰⁰.

La doctrine majoritaire¹⁰⁰¹ prévoit également que l'exclusion contractuelle de responsabilité est susceptible de s'étendre à la responsabilité délictuelle, en précisant, pour certains, qu'il s'agit là d'un problème d'interprétation de la clause¹⁰⁰². Une solution contraire aurait souvent pour effet de vider, en pratique, la clause de son contenu. On réintroduirait ainsi une responsabilité que les parties avaient pourtant exclue¹⁰⁰³. Ce raisonnement suppose, il est vrai, que la volonté des parties ait le pouvoir d'écarter une responsabilité fondée sur la loi. Le droit français ne l'admet pas, considérant que la responsabilité délictuelle est d'ordre public¹⁰⁰⁴. En droit suisse, la doctrine considère, en revanche, que les conséquences d'un acte illicite sont susceptibles d'être écartées par contrat¹⁰⁰⁵. La fonction essentielle de la responsabilité civile est en effet réparatrice et non répressive¹⁰⁰⁶. Cela signifie que, contrairement à la responsabilité pénale ou administrative, la responsabilité civile peut rester à la libre disposition des parties. Il est donc admissible d'étendre les effets d'une clause restrictive de responsabilité au régime délictuel.

L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile propose d'introduire des restrictions supplémentaires aux conventions limitatives de responsabilité qui concernent des biens juridiques déterminés. L'art. 57, al. 1, AP RC prévoit que « toute convention excluant ou limitant par avance la respon-

⁹⁹⁹ SJ 1981, p. 433, c. 1b.

¹⁰⁰⁰ ATF 120 II 58 (60 s.), c. 3a; ATF 107 II 161 (168), c. 8a. Question laissée ouverte dans l'ATF 111 II 471 (480), c. 11.

¹⁰⁰¹ BK-BREHM, n. 134 ad art. 58 CO; BUCHER, p. 337 s.; CR-THÉVENOZ, n. 11 s. ad art. 100 CO; CR-WERRO, Intro. art. 41-61, n. 10; OFTINGER/STARK I, § 12, n. 7 ss; SCHÖNLE, Renseignements inexacts, p. 233 s.; SCHWENZER, OR AT, § 24, n. 24.02. Contra: ENGEL, p. 723 ss; MISTELI, p. 261; PERRIN, Limitation de responsabilité, p. 211; le même, Clauses de non responsabilité, p. 66.

¹⁰⁰² CR-WERRO, Intro. art. 41-61, n. 10; DESCHENAUX/TERCIER, § 22, n. 8; OFTINGER I, p. 489 s. Selon WERRO, « il convient de s'en tenir à la volonté des parties. Ce n'est que si celles-ci se sont clairement prononcées en faveur d'une exclusion de toute responsabilité que l'exclusion doit être admise » (*ibid.*).

¹⁰⁰³ Cf. en particulier BUCHER, p. 337 s.

¹⁰⁰⁴ WERRO, Responsabilité de l'entrepreneur, p. 70.

¹⁰⁰⁵ CHAPPUIS, RDS 2003 II, p. 377; SCHÖNLE, Renseignements inexacts, p. 232 s.

¹⁰⁰⁶ CR-WERRO, Intro. art. 41-61 CO, n. 2; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 1, n. 63.

sabilité pour une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne ou pour une atteinte à l'environnement est nulle. »¹⁰⁰⁷

2.7. Les règles en matière de for et de droit applicable

a. En cas de litige de nature « internationale »

En cas de litige de nature « internationale », la LDIP et la CLug prévoient des règles différentes en matière d'actes illicites et de responsabilité contractuelle, en ce qui concerne la compétence judiciaire directe (ou for) et le droit applicable.

aa. Le for et le droit applicable aux actions fondées sur un acte illicite

Les art. 129 à 131 LDIP règlent la compétence internationale directe des tribunaux suisses pour les actions fondées sur un acte illicite. Ces dispositions ne distinguent pas la responsabilité pour faute des responsabilités objectives simples et aggravées. La règle de base, prévue à l'art. 129, al. 1, LDIP, retient la compétence des tribunaux suisses du domicile ou, à défaut, de la résidence habituelle du défendeur¹⁰⁰⁸. En l'absence de domicile ou de résidence habituelle en Suisse, l'action peut être intentée devant le tribunal suisse du lieu de l'acte ou du résultat (art. 129, al. 2, LDIP). L'art. 5, ch. 3, CLug prévoit également le for du lieu où l'acte dommageable s'est produit. Ce for est toutefois alternatif et non subsidiaire¹⁰⁰⁹.

La question du droit applicable est réglée aux art. 132 à 142 LDIP. L'art. 132 LDIP autorise les parties à faire une élection de droit une fois que le dommage s'est produit et jusqu'à ce que des conclusions aient été prises dans une éventuelle procédure civile¹⁰¹⁰. Elle est cependant limitée « au droit du for », à savoir au droit suisse.

A défaut d'élection de droit, l'art. 133, al. 3, LDIP prévoit que « lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les

¹⁰⁰⁷ L'art. 57, al. 2, AP RC précise qu'une convention restrictive de responsabilité est nulle lorsque l'auteur du dommage a commis une faute grave (cf. art. 100, al. 1, CO), que la personne lésée se trouve au service de la personne responsable (cf. art. 100, al. 2 et 3, CO), que la responsabilité découle d'une activité soumise à autorisation ou concédée par l'autorité (cf. art. 100, al. 2 et 101, al. 3) ou que la clause figure dans des conditions générales préimprimées (cf. art. 256, al. 2, let. a, CO et art. 8 LCD). A ce sujet, cf. WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 260 ss.

¹⁰⁰⁸ L'art. 2 CLug prévoit une règle à peu près identique: lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat partie à la CLug, l'action dirigée contre lui doit être introduite à son domicile et non à sa résidence habituelle.

¹⁰⁰⁹ DUTOIT, p. 408, n. 7.

¹⁰¹⁰ DUTOIT, p. 415, n. 1.

prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique. » Ainsi, lorsque la violation d'une obligation constitue également un acte illicite, la LDIP soumet les prétentions fondées sur l'acte illicite à la loi applicable au contrat existant entre les parties¹⁰¹¹. Si un tel contrat n'existe pas, l'art. 133, al. 2, LDIP prévoit le rattachement à la loi du lieu du délit. Toutefois, lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même Etat, les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet Etat, et non par celui du lieu du délit (art. 133, al. 1, LDIP).

En outre, il existe différents rattachements spéciaux dans le domaine des accidents de la circulation routière (art. 134 LDIP qui renvoie à la convention de La Haye du 4 mai 1971¹⁰¹²), de la responsabilité du fait des produits (art. 135 LDIP), de la concurrence déloyale (art. 136 LDIP), des entraves à la concurrence (art. 137 LDIP), des immissions dommageables provenant d'un immeuble (art. 138 LDIP) et des atteintes à la personnalité (art. 139 LDIP).

bb. Le for et le droit applicable en matière contractuelle

Les art. 112 à 115 LDIP règlent la compétence internationale directe des tribunaux suisses pour les actions fondées sur un contrat. L'art. 112, al. 1, LDIP prévoit le for du domicile ou, à défaut de domicile, celui de la résidence habituelle du défendeur. Lorsque le défendeur n'a ni domicile ni résidence en Suisse, l'action peut être portée devant les tribunaux suisses du lieu où la prestation litigieuse doit être exécutée en Suisse (art. 113 LDIP). En matière contractuelle, le for du lieu d'exécution est également prévu par l'art. 5, ch. 1, CLug¹⁰¹³. Ce for est alternatif et non subsidiaire, à la différence de l'art. 113 LDIP.

Des rattachements spéciaux existent pour les contrats conclus avec des consommateurs (art. 114 LDIP; art. 13 à 15 CLug) et les contrats de travail (art. 115 LDIP; art. 5, ch. 1, CLug).

En vertu du principe de l'autonomie privée, l'art. 116, al. 1, LDIP laisse les parties choisir librement le droit régissant leur contrat. L'élection de droit

¹⁰¹¹ CR-THÉVENOZ, Intro art. 97-109, n. 32.

¹⁰¹² Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, conclue à La Haye le 4 mai 1971 (RS 0.741.31).

¹⁰¹³ Aux termes de l'art. 5, ch. 1, CLug, « Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. »

peut intervenir ou être modifiée en tout temps, même après la conclusion du contrat (art. 116, al. 3, LDIP).

A défaut d'élection de droit, l'art. 117 LDIP désigne, à titre de rattachement général, le droit de l'Etat dans lequel « la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle [...] » (art. 117, al. 2, LDIP)¹⁰¹⁴.

Les art. 118 à 122 LDIP prévoient une série de rattachements spéciaux en matière de vente mobilière (art. 118), de contrats relatifs aux immeubles et à leur usage (art. 119 LDIP), de contrats conclus avec des consommateurs (art. 120 LDIP), de contrats de travail (art. 121 LDIP) et de contrats en matière de propriété intellectuelle (art. 122 LDIP).

b. En cas de litige « national »

La compétence à raison du lieu, en matière civile, est déterminée par la LFors lorsque le litige n'est pas de nature internationale (art. 1, al. 1, LFors).

L'art. 25 LFors institue un triple for alternatif pour les actions fondées sur un acte illicite. La victime peut agir devant le tribunal de son domicile, au domicile du défendeur ou « au lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci ». Les actions fondées sur une atteinte à la personnalité peuvent être introduites auprès du tribunal du domicile de l'une des parties (art. 12, let. a, LFors).

En matière contractuelle, le for général du domicile du défendeur est applicable (art. 3, al. 1, let. a, LFors), à moins que l'action se fonde sur un contrat spécial pour lequel la loi institue un for particulier. Tel est le cas

¹⁰¹⁴ Selon l'art. 117, al. 3, let. a, b, d, e, LDIP, est caractéristique la prestation:

- de l'aliénateur dans les contrats d'aliénation;
- de la partie qui confère l'usage dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit;
- du dépositaire dans le contrat de dépôt;
- du garant ou de la caution dans les contrats de garantie ou de cautionnement.

La prestation caractéristique est la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de services (art. 117, al. 3, let. c, LDIP).

pour les contrats conclus avec des consommateurs¹⁰¹⁵, pour les baux à loyer et à ferme¹⁰¹⁶ et en matière de droit du travail¹⁰¹⁷.

§ 3 Le concours d'actions

3.1 La définition du concours d'actions

Lorsqu'un même état de fait remplit les conditions des responsabilités contractuelle et délictuelle, le droit suisse admet un concours d'actions: sous réserve des cas où une loi spéciale consacre le principe de l'exclusivité¹⁰¹⁸, le lésé est en droit de se prévaloir des deux chefs de responsabilité, l'admission d'une action rendant l'autre sans objet¹⁰¹⁹. Un concours d'actions intervient lorsque la violation d'une obligation contractuelle constitue également une atteinte illicite à un bien juridiquement protégé¹⁰²⁰.

Pour ses partisans, le concours d'actions est d'une importance pratique considérable, puisqu'il autorise la victime à choisir entre les responsabilités contractuelle et délictuelle et lui permet, dans un cas concret, de se prévaloir du régime le plus favorable¹⁰²¹. Prenons l'exemple du touriste qui a été victime d'un accident de ski en mai 1977 et n'a introduit action contre la société de remontées mécaniques qu'en avril 1984¹⁰²². Considérant la responsabilité comme délictuelle, le Tribunal cantonal valaisan a rejeté la

¹⁰¹⁵ Le for est celui du domicile de l'une des parties, lorsque l'action est intentée par le consommateur et celui du domicile du défendeur, lorsque l'action est intentée par le fournisseur (art. 22 LFors).

¹⁰¹⁶ Les autorités de conciliation et le tribunal compétent pour connaître des actions fondées sur le bail à loyer ou à ferme sont ceux du lieu où est situé l'immeuble (art. 23, al. 1, LFors).

¹⁰¹⁷ En cas d'action fondée sur le droit du travail, le for est celui du domicile du défendeur ou celui du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 24, al. 1, LFors).

¹⁰¹⁸ Cf., par ex., l'art. 59, al. 4, LCR *a contrario*. Au sujet du principe de l'exclusivité, cf. *supra*, 1^e partie, § 3, chap. 3.

¹⁰¹⁹ BaK-WIEGAND, n. 15 ad art. 97 CO; BK-WEBER, *Vorb. zu Art. 97-109*, n. 106; CR-THÉVENOZ, *Intro. art. 97-109*, n. 13; DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 15; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2927 ss; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 43, 49; SCHWENZER, ORAT, § 5, n. 5.03, § 67, 67.06; WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 63; ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (115), c. 2a/bb; ATF 120 II 58 (60 s.), c. 3a; ATF 118 II 502 (506 s.), c. 3.

¹⁰²⁰ WIDMER/WESSNER, *Rapport explicatif*, p. 63.

¹⁰²¹ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 32; GAUCH, *Vereinheitlichung*, p. 315 s.; SCHMID, *Nichterfüllung*, p. 308. Sur les différences entre les régimes généraux contractuel et délictuel, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 1, § 1 et 2.

¹⁰²² ATF 113 II 246.

demande en retenant que la prescription de l'art. 60 CO était acquise. Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral a donné raison au skieur en retenant une responsabilité contractuelle à l'encontre de l'entreprise de téléphérique. Selon notre haute Cour, le contrat de transport conclu entre le skieur et la société de remontées mécaniques obligeait cette dernière à assurer *ex contractu*, à titre accessoire, la sécurité des pistes¹⁰²³. Cette obligation n'ayant pas été respectée, le lésé a pu bénéficier du délai de prescription plus long du régime contractuel (art. 127 CO) et obtenir réparation du dommage subi¹⁰²⁴.

3.2 Les situations donnant lieu à un concours d'actions

Il n'est pas rare qu'un même acte contrevienne simultanément à une obligation contractuelle et à un devoir général, et donne ainsi lieu à un concours d'actions. Cette situation se produit le plus souvent lorsque le débiteur cause un préjudice corporel ou matériel au créancier en cours d'exécution d'un contrat. Tel est le cas, par ex., d'un médecin qui viole son devoir de diligence en administrant un traitement contre-indiqué qui nuit à la santé du patient¹⁰²⁵ ou d'un employeur qui omet de prendre les mesures de sécurité nécessaires à protéger la santé de son travailleur qui se blesse¹⁰²⁶. Le Tribunal fédéral a notamment admis un concours d'actions dans les circonstances suivantes:

- Un médecin commet une faute opératoire¹⁰²⁷.
- Un électricien charge un sellier de réparer la sangle dont il se ceint pour escalader les poteaux; la sangle se rompt sous le poids de l'homme, car la réparation a été mal exécutée¹⁰²⁸.
- Un aubergiste autorise un tir au pistolet dans le jardin de son établissement public où sont assis des clients; l'un d'eux est blessé par un projectile¹⁰²⁹.

¹⁰²³ ATF 113 II 246 (250), c. 6c.

¹⁰²⁴ Au sujet des différences entre les deux régimes généraux de responsabilité civile, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 1, § 2.

¹⁰²⁵ Le médecin commet alors un acte illicite en portant atteinte à l'intégrité corporelle de son patient (art. 28, 28a al. 3, CC) et viole simultanément son obligation de diligence résultant du contrat de soins (art. 398, al. 2, CO).

¹⁰²⁶ Dans cette situation, l'employeur viole son devoir de protection découlant de l'art. 328 CO et porte également atteinte à l'intégrité corporelle du travailleur (art. 28, 28a, al. 3, CC).

¹⁰²⁷ ATF 64 II 200.

¹⁰²⁸ ATF 64 II 254.

¹⁰²⁹ ATF 71 II 107.

- Un vendeur livre une friteuse dont le thermostat est défectueux; l'appareil électrique s'enflamme et cause un incendie dans l'hôtel¹⁰³⁰.
- Une société de remontées mécaniques ne prend pas les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des pistes de ski¹⁰³¹; un skieur se blesse.
- L'exploitant d'une piscine omet de prendre les mesures de surveillance imposées par les circonstances; un enfant se noie¹⁰³².
- Un garagiste effectue correctement la réparation d'une voiture, mais laisse celle-ci immobilisée pendant plusieurs années sans la rouler; le véhicule subit une détérioration¹⁰³³.

Dans ces exemples, l'acte dommageable porte atteinte à un droit absolu de la victime¹⁰³⁴ et compromet simultanément le but du contrat. Le responsable commet un acte illicite¹⁰³⁵ et contrevient également à ses devoirs de protection découlant du contrat. Pour autant que les autres conditions de la responsabilité soient remplies¹⁰³⁶, il doit répondre du dommage causé sur la base des art. 41 ss et 97 ss CO.

Un acte illicite peut également constituer la violation d'un devoir du contrat sans que l'acte dommageable ne résulte d'une atteinte à un droit absolu de la victime. Par ex., le gérant de fortune qui puise dans les fonds qui lui sont confiés pour satisfaire ses propres besoins commet un abus de confiance sanctionné pénalement (art. 138 CP) et civilement (art. 41, al. 1, CO). Il manque en outre à son obligation contractuelle de fidélité à l'égard du mandant (art. 398, al. 2, CO)¹⁰³⁷. Dans cette situation, l'illicéité résulte de la violation d'une norme (art. 138 CP) destinée à protéger la victime. Cette

¹⁰³⁰ ATF 90 II 88.

¹⁰³¹ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2 (responsabilité de l'entreprise de téléphérique niée); ATF 126 III 113 (responsabilité niée); ATF 121 III 358 (responsabilité admise); ATF 113 II 246 (responsabilité admise).

¹⁰³² Cf. ATF 113 II 424 (responsabilité de l'exploitant niée).

¹⁰³³ DC 1990/4, p. 100 (responsabilité admise).

¹⁰³⁴ Dans ces exemples, la victime subit, le plus souvent, une atteinte à son intégrité physique.

¹⁰³⁵ Comme l'auteur du dommage viole un droit absolu de la victime, l'illicéité est *a priori* réalisée; il n'est donc pas nécessaire d'examiner si l'auteur a transgressé une norme de comportement spécifique (MERZ, *Widerrechtlichkeit*, p. 309). Sur la notion d'« illicéité de résultat », cf. *supra*, 1^{re} partie, chap. 2, § 1, 1.2/a et 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.2).

¹⁰³⁶ Les conditions générales de la responsabilité civile sont le dommage, le lien de causalité adéquate et la faute.

¹⁰³⁷ CR-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, n. 13.

dernière ne subit pas d'atteinte à l'un de ses droits absolus, mais un dommage purement économique.

Chapitre 2: La remise en cause du concours d'actions

§ 1 Généralités

Bien qu'admise par la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral¹⁰³⁸, la théorie du concours d'actions est remise en cause par différents auteurs. Certains d'entre eux proposent une application exclusive de l'action contractuelle¹⁰³⁹ ou sont favorables à une action délictuelle unique¹⁰⁴⁰. La plupart critiquent le concours d'actions sans proposer d'autre solution¹⁰⁴¹.

L'idée de modifier la frontière entre les responsabilités contractuelle et délictuelle n'est pas récente. En 1968, JÄGGI¹⁰⁴² défendait une interprétation novatrice des art. 97, al. 1 et 41, al. 1, CO. Selon cet auteur, le fondement de la responsabilité civile serait unique: celui qui cause un dommage à autrui en ne respectant pas un devoir imposé par l'ordre juridique ou un contrat viole l'interdiction générale de nuire à autrui (*Schädigungsverbot*) et commet un acte illicite. Il doit à la victime des dommages-intérêts en vertu des art. 41 ss CO. Le champ d'application de l'art. 97, al. 1, CO serait ainsi réduit, conformément à son texte, à la réparation du dommage spécifique que le débiteur cause au créancier en n'exécutant pas son obligation (impossibilité)¹⁰⁴³. Selon JÄGGI, l'existence d'un rapport contractuel préalable entre le responsable et la victime pourrait cependant influencer les règles régissant la réparation du dommage. Bien que les art. 41 ss CO soient en principe applicables à la violation d'une obligation contractuelle, le lésé pourrait néanmoins se prévaloir des art. 97 ss CO lorsqu'il existe des motifs particuliers. Tel serait le cas pour la présomption de faute (art. 97, al. 1, CO) et pour la responsabilité des auxi-

¹⁰³⁸ BK-WEBER, Vorb. zu Art. 97-109, n. 106; CR-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, n. 13; DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 15; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2927 ss; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 43, 49; SCHWENZER, OR AT, § 5, n. 5.03, § 67, n. 67.06; ATF 126 III 113 (114), c. 2a; ATF 120 II 58 (61), c. 3a; ATF 118 II 502 (506), c. 3.

¹⁰³⁹ VON TUHR/ESCHER, p. 109 s.

¹⁰⁴⁰ JÄGGI, p. 183, 193. Cet auteur soutient que la violation du contrat constitue également un acte illicite.

¹⁰⁴¹ CUENDET, p. 218; DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 23 ss.

¹⁰⁴² JÄGGI, p. 181 ss.

¹⁰⁴³ JÄGGI, p. 193. Au sujet de la théorie de JÄGGI, cf. notamment GABRIEL, n. 778 ss; WERRO, Mandat, p. 280, n. 820.

liaires (art. 101 CO). En revanche, la prescription serait soumise à l'art. 60 CO¹⁰⁴⁴.

L'idée de redéfinir la frontière entre les responsabilités contractuelle et délictuelle trouve aujourd'hui un certain écho en doctrine:

- DESCHENAUX/TERCIER indiquent que la différence entre les responsabilités contractuelle et délictuelle « a sans doute été exagérée »¹⁰⁴⁵. Ils reprochent en particulier au concours d'actions de « sacrifier le principe d'unité de la responsabilité civile », en traitant de manière différente des situations identiques. Ces auteurs relèvent que, selon les règles du concours, « le même état de choses pourrait donner naissance à deux responsabilités fondamentalement différentes, suivant que la victime était ou non liée au responsable par un contrat »¹⁰⁴⁶. En outre, la théorie du concours conduit à « étendre à l'excès la notion d'obligation contractuelle »¹⁰⁴⁷.
- YUNG et CUENDET reprochent au concours d'actions d'avoir trop étendu la responsabilité contractuelle¹⁰⁴⁸. Lorsqu'un acte illicite est commis en violation étroite avec l'exécution d'un contrat, la jurisprudence préfère appliquer le régime des art. 97 ss CO en retenant des devoirs de protection à la charge du débiteur. Selon YUNG, « tout se passe comme s'il existait une règle non écrite portant qu'il est contraire au contrat de commettre un acte illicite en relation étroite avec son exécution »¹⁰⁴⁹.
- KOLLER conteste l'application de la responsabilité contractuelle en cas d'atteinte portée aux droits absolus du cocontractant en cours d'exécution d'un contrat. Selon cet auteur, il se justifie de soumettre la violation des devoirs de protection au régime de la responsabilité délictuelle¹⁰⁵⁰.
- GABRIEL considère que la responsabilité contractuelle est aujourd'hui trop étendue. Selon lui, la commission d'un acte illicite en rapport avec l'exécution d'un contrat devrait être sanctionnée exclusivement

¹⁰⁴⁴ JÄGGI, p. 194 s.

¹⁰⁴⁵ DESCHENAUX/TERCIER, § 1, n. 22 et § 33.

¹⁰⁴⁶ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 24.

¹⁰⁴⁷ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 25.

¹⁰⁴⁸ CUENDET, p. 218; YUNG, FS Schönenberger, p. 173.

¹⁰⁴⁹ YUNG, FS Schönenberger, p. 173.

¹⁰⁵⁰ GUHL/MERZ/KOLLER, § 32, n. 45; KOLLER, Symposium Stark, p. 80; le même, Grundzüge, p. 1490.

par les art. 41 ss CO, pour autant que le comportement dommageable ne viole pas la prestation principale découlant du contrat. Selon cet auteur, le régime de la responsabilité contractuelle devrait s'appliquer uniquement à l'inexécution ou à l'exécution imparfaite des devoirs de prestation¹⁰⁵¹, à savoir ceux qui visent à procurer directement au créancier la prestation promise dans le contrat¹⁰⁵². La violation des devoirs de protection devrait être soumise au régime délictuel.

Les considérations qui précèdent démontrent qu'une partie de la doctrine est aujourd'hui favorable à une modification de la frontière entre les responsabilités contractuelle et délictuelle.

§ 2 Les principales critiques adressées au concours d'actions¹⁰⁵³

Il est principalement reproché au concours d'actions de battre en brèche le principe d'unité de la responsabilité civile (2.1) et d'étendre de manière excessive la notion d'obligation contractuelle (2.2).

2.1. La violation du principe d'unité de la responsabilité civile

Nous avons vu que les responsabilités contractuelle et délictuelle sont soumises à des règles différentes, notamment en matière de prescription (art. 60/127 CO), de responsabilité pour les auxiliaires (art. 55/101 CO) et de présomption de faute (art. 41/97 CO)¹⁰⁵⁴. Elles peuvent pourtant s'appliquer au même état de fait lorsque la violation d'un devoir contractuel porte simultanément atteinte à un bien juridiquement protégé¹⁰⁵⁵. Dans cette situation, le principe du concours d'actions permet à la victime de se prévaloir, à son choix, de l'un et/ou de l'autre régime de responsabilité (art. 41 ss/97 ss CO). Le lésé n'est donc pas traité de la même manière s'il est lié ou non par un contrat à l'auteur du dommage: en vertu du concours d'actions, le cocontractant peut se prévaloir des responsabilités contractuelle ou délictuelle, alors que le tiers ne peut invoquer que le régime de

¹⁰⁵¹ Sur la notion de devoirs de prestation, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 2, § 3.

¹⁰⁵² GABRIEL, n. 123 et n. 778 ss.

¹⁰⁵³ Nous procéderons à une critique plus approfondie du concours d'actions lorsque nous examinerons la proposition d'unification partielle des régimes contractuel et délictuel prévue par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile: cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 4.

¹⁰⁵⁴ A ce sujet, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 1, § 2.

¹⁰⁵⁵ GLÄTTLI, p. 6.

l'acte illicite¹⁰⁵⁶. Pourtant, dans les deux hypothèses, quel que soit le rapport entre le responsable et le lésé, le contenu du devoir violé est identique, que celui-ci consiste en une obligation contractuelle ou en un devoir général. Ainsi, le régime du concours d'actions ne respecte pas le principe d'égalité de traitement, car il prévoit deux régimes de responsabilité différents pour sanctionner la violation du même devoir¹⁰⁵⁷.

2.2. L'extension de la notion d'obligation contractuelle

Le concours d'actions a conduit à une extension du contrat¹⁰⁵⁸. Pour permettre l'application des règles du régime contractuel, réputées plus favorables au lésé¹⁰⁵⁹, les juges ont assorti l'obligation principale d'une série de devoirs accessoires auxquels les parties n'ont souvent pas songé au moment de la conclusion de la convention¹⁰⁶⁰. Cette critique concerne en particulier les devoirs accessoires de protection¹⁰⁶¹. Le fondement contractuel de ces devoirs est particulièrement critiquable, car ils n'entrent en principe pas dans les prévisions des parties¹⁰⁶².

§ 3 Les solutions proposées dans la doctrine

Pour mettre fin au concours d'actions, un courant de doctrine propose de « sortir » les devoirs accessoires de protection du contrat et de les assimiler

¹⁰⁵⁶ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 24; MAZEAUD, p. 1202 ss; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64 s.

¹⁰⁵⁷ JOUDAIN, Responsabilité, p. 35 s.; MAZEAUD, p. 1202 ss; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64 s. Pour plus de précisions, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.2 et 5.4.

¹⁰⁵⁸ Cette tendance à la « contractualisation » a été mise en évidence par une partie de la doctrine: BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 7; CUENDET, p. 218; FELLMANN, recht 1997, p. 99; GAUCH/SWEET, p. 139, note 137; YUNG, FS Schönenberger, p. 173.

¹⁰⁵⁹ En matière contractuelle, la faute du débiteur est présumée (art. 97, al. 1, CO), la prescription est plus longue (art. 127 CO) et le régime de responsabilité pour les auxiliaires ne prévoit pas de preuve libératoire (art. 101 CO). Les différences entre les régimes généraux contractuel et délictuel sont fortement atténuées par les propositions contenues dans l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile. A ce sujet, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/b.

¹⁰⁶⁰ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 25.

¹⁰⁶¹ Sur la notion de devoirs accessoires de protection, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.2 et 3^e partie, chap. 1.

¹⁰⁶² CUENDET, p. 218; DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 25; KOLLER, Grundzüge, p. 1492 ss; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 65.

à des devoirs généraux¹⁰⁶³. Selon ces auteurs, les devoirs accessoires de protection n'ont rien de spécifiquement contractuels, car la sauvegarde des droits absolus ne peut pas être placée sur le même rang que les diverses prestations attendues des cocontractants au moment de la conclusion du contrat. Cette solution ne tient cependant pas compte du lien particulier qui unit les parties à un contrat et qui expose leurs droits absolus à un risque d'atteinte accru. La relation entre le créancier et le débiteur n'est pas assimilable à celle que régit le droit délictuel et qui s'applique envers tout un chacun de la même manière et selon la même intensité¹⁰⁶⁴.

Une autre partie de la doctrine propose de soumettre la violation des devoirs accessoires de protection au régime délictuel sans les considérer comme des devoirs généraux¹⁰⁶⁵. La responsabilité contractuelle serait alors ramenée à son but principal, à savoir fournir au créancier la prestation objet du contrat. Les atteintes portées aux droits absolus des cocontractants seraient sanctionnées exclusivement par la responsabilité délictuelle. Les art. 97 ss CO ne s'appliqueraient plus qu'aux devoirs qui entraînent dans les prévisions des parties au moment de la conclusion de leur convention.

Cette dernière solution est également prévue par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile¹⁰⁶⁶.

§ 4 L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile

4.1. Généralités

En 1988, le Département fédéral de justice et police a institué une Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile¹⁰⁶⁷. Elle a fourni, en 1991, un rapport qui présente, en 102 thèses, des

¹⁰⁶³ KOLLER, OR AT, § 2, n. 89; le même, Grundzüge, p. 1486. En droit français: JOURDAIN, Fondement, p. 1196 ss; MAZEAUD, p. 1201 ss. En droit allemand: MEDICUS, p. 59, 201. Pour plus de précisions à ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 1.

¹⁰⁶⁴ Pour plus de précisions sur la nature contractuelle des devoirs accessoires de protection, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 1, 1.2.

¹⁰⁶⁵ GABRIEL, n. 123 et 778 ss; JÄGGI, p. 193.

¹⁰⁶⁶ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64 s. A ce sujet, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 4.

¹⁰⁶⁷ « Le mandat de la Commission d'étude a été défini largement: sa tâche consistait à élaborer les bases d'une révision en profondeur du droit de la responsabilité civile, en tenant compte de toutes les normes et réglementations du droit positif qui prévoient directement une compensation du dommage ou qui influencent celle-ci d'une manière ou d'une autre (telles que la législation en matière d'assurances

propositions détaillées de révision du droit de la responsabilité civile¹⁰⁶⁸. En 1992, l'Office fédéral de la justice¹⁰⁶⁹ a chargé les professeurs PIERRE WIDMER (président de la Commission d'étude) et PIERRE WESSNER (membre de la Commission d'étude) d'élaborer un avant-projet sur la partie générale du droit de la responsabilité civile dans le CO et d'adapter les lois spéciales à cette partie générale¹⁰⁷⁰. Les experts ont rendu leur avant-projet et un rapport explicatif en 1999. Le Conseil fédéral prendra connaissance du résultat de la procédure de consultation dans le courant de l'année 2004¹⁰⁷¹. Il a cependant décidé de ne pas intégrer la révision du droit de la responsabilité dans le programme de la législature 2003-2007.

Le projet des experts propose une révision et une unification partielle de la responsabilité civile¹⁰⁷². Il prévoit une Partie générale du droit de la responsabilité civile dans le CO, à laquelle sont adaptées, dans la mesure du possible, les autres lois spéciales. L'un des objectifs de la réforme vise à harmoniser les règles régissant la réparation des dommages. Pour ce faire, les experts proposent de modifier la frontière entre les régimes généraux de responsabilité civile (cf. art. 42 et 46, al. 2, AP RC).

privées ou sociales) » (WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 16 s.). L'un de ces buts était de clarifier les fondements et les conditions de la responsabilité selon le droit positif et, en particulier, les relations entre responsabilité extra-contractuelle et contractuelle (WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 17).

¹⁰⁶⁸ Rapport de la Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile, publiée en 1991 par l'Office fédéral de la justice.

¹⁰⁶⁹ A propos de la révision du droit de la responsabilité civile actuellement en cours, cf. le site Internet de l'Office fédéral de la justice: <http://www.ofj.admin.ch>, « Législation », « Economie & Commerce », rubrique « Responsabilité civile ».

¹⁰⁷⁰ Le droit de la responsabilité civile est actuellement réglé dans différentes lois, ce qui rend son approche difficile. Par ailleurs, il arrive souvent que des questions semblables soient réglées de manière différente (par ex. la prescription), ce qui entraîne des inégalités de traitement.

¹⁰⁷¹ Il s'agira par la suite, pour le Conseil fédéral, de dire si la réalisation du projet doit être poursuivie et, le cas échéant, de déterminer quelles propositions de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile peuvent être maintenues dans le message à l'intention des Chambres fédérales.

¹⁰⁷² A côté du postulat d'unification du droit de la responsabilité civile qui vise, en particulier, la modification du système actuel du concours d'actions (sur cette notion, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 1, § 3), l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile propose une extension de la responsabilité délictuelle, notamment en faisant preuve d'une plus grande sévérité pour les dommages causés par les auxiliaires dans les entreprises (art. 49a AP RC) et en allongeant le délai de prescription de l'actuel art. 60 CO (art. 55 AP RC). Cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/b/aa et cc.

4.2. La suppression du concours d'actions en cas de violation des devoirs de protection découlant d'un contrat

a. *L'objectif de la nouvelle délimitation: l'unification partielle des règles régissant la réparation des dommages*

L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile maintient la dualité entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle prévues par le droit actuel. Il propose cependant de supprimer, dans une large mesure, le concours d'actions (art. 42 et 46, al. 2, AP RC). Le but est de renforcer l'unification des règles régissant la réparation des dommages en cas d'atteinte à un bien protégé de manière absolue par l'ordre juridique¹⁰⁷³. Lorsque l'un des partenaires contractuels viole un droit absolu du cocontractant, l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile prévoit que le régime contractuel (art. 97 ss CO) ne trouve plus application. Dans cette situation, le lésé est soumis aux modalités du régime délictuel concernant, en particulier, la responsabilité pour les auxiliaires (art. 55 CO), la preuve de la faute (art. 41 CO) et la prescription (art. 60 CO)¹⁰⁷⁴.

La volonté de renforcer l'unification des responsabilités contractuelle et délictuelle ressort également de la modification de la règle-renvoi de l'art. 99, al. 3, CO¹⁰⁷⁵. Le but est d'étendre le renvoi prévu par cette disposition afin d'atténuer la distinction entre les deux régimes¹⁰⁷⁶.

Le projet des experts vise donc à unifier, dans une certaine mesure, les règles régissant la réparation des dommages, tout en maintenant une distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle.

¹⁰⁷³ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64 s.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2570. Concernant les droits absolus, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/a et 3^e partie, chap. 1, § 1.

¹⁰⁷⁴ Au sujet des différences entre les deux régimes généraux de responsabilité civile, cf. *supra* 4^e partie, chap. 1, § 2.

¹⁰⁷⁵ Au sujet de l'art. 99, al. 3, CO (actuel), cf. *supra*, 1^e partie, chap. 3, § 1.

¹⁰⁷⁶ Outre les règles sur la « fixation de la réparation » (art. 52 et 52a AP RC), l'art. 99, al. 3, CO (nouveau) aura la teneur suivante: «³Dans la mesure où le droit des contrats ne prévoit pas de règles spécifiques, les dispositions de la Partie générale du droit de la responsabilité civile (art. 41 à 58) s'appliquent aussi aux faits dommageables résultant de la violation d'une obligation contractuelle. » La nouvelle règle-renvoi de l'art. 99, al. 3, CO portera également sur les conditions générales de la responsabilité (dommage, rapport de causalité et faute), sur la pluralité de responsabilités (art. 53 ss AP RC), sur les rapports avec l'assurance (art. 54 ss AP RC) ainsi que sur la procédure et les questions de preuve (art. 56 ss AP RC) (WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 306).

b. *Les contours de la nouvelle responsabilité pour acte illicite prévue aux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC*

aa. *La teneur des nouveaux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC*

Les art. 42, et 46, al. 2, AP RC modifient la frontière entre les responsabilités contractuelle et délictuelle.

Sous le titre « B. champ d'application » et « I. responsabilité entre cocontractants », l'art. 42 AP RC a la teneur suivante:

« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle; sont réservées les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise, ainsi que les règles spécifiques à certaines espèces de contrats. »

En outre, l'art. 46, al. 2, AP RC précise que le comportement d'une personne est illicite « s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou à un devoir contractuel ». Le champ d'application de l'art. 97 CO, en revanche, est explicitement limité à l'inexécution et à l'inexécution partielle. Les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile proposent de modifier l'art. 97, al. 1, CO comme suit:

« Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou qu'il ne l'a obtenue que partiellement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. »

bb. *L'application du régime délictuel pour sanctionner la violation positive du contrat*

Le rapport explicatif des experts indique que la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle n'est pas supprimée, mais que les frontières entre les deux régimes sont déplacées¹⁰⁷⁷. Il est prévu que les règles de la responsabilité générale délictuelle s'appliqueront uniquement à la réparation des dommages résultant de l'exécution imparfaite d'une obligation contractuelle en cas de violation positive du contrat. En revanche, les art. 97 ss CO continueront de sanctionner l'inexécution ou le retard dans l'exécution d'un contrat¹⁰⁷⁸. « En clair, les cas de responsabilités résultant de la violation positive du contrat sont absorbés par les règles

¹⁰⁷⁷ WESSNER, Frontières, p. 16 ss; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 65, 68.

¹⁰⁷⁸ WERRO, Avant-projet, p. 18; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 62 ss.

régissant la responsabilité délictuelle. Dans ces situations-là, il n'est plus question de responsabilité contractuelle ni de concours d'actions. »¹⁰⁷⁹

L'interprétation des art. 42 et 46, al. 2, AP RC repose donc sur la notion de violation positive du contrat.

cc. *L'interprétation des articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC et de la notion de violation positive du contrat*

On peut regretter que les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile fondent la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle sur la notion de violation positive du contrat¹⁰⁸⁰ qui n'est pas réglée par la loi et qui est controversée en doctrine¹⁰⁸¹. Certains auteurs¹⁰⁸² interprètent cette notion comme un concept « résiduel » (« *Sammelbegriff* ») qui engloberait toute exécution imparfaite d'une obligation contractuelle¹⁰⁸³. La violation positive du contrat comprendrait dès lors aussi bien l'exécution défectueuse de la prestation principale que la violation de toute obligation accessoire du contrat. Elle n'appréhenderait toutefois pas l'impossibilité ni la demeure. Un autre courant d'opinions distingue l'exécution défectueuse de la prestation promise dans le contrat des autres atteintes portées aux droits absolus des cocontractants¹⁰⁸⁴. Seule cette seconde hypothèse constituerait une violation positive du contrat. Cette dernière opinion est reprise par les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile qui définissent ainsi la notion de violation positive du contrat¹⁰⁸⁵:

¹⁰⁷⁹ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 65 et 68.

¹⁰⁸⁰ Sur la notion de violation positive du contrat, cf. également *supra*, 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.4.

¹⁰⁸¹ SCHMID, Nichterfüllung, p. 310. La controverse à propos de la notion de violation positive du contrat n'a cependant aucune conséquence juridique. Selon le droit actuel, l'art. 97, al. 1, CO sanctionne en effet toute violation d'un devoir contractuel (cf. BK-WEBER, n. 50 ad art. 97 CO).

¹⁰⁸² BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 4 et n. 2 et 25 ad art. 97 CO, BK-WEBER, n. 49 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2534; SCHWENZER, OR AT, § 67, n. 67.01. Du même avis: GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 19, qui précisent cependant qu'une partie de la doctrine donne un sens plus étroit à la notion de violation positive du contrat (§ 31, n. 19 *in fine*).

¹⁰⁸³ Sur la notion d'exécution imparfaite d'une obligation, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 1, § 1, 1.3 et 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.3.

¹⁰⁸⁴ BK-FELLMANN, n. 329 ad art. 398 CO; BUCHER, p. 335 s; GLÄTTLI, p. 35; WESSNER, Frontières, p. 18.

¹⁰⁸⁵ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 63.

« Il arrive que la violation d'une obligation contractuelle – principale ou accessoire – constitue également la violation illicite d'un devoir général de l'ordre juridique. Il peut s'agir d'un devoir qui est prévu par la loi (art. 328 CO par ex.) ou qui découle directement des principes généraux, comme les devoirs d'abstention qui interdisent de nuire sans raison légitime à autrui (*neminem laedere*) ou d'adopter un comportement incompatible avec les règles de la bonne foi. Tel est le cas notamment quand le fait dommageable provoque une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la propriété d'une chose d'un partenaire et met ainsi en danger ou même compromet le but du contrat. On se trouve alors en présence de ce qu'il est convenu d'appeler une violation positive du contrat. »

Dans un article destiné à préciser la nouvelle frontière entre les responsabilités contractuelle et délictuelle tracée par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile, WESSNER précise qu'une violation positive du contrat intervient « lorsque le fait dommageable cause une atteinte à l'intégrité physique ou à la propriété d'une chose d'une des parties et de ce fait compromet le but du contrat »¹⁰⁸⁶.

La définition donnée par les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile à la notion de violation positive du contrat permet de préciser le contenu des art. 42 et 46, al. 2, AP RC: ces nouvelles dispositions légales visent à soumettre exclusivement au régime de la responsabilité délictuelle la violation des devoirs contractuels constituant simultanément une atteinte à un droit absolu du cocontractant¹⁰⁸⁷. La violation des devoirs de protection découlant d'un contrat « passerait » ainsi au régime de la responsabilité pour acte illicite.

dd. *Les résultats de la procédure de consultation*

Il existe une différence entre les explications données dans le Rapport explicatif de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile et le texte de l'art. 42 AP RC. Tandis que les deux experts précisent que la violation du contrat est « positive » lorsqu'elle constitue en même temps un acte illicite¹⁰⁸⁸, le texte de l'art. 42 AP RC semble vouloir soumettre au régime général de la responsabilité délictuelle toutes les violations d'obligations contractuelles qui n'entraînent pas une impossibilité fautive de s'exécuter (art. 97, al. 1, CO) ou la demeure du débiteur (art. 102 ss CO). Les

¹⁰⁸⁶ WESSNER, Frontières, p. 18.

¹⁰⁸⁷ Dans ce sens également: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2570.

¹⁰⁸⁸ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 62 ss.

hypothèses visées par des règles spécifiques (telles que le régime de la garantie pour les défauts) demeurent dans tous les cas réservées¹⁰⁸⁹.

La plupart des opinions exprimées lors de la procédure de consultation se sont montrées critiques à l'encontre de la nouvelle délimitation entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile proposée par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile¹⁰⁹⁰. Dans la doctrine également, peu de voix se sont exprimées clairement en faveur de la nouvelle frontière¹⁰⁹¹. La raison principale tient vraisemblablement à une mauvaise interprétation des art. 42 et 46, al. 2, AP RC et de la volonté des experts.

En effet, les résultats de la procédure de consultation¹⁰⁹² démontrent que les nouvelles dispositions définissant l'acte illicite (art. 42 et 46, al. 2, AP RC) n'ont pas été comprises dans le sens voulu par les auteurs de l'avant-projet. Selon le rapport explicatif, les situations donnant lieu à une violation positive du contrat « passent » au régime de la responsabilité délictuelle. Les milieux intéressés se sont inspirés de la notion étendue donnée par une partie de la doctrine à la violation positive du contrat, considérée comme un concept « résiduel » (« *Sammelbegriff* ») regroupant tous les cas d'exécution imparfaite d'une obligation¹⁰⁹³. Ainsi interprétés, les art. 42 et 46, al. 2, AP RC auraient pour conséquence d'exclure le régime des art. 97 ss CO en cas d'exécution défectueuse des devoirs principaux ou accessoires d'un contrat¹⁰⁹⁴.

Une telle interprétation des art. 42 et 46, al. 2, AP RC n'est pas soutenable, car elle n'est pas conforme à la notion d'illicéité objective que nous

¹⁰⁸⁹ WERRO, RDS 2003 II, p. 367.

¹⁰⁹⁰ Le canton du Jura est l'un des seuls à avoir exprimé une opinion favorable.

¹⁰⁹¹ Pour: WERRO, *Sorgfaltspflichtverletzung*, p. 381 s. Contre: FELLMANN, *recht* 1997, p. 95 ss; GAUCH, *Vereinheitlichung*, p. 315 ss; PIOTET, *Etude*, p. 267 ss; SCHMID, *Nichterfüllung*, p. 310 s.

¹⁰⁹² Au moment où nous écrivons ces lignes, l'Office fédéral de la justice n'a donné connaissance que des résultats provisoires de la procédure de consultation.

¹⁰⁹³ BaK-WIEGAND, *Einl. zu Art. 97-109*, n. 4 et n. 2 et 25 ad art. 97 CO, BK-WEBER, n. 49 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2534; GUHL/MERZ/KOLLER, § 31, n. 19; SCHWENZER, *OR AT*, § 67, n. 67.01. GUHL/MERZ/KOLLER indiquent cependant qu'une partie de la doctrine donne un sens plus étroit à la notion de violation positive du contrat (*ibid.*). Sur la notion d'exécution imparfaite, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 1, § 1, 1.3 et 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.3.

¹⁰⁹⁴ Dans ce sens, cf. notamment GAUCH, *Vereinheitlichung*, p. 318 ss; PIOTET, *Etude*, p. 275; SCHMID, *Nichterfüllung*, p. 310 s. On rappellera qu'il convient également de réserver les autres hypothèses visées par les règles spécifiques (par ex. garantie pour les défauts) qui restent soumises au régime de la responsabilité contractuelle (art. 42 *in fine* AP RC).

connaissions en droit suisse¹⁰⁹⁵. Elle conduit en effet à considérer comme illicite la violation de tout devoir contractuel, sans examiner si le comportement du responsable contrevient à une injonction imposée par l'ordre juridique visant à protéger la victime. La réforme proposée aurait ainsi pour conséquence de soumettre au régime délictuel l'exécution défectueuse de tout devoir contractuel, principal ou accessoire, sans distinguer celui dont la violation constitue simultanément la transgression d'une norme générale de comportement imposée par l'ordre juridique. Par ex., le médecin qui n'informe pas sa patiente qu'un traitement médical n'est pas pris en charge par l'assurance-maladie devrait répondre de la violation de son devoir accessoire de renseignement découlant du contrat de soins exclusivement selon les règles de la responsabilité délictuelle. Il n'existe pourtant pas de raison d'écarter, dans cette hypothèse, le régime contractuel (art. 97 ss CO).

Les considérations qui précèdent nous incitent à relativiser les résultats peu favorables de la procédure de consultation concernant les art. 42 et 46, al. 2, AP RC. Si l'on entend mettre en œuvre la volonté des experts, il conviendra néanmoins de revoir la formulation de ces nouvelles dispositions et de préciser leur contenu¹⁰⁹⁶.

§ 5 L'examen critique de la proposition prévue aux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC

5.1. Remarques préliminaires

L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile n'entend pas entièrement supprimer le concours d'actions. D'une part, les régimes plus favorables à la victime, prévus dans la partie spéciale du CO¹⁰⁹⁷, continueront de trouver application (art. 42 *in fine* AP RC). D'autre part, toutes les situations donnant lieu à un concours d'actions ne sont pas touchées par la réforme qui ne vise que la violation des devoirs de protection découlant d'un contrat¹⁰⁹⁸. Ainsi, lorsqu'il commet un abus de confiance, le responsable ne lèse pas un droit absolu du lésé mais ses intérêts purement patrimoniaux.

¹⁰⁹⁵ Sur la notion d'illicéité, cf. *supra* 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.1 et 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.2.

¹⁰⁹⁶ Pour des propositions de nouvelle formulation des art. 42 et 46, al. 2 AP RC et 97, al. 1, CO: cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.4.

¹⁰⁹⁷ Par ex., les règles sur la garantie pour les défauts.

¹⁰⁹⁸ Sur la notion de devoirs de protection découlant d'un contrat, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.2 et 3^e partie, chap. 1.

S'il s'approprie l'argent qui lui a été confié, le débiteur viole la prestation qu'il a promise au créancier au moment de la conclusion du contrat; il ne contrevient pas à ses devoirs accessoires de protection découlant du mandat. La réforme proposée ne concerne pas l'inexécution de la prestation principale, qui reste soumise aux modalités particulières de la responsabilité contractuelle¹⁰⁹⁹. Elle s'intéresse uniquement aux situations dans lesquelles le créancier subit une atteinte à l'un de ses droits absolus. Selon les experts, le concours d'actions n'est alors pas justifié, et le régime de la responsabilité délictuelle (art. 41, al. 1, CO) doit s'appliquer de manière exclusive à la réparation du dommage de la victime¹¹⁰⁰.

5.2. Les arguments invoqués à l'appui des nouveaux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC

Les motifs qui ont conduit les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile à proposer l'abandon du concours d'actions en cas d'atteinte aux droits absolus du cocontractant sont les suivantes:

1. Selon les règles du concours d'actions, le même état de fait peut donner naissance à deux responsabilités différentes, selon que le lésé était ou non lié au responsable par un contrat lors de la survenance du dommage¹¹⁰¹. Cette inégalité de traitement entre les victimes, selon qu'elles ont qualité de cocontractantes ou de tiers, n'est pas justifiée, car elle s'avère souvent fortuite, voire artificielle¹¹⁰².

Pour illustrer leurs propos, les auteurs de l'avant-projet prennent l'exemple du médecin qui, lors d'une opération chirurgicale visant à réduire une fracture de la jambe, sectionne l'artère fémorale du patient¹¹⁰³. Dans cette situation, le débiteur viole aussi bien un devoir général imposé par l'ordre juridique que ses devoirs de protection

¹⁰⁹⁹ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 65 *in fine*. La seule exception concerne les devoirs principaux de protection que les auteurs de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile proposent de soumettre exclusivement au régime délictuel, car leur violation porte atteinte à un droit absolu de la victime. Tous les devoirs de protection sont, de cette manière, sanctionnés par les mêmes règles de responsabilité, qu'ils revêtent un caractère principal ou accessoire. Sur la notion de devoirs de protection principaux et accessoires, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 3.

¹¹⁰⁰ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 65.

¹¹⁰¹ Les principales différences entre les régimes de responsabilité contractuel et délictuel résident dans la répartition du fardeau de la preuve (art. 41 CO/art. 97 CO), dans les délais de prescription (art. 60 CO/art. 127 CO), ainsi que dans le traitement différencié du régime de la responsabilité pour les auxiliaires (art. 55 CO/art. 101 CO). Cf. *supra*, 4^e partie, chap. 2, § 2, 2.1.

¹¹⁰² DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 24; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64 s.

¹¹⁰³ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64.

découlant du contrat de soins. Cependant, « le contexte contractuel dans lequel le dommage survient apparaît comme une circonstance plus ou moins fortuite qui ne justifie pas l'application d'un traitement différencié quant à l'exercice du droit à la réparation »¹¹⁰⁴. Le médecin se trouve dans la situation d'une personne responsable *ex delicto*, qui cause « un dommage – le plus souvent un dommage matériel ou corporel – en transgressant une norme de l'ordre juridique interdisant de nuire à autrui. [...] Un tel devoir paraît davantage conditionné par la nature de l'activité exercée que par l'existence d'un contrat »¹¹⁰⁵. Sa violation doit, en conséquence, être réparée exclusivement selon les règles de la responsabilité délictuelle.

DESCHENAUX/TERCIER¹¹⁰⁶ partagent la même opinion. Selon ces auteurs, si une bouteille explose dans l'échoppe d'un pharmacien et blesse simultanément un employé et un client, il n'est pas justifié d'appliquer le régime contractuel à l'employé et les règles de la responsabilité délictuelle au client simplement parce que ce dernier n'est pas lié au responsable par un contrat¹¹⁰⁷. Cette circonstance apparaît en effet purement fortuite dans la survenance du dommage.

2. Le principal reproche adressé à la théorie du concours d'actions est de sacrifier l'unité de la responsabilité civile¹¹⁰⁸ en traitant de manière différente des situations semblables¹¹⁰⁹. Lorsque l'auteur d'un dommage transgresse à la fois une norme de l'ordre juridique interdisant de nuire à autrui et ses devoirs de protection contractuels, il viole en réalité la même obligation. Celle-ci impose « une attitude de diligence et de loyauté à l'égard des tiers et des mesures propres à assurer la sécurité de leur vie, de leur intégrité corporelle et de leurs biens »¹¹¹⁰. Les devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat et les devoirs généraux visent tous deux à protéger les droits absolus du lésé. Il est dès lors justifié de soumettre leur violation au même régime de responsabilité. Pour y parvenir, il est nécessaire d'écarter le concours d'actions dans

¹¹⁰⁴ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64.

¹¹⁰⁵ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64.

¹¹⁰⁶ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 24.

¹¹⁰⁷ En vertu du contrat de travail, l'employeur est tenu de protéger l'intégrité physique du travailleur (art. 328 CO).

¹¹⁰⁸ « Les auteurs de l'avant-projet sont convaincus de la nécessité de renforcer l'unification des règles régissant la réparation des dommages » (WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 65).

¹¹⁰⁹ Du même avis: WERRO, RDS 2003 II, p. 369.

¹¹¹⁰ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64. Du même avis: JOURDAIN, Responsabilité, p. 35 s.; MAZEAUD, p. 1204 s.; WERRO, RDS 2003 II, p. 369.

cette hypothèse; on évite ainsi de soumettre la violation de devoirs identiques à des règles différentes¹¹¹¹. De cette manière, l'unité de la responsabilité civile est sauvegardée.

3. Les auteurs de l'avant-projet font également valoir que le principe du concours d'actions a eu pour effet d'étendre, dans une mesure excessive, la notion d'obligation contractuelle. Il a incité le juge à assortir la prestation principale d'une série de devoirs accessoires auxquels les parties n'avaient pourtant pas songé au moment de la conclusion du contrat. Cela est vrai, en particulier, pour les devoirs accessoires de protection¹¹¹². La réforme proposée vise également à remédier à cette situation.
4. Les deux experts relèvent finalement que l'application exclusive des art. 41 ss CO à la violation positive du contrat n'entraîne pas une péjoration de la situation du lésé. En effet, les autres réformes proposées par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile atténueront considérablement les différences qui existent selon le droit actuel entre les responsabilités délictuelle et contractuelle en matière de prescription (cf. art. 55 AP RC), de responsabilité pour les auxiliaires (cf. art. 49a AP RC) et de répartition du fardeau de la preuve de la faute (cf. art. 56c, AP RC)¹¹¹³.

5.3. Les arguments opposés aux nouveaux articles 42 et 46, alinéa 2, AP RC

a. En général

La fonction essentielle de la responsabilité civile est l'indemnisation du lésé¹¹¹⁴. Pour une partie de la doctrine¹¹¹⁵, le concours d'actions contribue à

¹¹¹¹ A ce sujet, cf. également *supra*, 4^e partie, chap. 2, § 3.

¹¹¹² WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 65; du même avis: DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 25. A ce sujet, cf. également *supra*, 4^e partie, chap. 2, § 2, 2.2.

¹¹¹³ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 68 s. A ce sujet, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/b.

¹¹¹⁴ CHAPPUIS, RDS 2003 II, p. 377; CR-WERRO, Intro. art. 41-61, n. 2; HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 1, n. 63; SCHÖNLE, Renseignements inexactes, p. 232 s.

¹¹¹⁵ DESCHENAUX/TERCIER, § 32, n. 32; GAUCH, *Vereinheitlichung*, p. 315 s.; SCHMID, *Nichterfüllung*, p. 308. Plus nuancés: BaK-WIEGAND, *Einl. zu Art. 97-109*, n. 15; BK-WEBER, *Vorb. zu Art. 97-109*, n. 107 s., qui réservent tous deux les cas de responsabilité objective du droit délictuel et les situations dans lesquelles l'action contractuelle ne peut pas être introduite du fait que le lésé n'a pas respecté ses incombances. Plus nuancé également: CR-THÉVENOZ, *Intro. art. 97-109*, n. 13, qui

atteindre ce but en autorisant la victime à choisir entre les art. 41 ss et 97 ss CO. Celle-ci peut ainsi bénéficier du régime qui lui est le plus favorable *in concreto*. Selon ces auteurs, la responsabilité contractuelle est plus avantageuse pour le lésé, en raison de ses règles particulières en matière de fardeau de la preuve de la faute (art. 97, al. 1, CO), de responsabilité du fait des auxiliaires (art. 101 CO) et de prescription (art. 127 CO). La proposition de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile d'écarter la responsabilité contractuelle en cas de violation des devoirs de protection entraînerait une péjoration de la situation du lésé.

Il convient d'examiner attentivement cette critique qui est souvent adressée aux art. 42 et 46, al. 2, AP RC¹¹¹⁶.

b. Péjoration de la situation du lésé ?

aa. La responsabilité pour les auxiliaires

La responsabilité pour les auxiliaires est plus stricte dans le domaine contractuel, car le débiteur ne peut pas se libérer en apportant la preuve des trois *curae*, *in eligendo*, *instruendo* et *custodiendo*, comme peut le faire l'employeur selon l'art. 55 CO¹¹¹⁷. Selon l'art. 101 CO, le débiteur répond en effet de tous dommages causés par ses auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne peut démontrer que ceux-ci se sont exécutés avec tout le soin qu'on était en droit d'attendre de lui-même¹¹¹⁸.

Cependant, la différence entre les art. 55 et 101 CO doit être relativisée pour les raisons suivantes:

1. Le Tribunal fédéral se montre très sévère lorsqu'il juge le comportement du maître. Notre haute Cour n'admet que très rarement que la preuve libératoire prévue à l'art. 55, al. 1, CO a été rapportée¹¹¹⁹. Le dernier arrêt publié favorable à l'employeur remonte à 1964¹¹²⁰. A certaines occasions, le Tribunal fédéral s'est montré si sévère à l'égard de l'employeur qu'il a pratiquement privé ce dernier de toutes preuves libéra-

indique que les règles en matière de for ou de loi applicable sont souvent plus favorables à la victime lorsque celle-ci intente l'action délictuelle.

¹¹¹⁶ FELLMANN, *recht* 1997, p. 102; SCHMID, *Vertragsverletzung*, p. 1027; WALTER, *RJB* 132 (1996), p. 277.

¹¹¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1655.

¹¹¹⁸ ATF 91 II 291 (296), c. 3; ce n'est qu'en ce sens que l'on peut dire que le débiteur dispose d'une « preuve libératoire ».

¹¹¹⁹ Au sujet des trois *curae*, cf. OFTINGER/STARK II/1, § 20, n. 132 ss.

¹¹²⁰ ATF 90 II 86 (90 s.), c. 3c. Pour une liste des (anciens) arrêts admettant la preuve de la diligence au sens de l'art. 55 CO, cf. OFTINGER/STARK II/1, p. 331, note 369.

toires. Il a notamment retenu que l'employeur-producteur est tenu non seulement d'établir qu'il a choisi, instruit et surveillé correctement ses auxiliaires, mais qu'il doit également démontrer qu'il a contrôlé tous ses produits à la fin du processus de fabrication ou, si ce contrôle ne peut être exigé de lui, qu'il a recouru à un mode de fabrication excluant les défauts¹¹²¹.

2. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile atténuée la différence entre les art. 55 et 101 CO en introduisant une clause générale de responsabilité pour le défaut d'organisation qui aggrave la responsabilité de l'employeur qui exploite une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle¹¹²². Le nouvel art. 49a AP RC a la teneur suivante:

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

Cette disposition constitue une responsabilité objective simple¹¹²³ qui autorise l'employeur à rapporter la preuve de sa diligence objective, comme l'actuel art. 55 CO. Cependant, les exigences mises à la preuve libératoire sont beaucoup plus sévères à l'art. 49a AP RC, puisque ce dernier institue une véritable présomption de faute d'organisation pour les dommages survenant dans le cadre des activités de nature économique ou professionnelle d'une entreprise¹¹²⁴. Cette présomption a pour conséquence de rapprocher la responsabilité de l'employeur pour les dommages causés par ses auxiliaires d'une responsabilité pour risque¹¹²⁵.

3. Finalement, la question de la responsabilité de l'employeur ne se pose guère en pratique, car la responsabilité personnelle de l'auxiliaire est souvent déjà couverte par l'assurance de l'entreprise¹¹²⁶.

¹¹²¹ ATF 110 II 456 (462 ss), c. 3; JT 1986 I, p. 571. Cf. WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 124 s.; WERRO, RDS 2003 II, p. 335; CHAPPUIS, RDS 2003 II, p. 365.

¹¹²² WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 126; WERRO, RDS 2003 II, p. 338.

¹¹²³ Ces responsabilités supposent donc la violation – présumée – d'un devoir de diligence.

¹¹²⁴ Selon WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 130, la notion d'activités de nature économique ou professionnelle doit être interprétée dans un sens extensif. WERRO, RDS 2003 II, p. 341, considère au contraire que l'art. 49a AP RC sanctionne uniquement les dommages résultant d'une activité « industrielle ».

¹¹²⁵ WERRO, Fondements de la responsabilité civile, p. 32.

¹¹²⁶ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 125.

Ces considérations démontrent que la différence entre les art. 55 et 101 CO ne doit pas être exagérée et que la preuve libératoire, appréciée de manière suffisamment sévère, – comme le prévoit la jurisprudence du Tribunal fédéral¹¹²⁷ – aboutit déjà à des résultats satisfaisants pour le lésé¹¹²⁸.

bb. La preuve de la faute

La faute du débiteur est présumée dans le régime contractuel, alors qu'elle doit être prouvée par la victime en matière de responsabilité délictuelle.

Cette différence doit être relativisée. La faute est un jugement de valeur au moyen duquel le tribunal qualifie un certain comportement du débiteur¹¹²⁹. La présomption de faute prévue à l'art. 97, al. 1, CO ne dispense pas le créancier d'établir les faits dont il déduit une inexécution du contrat. La présomption de faute n'a pas la même importance selon que le débiteur est tenu d'une obligation de résultat¹¹³⁰ ou de moyens¹¹³¹. Lorsque l'obligation est de résultat et que ce dernier ne se produit pas, il appartient au débiteur de démontrer en quoi son comportement était néanmoins diligent¹¹³². Pour déterminer si une faute a été commise, le juge prend en considération l'attitude qu'aurait adoptée une personne de la catégorie à laquelle appartient le débiteur¹¹³³. Le choix de la catégorie déterminante permet, dans une certaine mesure, de tenir compte de circonstances personnelles, telles que la formation, les connaissances, l'âge ou le sexe¹¹³⁴. En revanche, pour les obligations de moyens, le renversement du fardeau de la preuve de la faute prévu à l'art. 97, al. 1, CO est peu utile. Le créancier doit déjà établir la violation du contrat, ce qui revient à démontrer le manquement à la diligence due par le débiteur. Le créancier supporte ainsi le fardeau de la preuve de la négligence¹¹³⁵. Si le créancier établit que le débiteur n'a pas respecté ses devoirs contractuels, le comportement de ce dernier est con-

¹¹²⁷ Cf. notamment ATF 110 II 462.

¹¹²⁸ Du même avis: CHAPPUIS, RDS 2003 II, p. 388. Contra: WERRO, RDS 2003 II, p. 342 s., 388, qui considère que le mécanisme de la preuve libératoire est désuet.

¹¹²⁹ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 68 s.

¹¹³⁰ Il s'agit des obligations pour lesquelles le débiteur doit fournir un résultat, par ex. transférer la propriété pour le vendeur, livrer un ouvrage sans défauts pour l'entrepreneur.

¹¹³¹ L'obligation est de moyens lorsque le débiteur s'engage à faire de son mieux en vue d'un résultat, mais sans promettre ce dernier.

¹¹³² CR-THÉVENOZ, n. 54 ad art. 97 CO.

¹¹³³ WERRO, Fondements de la responsabilité civile, p. 22. Le juge procède ainsi à une « objectivation » de la faute.

¹¹³⁴ CR-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, n. 10; WERRO, Fondements de la responsabilité civile, p. 22.

¹¹³⁵ CR-THÉVENOZ, n. 57 ad art. 97 CO; KOLLER, Grundzüge, p. 1488 s.

sidéré comme fautif, à moins qu'il ne prouve son incapacité de discernement au moment des faits¹¹³⁶.

Prenons l'exemple du contrat de transport passé entre un skieur et une société de remontées mécaniques. Si, en raison d'une panne, le skieur ne peut être conduit au sommet des pistes de ski, l'entreprise de téléphérique viole son obligation principale de transport qui est de résultat. Dans cette hypothèse, si elle entend établir qu'elle n'a commis aucune faute, la société de remontées mécaniques doit démontrer en quoi son comportement était néanmoins diligent. En d'autres termes, elle doit établir qu'elle a fait tout ce que le créancier était en droit d'attendre d'elle aux termes du contrat. A l'inverse, si le skieur se blesse en heurtant un obstacle (par ex., une congère au milieu de la piste ou un poteau de téléphérique non matelassé), il ne peut obtenir réparation de son dommage que s'il prouve que l'entreprise de téléski a violé son obligation accessoire de sécurité qui est de moyens¹¹³⁷. Dans cette situation, la présomption de faute de l'art. 97, al. 1, CO ne dispense pas le créancier de démontrer l'étendue de la diligence qu'il pouvait attendre du débiteur.

L'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹¹³⁸ démontre que, lorsque l'obligation est de moyens et que le créancier a prouvé la violation du devoir imposé au débiteur, la preuve libératoire de l'art. 97, al. 1, CO est, en pratique, toujours vouée à l'échec¹¹³⁹. Dès lors, l'importance de la présomption de faute de l'art. 97, al. 1, CO ne doit pas être surestimée en cas de violation des devoirs accessoires de protection, car ces derniers constituent des obligations de moyens¹¹⁴⁰. Sur ce point, la réforme proposée aux art. 42 et 46, al. 2, AP RC n'entraînera donc pas de péjoration de la situation de la victime, puisque la suppression du concours d'actions concerne uniquement la violation des devoirs de protection du contrat.

Il est vraisemblable que la présomption de faute de l'art. 97, al. 1, CO joue, à l'avenir, un rôle encore moins important en pratique. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile propose de donner au juge une plus grande latitude dans l'administration et l'appréciation des preuves, afin de parvenir à des solutions équitables¹¹⁴¹. Il prévoit, à l'art. 56c, AP RC, de conférer au

¹¹³⁶ CR-THÉVENOZ, n. 57 ad art. 97 CO; WERRO, Mandat, n. 863, 867.

¹¹³⁷ Du même avis: CR-THÉVENOZ, n. 55 ad art. 97 CO.

¹¹³⁸ Cf. par ex. ATF 117 II 563 (569), c. 3c.

¹¹³⁹ Du même avis: BaK-WIEGAND, n. 43 ad art. 97 CO; CR-THÉVENOZ, n. 58 ad art. 97 CO.

¹¹⁴⁰ Sur la qualification d'obligation de moyens des devoirs accessoires de protection, cf. notamment CR-THÉVENOZ, n. 55 ad art. 97 CO.

¹¹⁴¹ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 39.

tribunal le pouvoir d'administrer d'office les preuves qu'il juge nécessaires¹¹⁴². Cette nouvelle disposition vise à alléger la charge que constitue le fardeau de la preuve, en particulier lorsqu'elle pèse sur le lésé. La plupart du temps, ce dernier se trouve dans une position d'infériorité par rapport à la personne potentiellement responsable¹¹⁴³.

Enfin, on rappellera que la victime n'a pas à prouver une faute lorsque l'auteur du dommage répond selon une responsabilité objective (simple ou aggravée).

cc. La prescription

La prescription de la créance en réparation fondée sur la responsabilité contractuelle est de dix ans (art. 127 CO), alors qu'elle est d'une année en matière délictuelle (art. 60 CO). La voie contractuelle est donc, sur ce point, plus favorable au lésé. L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile atténue cette différence en allongeant les délais généraux de prescription de l'action en dommages-intérêts fondée sur l'acte illicite. L'art. 55 AP RC porte à trois ans le délai ordinaire (ou relatif), qui commence à courir à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne responsable. Le délai subsidiaire (ou absolu) est, quant à lui, prolongé à vingt ans¹¹⁴⁴. Par ailleurs, le délai ordinaire prévu à l'art. 55 AP RC a un point de départ subjectif. Selon les circonstances, il peut s'avérer plus favorable au lésé que l'art. 127 CO, notamment lorsque la victime n'a connaissance que tardivement de son dommage ou de la personne responsable¹¹⁴⁵.

¹¹⁴² Sous le titre « Preuves », l'art. 56c AP RC (note marginale: « Liberté d'appréciation et d'administration ») a la teneur suivante:

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

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

¹¹⁴³ WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 39. Selon ces auteurs, la position d'infériorité du lésé par rapport au responsable potentiel porte en particulier sur « les connaissances techniques nécessaires pour reconstruire le déroulement d'un fait dommageable ou pour apprécier d'éventuelles violations de devoirs, de diligence, qui sont de plus en plus souvent déterminées par des instructions techniques accessibles et compréhensibles uniquement pour des spécialistes » (*ibid.*).

¹¹⁴⁴ Sur les motifs ayant conduit les experts à proposer un allongement des délais de prescription de l'action générale en dommages-intérêts pour acte illicite, cf. WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 212 ss.

¹¹⁴⁵ Il est possible que le délai de l'art. 127 CO soit échu avant celui prévu à l'art. 55 AP RC. Tel est le cas lorsque les conséquences dommageables de l'atteinte portée à la victime apparaissent plus de dix ans après la violation des devoirs du contrat.

dd. *La réparation du dommage purement économique*

L'art. 41, al. 1, CO établit une hiérarchie entre les droits protégés par l'ordre juridique¹¹⁴⁶. Le lésé qui ne subit pas d'atteinte à ses droits absolus mais supporte un dommage purement économique¹¹⁴⁷ ne peut obtenir réparation que s'il prouve que l'auteur a violé une norme de comportement destinée à le protéger¹¹⁴⁸. En revanche, dans le domaine contractuel, la question de la réparation du dommage purement économique ne se pose pas, car l'art. 97, al. 1, CO protège contre toutes les atteintes dommageables résultant de l'inexécution d'une obligation¹¹⁴⁹.

Sur ce point non plus, les art. 42 et 46, al. 2, AP RC ne péjorent pas la situation de la victime. En effet, la suppression du concours d'actions proposée par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile concerne la violation des devoirs de protection découlant du contrat. Dans cette hypothèse, le lésé ne subit pas de dommage purement économique, mais une atteinte à un droit absolu qui peut être réparée sur la base des art. 41 ss CO.

ee. *Conclusion*

Les considérations qui précèdent démontrent que les différences qui existent entre les deux régimes généraux de responsabilité civile ne doivent pas être exagérées sur le plan pratique. Elles sont du reste encore atténuées par les propositions de réforme prévues dans l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile.

Par ailleurs, nous avons vu que, selon les circonstances, l'action délictuelle (art. 41 ss CO) est plus favorable au lésé que l'action contractuelle (art. 97 ss CO):

- L'action délictuelle peut se révéler plus favorable au lésé dans le domaine de la garantie pour les défauts. Dans la vente et le contrat d'entreprise, l'action contractuelle en garantie de l'acheteur et du maître est atteinte de déchéance lorsque, par ex., l'avis des défauts n'a pas été donné à temps (art. 201, al. 2 et 3 et 370, al. 2 et 3, CO). Elle peut aussi être prescrite (art. 210, al. 1, et 367, 371, CO). Dans ces hypothèses, le Tribunal fédéral a jugé que la perte des droits à la garantie contre

¹¹⁴⁶ Au sujet de la hiérarchie entre les droits protégés par la responsabilité délictuelle (art. 41, al. 1, CO), cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2/a et 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.2.

¹¹⁴⁷ Sur la notion de dommage purement économique, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2.

¹¹⁴⁸ Cf. notamment WERRO, *Fondements de la responsabilité civile*, p. 27 s.

¹¹⁴⁹ CHAPPUIS, RDS 2003 II, p. 365.

l'entrepreneur n'entraîne pas la perte de la créance en réparation du dommage fondée sur l'art. 41, al. 1, CO¹¹⁵⁰. En revanche, notre haute Cour a estimé que, dans le contrat de vente, l'omission de signaler les défauts provoquait la déchéance de l'action contractuelle et de l'action délictuelle¹¹⁵¹. La question a cependant été laissée ouverte dans un arrêt plus récent relevant également de la vente¹¹⁵².

- En matière de droit international privé, les règles déterminant le for sont, en général, plus favorables au lésé en matière d'acte illicite¹¹⁵³.
- Enfin, dans le domaine délictuel, la victime peut parfois se prévaloir d'une responsabilité objective¹¹⁵⁴. Elle est alors dispensée de prouver une faute.

5.4. *Appréciation personnelle*

L'avant-projet de loi sur la responsabilité civile propose de supprimer le concours d'actions en cas de violation des devoirs de protection découlant d'un contrat au profit des seules règles de la responsabilité délictuelle¹¹⁵⁵. Si une partie de la doctrine est favorable à la réforme envisagée¹¹⁵⁶, les opposants font, quant à eux, valoir que le concours d'actions permet de protéger plus efficacement la victime. Nous avons montré¹¹⁵⁷ que le régime de la responsabilité contractuelle n'est pas réellement plus favorable que les art. 41 ss CO dans le domaine des devoirs de protection contractuels. De plus, l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile apporte des modifications qui atténuent fortement la distinction entre les deux régimes. On peut

¹¹⁵⁰ ATF 64 II 254 (259), c. II.1.

¹¹⁵¹ ATF 67 II 132 (137), c. 1.

¹¹⁵² ATF 90 II 86 (89), c. 2. Dans cet arrêt, l'employeur recherché en responsabilité suite à l'explosion d'une friteuse sans thermostat a pu apporter la preuve libératoire prévue à l'art. 55, al. 1, CO.

¹¹⁵³ Cf. art. 129, al. 2 et 3, LDIP. A ce sujet, cf. également *supra*, 4^e partie, chap. 1, § 2, 2.7.

¹¹⁵⁴ On rappellera que la doctrine, bien que très partagée, admet majoritairement que la victime ne peut se prévaloir des règles sur le concours d'actions et choisir entre les régimes de la responsabilité délictuelle et contractuelle, lorsqu'une norme spéciale fondant une responsabilité objective aggravée trouve application; on applique alors le principe de l'exclusivité. A ce sujet, cf. *supra* 1^e partie, chap. 3, § 2.

¹¹⁵⁵ Les régimes plus favorables à la victime prévus dans la partie spéciale du CO (par ex. les règles sur la garantie pour les défauts) demeurent réservés (art. 42 *in fine* AP RC).

¹¹⁵⁶ GABRIEL, n. 118, 122, 675 ss; JÄGGI, p. 175 ss; KOLLER, Symposium Stark, p. 79 s.; le même, Grundzüge, p. 1489 ss.

¹¹⁵⁷ Cf. *supra*, 4^e partie, chap. 1, § 5, 5.2.

citer l'allongement des délais de prescription (art. 55 AP RC)¹¹⁵⁸ et l'introduction d'une responsabilité plus sévère que l'actuel art. 55 CO pour les auxiliaires dans les entreprises (art. 49a AP RC)¹¹⁵⁹.

La réforme proposée vise, avant tout, à harmoniser les règles régissant la réparation des préjudices et à renforcer l'unité de la responsabilité civile. Elle part du constat que les devoirs de protection découlant d'un contrat ont un contenu identique aux normes de l'ordre juridique interdisant de nuire à autrui¹¹⁶⁰. Le Tribunal fédéral l'a précisé dans sa jurisprudence en matière d'accidents de ski. A cette occasion, notre haute Cour a imposé aux sociétés de remontées mécaniques d'assurer la sécurité des pistes de ski. Cette obligation découle aussi bien du contrat de transport conclu avec le skieur que des devoirs généraux imposés par l'ordre juridique¹¹⁶¹. Selon le Tribunal fédéral, la responsabilité *ex contractu* n'est pas plus sévère que la responsabilité *ex delicto*¹¹⁶². Les contours du devoir de sécurité imposé aux entreprises de téléphérique sont identiques, quel que soit le fondement juridique de l'action en dommages-intérêts intentée par le skieur blessé à la suite d'un accident de ski¹¹⁶³. Le contrat ne change rien au contenu de l'obligation violée.

Prenons encore l'exemple d'un spectateur, accoudé à la balustrade entourant une patinoire qui est atteint à l'œil par le palet au cours d'un match de hockey¹¹⁶⁴. Dans cette situation, la victime est soumise à des modalités de réparation différentes selon qu'elle est liée ou non par un contrat à l'organisateur de la manifestation. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cela revient à se demander si l'entrée était payante. Dans l'affirmative, le lésé peut obtenir réparation au moyen de l'action contractuelle (art. 97 ss CO); sinon, le cas relève de la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO)¹¹⁶⁵. Dans ces circonstances, la différence de traitement entre les victimes, selon qu'elles ont la qualité de cocontractant ou de tiers, n'est

¹¹⁵⁸ Cf. *supra*, 4^e partie, chap. 2, § 4, 4.2/b/cc.

¹¹⁵⁹ Cf. *supra*, 4^e partie, chap. 2, § 4, 4.2/b/aa.

¹¹⁶⁰ WERRO, RDS 2003 II, p. 368; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64. Selon WERRO, rien ne justifie « que quelqu'un qui devait agir avec prudence en vertu de la loi soit sanctionné différemment quand il a passé avec sa victime un contrat qui n'ajoutait rien à ce devoir de prudence » (*ibid.*).

¹¹⁶¹ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (114 s.), c. 2a; ATF 121 III 358 (360), c. 4a; ATF 113 II 246 (247 et 250), c. 3 et 7.

¹¹⁶² ATF 113 II 246 (250), c. 7.

¹¹⁶³ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113 (116), c. 2b.

¹¹⁶⁴ RVJ 1980, p. 201, RSJ 78 (1982), p. 60.

¹¹⁶⁵ Dans cette hypothèse, elle est liée à l'organisateur par un contrat.

pas justifiée. Les devoirs de protection imposés à l'organisateur sur la base du contrat passé avec le spectateur ont en effet le même contenu que le devoir général de veiller à la sécurité d'autrui lorsque l'on crée un état de choses dangereux (*Gefahrensatz*)¹¹⁶⁶; tous deux obligent l'organisateur à prendre les mesures nécessaires afin de préserver la vie et l'intégrité corporelle des spectateurs exposés à un danger lors de la manifestation.

Cet exemple montre que le contexte contractuel dans lequel le préjudice survient est moins déterminant que l'atteinte elle-même portée à l'intégrité physique du spectateur. En effet, le rapport contractuel entre l'auteur et la victime ne joue un rôle que secondaire dans la survenance du dommage. Pour cette raison, la responsabilité délictuelle paraît plus appropriée pour sanctionner l'organisateur que les art. 97 ss CO¹¹⁶⁷.

Dans son rapport adressé à la Société suisse des juristes, WERRO affirme son soutien de principe à la nouvelle délimitation entre les responsabilités contractuelles et délictuelles prévue par l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile, dans la mesure où ce dernier entend remédier à « l'incohérence d'un système qui, aujourd'hui, accepte de soumettre à des conditions de responsabilité différentes l'auteur d'un dommage, selon qu'il y a ou non contrat, alors même que le contenu de l'obligation violée n'est pas influencé par l'existence du contrat »¹¹⁶⁸. WERRO propose néanmoins une autre théorie fondée non pas sur la source de l'obligation violée (inexécution d'une obligation ou acte illicite), mais sur le genre de l'obligation qu'il s'agit de sanctionner. Partant de la différence qui existe entre les art. 97, al. 1 et 41, al. 1, CO en matière de fardeau de la preuve de la faute et constatant que la présomption de faute du débiteur n'a de sens que lorsque celui-ci est tenu à une obligation de résultat¹¹⁶⁹, cet auteur propose de restreindre le champ d'application des art. 97 ss CO aux promesses de résultat, les obligations de moyens devant être sanctionnées par les art. 41 ss CO¹¹⁷⁰. Si l'on suit cette théorie, un concours d'actions entre les responsabilités contractuelle et délictuelle demeure possible lorsqu'un résultat est dû, si le comportement reproché à l'auteur du dommage constitue également un acte illicite¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁶ A propos du principe dit « du risque créé » (*Gefahrensatz*), cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, 1.2/b.

¹¹⁶⁷ Cf. également WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 64.

¹¹⁶⁸ WERRO, RDS 2003 II, p. 373 s.

¹¹⁶⁹ Pour plus de précisions à ce sujet, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/b/bb.

¹¹⁷⁰ WERRO, RDS 2003 II, p. 370 ss; le même, Obligation de résultat et obligation de moyens, p. 281 ss.

¹¹⁷¹ WERRO, RDS 2003 II, p. 371.

Même s'il faut reconnaître à cette théorie une certaine cohérence, en particulier en matière de fardeau de la preuve de la faute, la réticence dont fait preuve la doctrine à son égard fait douter de sa réalisation.

Pour notre part, nous sommes d'avis que la proposition d'unification partielle des responsabilités contractuelle et délictuelle prévue dans l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile mérite d'être soutenue. Il est souhaitable que toutes les atteintes portées aux droits absolus d'autrui soient sanctionnées par les mêmes règles de responsabilité civile, que la victime soit ou non lié par un contrat au responsable. La réforme envisagée devrait toutefois s'appuyer sur des dispositions légales plus explicites, afin d'éviter tout malentendu quant à sa véritable portée¹¹⁷². Les art. 42, 46, al. 2, AP RC et 97 CO pourraient avoir la teneur suivante¹¹⁷³:

Art. 42 AP RC:

« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aussi au dommage causé en violation des devoirs de protection découlant d'un contrat. »

Art. 46, al. 2, AP RC:

« Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique ou aux devoirs de protection découlant d'un contrat. »

Art. 97, al. 1, CO, 2^e phrase (modifié):

« Lorsque l'auteur du dommage a violé des devoirs de protection découlant d'un contrat, l'action en réparation est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle. »

¹¹⁷² La procédure de consultation a montré qu'une majorité des milieux intéressés sont partis de l'idée que l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile proposait d'écarter la responsabilité contractuelle en cas de violation de toutes obligations contractuelles. Cf. *supra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/b/dd.

¹¹⁷³ Notre proposition ne tient pas compte des autres hypothèses d'illicéité de l'art. 46, al. 2, AP RC et, en particulier, la violation des règles de la bonne foi.

Chapitre 3: Le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs accessoires de protection en droits allemand, français et selon les Principes d'UNIDROIT et du droit européen des contrats

Nous allons examiner les responsabilités générales contractuelle et délictuelle en droit allemand (§ 1) puis en droit français (§ 2). Nous nous intéresserons en particulier au régime applicable en cas d'atteintes portées aux droits absolus des cocontractants en cours d'exécution d'un contrat. Nous étudierons enfin les Principes d'UNIDROIT et les Principes du droit européen des contrats (§ 3).

§ 1 L'exemple allemand: un régime essentiellement contractualiste

1.1. Le concours d'actions

Comme en droit suisse, le BGB admet le concours d'actions (*Anspruchskonkurrenz*)¹¹⁷⁴ ou de normes d'actions (*Anspruchsnormenkonkurrenz*)¹¹⁷⁵ entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle. Le lésé peut ainsi se prévaloir aussi bien du régime général délictuel (§ 823 BGB) que de la responsabilité pour la violation d'une obligation (§ 280, al. 1, BGB).

¹¹⁷⁴ RGZ 88, 317 ss (arrêt de principe); MEDICUS, p. 174; MÜNK-KRAMER, n. 25 ss ad § 241 BGB; SCHLECHTRIEM, p. 1612.

¹¹⁷⁵ Une doctrine récente veut remplacer le concours d'actions (*Anspruchskonkurrenz*) par le concours de normes d'actions (*Anspruchsnormenkonkurrenz*). Ce dernier veut reconnaître à la victime une seule prétention de droit matériel qui peut se fonder sur le contrat ou le délit. Selon cette nouvelle théorie, la victime d'un accident qui demande réparation de son dommage fonde sa prétention sur l'accident; l'appréciation juridique est laissée au tribunal. Même si le lésé fait valoir la prétention découlant d'un acte illicite et d'une violation d'un contrat, il se prévaut, en réalité, d'une seule créance en réparation de son dommage. Pour examiner s'il a droit à réparation, le juge devra se fonder sur toutes les normes de droit de responsabilité entrant en considération (LARENZ/WOLF, § 18, n. 28 ss).

1.2. La responsabilité générale délictuelle

Contrairement à l'art. 41, al. 1, CO du droit suisse, le BGB ne prévoit pas de clause générale de responsabilité délictuelle, mais procède à une énumération des biens dont la violation constitue un acte illicite (§ 823, al. 1, BGB). Conformément au § 823, al. 2, BGB, le comportement de l'auteur est en outre illicite lorsqu'il viole une disposition légale ayant pour but de protéger autrui. Par ailleurs, les actes intentionnellement contraires aux mœurs engagent également la responsabilité délictuelle de leur auteur (§ 826 BGB).

Dans le domaine de la responsabilité extra-contractuelle, le BGB ne permet pas l'indemnisation de tous préjudices subis par la victime. En droit allemand, seuls sont réparables, de façon indiscutable, les dommages corporels et matériels. En revanche, le BGB ne protège qu'imparfaitement le lésé qui a subi un dommage purement économique (*reine Vermögensschaden*)¹¹⁷⁶. Comme en droit suisse, le patrimoine n'est pas protégé comme tel par l'ordre juridique.

La notion d'illicéité prévue par le droit allemand s'apparente dès lors à celle du droit suisse (art. 41, al. 1, CO), en instituant une hiérarchie entre les différents biens juridiques¹¹⁷⁷.

a. § 823 BGB

Le § 823, al. 1, BGB impose une obligation de réparer à l'auteur d'un dommage qui, intentionnellement ou par négligence, a porté atteinte, sans droit, à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit de la victime¹¹⁷⁸. Cette disposition vise la protection des droits absolus du lésé¹¹⁷⁹.

Outre les biens juridiques expressément énumérés, le § 823, al. 1, BGB protège également les droits réels assimilables à la propriété (notamment la

¹¹⁷⁶ SCHMIDT, p. 55. Sur la notion de dommages purement économiques, cf. *supra*, 1^{er} partie, chap. 2, § 1, 1.2/a.

¹¹⁷⁷ OFTINGER/STARK II/1, § 16, n. 43, note 63. Ces auteurs considèrent que la différence principale entre les systèmes suisse et allemand a pratiquement disparue depuis que la jurisprudence allemande interprète largement le § 823, al. 1, BGB en y incluant la protection des droits de la personnalité.

¹¹⁷⁸ Le § 823, al. 1, BGB a la teneur suivante: « Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. »

¹¹⁷⁹ MÜNK-MERTENS, n. 123 ad § 823 BGB.

possession), les droits de propriété intellectuelle, ainsi que les droits de la personnalité¹¹⁸⁰. Cette disposition accorde également aux entreprises une certaine protection contre d'autres atteintes, tels que les actes de boycott ou de dénigrement¹¹⁸¹. Elle ne constitue toutefois pas une clause générale autorisant le juge à étendre la responsabilité délictuelle en reconnaissant de nouveaux droits à la victime¹¹⁸².

Lorsque l'auteur ne porte pas atteinte à un bien juridique énuméré au § 823, al. 1, BGB, la victime peut encore se prévaloir de l'alinéa 2 de cette disposition qui prévoit l'indemnisation du lésé en cas de contravention à une norme protectrice des intérêts d'autrui¹¹⁸³. Une telle règle peut relever du droit privé ou du droit public¹¹⁸⁴. Le § 823, al. 2, BGB permet ainsi de compléter la liste des biens juridiquement protégés selon le § 823, al. 1, BGB. La doctrine et la jurisprudence ont refusé d'appliquer le § 823, al. 2, BGB à la violation de normes de comportement non prévues expressément par la loi¹¹⁸⁵.

Au vu de ce qui précède, la notion d'acte illicite semble plus restrictive en droit allemand qu'en droit suisse. Le § 823, al. 1, BGB procède en effet par énumération et le § 823, al. 2, BGB ne permet pas de prendre en compte les principes généraux du droit¹¹⁸⁶. La différence entre les deux droits a été pourtant fortement atténuée par l'introduction, en droit allemand, des devoirs visant à assurer la sécurité des tiers (*Verkehrssicherungspflichten*)¹¹⁸⁷. Ceux-ci ont étendu de manière importante la responsabilité délictuelle prévue par le droit allemand. Par ailleurs, le § 823 BGB et l'art. 41, al. 1, CO présentent d'importantes similitudes, puisqu'ils reposent sur la même notion d'illicéité objective. Comme en droit suisse¹¹⁸⁸, le § 823 BGB établit une hiérarchie des intérêts protégés par l'ordre juridique. Si le fait dommageable porte atteinte à un droit absolu, l'illicéité est *a priori* réalisée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si l'auteur a violé une norme

¹¹⁸⁰ MÜNK-MERTENS, n. 124 ss ad § 823 BGB.

¹¹⁸¹ Cf. SCHMIDT, p. 57 s.; MÜNK-MERTENS, n. 481 ss ad § 823 BGB.

¹¹⁸² MÜNK-MERTENS, n. 124 ad § 823 BGB.

¹¹⁸³ Le § 823, al. 2, BGB a la teneur suivante: « Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein. »

¹¹⁸⁴ MÜNK-MERTENS, n. 160 ad § 823 BGB.

¹¹⁸⁵ MÜNK-MERTENS, n. 161, 172 s. ad § 823 BGB.

¹¹⁸⁶ YUNG, Principes, p. 420.

¹¹⁸⁷ Cf. MÜNK-MERTENS, n. 208 - 268 ad § 823 BGB.

¹¹⁸⁸ A ce sujet, cf. *supra*, 1^{er} partie, chap. 2, § 1, 1.2.

de comportement spécifique visant à protéger la victime (illicéité de résultat). En revanche, si l'acte dommageable ne lèse pas un droit absolu, l'illicéité n'est réalisée que si l'auteur a enfreint une norme de comportement ayant pour but de sauvegarder le bien juridique en cause (illicéité de comportement).

b. § 826 BGB

La victime qui n'obtient pas réparation sur la base du § 823 BGB peut se prévaloir du § 826 BGB, en cas de comportement intentionnellement contraire aux mœurs¹¹⁸⁹. Cette disposition, d'application restreinte, est assimilable à l'art. 41, al. 2, CO du droit suisse¹¹⁹⁰.

1.3. La responsabilité pour la violation d'un devoir

a. En général

Dans le domaine contractuel, le législateur allemand avait institué, à l'origine, un régime de responsabilité lacunaire en cas de violation d'une obligation contractuelle. Le texte des §§ 280 et 325 BGB ne concernait que l'inexécution d'une prestation devenue impossible¹¹⁹¹. La doctrine et la jurisprudence allemandes ont donné une interprétation extensive aux §§ 280 (impossibilité en général) et 325 BGB (impossibilité dans le cas de contrats synallagmatiques), afin de permettre une meilleure indemnisation du lésé lorsque le débiteur cause un dommage dans l'exécution de son obligation, sans pour autant rendre la prestation impossible. L'obligation du débiteur de réparer le dommage subi par le créancier a été étendue aux préjudices résultant de l'exécution défectueuse d'une prestation (violation positive du contrat)¹¹⁹². La théorie du rapport de protection légal uniforme¹¹⁹³ tout d'abord, puis la nouvelle loi de modernisation du droit des

¹¹⁸⁹ Le § 826 BGB a la teneur suivante: « Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. »

¹¹⁹⁰ Aux termes de l'art. 41, al. 2, CO, « Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer. »

¹¹⁹¹ Cf. CHAPPUIS, FS SCHMIDLIN, p. 246; WERRO, Mandat, n. 812-814.

¹¹⁹² ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/2, p. 153 ss; LARENZ, p. 367 ss; MEDICUS, p. 99; SCHLECHTRIEM, p. 184. Les auteurs allemands utilisent également l'expression « Positive Forderungsverletzung »: cf., par ex., GERNHUBER, p. 24 *in fine*; MEDICUS, p. 199.

¹¹⁹³ A ce sujet, cf. CANARIS, p. 475 ss; MÜNK-KRAMER, n. 83, Einl. zu §§ 241 ff. BGB; cf. également *infra*, 3^e partie, chap. 3, § 4.

obligations (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) du 26 novembre 2001 ont permis d'étendre la responsabilité au stade précontractuel et à la nullité du contrat.

b. La loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001¹¹⁹⁴

La loi de modernisation du droit des obligations (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) du 26 novembre 2001, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, a amené d'importantes modifications en droit civil, dans le domaine contractuel. La réforme concerne la prescription, l'exécution défectueuse des prestations, la résolution du contrat, la vente et le contrat d'entreprise. En outre, la loi sur les conditions générales d'affaires ainsi que d'autres normes de droit civil dans le domaine de la protection des consommateurs qui, jusque-là, étaient réglées par des lois spéciales, ont été intégrées dans le BGB.

Nous nous contenterons d'examiner le domaine de l'exécution défectueuse des prestations (*Leistungstörungsrecht*).

c. Le rapport d'obligations

La notion de « rapport d'obligations » comprend l'ensemble des liens juridiques découlant pour deux ou plusieurs personnes d'un état de fait déterminé¹¹⁹⁵. En sus des prestations propres à chaque contrat, une relation juridique comporte des discussions, des informations, des suggestions, des conseils et des négociations. Ces interactions existent en marge du contrat: elles le précèdent, l'accompagnent ou lui succèdent. Elles ne peuvent être ignorées par le droit. Ces considérations ont amené le législateur allemand, à l'occasion de la loi de modernisation du 26 novembre 2001, à étendre la notion de rapport d'obligations en imposant non seulement aux parties de respecter leurs devoirs contractuels¹¹⁹⁶, mais également d'adopter un comportement loyal envers le partenaire contractuel, conformément aux règles

¹¹⁹⁴ Cf. BGBl. I S. 3138.

¹¹⁹⁵ MERZ, TDP, p. 32. En droit suisse, le CO n'utilise pas l'expression « rapport d'obligations » mais préfère parler d'« obligation » dans les titres I à IV (formation, effet, extinction et modalités des obligations, envisagées dans un sens large). Le BGB allemand ne connaît en revanche que le « *Schuldverhältnis* », notamment dans son second livre (§§ 241-432 BGB).

¹¹⁹⁶ Ils sont appelés « devoirs de prestation » (« *Leistungspflichten* »). A ce sujet, cf. également *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.1.

de la bonne foi¹¹⁹⁷. La responsabilité des parties liées par un rapport d'obligations est engagée lorsque l'une d'elles viole un devoir découlant du rapport d'obligations¹¹⁹⁸. Il peut s'agir aussi bien d'un devoir de prestation que d'un devoir de protection.

d. La distinction entre les devoirs de prestation et les devoirs de protection¹¹⁹⁹

La loi de modernisation du 26 novembre 2001 a consacré la théorie de CANARIS du rapport de protection légal uniforme¹²⁰⁰. Avant cette réforme, le BGB ne connaissait pas les devoirs de protection (*Schutzpflichten*). Le § 241 BGB mentionnait uniquement les devoirs de prestation (*Leistungspflichten*)¹²⁰¹. Cette disposition a été complétée par un second alinéa et prévoit, dorénavant, deux sortes de devoirs découlant d'un rapport d'obligations:

- Les devoirs de prestation fondés sur la volonté des parties (§ 241, al. 1, BGB)¹²⁰². Ils sont de nature contractuelle et confèrent au créancier le droit d'exiger la prestation du débiteur (*status ad quem*)¹²⁰³.
- Les devoirs de protection au sens du § 241, al. 2, BGB¹²⁰⁴. Le rapport d'obligations peut, selon son contenu, obliger les parties à avoir égard aux droits, aux biens juridiques et aux intérêts du partenaire indépen-

¹¹⁹⁷ Le droit allemand parle de « devoirs de protection » (« *Schutzpflichten* »). Cette notion correspond aux « devoirs de comportement » du droit suisse. A ce sujet, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.2.

¹¹⁹⁸ Le § 280 BGB est intitulé « *Schadenersatz wegen Pflichtverletzung* ». Cf. BUNDESANZEIGER, p. 5.

¹¹⁹⁹ La notion de devoirs de protection du droit allemand n'est pas la même que celle que nous avons retenue dans la présente étude (à ce sujet, cf. 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.2 et 3^e partie, chap. 1). Les « *Schutzpflichten* » allemands ne portent pas uniquement sur les droits absolus du partenaire, mais ont un objet plus étendu. Ils peuvent comprendre également des devoirs accessoires d'information, lorsque ceux-ci ne se rapportent pas à la prestation principale promise dans le contrat.

¹²⁰⁰ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, Abschlussbericht, p. 113; CANARIS, p. 478.

¹²⁰¹ BUNDESANZEIGER, p. 137; BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, Abschlussbericht, p. 114.

¹²⁰² Le § 241, al. 1, BGB a la teneur suivante: « Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. »

¹²⁰³ MÜNK-KRAMER, n. 80, Einl. vor §§ 241 ff. BGB.

¹²⁰⁴ Aux termes du § 241, al. 2, BGB, « Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. »

damment des prestations promises dans le contrat (*statu quo*)¹²⁰⁵. Les devoirs de protection reposent sur les règles de la bonne foi et existent même sans contrat. Ils s'imposent déjà aux parties en pourparlers et peuvent protéger également les tiers à un contrat¹²⁰⁶ ou les cocontractants en cas de contrat nul¹²⁰⁷. Ils visent à sauvegarder les biens du partenaire qui ne sont pas compris dans les prestations contractuelles (atteinte à l'intégrité corporelle, à la propriété ou à d'autres intérêts ayant une valeur économique)¹²⁰⁸. Les devoirs de protection définissent, dans une situation particulière, les comportements qu'une partie doit observer à l'égard de l'autre, en plus de ceux qui découlent directement de sa prestation¹²⁰⁹. Ils peuvent consister notamment en des devoirs de renseignement, d'avertissement, de prudence, de garde, de protection et de fidélité¹²¹⁰.

e. Les différentes situations donnant naissance à un rapport d'obligations imposant des devoirs de protection

Le § 311 BGB détermine les situations dans lesquelles les parties sont liées par un rapport d'obligations qui les oblige à respecter des devoirs de protection (§ 241, al. 2, BGB):

- L'al. 1¹²¹¹ précise qu'un tel rapport n'existe, entre deux parties, que lorsqu'elles l'ont voulu par contrat, sous réserve des actes juridiques fondés directement sur la loi.
- L'al. 2¹²¹² prévoit qu'un rapport d'obligations imposant des devoirs de protection prend naissance:

¹²⁰⁵ MÜNK-KRAMER, n. 80, Einl. vor §§ 241 ff. BGB; MÜNK-ROTH, n. 90 ad § 241 BGB.

¹²⁰⁶ MÜNK-KRAMER, n. 84, Einl. vor §§ 241 ff. BGB. Au sujet du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 5.

¹²⁰⁷ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, Abschlussbericht, p. 113; MÜNK-KRAMER, n. 82, Einl. vor §§ 241 ff. BGB.

¹²⁰⁸ BUNDESANZEIGER, p. 138; BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, Abschlussbericht, p. 113 s. En revanche, dans le présent travail, les devoirs de protection se rapportent uniquement aux droits absolus du cocontractant: cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 1, 1.2 et 3^e partie, chap. 1, § 1.

¹²⁰⁹ MÜNK-ROTH, n. 90 ad § 241 BGB.

¹²¹⁰ ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I/2, p. 154.

¹²¹¹ Le § 311, al. 1, BGB a la teneur suivante: « Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. »

- dès l'entrée en pourparlers contractuels, ou
 - lors de la préparation d'un contrat, au cours de laquelle une partie, en vue d'établir une relation juridique, donne à l'autre la possibilité de porter atteinte à ses biens juridiques ou les lui confie. Tel est le cas, par ex., d'un commerçant dont le local de vente est accessible au public, donnant ainsi l'occasion d'entrer en relation d'affaires, voire de conclure un contrat avec lui¹²¹³, ou
 - à l'occasion de tout autre contact d'affaires analogue¹²¹⁴.
- L'al. 3¹²¹⁵ impose également aux tiers de respecter les devoirs de protection prévus au § 241, al. 2, BGB lorsqu'ils suscitent une confiance particulière et influencent ainsi les pourparlers ou la conclusion d'un contrat de manière déterminante.

Le § 311, al. 3, BGB vise la responsabilité d'une personne de confiance (*Sachwalter*), souvent un expert, qui donne des informations sans avoir lui-même un intérêt propre à la conclusion du contrat. En fournissant son renseignement, cette personne contribue à la conclusion du contrat, parce que les partenaires en pourparlers lui font confiance, eu égard à son objectivité et à sa neutralité¹²¹⁶. Tel est le cas d'un tiers qui, par ex., confirme qu'un des partenaires en pourparlers dispose des connaissances nécessaires ou de moyens financiers suffisants pour conclure un

¹²¹² Selon le § 311, al. 2, BGB, « Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
3. ähnliche geschäftliche Kontakte. »

¹²¹³ Cf. par ex.: RGZ 78, 239. Dans cet arrêt, la cliente d'une grande surface et son enfant ont été blessés par des rouleaux de linoléum mal disposés qui sont tombés sur eux. Le Reichsgericht a admis une responsabilité du magasin fondée sur la *culpa in contrahendo* (cf. MÜNK-ROTH, n. 106 ad § 241 BGB). En droit suisse, dans une telle situation, le lésé ne pourrait se prévaloir que des art. 41 ss CO.

¹²¹⁴ Pour davantage de précisions, cf. MÜNK-ROTH, n. 107 ad § 241 BGB.

¹²¹⁵ Le § 311, al. 3, BGB a la teneur suivante: « Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Masse Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst. »

¹²¹⁶ BUNDESANZEIGER, Das neue Schuldrecht, p. 279.

contrat¹²¹⁷. Selon les circonstances, le tiers peut créer une situation de confiance particulière qui l'oblige à respecter les mêmes devoirs de protection (§ 241, al. 2, BGB) que ceux qui incombent aux parties à un rapport d'obligations.

f. L'obligation de réparer le dommage consécutif à la violation d'un devoir découlant du rapport d'obligations

Conformément au § 280, al. 1, BGB, le créancier peut réclamer au débiteur la réparation de son dommage lorsque ce dernier viole un devoir découlant du rapport d'obligations¹²¹⁸. La loi allemande de modernisation du droit des obligations renonce à distinguer entre l'impossibilité, la demeure et la violation positive du contrat¹²¹⁹. Elle préfère instituer une responsabilité en cas de violation d'un devoir (*Pflichtverletzung*). Peu importe que celui-ci revête un caractère principal ou accessoire ou consiste en un devoir de protection ou de prestation¹²²⁰. Le § 280, al. 1, BGB institue une norme générale de responsabilité en cas d'exécution défectueuse des prestations (*Leistungsstörungenrecht*)¹²²¹, de même que pour la violation de tout devoir découlant d'un rapport d'obligations. Comme l'art. 97, al. 1, CO en droit suisse, le § 280, al. 1, BGB sanctionne aussi bien l'inexécution que l'exécution imparfaite des obligations¹²²². Il s'applique en outre à la violation des devoirs de protection dans les rapports de pourparlers ainsi que dans les autres hypothèses prévues au § 311 BGB¹²²³.

g. Les autres sanctions possibles

Le § 280 BGB n'impose pas uniquement de réparer le dommage consécutif à la violation d'une obligation (*Pflichtverletzung*); il prévoit d'autres sanctions soumises à des conditions supplémentaires:

- Le créancier peut demander des dommages-intérêts à la place de la prestation lorsque celle-ci n'a pas du tout été exécutée ou ne l'a été

¹²¹⁷ BUNDESANZEIGER, Das neue Schuldrecht, p. 279.

¹²¹⁸ Le § 280, al. 1, BGB (*Schadensersatz wegen Pflichtverletzung*) a la teneur suivante: « Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. »

¹²¹⁹ SCHMID, Nichterfüllung, p. 311.

¹²²⁰ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, Abschlussbericht, p. 30. Sur la distinction entre « devoirs de prestation » et « devoirs de protection » en droit allemand, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/c.

¹²²¹ SCHAPP, p. 585; STAUB, p. 360; ZIMMER, p. 6.

¹²²² STOLL, JZ 2001, p. 593.

¹²²³ A ce sujet, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/d.

qu'imparfaitement (§ 280, al. 3, BGB), pour autant que les conditions prévues au § 281 BGB¹²²⁴ soient remplies.

- Le créancier peut réclamer des dommages-intérêts à la place de la prestation en cas de violation des devoirs de protection lorsque les conditions du § 282 BGB¹²²⁵ sont remplies (§ 280, al. 3, BGB).
- Le créancier peut mettre fin au rapport d'obligations¹²²⁶.
- Le créancier peut réclamer des dommages-intérêts pour cause de retard dans l'exécution de la prestation (§ 280, al. 2, BGB qui renvoie au § 286 BGB).

1.4. Résumé et critique de la loi de modernisation du droit des obligations

Dans le domaine de l'exécution défectueuse des prestations (*Leistungsstörungsrecht*), la loi de modernisation (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) du 26 novembre 2001 a introduit les principales modifications suivantes:

- Le législateur allemand a codifié la jurisprudence et a remplacé la notion d'« inexécution » par celle de « violation d'un devoir découlant d'un rapport d'obligations »¹²²⁷. Il peut s'agir de devoirs de prestation (§ 241, al. 1, BGB) ou de devoirs de protection (§ 241, al. 2, BGB). Ces derniers s'imposent aux parties indépendamment de tout contrat. Ils

¹²²⁴ Selon le § 281 BGB (dommages-intérêts au lieu de la prestation, en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse), dès que le débiteur n'exécute pas ou pas correctement la prestation exigible, le créancier peut, aux conditions du § 280, al. 1, BGB, réclamer des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation, s'il a sans succès fixé au débiteur un délai convenable pour fournir la prestation ou l'exécution ultérieure. Si le débiteur n'a exécuté qu'une prestation partielle, le créancier ne peut exiger des dommages-intérêts à la place de la prestation dans son intégralité que s'il n'a aucun intérêt à une prestation partielle. Si le débiteur n'a exécuté sa prestation qu'imparfaitement, le créancier ne peut pas réclamer des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation intégrale si la violation du devoir n'est que de peu d'importance (*unerheblich*).

¹²²⁵ Selon le § 282 BGB, lorsque le débiteur viole un devoir de protection, le créancier peut, aux conditions du § 280, al. 1, BGB, réclamer des dommages-intérêts à la place de la prestation, si l'on ne peut plus exiger de lui qu'il accepte que la prestation soit exécutée par le débiteur.

¹²²⁶ § 323 BGB. Cf. SCHMID, *Vertragsverletzung*, p. 1034.

¹²²⁷ Cf. en particulier le § 311 BGB qui énumère les situations dans lesquels les parties sont tenues à un rapport d'obligations donnant naissance à des devoirs de protection. Cf. également, *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/d.

peuvent donc s'appliquer aux pourparlers et protéger également des tiers étrangers à la convention¹²²⁸.

- La violation de tous les devoirs découlant du rapport d'obligations est soumise aux mêmes sanctions qui sont énoncées au § 280 BGB¹²²⁹.
- La révision de 2001 introduit, dans la loi, un fondement de responsabilité unique pour sanctionner la *culpa in contrahendo*¹²³⁰, la violation positive du contrat¹²³¹ et le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers¹²³².

Les observations qui précèdent démontrent que la réforme du BGB de 2001 codifie, en réalité, la théorie du rapport de protection légal uniforme¹²³³.

Dans le domaine de l'exécution défectueuse des prestations, la principale nouveauté de la loi de modernisation est l'introduction de devoirs de protection (§ 241, al. 2, BGB) qui existent indépendamment des devoirs de prestation prévus dans le contrat (§ 241, al. 1, BGB)¹²³⁴. En droit allemand, la différence entre les deux est difficile, car elle repose non pas sur l'objet, mais sur le but poursuivi par ces devoirs¹²³⁵. A notre sens, la nécessité d'opérer une distinction entre les devoirs de prestation et les devoirs de protection engendre une insécurité juridique qui doit être évitée¹²³⁶.

¹²²⁸ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, *Abschlussbericht*, p. 113.

¹²²⁹ Cf. *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/f.

¹²³⁰ Sur la notion de *culpa in contrahendo*, cf. notamment GONZENBACH, *Culpa in contrahendo*, p. 6 ss.

¹²³¹ Sur la notion de violation positive du contrat en droit allemand, cf. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I/2*, p. 153 ss; LARENZ, p. 367 ss; MEDICUS, p. 199.

¹²³² Cf. à ce sujet, *infra*, 4^e partie, chap. 5.

¹²³³ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, *Abschlussbericht*, p. 113.

¹²³⁴ Nous avons déjà adressé la même critique à l'encontre de la théorie du rapport de protection légal uniforme, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.8 et 4.10.

¹²³⁵ Les devoirs de prestation visent l'intérêt positif au contrat, tandis que les devoirs de protection ont pour but de sauvegarder les biens des partenaires qui ne sont pas compris dans les prestations promises dans la convention des parties (intérêt à l'intégrité du patrimoine). Pour plus de précisions à ce sujet, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3.

¹²³⁶ La même critique a déjà été adressée à la théorie du rapport de protection légal uniforme; elle s'applique *mutatis mutandis* à la réforme du BGB de 2001. A ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.8.

§ 2 L'exemple français: l'absence de concours d'actions et l'extension contestée de la responsabilité contractuelle

2.1. L'absence de concours d'actions

a. La responsabilité générale délictuelle

En droit français, les dispositions fondamentales de responsabilité délictuelle sont contenues aux art. 1382 et 1383 du Code civil (CCfr). L'art. 1382 CCfr prévoit que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Cette disposition est complétée par l'art. 1383 CCfr aux termes duquel « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». La responsabilité délictuelle suppose la réunion de trois conditions: une faute, un dommage et une relation de cause à effet entre la faute et le dommage¹²³⁷.

Contrairement au droit suisse (art. 41 CO) et au droit allemand (§ 823 BGB), le droit français ne distingue pas l'illicéité et la faute. En effet, la plupart des juristes français considèrent que l'illicéité est un élément de la faute, alors qu'en droits suisse et allemand, elle est une condition essentielle de la responsabilité qui s'ajoute à la faute¹²³⁸.

L'art. 1382 CCfr confère un important pouvoir d'appréciation au juge. Ce dernier peut, d'une part, autoriser la réparation de tous préjudices sans distinguer entre les dommages corporels, matériels et purement économiques. D'autre part, l'art. 1382 CCfr permet au juge français de sanctionner l'auteur d'un dommage en lui reprochant une faute, bien qu'il n'ait pas commis d'acte illicite au sens des droits suisse et allemand¹²³⁹. Il est par ex. possible, en droit français, de condamner les dirigeants d'un groupe de sociétés sur la base de l'art. 1382 CCfr pour avoir pratiqué l'escompte de chèques lorsque cette activité porte sur des millions de francs et des centaines de chèques par jour¹²⁴⁰. L'escompte de chèques n'est pas illicite mais il peut, selon les circonstances, constituer un acte fautif engageant la responsabilité des organes des entreprises concernées¹²⁴¹. L'illicéité n'étant

¹²³⁷ TUNC, n. 5, p. 11.

¹²³⁸ SCHMIDT, p. 56; TUNC, n. 6, p. 13.

¹²³⁹ SCHMIDT, p. 56 s.

¹²⁴⁰ SCHMIDT, p. 56 s.

¹²⁴¹ Un tel comportement pourrait en effet se heurter à une appréciation d'ordre moral. Un juge pourrait considérer que, du point de vue du bon ordre social, il est

pas une condition de l'action en dommages-intérêts prévue à l'art. 1382 CCfr, cette disposition permet de dégager une responsabilité délictuelle en cas de faute de l'auteur du dommage, quand bien même ce dernier n'a pas commis d'acte illicite au sens des droits suisse et allemand.

Cependant, la différence entre les responsabilités générales extra-contractuelles des droits suisse et français doit être relativisée: en France comme en Suisse, il existe de nombreuses responsabilités sans faute prévues dans des lois spéciales qui fondent une obligation d'indemnisation de la victime en raison des risques liés à l'exercice de certaines activités dangereuses¹²⁴².

b. La responsabilité contractuelle

Le titre troisième du CCfr, consacré aux contrats et aux obligations conventionnelles en général, comprend un chapitre III portant sur l'effet des obligations. Sous la section IV, intitulée « des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation », l'art. 1147 CCfr stipule que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ». L'art. 1148 CCfr complète l'art. 1147 CCfr en prévoyant « qu'il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qu'il lui était interdit ».

c. Le rapport entre les responsabilités contractuelle et délictuelle

Le droit français n'admet pas le concours d'actions entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, contrairement aux droits suisse et allemand¹²⁴³. Le principe français du non-cumul a pour conséquence que l'art. 1382 CCfr n'est pas applicable à la réparation d'un dommage résultant de l'inexécution d'un engagement contractuel. Lorsque l'acte dommageable consiste en la violation d'une obligation contractuelle, il donne lieu uniquement à une responsabilité contractuelle. La responsabilité délictuelle n'entre pas en considération, quand bien même le préjudice subi par le lésé est également la conséquence d'un acte fautif engageant la responsabilité extra-

nécessaire de sanctionner ce comportement et, à cette fin, le juge fautif (SCHMIDT, p. 56 s.).

¹²⁴² TUNC, n. 6, p. 14.

¹²⁴³ Cf. par ex. VINEY/JOURDAIN, n. 742.

contractuelle de son auteur¹²⁴⁴. La difficulté est de déterminer si le responsable a violé une obligation découlant du contrat qui le lie à la victime.

2.2. L'obligation de sécurité et son rattachement au contrat

a. La notion d'obligation de sécurité

aa. Généralités

Le droit français a étendu l'objet de nombreux contrats en assortissant la prestation principale d'une obligation de sécurité visant à sauvegarder certains biens juridiques, tels que la vie et l'intégrité corporelle du cocontractant.

Dès l'origine, l'obligation de sécurité a été rattachée au contrat. Elle est apparue à la fin du siècle dernier pour permettre l'indemnisation de l'employé en cas d'accidents de travail¹²⁴⁵. L'obligation de sécurité a été rapidement étendue au domaine du transport de personnes¹²⁴⁶: la Cour de cassation a imposé au transporteur de conduire le voyageur sain et sauf à destination. Le but de cette obligation de résultat était de dispenser la victime d'apporter la preuve de la faute du transporteur¹²⁴⁷.

Par la suite, l'obligation de sécurité a également été considérée comme une obligation de moyens, contraignant la victime à établir la faute du responsable¹²⁴⁸.

bb. L'objet

A l'origine, l'obligation de sécurité visait à réparer les dommages corporels intervenus à l'occasion de l'exécution d'un contrat. Elle tendait exclusivement à sauvegarder l'intégrité physique du cocontractant¹²⁴⁹. A partir des années 1950-1960, cette obligation contractuelle a été étendue à la protection des biens¹²⁵⁰. Depuis lors, elle vise à préserver les partenaires

¹²⁴⁴ TUNC, n. 35, p. 33 s.

¹²⁴⁵ JOURDAIN, p. 1196; VINEY, p. 1212.

¹²⁴⁶ D. 1911. 2. 357.

¹²⁴⁷ WERRO, Mandat, n. 580 et les auteurs cités.

¹²⁴⁸ WERRO, Mandat, n. 581.

¹²⁴⁹ JOURDAIN, Fondement, p. 1197; VINEY, p. 1212; WERRO, Mandat, n. 579. Selon VINEY, il s'agissait, à l'origine, d'indemniser les victimes d'atteintes à l'intégrité corporelle en cas d'accidents de travail ou de transport, en les dispensant de prouver la faute de l'employeur, respectivement du transporteur (*ibid.*).

¹²⁵⁰ VINEY, p. 1212 *in fine*.

contractuels des atteintes portées à leur intégrité corporelle ainsi qu'à leur propriété.

cc. La distinction entre l'obligation de sécurité de moyens et de résultat

Le droit français distingue les obligations de sécurité de moyens et de résultat¹²⁵¹. La différence repose sur la combinaison de deux éléments: d'une part, l'existence d'un aléa dans l'exécution de l'obligation et, d'autre part, le pouvoir d'initiative laissé à la victime lors de cette même exécution. En l'absence de tout aléa et lorsque le rôle de la victime est purement passif, l'obligation de sécurité est de résultat. A l'inverse, en présence d'un aléa ou lorsque le lésé peut influencer le destin du contrat, l'obligation de sécurité est de moyens¹²⁵².

Cette distinction a d'importantes conséquences pratiques pour la victime. Lorsque l'obligation de sécurité est qualifiée de moyens, celle-ci est contrainte d'apporter la preuve de l'imprudence ou de la négligence du débiteur¹²⁵³.

La distinction entre les obligations de résultat et de moyens repose sur un élément subjectif. Le juge doit déterminer si l'aléa, dans l'exécution, était bien connu du créancier. Tel est le cas si, dans son esprit, il existait des risques de dommages qu'il a acceptés de courir¹²⁵⁴. Ce critère confère au juge un certain pouvoir d'appréciation. Selon les besoins, le devoir en cause peut être considéré comme une obligation de résultat ou de moyens. Cette souplesse permet de nuancer la sévérité de la responsabilité en fonction de la nature du contrat et des intérêts en cause. L'obligation de sécurité de moyens a une place importante dans le domaine du spectacle, du sport (clubs sportifs, enseignement du sport, centres équestres), des activités de loisirs (piscines, parcs de jeu) et de tourisme (restaurants, hôtels)¹²⁵⁵. Une distinction entre les obligations de moyens et de résultat selon l'activité exercée par les parties s'avère cependant délicate. Un même contrat peut en effet imposer plusieurs devoirs d'intensité différente. Ainsi, l'obligation du restaurateur est de moyens lorsqu'un usager de l'établissement subit un dommage provoqué par l'entretien défectueux du bâtiment. En revanche,

¹²⁵¹ Sur la distinction entre l'obligation de moyens et de résultat, cf. en particulier WERRO, Mandat, n. 77 ss.

¹²⁵² MAZEAUD, p. 1203.

¹²⁵³ MAZEAUD, p. 1203.

¹²⁵⁴ JOURDAIN, Rev. trim. dr. civ. 1993. 363.

¹²⁵⁵ VINEY, p. 1217.

elle est de résultat si le préjudice est causé par la mauvaise qualité de la nourriture ou de la boisson servies au client¹²⁵⁶.

Une partie de la doctrine¹²⁵⁷ conteste la distinction entre obligation de moyens et de résultat, car elle revêt un caractère aléatoire. L'examen de la jurisprudence semble leur donner raison. La Cour de cassation a, par ex., jugé que ceux qui utilisent le téléphérique et sont victimes d'un préjudice corporel peuvent être indemnisés sans avoir à apporter la preuve d'une faute de l'exploitant, ce dernier étant tenu à une obligation de sécurité de résultat¹²⁵⁸. En revanche, la jurisprudence s'appliquant aux utilisateurs de téléski a connu de nombreux revirements. Après avoir imposé à l'entreprise de remontées mécaniques une obligation de sécurité de moyens¹²⁵⁹, la Cour de cassation a ensuite considéré qu'il s'agissait d'une obligation de résultat¹²⁶⁰, avant de revenir à son ancienne jurisprudence et de retenir, finalement, que cette obligation était de moyens¹²⁶¹. En ce qui concerne la sécurité des skieurs qui empruntent un télésiège, la Cour de cassation a décidé que l'exploitant était tenu d'une obligation de résultat pendant le transport et de moyens durant les phases d'embarquement et de débarquement¹²⁶².

b. Le rattachement de l'obligation de sécurité au contrat

Dès l'origine, l'obligation de sécurité a été considérée comme un devoir contractuel¹²⁶³. En 1911 déjà, la jurisprudence a imposé au transporteur de personnes l'obligation d'amener les voyageurs sains et saufs à destination¹²⁶⁴.

¹²⁵⁶ MAZEAUD, p. 1204.

¹²⁵⁷ JOURDAIN, *Fondement*, p. 1198 ss; MAZEAUD, p. 1204 ss.

¹²⁵⁸ *Gaz. Pal.* 1981. 2, *Sommaire*, p. 197 (11 août 1981), MAZEAUD, p. 1203.

¹²⁵⁹ *Cass. 1^{re} civ.* 7 février 1949, *Gaz. Pal.* 1949. 1. 215 (26 avril 1949); *J.C.P.* 1949. II. 4959.

¹²⁶⁰ *Cass. 1^{re} civ.* 8 octobre 1968, *Gaz. Pal.* 1968. 2. 361 (13 décembre 1968); *D.* 1969. 157; *Rev. trim. dr. civ.* 1969. 345.

¹²⁶¹ *Cass. 1^{re} civ.* 4 novembre 1992, *Gaz. Pal.* 1993. 2. 436 (25 septembre 1993); *Rev. trim. dr. civ.* 1993. 364.

¹²⁶² *Cass. 1^{re} civ.* 11 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1986. 2. 333, *Rev. trim. dr. civ.* 1986. 767.

¹²⁶³ JOURDAIN, *Fondement*, p. 1196.

¹²⁶⁴ *Cass. civ.* 21 novembre 1911, S. 1912 I 73; JOURDAIN, *Fondement*, p. 1197. Pendant un voyage en mer, un tonneau mal arrimé avait grièvement blessé un voyageur au pied. La Cour de cassation avait alors jugé que « l'exécution du contrat de transport comporte pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ».

Le rattachement de l'obligation de sécurité au contrat repose sur deux raisonnements différents: l'un, subjectif, s'appuie sur la volonté tacite des parties; l'autre, plus objectif, se fonde sur ce que l'on nomme les « suites » du contrat.

La doctrine qui retient le critère subjectif considère que l'obligation de sécurité découle de la volonté des parties. Bien qu'une telle obligation n'ait généralement pas été convenue expressément par les partenaires au moment de la conclusion du contrat, elle revêt néanmoins un caractère contractuel lorsqu'elle est l'expression de la volonté probable des cocontractants¹²⁶⁵. Il appartient au juge de déterminer si une telle volonté existe en interprétant la convention. Un autre courant d'opinions utilise un critère objectif fréquemment retenu par les tribunaux¹²⁶⁶. Il consiste à fonder l'obligation de sécurité sur l'équité visée par l'art. 1135 CCfr au titre des « suites » du contrat, plutôt que sur des déclarations de volonté non exprimées. L'art. 1135 CCfr prévoit que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'usage, l'équité ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Sur la base de cette disposition, le juge serait autorisé à compléter la convention en y ajoutant des obligations non prévues par les parties, telle que l'obligation de sécurité¹²⁶⁷.

L'obligation de sécurité a été étendue à de nombreux contrats, en particulier dans les domaines où l'intégrité corporelle d'un partenaire contractuel est exposée à un risque accru de dommage. On peut notamment citer les contrats passés avec une entreprise de distribution de gaz ou de remontées mécaniques¹²⁶⁸, avec l'exploitant d'un restaurant ou d'un établissement de bains, avec le propriétaire d'une école de sport, d'une piscine, d'un salon de coiffure, d'un parc d'attraction, d'un parc zoologique, d'une entreprise de spectacle ou d'une agence de voyage¹²⁶⁹.

¹²⁶⁵ JOURDAIN, *Fondement*, p. 1197.

¹²⁶⁶ Cf. par ex. *Cass. 1^{re} civ.* 20 mars 1989, *D.* 1989. 381, *Rev. trim. dr. civ.* 1989. 756; *Cass. 1^{re} civ.* 27 janvier 1993, *Rev. trim. dr. civ.* 1993. 592.

¹²⁶⁷ JOURDAIN, *Fondement*, p. 1197. Selon cet auteur, le « forçage » du contrat qui en résulte est « légal », dans le sens où il est permis par la loi (*ibid.*).

¹²⁶⁸ *Cass. 1^{re} civ.* 4 novembre 1992, *Rev. trim. dr. civ.* 1993. 364; *Cass. 1^{re} civ.* 11 mars 1986, *Rev. trim. dr. civ.*, 1986. 767; *Cass. 1^{re} civ.* 8 octobre 1968, *Rev. trim. dr. civ.* 1969. 345. Sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation concernant la responsabilité des exploitants de téléskis: cf. MAZEAUD, p. 1203.

¹²⁶⁹ Cf. WERRO, *Mandat*, n. 582; VINEY, p. 1217.

2.3. La « décontractualisation » de l'obligation de sécurité

a. En général

Une partie de la doctrine¹²⁷⁰ prône la « décontractualisation » de l'obligation de sécurité afin de parvenir à un concept épuré du contrat. Selon ces auteurs, la protection de l'intégrité corporelle et de la propriété du partenaire n'est pas liée aux prestations promises dans le contrat. L'obligation de respecter les biens juridiques d'autrui s'impose à toute personne qui exerce une activité quelconque. Il s'agit d'un devoir général fondé sur la loi et indépendant de toutes conventions¹²⁷¹. Selon JOURDAIN¹²⁷², « la sécurité peut être rationnellement attendue de tous et est due par tous, en dehors de toutes promesses et de tous contrats; elle est en quelque sorte "hors contrat" ». Les partisans d'une « décontractualisation » de l'obligation de sécurité proposent, en conséquence, de détacher les obligations de sécurité de la convention des parties et de les soumettre au régime de la responsabilité délictuelle (art. 1382 ss CCfr).

b. L'inégalité de traitement entre les cocontractants et les tiers

Les partisans d'une « décontractualisation » des obligations de sécurité font valoir que l'incorporation au contrat de telles obligations entraîne une inégalité de traitement entre les victimes selon qu'elles ont qualité de cocontractants ou de tiers. La règle du « non-cumul » des responsabilités contractuelle et délictuelle interdit à la victime ayant subi un dommage corporel ou matériel d'opter pour la voie délictuelle lorsqu'elle est liée au responsable par un contrat¹²⁷³. Elle ne peut se prévaloir que de la responsabilité contractuelle prévue aux art. 1146 ss CCfr. En revanche, en l'absence de contrat, la victime peut être indemnisée sur la base du régime délictuel plus favorable. Celui-ci contient un art. 1384, al. 1, CCfr qui a la teneur suivante:

« On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. »

L'art. 1384, al. 1, CCfr dispense la victime de prouver la faute du responsable lorsqu'elle subit un dommage causé par le fait d'une chose¹²⁷⁴.

¹²⁷⁰ CARBONNIER, n. 295; JOURDAIN, *Fondement*, p. 1196 ss., sp. 1198; MAZEAUD, p. 1201 ss., sp. 1205 s; TUNC, p. 32 ss; VINEY, p. 1217.

¹²⁷¹ VINEY, p. 1217.

¹²⁷² JOURDAIN, *Fondement*, p. 1198.

¹²⁷³ VINEY, p. 1213.

¹²⁷⁴ MAZEAUD, p. 1203; VINEY, p. 1213.

A l'inverse, si l'obligation de sécurité contractuelle est de moyens, la victime doit établir la faute du cocontractant et démontrer que le débiteur n'a pas pris les mesures nécessaires pour assurer sa sécurité¹²⁷⁵. Le rattachement au contrat des obligations de sécurité a ainsi pour conséquence de priver le lésé de la règle plus favorable prévue à l'art. 1384, al. 1, CCfr en cas de dommages causés par le fait d'une chose. Selon la règle du « non-cumul », seuls les tiers peuvent en effet demander réparation de leur préjudice sur le terrain délictuel. Les cocontractants doivent, en revanche, se contenter du régime contractuel, bien qu'ils soient victimes des mêmes manquements et qu'ils aient subi un dommage identique à celui des tiers¹²⁷⁶. La « décontractualisation » de l'obligation de sécurité permettrait de corriger cette inégalité de traitement. Elle aurait pour conséquence de soumettre les partenaires contractuels exclusivement au régime délictuel en cas de dommage corporel ou matériel intervenu en cours d'exécution du contrat.

2.4. La jurisprudence de la Cour de cassation

Sous l'influence d'une partie de la doctrine contestant la tendance à l'extension du contrat¹²⁷⁷, la Cour de cassation a écarté certaines obligations de sécurité de moyens au profit du régime de la responsabilité délictuelle. On peut notamment citer les dommages corporels survenus:

- dans les magasins ouverts au public¹²⁷⁸;
- dans les gares¹²⁷⁹;
- dans les salons de coiffure;
- dans les centres de soins¹²⁸⁰.

S'agissant du contrat de soins, la Cour de cassation a refusé d'appliquer les règles contractuelles à la chute d'un patient intervenue dans le hall d'accueil d'un cabinet médical. Elle a jugé que « le contrat passé entre le centre médical et le patient se limite à la consultation et aux soins »¹²⁸¹.

¹²⁷⁵ WERRO, *Mandat*, n. 581.

¹²⁷⁶ JOURDAIN, *Fondement*, p. 1198.

¹²⁷⁷ JOURDAIN, *Fondement*, p. 1198.

¹²⁷⁸ Dès 1960, la Cour de cassation a en effet estimé que l'indemnisation de ces dommages relevait exclusivement de la responsabilité délictuelle.

¹²⁷⁹ Par un arrêt du 7 mai 1989, la Cour de cassation a renoncé à imposer une obligation de sécurité de moyens au transporteur par chemin de fer, lorsque le dommage n'intervient pas durant le transport proprement dit.

¹²⁸⁰ VINEY, p. 1217.

¹²⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 10 janvier 1990, *Rev. trim. dr. civ.* 1990. 481.

Cependant, cette tendance à la « décontractualisation » n'a eu qu'un impact limité¹²⁸². Le rattachement au contrat de l'obligation de sécurité de moyens conserve une place importante dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹²⁸³.

Par ailleurs, dans certains domaines tels que celui de la responsabilité du fait des produits défectueux ou celui des accidents de la circulation routière, le législateur a instauré un système de responsabilité légale qui ne fait plus de différence entre les responsabilités contractuelle et délictuelle¹²⁸⁴. De cette manière, il a remédié à l'inégalité de traitement constatée entre les cocontractants et les tiers lorsqu'ils sont victimes d'un dommage corporel.

2.5. La critique du régime de l'obligation de sécurité

En droit français, l'obligation contractuelle de sécurité a été principalement développée par la jurisprudence afin d'assurer une protection plus efficace du lésé en cas de dommage corporel subi en cours d'exécution d'un contrat. Les solutions apportées par la Cour de cassation se sont révélées essentiellement casuistiques et ont engendré une certaine insécurité juridique concernant le champ d'application de l'obligation contractuelle de sécurité. Selon VINEY, « on n'ose plus guère s'aventurer à énumérer les contrats dans lesquels elle [l'obligation de sécurité] a été admise et encore moins à proposer un critère permettant d'identifier ceux qui comportent cette obligation »¹²⁸⁵. En imposant souvent une obligation de résultat au débiteur, la Cour de cassation a permis une meilleure indemnisation du lésé¹²⁸⁶. L'introduction d'une obligation de sécurité de moyens a compliqué la situation juridique. L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que la distinction entre les obligations de résultat et de moyens est difficile à mettre en œuvre en pratique¹²⁸⁷. La Cour de cassation a ainsi opéré de

¹²⁸² MAZEAUD, p. 1206.

¹²⁸³ On peut citer, en particulier, le domaine des spectacles, des sports (clubs sportifs, enseignement du sport, centres équestres), des activités de loisirs (piscines, parcs de jeux, jardins zoologiques) et de tourisme (restaurants); cf. VINEY, p. 1217 et *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 2, 2.2/a/cc.

¹²⁸⁴ MAZEAUD, p. 1206.

¹²⁸⁵ VINEY, p. 1215.

¹²⁸⁶ Lorsque l'obligation de sécurité est de résultat, la victime n'a pas à prouver la faute du débiteur.

¹²⁸⁷ Contra: WERRO, Mandat, n. 828 ss; le même, *Obligation de résultat et obligation de moyens*, p. 280. Cet auteur propose d'appliquer l'art. 97 CO à la violation d'une obligation de résultat et l'art. 41 CO aux obligations de moyens, sans égard à l'existence ou non d'un contrat: « J'estime qu'il faut limiter l'application de cette disposition (art. 97 CO) à la violation d'une obligation de résultat et l'exclure quand

nombreux revirements au détriment de la sécurité du droit. On pense notamment à l'obligation imposée aux entreprises de télésiège de protéger l'intégrité physique des usagers des pistes de ski, tantôt considérée comme une obligation de moyens, tantôt traitée comme une obligation de résultat¹²⁸⁸.

Selon nous, l'obligation contractuelle de sécurité de résultat prévue en droit français présente un certain intérêt, car elle permet une meilleure indemnisation de la victime. Ses contours doivent cependant être définis précisément, afin de garantir la sécurité du droit en évitant une approche trop casuistique.

On relèvera finalement que la proposition, défendue par une partie de la doctrine française¹²⁸⁹, de détacher l'obligation de sécurité du contrat en l'assimilant à un devoir général (« décontractualisation ») est également soutenue par une partie de la doctrine en droit suisse¹²⁹⁰.

§ 3 Les Principes du droit européen des contrats et les Principes d'UNIDROIT

3.1. Les Principes du droit européen des contrats¹²⁹¹

a. Généralités

Bien qu'elle dispose de directives dans de nombreux domaines du droit privé¹²⁹², l'Union européenne ne connaît pas de théorie générale du contrat

il s'agit d'une obligation de moyens. En outre, au-delà des avis exprimés, je considère que l'art. 97 ne s'applique pas seulement à l'obligation contractuelle, mais bien à toute obligation de résultat, donc aussi à la violation d'un devoir précis qui s'impose en dehors du contrat » (Mandat, n. 828).

¹²⁸⁸ La Cour de cassation a tout d'abord considéré que l'obligation était de moyens (cf. Cass. 1^{re} civ. 7 février 1949, Gaz. Pal. 1949. 1. 215 [26 avril 1949]; J.C.P. 1949. II. 4959). Elle a ensuite jugé qu'il s'agissait d'une obligation de résultat (Cf. Cass. 1^{re} civ. 8 octobre 1968, Gaz. Pal. 1968. 2. 361 [13 décembre 1968]; D. 1969. 157; Rev. trim. dr. civ. 1969. 345) pour finalement revenir à sa première jurisprudence (obligation de moyens) (Cass. 1^{re} civ. 4 novembre 1992, Gaz. Pal. 1993. 2. 436 [25 septembre 1993]; Rev. trim. dr. civ. 1993. 364). A ce sujet, cf. également *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 2, 2.2, a/cc.

¹²⁸⁹ CARBONNIER, n. 295; JOURDAIN, *Fondement*, p. 1196 ss., sp. 1198; MAZEAUD, p. 1201 ss., sp. 1205 s; VINEY, p. 1217.

¹²⁹⁰ KOLLER, *Grundzüge*, p. 1493. A ce sujet, cf. 3^e partie, chap. 3, § 1.

¹²⁹¹ Appelés également « Principles of European Contract Law ».

pouvant servir de règles fondamentales aux différents droits nationaux des Etats membres.

En 1989, le Parlement européen a adopté une résolution réclamant, dans son préambule, « l'unification des secteurs du droit privé qui sont essentiels au développement d'un marché unique, tel que le droit des obligations »¹²⁹³. La demande a été réitérée le 6 mai 1994¹²⁹⁴. Les Principes du droit européen des contrats (ci-après: PRINCIPES [PE]) ont été élaborés afin de servir de base à un futur code européen des contrats¹²⁹⁵. La première partie a été publiée en 1995 en anglais et en 1997 en français¹²⁹⁶. Elle traite notamment de l'inexécution des obligations et des remèdes juridiques dont dispose le créancier¹²⁹⁷.

Les PRINCIPES proposent aux cocontractants qui font des affaires dans plusieurs Etats un ensemble de règles détaché de tout système de droit particulier¹²⁹⁸. Ils visent, à terme, l'élimination des divergences entre les différents droits nationaux.

Les PRINCIPES ont force obligatoire pour les parties qui ont convenu que leur contrat serait régi par eux (art. 1.101, al. 2, PE)¹²⁹⁹. Ils peuvent aussi

¹²⁹² Dans le domaine des contrats, on peut citer notamment les directives sur les contrats conclus à domicile (Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985), sur les crédits à la consommation (Directive 87/102/CEE modifiée par la Directive 90/88/CEE du 22 février 1990), sur les voyages à forfait (Directive 90/314/CEE du 13 juin 1990), sur la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (Directive 94/47/CE du 26 octobre 1994), sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (Directive 97/7/CE du 4 juin 1997) et sur les ventes et garanties des biens de consommation (Directive 99/44/CE du 25 mai 1999). Pour une liste complète des directives de l'Union européenne dans le domaine du droit privé (y compris celui de la responsabilité civile), cf. PROBST, p. 34 ss.

¹²⁹³ Résolution du 26 mai 1989, JOCE, n. C 158/401 du 26 juin 1989.

¹²⁹⁴ JOCE, n. C 205/518 du 25 juillet 1994.

¹²⁹⁵ COMMISSION LANDO, Principes, p. 17.

¹²⁹⁶ COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (President: OLE LANDO), The principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies, LANDO OLE/BEALE HUGH (éditeurs), Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres 1995; COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS (Président: OLE LANDO). Les principes du droit européen des contrats. L'exécution, l'inexécution et ses suites, version française par: De Lamberterie Isabelle/Rouhette Georges/Tallon Denis, La documentation française, Paris, 1997 (cité: les Principes [PE]).

¹²⁹⁷ Une deuxième partie a vu le jour en 1998 et une troisième partie a été achevée en 2002. Seule la première partie intéresse notre étude. L'intégralité des PRINCIPES (comprenant les trois parties) peut être consultée sur le site: <http://www.jus.uio>.

¹²⁹⁸ COMMISSION LANDO, Principes, p. 33 s.

¹²⁹⁹ Cf. également WHARTON, p. 171.

trouver application lorsque les partenaires ont soumis leur convention aux « Principes généraux du droit » ou à la « *lex mercatoria* » (art. 1.101, al. 3, PE). Finalement, ils constituent une source d'inspiration pour les législateurs nationaux.

Notre étude des PRINCIPES se veut limitée. Nous nous contenterons d'examiner la notion d'inexécution, le rôle joué par la faute et les différents moyens mis à la disposition du créancier.

b. La notion d'inexécution

Le système de sanctions adopté par les PRINCIPES repose sur la notion d'inexécution. Cette dernière englobe toutes violations d'une obligation découlant d'un contrat¹³⁰⁰. Il peut s'agir d'une exécution défectueuse ou tardive de la prestation, ou encore d'une impossibilité fautive de s'exécuter¹³⁰¹. L'inexécution comprend également la violation d'un devoir accessoire contractuel¹³⁰².

c. Le rôle joué par la faute

La responsabilité est objective, dans le sens où il n'est pas nécessaire de prouver une faute pour établir l'inexécution¹³⁰³. Le débiteur est tenu pour responsable dès qu'il y a inexécution, à moins qu'il ne soit exonéré. Tel est le cas, selon l'art. 8.108, al. 1, PE (« exonération résultant d'un empêchement ») lorsque le débiteur établit que « cette inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences »¹³⁰⁴.

¹³⁰⁰ COMMISSION LANDO, Principes, p. 137; PICHONNAZ, p. 180; SCHMID, Vertragverletzung, p. 1035; WHARTON, p. 172.

¹³⁰¹ COMMISSION LANDO, Principes, p. 138; WHARTON, p. 172.

¹³⁰² PICHONNAZ, p. 182. Cf. également WHARTON, p. 173, selon laquelle les PRINCIPES ont vocation à s'appliquer « à tous les types de contrats et à tous les types d'obligations qui en découlent ».

¹³⁰³ COMMISSION LANDO, Principes, p. 24; PICHONNAZ, p. 181.

¹³⁰⁴ D'autres moyens libératoires existent. Le débiteur n'est pas tenu de réparer le dommage lorsqu'il peut démontrer que l'inexécution est imputable à un acte de la partie lésée conformément à l'art. 8.101, al. 3, PE ou lorsqu'il peut invoquer un changement de circonstances au sens de l'art. 6.117 PE. Au sujet des conditions d'exonération du débiteur, cf. PICHONNAZ, p. 182 ss.

Lorsque l'obligation est de moyens¹³⁰⁵, l'inexécution suppose que le débiteur n'a pas fait preuve de la diligence normalement attendue d'une personne raisonnable, peu importe que le résultat recherché soit ou non atteint¹³⁰⁶. Les PRINCIPES reprennent ainsi la distinction opérée en droit français¹³⁰⁷ entre les obligations de moyens et de résultat¹³⁰⁸.

L'approche diffère de celle prévue à l'art. 97, al. 1, CO, car, en droit suisse, la responsabilité du débiteur est subordonnée à l'existence d'une faute de ce dernier. La différence entre l'art. 97, al. 1, CO et l'art. 8.101, al. 1, PE ne doit cependant pas être surestimée, en particulier lorsque l'obligation due est de moyens. Dans cette hypothèse, il appartient au créancier de prouver que le débiteur n'a pas adopté l'attitude diligente qu'on était en droit d'attendre de lui. S'il y parvient, le comportement du débiteur est considéré comme fautif, à moins que ce dernier ne prouve son incapacité de discernement au moment des faits¹³⁰⁹. En revanche, lorsque l'obligation du débiteur est de résultat, celui-ci peut, sur la base de l'art. 97, al. 1, CO, démontrer en quoi son comportement était néanmoins diligent¹³¹⁰, contrairement à l'art. 8.101, al. 1, PE, dont la mise en œuvre ne suppose pas la faute de l'auteur de l'inexécution¹³¹¹. Toutefois, dans cette situation, la présomption de faute prévue par le droit suisse atténue fortement la différence entre les deux systèmes.

d. Les différents moyens sanctionnant l'inexécution

En cas d'inexécution, les moyens à disposition du créancier pour obtenir satisfaction sont identiques, quelle que soit la forme de l'inexécution. Peu importe que l'exécution du débiteur soit defectueuse, tardive ou devenue impossible par sa faute. Dans chacune de ces situations, le créancier peut¹³¹²:

- obliger le débiteur à l'exécution (art. 9.101 et 9.102 PE);

¹³⁰⁵ Les obligations de moyens n'obligent pas le débiteur à un résultat, mais simplement à user de la prudence et de la diligence d'une personne raisonnable (PICHONNAZ, p. 183). Sur la notion d'obligations de moyens, cf. également WERRO, Mandat, n. 88 ss et *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 2, 2.1/b et 2.2/a/cc.

¹³⁰⁶ COMMISSION LANDO, Principes, p. 24. Cf. également PICHONNAZ, p. 183.

¹³⁰⁷ Cf. *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 2, 2.1/b et 2.2/a/cc.

¹³⁰⁸ PICHONNAZ, p. 183.

¹³⁰⁹ WERRO, Mandat, n. 863 et 867. A ce sujet, cf. également, *supra*, 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/b/aa.

¹³¹⁰ CR-THÉVENOZ, n. 54 ad art. 97 CO.

¹³¹¹ PICHONNAZ, p. 181.

¹³¹² COMMISSION LANDO, Principes, p. 24; PICHONNAZ, p. 181.

- suspendre sa propre prestation jusqu'à l'exécution par l'autre partie (art. 9.201 PE);
- se départir du contrat pour inexécution et récupérer ce qui a été versé ou la valeur des prestations déjà fournies à la partie défaillante (art. 9.301 ss PE);
- réduire le prix (art. 9.401 PE);
- demander des dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'inexécution (art. 9.501 ss PE).

Les PRINCIPES accordent au créancier des moyens différents mais plus limités lorsque l'inexécution n'est pas imputable au débiteur (exonération du débiteur selon l'art. 8.108 PE). Il peut toujours suspendre l'exécution, mettre fin au contrat et réduire le prix, mais ne peut pas contraindre le débiteur à l'exécution ni lui réclamer des dommages-intérêts (art. 8.101, al. 2, PE)¹³¹³.

On précisera enfin que, conformément à l'art. 8.102 PE, « les moyens qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés. En particulier, une partie ne perd pas le droit de demander des dommages et intérêts en exerçant son droit de recourir à tous autres moyens ». La partie qui résout le contrat peut donc réclamer aussi des dommages-intérêts¹³¹⁴.

3.2. Les Principes d'UNIDROIT^{1315, 1316}

a. Généralités

En 1980, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a créé un groupe de travail composé d'experts représentant les principaux systèmes juridiques dans le domaine des contrats et du commerce international. Ils ont élaboré les Principes d'UNIDROIT qui visent, de manière non contraignante, l'unification et l'harmonisation du droit sur le plan international. Ces Principes ont pour objectif d'établir un ensemble équilibré de règles destinées à être utilisées dans le monde entier, quelles que soient les traditions juridiques et les conditions économiques et politiques des pays dans lesquelles elles doivent s'appliquer.

¹³¹³ COMMISSION LANDO, Principes, p. 138.

¹³¹⁴ COMMISSION LANDO, Principes, p. 142.

¹³¹⁵ Leur nom exact est « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ». Cf. également le site: <http://www.unidroit.org/french/accueil.htm>.

¹³¹⁶ Les Principes d'UNIDROIT ont été révisés en 2004, mais cette révision ne touche pas les dispositions qui intéressent notre sujet.

Notre étude se veut sommaire. Nous nous intéresserons uniquement à la notion d'inexécution et au rôle joué par la faute.

b. La notion d'inexécution

Aux termes de l'art. 7.1.1 des principes d'UNIDROIT, « par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive ». L'inexécution désigne ainsi toute violation d'une obligation découlant du contrat.

c. Le rôle joué par la faute

La notion d'inexécution recouvre toute violation du contrat, qu'elle soit ou non imputable au débiteur¹³¹⁷. La responsabilité du débiteur n'est pas liée à la commission d'une faute. Cependant, il peut y avoir exonération de responsabilité en cas d'inexécution du fait du comportement de l'autre partie au contrat (art. 7.1.2)¹³¹⁸ ou en raison d'événement externe inattendu (art. 7.1.7)¹³¹⁹:

- L'art. 7.1.2 des principes d'UNIDROIT confère différents moyens libératoires au débiteur. Selon cette disposition, « une partie ne peut se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie dans la mesure où l'inexécution est due à un acte ou à une omission de sa propre part ou encore à un événement dont elle a assumé le risque ». En premier lieu, le débiteur peut se libérer de sa responsabilité lorsque le créancier l'empêche totalement ou partiellement d'effectuer sa prestation¹³²⁰. En outre, le débiteur échappe à toute responsabilité, si l'inexécution résulte d'un événement dont le risque est expressément ou implicitement mis, par le contrat, à la charge de la partie qui se prévaut de l'inexécution. Par ex., le créancier s'est assuré contre la réalisation du risque¹³²¹.
- L'art. 7.1.7 des principes d'UNIDROIT libère le débiteur de toute responsabilité en cas de force majeure. Tel est le cas lorsqu'il établit que l'inexécution « est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne

¹³¹⁷ SCHMID, *Vertragsverletzung*, p. 1035.

¹³¹⁸ Fait du créancier.

¹³¹⁹ Force majeure.

¹³²⁰ Tel est le cas, par ex., si un maître d'ouvrage empêche l'entrepreneur d'exécuter des travaux de construction en fermant à clef la porte donnant accès à l'immeuble.

¹³²¹ Il est possible que le risque de dommage ait été réparti entre les parties. Par ex., le maître accepte d'assurer l'immeuble contre tous dommages accidentels.

ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences » (art. 7.1.7, al. 1).

Dès lors, le régime de responsabilité prévu aux art. 7.1.1 ss des principes d'UNIDROIT propose un régime de responsabilité contractuelle plus sévère que celui prévu par le droit suisse. En cas d'inexécution de son obligation, le débiteur engage sa responsabilité, même si aucune faute ne peut lui être reprochée, alors que l'art. 97, al. 1, CO suppose que ce dernier ait commis une faute¹³²².

3.3. La portée des Principes du droit européen des contrats et des Principes d'UNIDROIT en matière de devoirs de protection contractuels

Dans le domaine des devoirs de protection contractuels, la portée des Principes du droit européen des contrats et des Principes d'UNIDROIT doit être relativisée. Contrairement aux droits allemand¹³²³ et français¹³²⁴, les règles proposées ne traitent pas de manière spécifique des atteintes portées aux droits absolus du partenaire en cours d'exécution d'un contrat. Ils ne s'intéressent pas non plus à la responsabilité pour actes illicites. Ils sont donc peu utiles pour déterminer quel régime (celui des art. 41 ss CO ou celui des art. 97 ss CO) doit s'appliquer à la violation des devoirs de protection contractuels.

D'une manière générale, les Principes du droit européen des contrats et les Principes d'UNIDROIT montrent néanmoins l'émergence d'une certaine uniformisation, en Europe, dans le domaine contractuel.

¹³²² En ce qui concerne l'exigence d'une faute du débiteur, la différence entre les régimes de responsabilité prévus par le droit suisse (art. 97, al. 1, CO) et les Principes d'UNIDROIT (art. 7.1.1 ss) ne doit cependant pas être surestimée. Nous renvoyons, à ce sujet, à nos remarques concernant le rôle joué par la faute dans les Principes du droit européen des contrats: cf. *supra*, 4^e partie, chap. 4, § 3, 3.1/c.

¹³²³ Le droit allemand distingue notamment entre les devoirs de protection (*Schutzpflichten*) et les devoirs de prestation (*Leistungspflichten*): à ce sujet, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/c.

¹³²⁴ Le droit français connaît l'obligation de sécurité. A ce sujet, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 3 § 2, 2.2.

Chapitre 4: La responsabilité fondée sur la confiance⁴

Depuis 1994 et l'arrêt SWISSAIR¹³²⁵, le droit suisse connaît la responsabilité fondée sur la confiance. Elle vise l'indemnisation des dommages purement économiques¹³²⁶ résultant de la confiance suscitée puis déçue en violation des règles de la bonne foi¹³²⁷.

Après avoir dit quelques mots au sujet de la théorie du rapport de protection légal uniforme (§ 1), nous allons déterminer la relation entre les régimes généraux de responsabilité civile et la responsabilité fondée sur la confiance (§ 2). Nous allons ensuite nous intéresser aux devoirs de comportement appréhendés par la responsabilité fondée sur la confiance (§ 3), puis examiner les différences par rapport aux devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat (§ 4).

§ 1 La théorie du rapport de protection légal uniforme

Selon la théorie du rapport de protection légal uniforme¹³²⁸, les parties liées par un rapport particulier seraient tenues de respecter des devoirs de comportement déduits des règles de la bonne foi dont la violation donnerait naissance à une responsabilité fondée sur la confiance¹³²⁹. De tels devoirs s'imposeraient notamment aux parties liées par un contrat. Celles-ci seraient ainsi tenues de respecter des devoirs « légaux » fondés sur l'art. 2, al. 1, CC venant s'ajouter à leurs obligations contractuelles. La théorie du rapport de protection légal uniforme est controversée en doctrine et n'a pas, à ce jour, été clairement reconnue par le Tribunal fédéral¹³³⁰. Pour notre part, nous ne sommes pas favorables à son introduction en droit suisse, essentiellement pour des motifs de sécurité du droit¹³³¹.

¹³²⁵ ATF 120 II 331, confirmé notamment par le Tribunal fédéral aux ATF 130 III 345; ATF 128 III 324; ATF 124 III 297 et ATF 121 III 350.

¹³²⁶ Sur la notion de « dommages purement économiques »: cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2.

¹³²⁷ Pour davantage de précisions à ce sujet, cf. *supra*, 1^e partie, chap. 4, § 1, 1.2.

¹³²⁸ Cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4.

¹³²⁹ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 142 ss; CANARIS, p. 479; LOSER, p. 90 s.; WALTER, RJB 132 (1996), p. 280 ss; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 88 ss.

¹³³⁰ Concernant la position du Tribunal fédéral quant à la théorie du rapport de protection légal uniforme, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.9.

¹³³¹ Au sujet des motifs conduisant au rejet de la théorie du rapport de protection légal uniforme, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.8 et 4.10.

§ 2 Le rapport de subsidiarité entre la responsabilité fondée sur la confiance et les responsabilités contractuelle et délictuelle

2.1. La culpa in contrahendo

Le Tribunal fédéral a déduit la responsabilité fondée sur la confiance de la notion de *culpa in contrahendo* prise dans un sens extensif¹³³². Cette dernière mérite donc un examen attentif.

La *culpa in contrahendo* s'applique aux parties en pourparlers contractuels. Elle régit des situations qui ne sont pas appréhendées par les art. 41 ss CO ni par les art. 97 ss CO. La *culpa in contrahendo* a été développée par JHERING, en 1861, à partir de la doctrine de l'intérêt négatif¹³³³. Celui-ci voulait sanctionner l'auteur d'un comportement dommageable qui ne consiste pas en un acte illicite ni en la violation d'un devoir contractuel et pour lequel le droit ne fournit pas de remèdes juridiques satisfaisants¹³³⁴. JHERING a présenté le rapport liant les parties en pourparlers contractuels comme un « quasi-contrat »: les devoirs précontractuels ne sont pas encore « contractuels », puisque les parties ne font que préparer un contrat, mais sont déjà « particuliers », du fait qu'ils concernent deux personnes liées par une certaine relation. Eu égard au « quasi-contrat » qui unit les parties en pourparlers, JHERING qualifie de contractuelle la responsabilité découlant d'une *culpa in contrahendo*. Selon lui, le fondement de cette responsabilité doit être vu dans la conclusion envisagée du contrat¹³³⁵. Par la suite, notre haute Cour a indiqué que la responsabilité découlant d'une *culpa in contrahendo* ne dépendait pas de la conclusion du contrat envisagée¹³³⁶.

Le Tribunal fédéral a considéré que la *culpa in contrahendo* entraînait une obligation de réparation indépendante, située à mi-chemin entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. En ce qui concerne le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs précontractuels¹³³⁷, notre haute Cour a adopté une attitude pragmatique: elle a renoncé à choisir entre les art. 41 ss et 97 ss CO, préférant appliquer, par

¹³³² ATF 120 II 331 (335), c. 5a.

¹³³³ JHERING, p. 1 ss.

¹³³⁴ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 133.

¹³³⁵ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 133.

¹³³⁶ ATF 77 II 135 (137), c. 2a.

¹³³⁷ La question du régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs précontractuels a profondément divisé la doctrine suisse. A ce sujet, cf. GONZENBACH, *Culpa in contrahendo*, p. 19 ss.

analogie, les dispositions qui semblaient les plus appropriées à régler la question litigieuse¹³³⁸. Elle a ainsi décidé de soumettre la prescription de l'action en dommages-intérêts précontractuelle à l'art. 60 CO¹³³⁹ et la responsabilité pour les auxiliaires à l'art. 101 CO¹³⁴⁰.

2.2. Le principe de subsidiarité en général

La responsabilité fondée sur la confiance n'est pas prévue par la loi ni par la coutume, mais relève du droit prétorien¹³⁴¹. Pour introduire cette nouvelle responsabilité, le Tribunal fédéral s'est fondé sur sa jurisprudence relative à la *culpa in contrahendo*¹³⁴² qui ne repose pas non plus sur une base légale expresse. La reconnaissance d'une responsabilité fondée sur la confiance en droit suisse est toutefois remise en cause par une partie de la doctrine qui conteste l'existence d'une lacune proprement dite¹³⁴³ autorisant le juge à faire acte de législateur (art. 1, al. 2, CC)¹³⁴⁴. Selon CHAPPUIS¹³⁴⁵, lorsqu'une telle lacune fait défaut, le Tribunal fédéral n'est pas légitimé à instituer un nouveau régime de responsabilité en lieu et place du législateur; autrement, le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas respecté. Pour d'autres auteurs¹³⁴⁶ en revanche, l'absence de lacune véritable¹³⁴⁷ au sens de

¹³³⁸ GUHL/MERZ/KOLLER, § 13, n. 5.

¹³³⁹ ATF 104 II 94 (94), c. 3a.

¹³⁴⁰ ATF 108 II 419 (422), c. 5.

¹³⁴¹ WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 157; le même, Unkraut, p. 90 ss. Cf. *supra*, 1^e partie, chap. 4, § 1.

¹³⁴² BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 68; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel, n. 78, ad art. 2 CC; WALTER, Unkraut, p. 90; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 87.

¹³⁴³ Le juge doit constater « l'absence d'une règle nécessaire pour trancher le litige, laissant sans réponse une question qui se pose inévitablement, et non d'un défaut de la loi » (CHAPPUIS, SJ 1997, p. 169). Sur la distinction entre lacune proprement dite (echte Lücke) et lacune improprement dite (unechte Lücke), cf. BK-MEIER-HAYOZ, n. 51, 255, 271 ss, 296 et 313 ad art. 1 CC; DESCHENAUX, TDP II, p. 90 s.

¹³⁴⁴ CHAPPUIS, SJ 1997, p. 169 s. D'un autre avis: MOSER, p. 133 s.

¹³⁴⁵ CHAPPUIS, SJ 1997, p. 169 s.

¹³⁴⁶ HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel, n. 79 ad art. 2 CC; WALTER, Unkraut, p. 90 ss. Selon WALTER, Unkraut, p. 92, en renonçant à définir dans la loi les conditions essentielles de la responsabilité (dommage, illicéité, causalité adéquate) et en conférant ainsi aux autorités d'application du droit une importante marge d'appréciation, le législateur a implicitement donné au juge la compétence d'assurer un développement harmonieux du droit, au besoin en instituant un régime de responsabilité non prévu expressément par la loi.

¹³⁴⁷ Les partisans de la responsabilité fondée sur la confiance semblent admettre que le législateur a réglé en principe de manière exhaustive les fondements d'une responsabilité extra-contractuelle (Cf. HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel, n. 79 ad art. 2 CC; WALTER, Unkraut, p. 90).

l'art. 1, al. 2, CC ne signifie pas qu'une responsabilité non prévue expressément par la loi est absolument exclue; elle doit cependant se concilier avec notre ordre juridique et répondre à un besoin impérieux de réglementation^{1348, 1349}. Tel n'est pas le cas lorsque les régimes ordinaires des art. 41 ss et 97 ss CO permettent déjà une indemnisation de la victime. Dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire de recourir à une nouvelle responsabilité non prévue par la loi. La responsabilité fondée sur la confiance revêt dès lors un caractère subsidiaire et ne doit pas entrer en concours avec un autre chef de responsabilité prévu par le droit positif. Elle est exclue chaque fois qu'un dommage peut être réparé selon les art. 41 ss ou 97 ss CO¹³⁵⁰.

2.3. Le principe de subsidiarité dans les relations contractuelles, en l'absence de responsabilité fondée sur les articles 41 et 97 CO

La doctrine est partagée quant à la portée du principe de subsidiarité dans les rapports contractuels¹³⁵¹. La question se pose de savoir si ce principe doit être interprété strictement et interdire toute application de la responsabilité fondée sur la confiance dans les rapports contractuels, ou si cette dernière peut intervenir lorsque le créancier n'a pas pu obtenir réparation selon les art. 97 ss ou 41 ss CO. A notre connaissance, le Tribunal

¹³⁴⁸ HÄFELIN, Lückenfüllung, p. 96 s. et 100 ss; HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 407 s.; WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 158.

¹³⁴⁹ Différents auteurs doutent que cette condition soit remplie en ce qui concerne la responsabilité fondée sur la confiance. Ils sont d'avis que les remèdes juridiques traditionnels protègent déjà suffisamment la victime. MORIN, p. 168 s., considère « qu'il n'y a aucune raison d'introduire en droit positif suisse le concept d'une responsabilité autonome fondée sur la confiance, car il ne répond à aucune nécessité pratique ou juridique ». BENOÎT CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 106, considère, à propos de l'arrêt Swissair, que « le Tribunal fédéral aurait pu parvenir au même résultat en rattachant la responsabilité de la maison mère à l'une des sources légales de responsabilité ». KUZMIC, p. 255 s. et 261, qualifie la responsabilité fondée sur la confiance de « passepartout der Haftung » et « Büchse der Pandora ». Egalement critiques à l'encontre de la responsabilité fondée sur la confiance: CHAPPUIS, SJ 1997, p. 170; GONZENBACH, Senkrechtstart, p. 117 ss; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4, n. 22; MISTELI, p. 175 ss; ROBERTO, Haftpflichtrecht, n. 280 ss; SCHWENZER, OR AT, § 52, n. 52.01 ss; la même, Rezeption, p. 59 ss; WICK, p. 1275, 1282.

¹³⁵⁰ HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 408 s.

¹³⁵¹ Pour l'application de la responsabilité fondée sur la confiance dans les relations contractuelles: MOSER, p. 102 ss; WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 155; WIEGAND, Schuldverhältnis, p. 89 ss. Contra: HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 409 s.; TERCIER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 74. Ce dernier limite l'application de la responsabilité fondée sur la confiance à « l'hypothèse non-contractuelle », soit « des relations privilégiées en dehors du contrat ».

fédéral ne s'est pas encore prononcé. A ce jour, il n'a cependant jamais admis une responsabilité fondée sur la confiance lorsque l'auteur et la victime sont liés par un contrat valable.

Selon nous, la responsabilité fondée sur la confiance ne doit pas s'appliquer dans les relations contractuelles pour les raisons suivantes:

- La responsabilité fondée sur la confiance vise à régir les situations hybrides qui ne constituent pas un acte illicite ni une violation du contrat. En conséquence, son application aux relations contractuelles serait contraire au but qu'elle poursuit. La responsabilité fondée sur la confiance doit avoir une portée subsidiaire par rapport aux régimes généraux prévus aux art. 41 ss et 97 ss CO.
- L'application de la responsabilité fondée sur la confiance aux relations contractuelles conduirait à étendre de manière excessive la responsabilité du débiteur. Dans le domaine contractuel, le juge doit respecter des règles strictes d'interprétation et de complètement des conventions lorsqu'il veut imposer aux parties des devoirs accessoires qui n'ont pas été expressément convenus lors de la conclusion du contrat. Il doit en particulier tenir compte du but et de l'économie de la convention. En revanche, la responsabilité fondée sur la confiance sanctionne la violation de tout devoir de comportement résultant d'une relation particulière dont les règles de la bonne foi imposent le respect, indépendamment du contrat qui lie les parties. Appliquée également dans les rapports contractuels, la responsabilité fondée sur la confiance imposerait ainsi aux parties différents devoirs « légaux » déduits directement de l'art. 2, al. 1, CC venant s'ajouter aux obligations découlant du contrat. Cela aurait pour conséquence d'étendre, dans une mesure importante, la responsabilité du débiteur.
- La relation contractuelle crée déjà un rapport de confiance particulier entre les cocontractants, réglé spécialement par les art. 97 ss CO et par les dispositions particulières prévues dans la partie spéciale du CO. Il n'est pas nécessaire de recourir de surcroît aux règles plus générales de la responsabilité fondée sur la confiance.

Pour ces motifs, il se justifie d'exclure la responsabilité fondée sur la confiance chaque fois que l'auteur et la victime sont liés par un contrat valable. En vertu de la règle de subsidiarité, cette responsabilité ne doit pas s'appliquer à la violation des devoirs contractuels (y compris des devoirs accessoires de protection).

§ 3 Les devoirs de comportement sanctionnés par la responsabilité fondée sur la confiance

3.1. Le fondement juridique des devoirs de comportement

La responsabilité fondée sur la confiance repose sur l'art. 2, al. 1, CC qui donne naissance à des règles de conduite précises appelées devoirs de comportement¹³⁵². Ces derniers obligent celui qui suscite une confiance particulière à adopter un comportement loyal et conforme aux règles de la bonne foi¹³⁵³.

3.2. Le contenu des devoirs de comportement

Selon le Tribunal fédéral, l'existence d'un rapport de confiance entre deux sujets de droit crée, de la même manière que l'ouverture de pourparlers précontractuels, une relation juridique et leur impose des devoirs réciproques. Leur contenu et leur étendue sont variables: il peut s'agir de toutes obligations de protection, de conseils, d'abstention, d'informations et de renseignements qui sont nécessaires afin d'éviter que le tiers ou le partenaire d'affaires ne subisse un dommage en raison de la confiance suscitée¹³⁵⁴.

a. Le devoir d'information

Sans en être requis, celui qui crée une situation de confiance particulière et suscite, chez un tiers, des attentes concrètes et déterminées, peut être tenu, selon les circonstances, de respecter un devoir d'information. Le Tribunal fédéral a notamment jugé qu'une société mère qui laisse croire aux actionnaires de sa filiale que cette dernière dispose de moyens suffisants pour faire face à ses obligations et mener à bien ses opérations économiques peut engager sa responsabilité en raison de la confiance qu'elle a ainsi suscitée. Selon notre haute Cour, la société mère doit veiller à une information correcte des clients de sa filiale quant à la situation financière de celle-ci¹³⁵⁵.

¹³⁵² Terminologie utilisée par BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 5 et n. 92 ad art. 97 CO; BERGER, p. 61 ss, 63, 66; MOSER, p. 101, 116. WALTER, Unkraut, p. 87 s., utilise également l'expression « devoirs de protection » (« Schutzpflichten »).

¹³⁵³ On retrouve la même idée à l'art. 2 LCD, où les règles de la bonne foi permettent de déterminer les comportements illicites au sens de cette loi.

¹³⁵⁴ BaK-WIEGAND, n. 34 ad art. 97 CO.

¹³⁵⁵ En l'espèce, les documents publicitaires reçus par les partenaires commerciaux de la filiale rappelaient avec insistance que celle-ci était détenue majoritairement par la société SWISSAIR et gérée selon les mêmes principes qu'elle. Par conséquent, selon

b. Le devoir de renseignement

La responsabilité fondée sur la confiance sanctionne souvent la fourniture de renseignements inexacts.

Dans une affaire jugée en 1998 par le Tribunal fédéral¹³⁵⁶, une banque avait accordé un crédit moyennant l'engagement de biens que le preneur avait transférés, à titre fiduciaire, à un *trust* de droit liechtensteinois. Par la suite, le preneur avait sollicité un crédit supplémentaire d'une somme globale de deux millions de liras. Le patrimoine du *trust* mis en gage avait été remis à la banque et son exactitude avait été confirmée par le *protector*¹³⁵⁷ du *trust*. Les crédits n'avaient pas été remboursés et il s'était avéré que l'état du patrimoine certifié par le *protector* ne correspondait pas à la réalité. La banque a alors attaqué en responsabilité l'auteur de l'inventaire dont les renseignements l'avait incitée à maintenir le contrat et à accorder les crédits supplémentaires. Notre haute Cour a jugé que, faute de contrat entre la banque et le *protector*, la responsabilité pour faux renseignements devait être sanctionnée par les règles délictuelles ou par la responsabilité fondée sur la confiance¹³⁵⁸.

Dans un arrêt récent, l'administratrice d'une société anonyme tenue de payer un effet de change (tirée) avait été interpellée par son porteur qui lui avait demandé si la signature apposée sur l'effet était correcte et si le signataire disposait bien des pouvoirs pour engager la société. Bien qu'elle ait aussitôt reconnu la falsification, l'administratrice a, par fax, rassuré le porteur de l'effet sur la validité de celui-ci. Se fondant sur les assurances reçues, le porteur a présenté l'effet pour paiement à l'échéance. La société tirée a alors refusé de s'exécuter, se prévalant de la falsification de la signature figurant sur le titre. Dans ces circonstances, notre haute Cour a admis une responsabilité fondée sur la confiance: par son comportement, la société tirée a suscité une confiance particulière du porteur du titre qui l'a amené à prendre des dispositions préjudiciables à ses intérêts¹³⁵⁹.

le Tribunal fédéral, le lésé (le partenaire d'affaires de la filiale de SWISSAIR) pouvait admettre qu'en raison de son appartenance au groupe SWISSAIR, l'affaire serait traitée correctement. En réalité, la société fille a dissimulé les difficultés financières rencontrées en raison de l'impossibilité à recruter suffisamment de nouveaux partenaires commerciaux. Selon notre haute Cour, la société mère aurait dû intervenir et informer les créanciers de sa filiale, afin de leur permettre de se retirer du contrat avant la faillite (ATF 120 II 331 [339 s.], c. 5c).

¹³⁵⁶ ATF 124 III 363.

¹³⁵⁷ Le *protector* est un organe facultatif du *trust* de droit liechtensteinois (cf. WANGER, p. 208).

¹³⁵⁸ ATF 124 III 363 (369), c. 5b.

¹³⁵⁹ ATF 128 III 324 (329), c. 2.5.

c. L'interdiction d'adopter un comportement contradictoire

La responsabilité fondée sur la confiance peut sanctionner un comportement contradictoire. En principe, un individu n'est pas lié définitivement par ses actes. Toutefois, si l'attitude adoptée en premier lieu a suscité une confiance légitime chez un tiers, les règles de la bonne foi peuvent générer certains devoirs qui visent à éviter que le tiers ne subisse un dommage à cause du revirement intervenu. Le Tribunal fédéral a ainsi admis une responsabilité fondée sur la confiance à l'encontre d'une fédération sportive en position monopolistique. Celle-ci avait imposé un combat qualificatif supplémentaire à un lutteur qui était pourtant déjà qualifié selon les critères de sélection adoptés dans un premier temps par l'organe exécutif de la fédération sportive¹³⁶⁰.

d. Le devoir de ne pas commettre de culpa in contrahendo

La *culpa in contrahendo* est un cas d'application de la responsabilité fondée sur la confiance¹³⁶¹. Ainsi, lorsque l'une des parties empêche la réalisation de la condition suspensive à laquelle est subordonnée la conclusion d'un contrat, le partenaire a droit à des dommages-intérêts découlant de la responsabilité fondée sur la confiance¹³⁶². Dans cette hypothèse, la victime ne peut toutefois réclamer que le dommage correspondant à l'intérêt négatif¹³⁶³.

e. L'interdiction d'invoquer abusivement un motif de nullité

Le Tribunal fédéral a également appliqué la responsabilité fondée sur la confiance lorsque le débiteur se prévaut abusivement d'un motif de nullité du contrat. Selon notre haute Cour, le vendeur qui a complètement exécuté ses propres prestations est en droit d'attendre de l'acheteur qu'il paie le solde du prix convenu. Ce dernier viole les règles de la bonne foi et engage sa responsabilité fondée sur la confiance lorsqu'il fait valoir la nullité du contrat pour vice de forme longtemps après avoir reçu les prestations du vendeur¹³⁶⁴.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis que le vendeur pouvait obtenir réparation de son intérêt positif au contrat correspondant au paiement du

¹³⁶⁰ ATF 121 III 350 (354 ss), c. 6c.

¹³⁶¹ ATF 120 III 331 (335).

¹³⁶² SJ 1999, p. 113 (117), c. 2a.

¹³⁶³ A ce sujet, cf. 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3/a/bb.

¹³⁶⁴ SJ 2000, p. 533 (537 s.), c. 4a.

solde du prix d'acquisition, bien que l'acte de vente était nul pour vice de forme¹³⁶⁵.

3.3. Le préjudice réparé par la responsabilité fondée sur la confiance

La responsabilité fondée sur la confiance permet de réparer le dommage subi par la personne qui s'est fiée de bonne foi à un état de fait trompeur et qui, dans cette situation, a pris des dispositions préjudiciables à ses intérêts¹³⁶⁶. Elle vise à replacer le lésé dans la situation qui serait la sienne s'il n'avait pas accordé sa confiance au responsable (« *Vertrauensschaden* »)¹³⁶⁷.

Contrairement au régime contractuel, la responsabilité fondée sur la confiance n'a pas pour but de compenser la perte de l'avantage particulier promis sous forme de prestation. L'étendue du dommage et sa réparation sont déterminées en fonction de l'intérêt du lésé à la conservation de son patrimoine en l'état (*statu quo*). Il serait donc judicieux de recourir à la notion d'intérêt à l'intégrité du patrimoine (*Integritätsinteresse*)¹³⁶⁸. Le Tribunal fédéral ne semble pas de cet avis, puisqu'il a admis que la responsabilité fondée sur la confiance peut également conduire à réparer l'intérêt positif au contrat (*Erfüllungsinteresse*)¹³⁶⁹. A l'occasion d'une vente immobilière nulle pour vice de forme mais déjà exécutée entièrement par le vendeur et partiellement par l'acheteur, notre haute Cour a condamné ce dernier, sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance, à payer au vendeur le solde du prix correspondant à son intérêt positif au contrat.

¹³⁶⁵ Il s'agit pourtant d'une responsabilité précontractuelle qui, jusqu'à présent, ne donnait droit qu'à la réparation de l'intérêt négatif. Cf. les commentaires très critiques de BUCHER, Putativ-Vertrauenshaftung, p. 81, et WIEGAND, Formungültigkeit, p. 227 qui relèvent que le raisonnement du Tribunal fédéral conduit finalement à déduire de l'interdiction de l'abus de droit une prétention en exécution d'une prestation.

¹³⁶⁶ Dans l'ATF 121 III 350 (357), c. 7a, le dommage est constitué des frais investis (congs non payés) pour participer aux tournoi et camp d'entraînement. Il s'agit, en effet, de dépenses que le sportif n'aurait pas consenties, s'il ne s'était pas fié aux critères de sélection de sa fédération. Dans l'arrêt ATF 120 II 331 (341), c. 6, le préjudice consiste dans le versement d'un montant de Fr. 90'000.- payé à la filiale. S'il n'avait pas accordé sa confiance à SWISSAIR, le lésé n'aurait jamais accepté de payer d'avance un tel « loyer » à la société fille pour faire partie d'une organisation mettant à disposition de ses clients de luxueuses résidences.

¹³⁶⁷ HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 411.

¹³⁶⁸ HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 412; WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 161 (cet auteur préfère parler plus simplement d'« intérêt à l'intégrité »). Sur la notion d'intérêt à l'intégrité du patrimoine, cf. *supra*, 2^e partie, chap. 3, § 3, 3.3.

¹³⁶⁹ SJ 2000, p. 533 (537 s.), c. 4.

§ 4 La distinction entre les devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat et les devoirs de comportement appréhendés par la responsabilité fondée sur la confiance

Les devoirs de comportement appréhendés par la responsabilité fondée sur la confiance et les devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat présentent des différences importantes. Elles portent sur le fondement juridique et le contenu de ces devoirs ainsi que sur le dommage réparable en cas de violation¹³⁷⁰. Cependant, la violation d'une obligation contractuelle et d'un devoir de comportement appréhendé par la responsabilité fondée sur la confiance est soumise au même régime de responsabilité (art. 97 ss CO).

4.1. L'objet

Les devoirs accessoires de protection contractuels tels que nous les entendons et les devoirs de comportement ont un objet différent. Les premiers concernent exclusivement les droits absolus du cocontractant¹³⁷¹. Les seconds, en revanche, ne peuvent pas porter sur les biens absolument protégés par l'ordre juridique, car ceux-ci sont déjà appréhendés par le régime de la responsabilité délictuelle¹³⁷² (subsidiarité de la responsabilité fondée sur la confiance)¹³⁷³.

4.2. Le préjudice réparable

Le Tribunal fédéral étend, de manière discutable, la protection conférée par la responsabilité fondée sur la confiance à la réparation de l'intérêt positif, du moins lorsque le responsable se prévaut abusivement de la nullité d'un contrat¹³⁷⁴. La réparation d'un tel dommage ne se conçoit pas pour les devoirs accessoires de protection qui visent uniquement à sauvegarder les droits absolus du partenaire lorsqu'ils ne sont pas compris dans les

¹³⁷⁰ Cette distinction doit cependant être relativisée car elle découle, comme nous le verrons encore, d'un arrêt non publié aux ATF (SJ 2000, p. 533 [537], c. 4a) qui est fortement contesté par la doctrine. A ce sujet, cf. *infra*, 4^e partie, chap. 4, § 4, 4.2.

¹³⁷¹ A ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 1.

¹³⁷² On peut même imaginer, selon les circonstances, une responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) qui viendrait s'ajouter au régime des art. 41 ss CO (concours d'actions).

¹³⁷³ A ce sujet, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 4, § 2.

¹³⁷⁴ SJ 2000, p. 533 (537 s.), c. 4a; HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 412.

prestations principales du contrat¹³⁷⁵. Dès lors, les devoirs accessoires de protection ne visent jamais la réparation de l'intérêt positif.

4.3. Le fondement juridique

Le fondement juridique des devoirs accessoires de protection est varié. Ils peuvent être prévus par la loi (art. 328 par ex.), ressortir de la convention expresse ou tacite des parties ou découler d'un complètement du contrat par le juge. Ils revêtent, dans tous les cas, un caractère contractuel. A l'inverse, les devoirs de comportement découlent directement de l'art. 2, al. 1, CC et ne reposent pas sur la volonté des parties. Ils sont détachés de tout contrat.

4.4. Le régime de responsabilité applicable en cas de violation

La doctrine majoritaire¹³⁷⁶ considère que les art. 97 ss CO s'appliquent à la responsabilité fondée sur la confiance. Le non respect d'un devoir de comportement et la violation d'une obligation contractuelle sont donc tous deux soumis au régime de la responsabilité contractuelle.

Certains auteurs¹³⁷⁷ défendent une autre solution inspirée des règles dégagées par la jurisprudence en matière de *culpa in contrahendo*. Selon eux, en cas de responsabilité fondée sur la confiance, la règle délictuelle de l'art. 60 CO s'appliquerait à la prescription de l'action en dommages-intérêt et l'art. 101 CO à la responsabilité pour les auxiliaires.

Que l'on retienne l'un ou l'autre courant d'opinions, on observe, dans les effets, une certaine unité de régime entre la responsabilité fondée sur la confiance et la responsabilité contractuelle. Seule la question de la prescription reste encore ouverte.

¹³⁷⁵ A ce sujet, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 1, § 2.

¹³⁷⁶ BaK-WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109, n. 13; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 148 s.; CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 30; MOSER, p. 118 s.; WALTER, RJB 132 (1996), p. 295; le même, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 161; cf. également ATF 128 III 324 (329), c. 2.5. La théorie du rapport de protection légal uniforme propose la même solution: un tel rapport fait naître des devoirs de comportement légaux dont la violation est soumise aux art. 97 ss CO (CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 30).

¹³⁷⁷ BaK-BUCHER, n. 92 ss ad art. 1 CO; BK-WEBER, n. 86 s. ad art. 97 CO; HAUSHEER/JAUN, Rechtsprechung, p. 409 ss; TERCIER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 75; ZK-BAUMANN, n. 150, 181 ss et 227 ad art. 2 CC. L'avantage de cette solution est sa souplesse. On pourrait en effet décider de cas en cas s'il est approprié de choisir l'une ou l'autre modalité.

4.5. Conclusion

Les considérations qui précèdent montrent que des différences essentielles interdisent d'assimiler les devoirs de comportement appréhendés par la responsabilité fondée sur la confiance aux devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat. La violation de ces derniers ne peut donc pas relever de la responsabilité fondée sur la confiance.

Chapitre 5: Le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers¹³⁷⁸

§ 1 Une théorie d'origine allemande

Le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers tend à procurer une créance en dommages-intérêts contractuelle à des tiers étrangers au contrat. Selon cette théorie, le débiteur qui n'a pas exécuté correctement ses obligations contractuelles peut être tenu, sous certaines conditions, de réparer le dommage qu'il a causé, bien que la victime ne soit pas le cocontractant. Le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers a principalement été développé pour permettre l'indemnisation du lésé qui a subi un dommage purement patrimonial et ne peut se prévaloir des art. 41 ss CO¹³⁷⁹.

La théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers a été développée en Allemagne au début du 20^e siècle. Elle a été appliquée par le *Reichsgericht* dans un arrêt de 1917¹³⁸⁰. La fille du locataire d'un logement de fonction avait souffert de tuberculose parce que l'appartement loué n'avait pas été préalablement désinfecté correctement par son propriétaire. Les juges allemands ont admis que la victime devait être indemnisée par le propriétaire selon les règles de la responsabilité contractuelle, bien qu'elle ne fut pas liée à ce dernier par un contrat de bail. Selon le *Reichsgericht*, il était en effet reconnaissable, pour le bailleur, que le locataire était tenu à des devoirs de protection et d'assistance envers les membres de sa famille et devait notamment veiller à choisir un logement salubre. Dès lors, il se justifiait d'inclure la fille dans la protection du contrat et de lui conférer les mêmes droits contre le bailleur que ceux dont disposait son père en qualité de locataire.

Par la suite, le *Bundesgerichtshof* a également étendu la protection du contrat aux tiers victimes d'une violation de devoirs accessoires¹³⁸¹. Le cas

¹³⁷⁸ Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

¹³⁷⁹ ARMBRÜSTER, p. 90 s.; SIEGRIST, p. 16; WALTER, RJB 132 (1996), p. 285. Lorsque la victime subit un dommage purement économique, l'acte de l'auteur n'est illicite que s'il viole une norme de comportement destinée à protéger le lésé. Cf. *supra*, 1^e partie, chap. 2, § 1, 1.2 et 4^e partie, chap. 1, § 1, 1.2.

¹³⁸⁰ RGZ 91, 21.

¹³⁸¹ BGH NJW 1959, p. 1676 s.

concernait la livraison d'un produit antirouille (Capuzol) à une usine métallurgique. Une employée de l'entreprise avait subi un dommage corporel, parce que le vendeur n'avait pas averti de l'inflammabilité du produit. Le *Bundesgerichtshof* était arrivé à la conclusion que le tiers pouvait être inclus dans la protection du contrat. Selon les juges allemands, les devoirs de diligence et de protection qui s'imposaient au vendeur au moment de la livraison du produit devaient, d'après les règles de la bonne foi et le but du contrat, être appliqués non seulement à l'égard du partenaire contractuel, mais également à l'encontre des employés de ce dernier. Le débiteur devait veiller à la protection des tiers qui entraient en contact avec la prestation et dont l'état de santé intéressait le créancier, lui-même étant tenu à des devoirs de protection à leur égard. L'extension de l'effet protecteur du contrat au tiers découlait avant tout de l'obligation de l'employeur de préserver la santé de ses travailleurs¹³⁸².

Dans un jugement de 1965, le *Bundesgerichtshof* a étendu l'application du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers à la réparation des dommages purement patrimoniaux¹³⁸³. Un malade voulait instituer par testament sa fille héritière unique de sa succession. Selon les vœux de son père, la fille a fait venir un avocat qui a recueilli les souhaits du malade et promis de revenir bientôt avec un notaire, car le père ne voulait pas disposer de manière olographe. L'avocat a alors tellement tardé à prendre contact avec un notaire et à organiser un rendez-vous que le père est mort avant d'avoir pu dresser son testament. La fille, qui a dû partager en partie la succession avec une nièce, a introduit action contre l'avocat en réparation du dommage subi. Le *Bundesgerichtshof* lui a donné gain de cause. Il a retenu que le contrat de mandat passé entre le défunt et l'avocat développait un effet de protection à l'égard de la fille du mandant, malgré l'absence de relation contractuelle entre elle et le mandataire. En effet, sur la base des instructions du malade, l'avocat savait que le père voulait protéger les intérêts de la fille. Lors de la conclusion du contrat, le risque de responsabilité, pour l'avocat, était dès lors parfaitement déterminable, de la même manière qu'en cas de mandat ordinaire dans lequel le mandataire veille aux intérêts du mandant¹³⁸⁴.

¹³⁸² En droit suisse également, l'employeur est tenu de préserver la personnalité et la santé de ses travailleurs (art. 328 CO).

¹³⁸³ BGH NJW 1965 p. 1955.

¹³⁸⁴ L'application de la théorie du contrat comportant un effet de protection envers les tiers est critiquée dans le cas d'espèce par SIEGRIST, p. 106, qui considère que la fille n'a subi qu'un dommage indirect ou réfléchi.

Dans ces différents arrêts, le *Bundesgerichtshof* a appliqué la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers non seulement en cas de violation des devoirs de protection (*Schutzpflichten*), mais également lorsque la prestation principale (*Hauptleistungspflichten*) n'a pas été correctement exécutée¹³⁸⁵. En outre, il a permis à la victime d'obtenir réparation de tout dommage, qu'il soit corporel, matériel ou purement économique¹³⁸⁶.

Les développements de la doctrine et de la jurisprudence allemandes ont permis de poser quatre critères permettant de délimiter le cercle des victimes qui peuvent se prévaloir d'un contrat sans en être partie:

- Le tiers doit se trouver dans un rapport de proximité avec la prestation du débiteur et entrer en contact avec celle-ci de la même manière que le créancier. Il est ainsi exposé dans une mesure similaire au danger lié à la fourniture de la prestation découlant du contrat¹³⁸⁷.
- Le créancier doit avoir un intérêt particulier à la protection du tiers. Un intérêt doit être présumé lorsque le créancier est tenu à des devoirs d'assistance et de protection à l'égard d'une personne non partie au contrat¹³⁸⁸. Le *Bundesgerichtshof* a cependant renoncé à cette exigence¹³⁸⁹. Selon lui, l'extension de la protection conférée par le contrat à des tiers étrangers à la convention résulte davantage d'une pesée des intérêts en présence, en particulier de ceux du lésé et des cocontractants¹³⁹⁰.
- Le débiteur doit être en mesure de déterminer le cercle des personnes protégées par le contrat. Cette condition vise à assurer que le risque de responsabilité reste déterminable afin de pouvoir être assumé par le débiteur¹³⁹¹.
- Finalement, le tiers doit avoir besoin de protection. Un tel besoin n'existe pas lorsqu'il dispose déjà d'une prétention contractuelle en

¹³⁸⁵ MOSER, p. 52. Sur la notion de « devoirs de prestation » et de « devoirs de protection » en droit allemand, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/d.

¹³⁸⁶ MOSER, p. 52.

¹³⁸⁷ ARMBRÜSTER, p. 91; MOSER, p. 59.

¹³⁸⁸ ARMBRÜSTER, p. 91; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 4143; MOSER, p. 59 s.

¹³⁸⁹ MOSER, p. 60; BGH NJW 1984, p. 355. Dans son ouvrage consacré au contrat comportant un effet de protection à l'égard des tiers, SIEGRIST, p. 67, propose d'abandonner cette condition qu'il considère comme superficielle et incapable d'empêcher une extension disproportionnée de la responsabilité du débiteur.

¹³⁹⁰ MOSER, p. 60 et les auteurs allemands cités.

¹³⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 4143; MOSER, p. 60.

réparation de son dommage¹³⁹². En conséquence, la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers n'a qu'une portée subsidiaire et ne trouve application que si le lésé ne peut faire valoir aucune prétention en réparation fondée sur un autre chef de responsabilité¹³⁹³.

§ 2 La situation en droit suisse

A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas reconnu la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers en droit suisse. Il s'est souvent efforcé de ne pas trancher la question en recherchant un autre fondement de responsabilité permettant d'indemniser la victime¹³⁹⁴.

Notre haute Cour a abordé la question de l'effet du contrat à l'égard des tiers dans un arrêt de 1991 qui concernait un virement de fonds inter-bancaire¹³⁹⁵. Une action en dommages-intérêts avait été introduite par les créanciers d'une banque contre l'organe de révision de l'établissement financier. La question qui se posait était celle de savoir si, à la suite de la faillite de la banque, les créanciers qui avaient subi un préjudice pouvaient réclamer réparation auprès de l'organe de révision au sens des art. 18 ss de la LB¹³⁹⁶, en se fondant sur le contrat de mandat liant ces derniers à l'établissement financier. Le Tribunal fédéral a répondu par la négative. Selon lui, la banque n'assumait, de manière reconnaissable pour l'organe de révision, aucun devoir de protection vis-à-vis de ses créanciers comparable à celui qui incombe, par ex., à un chef de famille envers ses proches¹³⁹⁷.

Dans une affaire plus récente¹³⁹⁸, un géologue avait été chargé, dans le cadre de la construction de villas, de l'étude du terrain et de la surveillance de travaux d'excavation, afin de protéger l'immeuble situé en contrebas contre d'éventuels dangers d'éboulement. Ces mesures de sécurité

¹³⁹² ARMBRÜSTER, p. 91; MOSER, p. 60.

¹³⁹³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 4145; WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 157.

¹³⁹⁴ ATF 130 III 345 (348), c. 1; ATF 121 III 310 (363 s.), c. 4a et (366), c. 5a (Le Tribunal fédéral a reconnu au lésé une prétention contractuelle déduite de l'art. 399, al. 3, CO, malgré l'absence de contrat avec le responsable); ATF 117 II 315 (321), c. 5e (le lésé disposait déjà de l'action délictuelle); HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel, n. 88 ad art. 2 CC.

¹³⁹⁵ ATF 117 II 315.

¹³⁹⁶ RS 952.0.

¹³⁹⁷ ATF 117 II 315 (320), c. 5c/cc.

¹³⁹⁸ SJ 2000, p. 549.

n'avaient pas empêché un glissement de terrain. Les propriétaires du fonds voisin avaient alors introduit action contre le géologue. Sans trancher la question de l'admissibilité, en droit suisse, de la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers, le Tribunal fédéral était arrivé à la conclusion que l'application de cette théorie, au cas d'espèce, ne permettait de toute manière pas aux propriétaires d'obtenir réparation de leur dommage. Notre haute Cour a rappelé que cette forme de responsabilité suppose:

- que le créancier est tenu de protéger et de porter assistance au tiers;
- que le tiers entre en contact avec la prestation principale de manière reconnaissable pour le débiteur.

Selon le Tribunal fédéral, aucune de ces deux conditions n'était remplie en l'espèce: l'entrepreneur et le voisin n'étaient pas tenus à des devoirs de protection et d'assistance l'un envers l'autre. Par ailleurs, il n'était pas reconnaissable pour le géologue que le propriétaire voisin pouvait bénéficier de la protection du contrat¹³⁹⁹. Par ailleurs, le propriétaire lésé pouvait obtenir réparation en agissant contre le propriétaire du terrain surplombant le sien, libre à celui-ci de se retourner contre le géologue. L'indemnisation du lésé était ainsi possible, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers¹⁴⁰⁰.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral semble sur le point d'admettre l'application de la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers en droit suisse¹⁴⁰¹. En s'inspirant du droit allemand¹⁴⁰², notre haute Cour retient deux conditions cumulatives¹⁴⁰³. Il faut:

- que le tiers entre en contact avec la prestation principale en conformité avec son but et de manière reconnaissable pour le débiteur;
- que le créancier de la prestation principale soit tenu de protéger le tiers et de lui porter assistance.

¹³⁹⁹ SJ 2000, p. 549 (555 s.), c. 3b.

¹⁴⁰⁰ Sur la portée subsidiaire du contrat comportant un effet de protection envers les tiers, cf. WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 157.

¹⁴⁰¹ Du même avis: CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 35: « On sent le Tribunal fédéral de plus en plus tenté »; MISTELI, p. 158, note 534: « Le Tribunal fédéral semble adopter une position relativement ouverte par rapport à la figure juridique »; WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 157.

¹⁴⁰² Cf. *supra*, 4^e partie, chap. 5, § 1.

¹⁴⁰³ SJ 2000, p. 549 (555 s.), c. 3b.

Le Tribunal fédéral relève, par ailleurs, que la volonté de mettre à la charge du débiteur des devoirs de protection et d'assistance en faveur de personnes non parties à la convention peut également ressortir expressément du contrat¹⁴⁰⁴.

§ 3 Les obstacles à une reconnaissance en droit suisse de la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers

La théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers s'est heurtée à une forte opposition en droit suisse¹⁴⁰⁵ en raison, d'une part, du principe de la relativité des conventions (« *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* ») (3.1) et, d'autre part, de l'absence de fondement juridique justifiant l'extension des effets du contrat à l'égard de tiers étrangers à la convention (3.2)¹⁴⁰⁶.

3.1. Le principe de la relativité des conventions

Bien que l'art. 97, al. 1, CO¹⁴⁰⁷ ne précise pas que le dommage à réparer soit nécessairement celui du créancier, la doctrine et la jurisprudence¹⁴⁰⁸ retiennent que l'obligation sanctionnée par l'art. 97, al. 1, CO crée unique-

¹⁴⁰⁴ SJ 2000, p. 549 (555 s.), c. 3b.

¹⁴⁰⁵ Contre: ENGEL, p. 22; GAUCH, *Wekvertrag*, n. 860; KOLLER, *Grundzüge*, p. 1494; MERZ, *SPR*, VI/1, p. 190, note 14; OFTINGER/STARK I, § 13, n. 48, note 66; SCHWENZER, *OR AT*, § 87, n. 87.05; ZK-JÄGGI/GAUCH, n. 537 ad art. 18 CO. Pour: ARMBRÜSTER, p. 90 s.; BaK-WIEGAND, *Einl. zu Art. 97-109*, n. 9; BK-KRAMER, *Allg. Einl.*, n. 144 ss; BUCHER, p. 484 s.; TANDOGAN, p. 318, 322 s.; WALTER, *RJB* 132 (1996), p. 290.

¹⁴⁰⁶ Un autre reproche souvent adressé à la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers est de ne pas fixer de critères suffisamment précis pour déterminer le cercle des tiers susceptibles de bénéficier de la protection du contrat. Pour plus de précisions à ce sujet, cf. notamment la contribution de PROBST, « BGH, Urteil vom 2. Juli 1996, BGH – Zur Reichweite des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter », in: *European Review of Private Law* 1999/1, p. 101-120, sp. p. 109-114.

¹⁴⁰⁷ L'art. 97, al. 1, CO prévoit que: « Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. »

¹⁴⁰⁸ SJ 2000, p. 549 (555 s.), c. 3b; ATF 117 II 315 (318 s.), c. 5b; ATF 114 II 91 (97 s.), c. 4a; BK-KRAMER, *Allg. Einl.*, n. 45; BUCHER, p. 107; ENGEL, p. 18; SIEGRIST, p. 3. Ce dernier auteur y voit une évidence (*ibid.*).

ment une relation juridique entre les partenaires contractuels¹⁴⁰⁹. Seul le créancier dispose d'un droit personnel (ou relatif)¹⁴¹⁰ contre le débiteur, à l'exclusion des tiers étrangers au contrat (principe de la relativité des conventions)¹⁴¹¹. En conséquence, ces derniers ne peuvent pas prétendre à des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité contractuelle¹⁴¹².

Contrairement au Code civil français¹⁴¹³ et au BGB allemand¹⁴¹⁴, le principe de la relativité des conventions n'a pas, en droit suisse, de base légale expresse, mais repose sur des indices. Pour une partie de la doctrine, le principe de la relativité des conventions peut être déduit de l'art. 111 CO¹⁴¹⁵. Sous la note marginale « Porte-fort » (« *Vertrag zu Lasten Dritter* »)¹⁴¹⁶, cette disposition prévoit que « celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers ». L'art. 111 CO suppose que le garant promette la prestation en son propre nom et pour son propre compte, mais non à titre de représentant¹⁴¹⁷. Le tiers, quant à lui, n'est pas partie au contrat et ne devient pas débiteur à travers la promesse de porte-fort¹⁴¹⁸. S'il ne s'exécute pas, le garanti ne peut se prévaloir de l'inexécution du contrat

¹⁴⁰⁹ Selon la doctrine récente, l'art. 97, al. 1, CO sanctionne non seulement la violation des obligations résultant d'un contrat, mais de toute obligation préexistante, quelles qu'en soient la source et le contenu (BK-WEBER, Vorb. zu Art. 97-109, n. 6 et n. 9 ad art. 97 CO; BaK-WIEGAND, n. 3 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 2921; CR-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, n. 1). L'art. 97, al. 1, CO s'applique, par ex., à l'impossibilité de restituer l'enrichissement illégitime ou l'exécution défectueuse d'une obligation de restituer fondée sur l'enrichissement illégitime (CR-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, n. 1).

¹⁴¹⁰ Les droits relatifs s'opposent aux droits absolus (par ex. les droits réels ou les droits de la personnalité) qui ont des effets envers tous et qui obligent chacun à les respecter (BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 46).

¹⁴¹¹ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 44.

¹⁴¹² ENGEL, p. 25; TANDOGAN, p. 306; ATF 117 II 315 (318 s.), c. 5b.

¹⁴¹³ Au sens de l'art. 1165 CCfr, « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121 » (Stipulation pour autrui).

¹⁴¹⁴ Le § 241, Abs. 1, BGB a la teneur suivante: « Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern [...] ».

¹⁴¹⁵ Cf. notamment BK-BECKER, n. 1 s. ad art. 111 CO; SIEGRIST, p. 3.

¹⁴¹⁶ Selon KRAMER, Allg. Einl., n. 45, la note marginale du texte allemand est trompeuse et devrait plutôt s'intituler: « *Vertrag auf Leistung durch einen Dritten* ».

¹⁴¹⁷ Par ex., une personne promet à une banque de se porter fort que le chèque tiré par un tiers sera très prochainement couvert par une provision, ou un directeur de salle promet qu'un artiste acceptera de participer à un spectacle déterminé (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 2601).

¹⁴¹⁸ BaK-PESTALOZZI, n. 2 ad art. 111 CO.

(art. 97, al. 1, CO) qu'à l'encontre du garant. Le contrat de garantie ne développe ses effets juridiques qu'entre le garant et le garanti¹⁴¹⁹; pour le tiers, il est une « *res inter alios acta* ».

KRAMER, quant à lui, déduit le principe de la relativité des conventions de la liberté contractuelle, interprétée dans un sens négatif. Le contrat n'oblige que les cocontractants, car eux seuls ont décidé de se lier et ont ainsi restreint leur autonomie privée. Les tiers doivent également pouvoir décider selon leur propre appréciation s'ils entendent ou non limiter leur liberté d'action¹⁴²⁰. Les effets juridiques d'un contrat ne leur sont donc pas opposables.

Le principe de la relativité des conventions comporte toutefois des exceptions. Le législateur en a prévu un certain nombre. On peut mentionner :

- l'art. 45, al. 3, CO relatif à la créance en dommages-intérêts dont bénéficient ceux qui sont privés de soutien en cas de mort d'homme¹⁴²¹;
- l'art. 112, al. 2, CO (« Stipulation pour autrui ») qui, à certaines conditions¹⁴²², confère aux tiers le droit d'exiger personnellement l'exécution du contrat passé entre le stipulant et le débiteur (ou promettant) lorsqu'il prévoit une prestation en sa faveur¹⁴²³;
- l'art. 262, al. 3, CO qui confère au bailleur le droit de s'adresser directement au sous-locataire pour l'obliger à employer la chose conformément à l'usage autorisé par le bail principal¹⁴²⁴;
- l'art. 399, al. 3, CO qui accorde au mandant une action contre le sous-mandataire¹⁴²⁵;
- l'art. 401, al. 1, CO qui prévoit que les droits de créance du mandataire (qui agit en son nom mais pour le compte du mandant) envers les tiers

¹⁴¹⁹ BaK-PESTALOZZI, n. 2 ad art. 111 CO.

¹⁴²⁰ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 45.

¹⁴²¹ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 59; TANDOGAN, p. 309.

¹⁴²² « Lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage » (art. 112, al. 2, CO).

¹⁴²³ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 59.

¹⁴²⁴ ARMBRÜSTER, p. 84; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 59; TANDOGAN, p. 309.

¹⁴²⁵ ARMBRÜSTER, p. 84; BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 59; TANDOGAN, p. 309. Cf. également l'art. 425, al. 2, CO qui prévoit que les règles du mandat sont applicables au contrat de commission.

deviennent *ex lege* propriété du mandant « dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses obligations envers le mandataire »¹⁴²⁶;

- l'art. 754 CO, en relation avec l'art. 757 CO, qui autorise les actionnaires à faire valoir leur prétention en dommages-intérêts directement contre les organes de la société¹⁴²⁷.

3.2. L'absence de fondement juridique

Il est difficile de trouver un fondement juridique à la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers. Différentes solutions entrent *a priori* en considération. L'application du contrat à d'autres personnes que le créancier et le débiteur pourrait résulter de la volonté des parties (a) ou directement des règles de la bonne foi selon la théorie du rapport de protection légal uniforme (b).

a. Le fondement contractuel

Les parties peuvent, de manière expresse ou tacite, inclure un tiers dans le domaine de protection du contrat. Le *Bundesgerichtshof* considère que le contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers résulte de l'interprétation complétive du contrat (*ergänzende Vertragsauslegung*)¹⁴²⁸. Selon les juges allemands, une convention tacite incluant des devoirs de protection à l'égard de tiers peut déjà découler de la seule pesée objective des intérêts en présence, sans aucun rattachement concret à des déclarations expresses ou à d'autres comportements des partenaires contractuels¹⁴²⁹.

Cette conception, fondée sur la volonté présumée des parties, a été fortement critiquée en droit suisse¹⁴³⁰. Il paraît difficile d'imposer au débiteur un standard minimum de comportement au bénéfice d'un tiers non partie au contrat en l'absence de manifestations de volonté expresses des cocontractants. Lorsqu'ils signent un contrat de travail, d'entreprise, de bail ou toute autre convention, les partenaires contractuels n'entendent le plus souvent régler que leurs rapports juridiques l'un envers l'autre. Dès lors, la « découverte » d'un effet de protection du contrat en faveur de tiers,

¹⁴²⁶ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 59. Cf. également art. 425, al. 2, CO qui prévoit que les règles du mandat sont applicables au contrat de commission.

¹⁴²⁷ ARMBRÜSTER, p. 84; TANDOGAN, p. 309.

¹⁴²⁸ MOSER, p. 70; BGHZ 127, 378; BGH NJW 1987, p. 1758. Le juge doit examiner, à la lumière des principes généraux d'interprétation des conventions, si les parties avaient la volonté d'étendre la protection du contrat à des tiers déterminés.

¹⁴²⁹ BGH NJW 1987, p. 1759; MOSER, p. 61.

¹⁴³⁰ MOSER, p. 61; SIEGRIST, p. 52 s.; ZK-JÄGGI/SCHÖNENBERGER, n. 537 ad art. 18 CO.

reposant sur la volonté des parties, ne doit être admis qu'avec retenue. Une telle extension de la convention à l'égard de tiers semble avant tout viser un but d'indemnisation de la victime et s'apparente à une fiction¹⁴³¹.

b. Le rapport de protection légal uniforme

Puisque la théorie du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers ne repose que rarement sur la volonté des parties, il faut chercher la solution dans le droit objectif. Les auteurs allemands se fondent sur le principe de la bonne foi¹⁴³². Selon CANARIS¹⁴³³, les parties qui entrent en contact d'affaires seraient liées par un rapport de protection légal uniforme¹⁴³⁴ déduit directement des règles de la bonne foi. Ce rapport donnerait naissance à des devoirs de comportement (appelés également devoirs de protection) qui seraient ainsi détachés de la volonté des parties et indépendants de tout contrat¹⁴³⁵. De cette manière, on éviterait certains obstacles prévus par le droit contractuel, notamment celui de la relativité des conventions. Les effets juridiques d'un contrat pourraient s'étendre à des tiers, du moment que la relation de confiance dépasse le cadre de la convention et existe aussi à leur rencontre¹⁴³⁶.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la théorie du rapport de protection légal uniforme présente des inconvénients qui justifient, selon nous, de ne pas reconnaître son application en droit suisse¹⁴³⁷.

¹⁴³¹ Selon ENGEL, p. 22, une telle interprétation est même « artificielle, voire spéculative ». D'un autre avis: YUNG, Responsabilité, p. 311; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n. 4148 s. Ces derniers considèrent qu'un contrat tacite comportant un effet protecteur à l'égard des tiers doit être admis chaque fois que le débiteur peut reconnaître, au moment de la conclusion du contrat, que la violation de celui-ci peut mettre en danger un tiers (n. 4148). Tel est le cas lorsque le créancier est tenu (de manière reconnaissable pour le débiteur) à des devoirs légaux de protection et d'assistance (*gesetzliche Schutz- und Fürsorgepflichten*) à l'égard de tiers (n. 4149).

¹⁴³² LARENZ, p. 227; MOSER, p. 62.

¹⁴³³ CANARIS, p. 478.

¹⁴³⁴ Cf. 3^e partie, chap. 3, § 4.

¹⁴³⁵ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 145; CHAPPUIS, FS Schmidlin, p. 243; MISTELI, p. 171.

¹⁴³⁶ BK-KRAMER, Allg. Einl., n. 145. Selon ce dernier, les mêmes devoirs de protection s'imposent à l'égard du créancier et envers les tiers, lorsque les biens juridiques de ces derniers sont exposés de la même manière et selon la même intensité que ceux du partenaire contractuel. Il faut alors reconnaître que le contrat développe des devoirs de protection à l'égard de ces tiers. Cf. également *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.5/a et 4.7.

¹⁴³⁷ Au sujet des motifs qui nous ont conduit à rejeter cette théorie, cf. *supra*, 3^e partie, chap. 3, § 4, 4.8 et 4.10.

c. Conclusion

Le rattachement de l'effet protecteur du contrat envers les tiers à la seule volonté tacite des parties ne convainc pas davantage que la théorie du rapport de protection légal uniforme. Dès lors, un contrat ne peut en principe pas comporter d'effet protecteur à l'égard des tiers, à moins que les cocontractants ne prévoient clairement le contraire. Cette solution est conforme au principe de la relativité des conventions qui est fortement ancré dans la doctrine en droit suisse¹⁴³⁸.

¹⁴³⁸ A ce sujet, cf. *supra*, 4^e partie, chap. 5, § 3, 3.1.

Résumé de la quatrième partie

1. Nous avons vu que les deux régimes généraux de responsabilité civile, malgré la règle prévue à l'art. 99, al. 3, CO¹⁴³⁹, présentent des différences importantes. Celles-ci portent, en particulier, sur le fondement de la responsabilité (acte illicite ou violation d'une obligation), la responsabilité du fait des l'auxiliaires¹⁴⁴⁰, le fardeau de la preuve de la faute¹⁴⁴¹ ainsi que sur les règles en matière de prescription¹⁴⁴² et de droit international privé (for, loi applicable)¹⁴⁴³.

2. Lorsque l'acte dommageable constitue à la fois la violation d'une obligation et un acte illicite, le droit suisse admet le concours d'actions: le lésé peut se prévaloir simultanément des art. 97 ss et art. 41 ss CO, l'admission d'une action rendant l'autre sans objet¹⁴⁴⁴.

3. Le système du concours d'actions est soutenu par le Tribunal fédéral et critiqué par une partie de la doctrine. Pour certains auteurs, il conduit à étendre la responsabilité contractuelle à la violation de devoirs accessoires de protection qui s'apparentent davantage à des devoirs généraux qu'à des obligations contractuelles. Pour d'autres, le concours d'actions entraîne une inégalité de traitement entre les victimes d'un même dommage, puisque le même état de choses peut donner naissance à deux responsabilités différentes, suivant que le lésé est ou non lié au responsable par un contrat¹⁴⁴⁵.

Tenant compte de ces critiques, l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile prévoit de supprimer le concours d'actions en cas de violation des devoirs de protection découlant d'un contrat. Dans cette hypothèse, seul le régime délictuel entrerait en considération¹⁴⁴⁶.

4. Notre brève étude de droit comparé a montré que les droits français et allemand présentent des solutions différentes du droit suisse en cas

¹⁴³⁹ Cf. 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/a.

¹⁴⁴⁰ Cf. 4^e partie, chap. 1, § 2, 2.2 et chap. 2, § 5, 5.2/b/aa.

¹⁴⁴¹ Cf. 4^e partie, chap. 1, § 2, 2.1 et chap. 2, § 5, 5.2/b/bb.

¹⁴⁴² Cf. 4^e partie, chap. 1, § 2, 2.3 et chap. 2, § 5, 5.2/b/cc.

¹⁴⁴³ Cf. 4^e partie, chap. 1, § 2, 2.7.

¹⁴⁴⁴ Cf. 4^e partie, chap. 1, § 3.

¹⁴⁴⁵ Cf. 4^e partie, chap. 2, § 1.

¹⁴⁴⁶ Cf. 4^e partie, chap. 2, § 4.

d'atteinte portée aux droits absolus du cocontractant en cours d'exécution d'un contrat:

- Le législateur allemand a récemment codifié la théorie du rapport de protection légal uniforme soutenue également par une partie de la doctrine suisse¹⁴⁴⁷. En droit allemand, les devoirs de protection (*Schutzpflichten*) découlant d'un rapport d'obligations sont prévus expressément par la loi (§ 241, al. 2, BGB). Ils ne reposent pas sur la volonté des cocontractants, mais découlent directement des règles de la bonne foi¹⁴⁴⁸. Ils ont une portée étendue et protègent non seulement les droits absolus du partenaire contractuel, mais également ses autres intérêts ayant une valeur économique (intérêt à l'intégrité du patrimoine)¹⁴⁴⁹. On relèvera, par ailleurs, que le droit allemand admet, à l'instar du droit suisse, le concours d'actions (ou concours de prétentions) entre les régimes délictuel et contractuel¹⁴⁵⁰.
- Le droit français rattache, comme en droit suisse, les devoirs de protection (appelés « devoirs de sécurité ») au contrat. La jurisprudence de la Cour de cassation joue à cet égard un rôle important, car le droit français est essentiellement casuistique. La Cour de cassation détermine, selon la nature du contrat et les circonstances particulières du cas d'espèce, si un devoir de sécurité s'impose aux cocontractants¹⁴⁵¹. Elle doit en outre examiner si l'obligation de sécurité est de moyens ou de résultat¹⁴⁵². En outre, contrairement au droit suisse, le droit français connaît le principe du non-cumul: lorsqu'une obligation de sécurité contractuelle est violée, les règles de la responsabilité délictuelle ne peuvent plus trouver application¹⁴⁵³.

5. Dans le domaine contractuel, les Principes du droit européen des contrats et les Principes d'UNIDROIT proposent un fondement de responsabilité proche de celui prévu, en droit suisse, aux art. 97 ss CO. Ces Principes reposent sur la notion d'inexécution, sans distinguer entre l'impossibilité, le retard ou l'exécution défectueuse¹⁴⁵⁴. L'inexécution est définie comme un

¹⁴⁴⁷ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/a.

¹⁴⁴⁸ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/b et c.

¹⁴⁴⁹ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3/c.

¹⁴⁵⁰ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.1.

¹⁴⁵¹ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 2, 2.2/a/bb.

¹⁴⁵² Cf. 4^e partie, chap. 3, § 2, 2.2/a/cc.

¹⁴⁵³ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 2, 2.1.

¹⁴⁵⁴ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 3, 3.1/b et 3.2/b.

concept uniforme qui comprend la violation de tout devoir contractuel¹⁴⁵⁵. Pour notre étude, les Principes du droit européen des contrats et les Principes d'UNIDROIT ne présentent cependant qu'un intérêt limité, dans la mesure où ils ne traitent pas spécifiquement des devoirs accessoires de protection découlant d'un contrat et n'examinent pas le rapport entre les responsabilités contractuelle et délictuelle¹⁴⁵⁶.

6. La responsabilité fondée sur la confiance a une portée subsidiaire par rapport aux régimes généraux de responsabilité civile¹⁴⁵⁷. En conséquence, elle ne peut intervenir en cas de violation des devoirs de protection découlant d'un contrat. Dans cette hypothèse, les art. 41 ss et 97 ss CO trouvent déjà application. En outre, les devoirs de comportement appréhendés par la responsabilité fondée sur la confiance se distinguent nettement des devoirs accessoires de protection contractuels¹⁴⁵⁸.

7. Une partie de la doctrine soutient qu'un contrat peut développer un effet de protection à l'égard des tiers¹⁴⁵⁹. Cette théorie, d'origine allemande, n'a pas, à ce jour, été admise par le Tribunal fédéral, principalement parce qu'elle a pour conséquence de battre en brèche le principe de la relativité des conventions¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁵ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 3, 3.1/b et 3.2/b.

¹⁴⁵⁶ Cf. 4^e partie, chap. 3, § 3, 3.3.

¹⁴⁵⁷ Cf. 4^e partie, chap. 4, § 1, 1.2 et 1.3.

¹⁴⁵⁸ Cf. 4^e partie, chap. 4, § 2, 2.2.

¹⁴⁵⁹ Cf. 4^e partie, chap. 5, § 2.

¹⁴⁶⁰ Cf. 4^e partie, chap. 5, § 3, 3.1.

Conclusion

Le droit suisse de la responsabilité civile est actuellement en pleine mutation. Celle-ci concerne aussi bien la notion de contrat que les rapports entre la responsabilité pour acte illicite (art. 41, al. 1, CO) et la responsabilité pour la violation d'une obligation (art. 97, al. 1, CO). Un courant réformateur propose d'étendre la responsabilité contractuelle en reprenant, en droit suisse, la théorie allemande du rapport de protection légal uniforme. L'avant-projet de loi sur la révision de la responsabilité civile envisage, à l'inverse, de restreindre la responsabilité pour la violation d'une obligation au profit de la responsabilité pour acte illicite (art. 42 et 46, al. 2, AP RC)¹⁴⁶¹. Un troisième et dernier courant d'opinions propose de s'en tenir au *statu quo* et rejette aussi bien la théorie du rapport de protection légal uniforme que la proposition prévue aux art. 42 et 46, al. 2, de l'avant-projet de loi sur la révision de la responsabilité civile.

La division de la doctrine entraîne une insécurité juridique considérable à laquelle le Tribunal fédéral n'a, à ce jour, pas encore remédié.

1. Le rejet de la proposition d'extension de la responsabilité contractuelle

L'extension de la responsabilité contractuelle (art. 97, al. 1, CO) découle de nouvelles théories élaborées en droit allemand qui trouvent un écho favorable dans la doctrine suisse. On pense au rapport de protection légal uniforme et au contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers. La première, surtout, bouleverse les rapports de droit fondés sur un lien juridique particulier, qu'il soit de nature contractuelle, précontractuelle ou qu'il résulte de relations d'affaires en général. Les parties liées par un tel rapport juridique sont tenues de respecter tous devoirs découlant des règles de la bonne foi qui visent à sauvegarder l'intérêt à l'intégrité du patrimoine du partenaire (devoirs de comportement). Selon la théorie du rapport de protection légal uniforme, il n'est pas nécessaire d'examiner, en fonction du but et de l'économie de la convention, si un devoir accessoire déterminé entrait dans les prévisions des cocontractants au moment de la conclusion du contrat; les parties sont déjà tenues de respecter un standard de

¹⁴⁶¹ A ce sujet, cf. *supra* 4^e partie, chap. 2, § 4 et 5.

comportement fondé sur les règles de la bonne foi. Cette théorie permet d'opérer une simplification du régime de responsabilité puisqu'elle soumet aux règles contractuelles (art. 97 ss CO) toutes les violations d'un devoir découlant d'un rapport juridique particulier, qu'il intervienne pendant les pourparlers, en cours d'exécution du contrat ou, ultérieurement, durant sa phase de liquidation. Cette théorie permet ainsi de donner un fondement juridique commun à la *culpa in contrahendo*, à la violation positive du contrat et au contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers. Pour ses partisans, l'extension de la responsabilité contractuelle prévue par cette théorie n'est, en définitive, que l'aboutissement de la tendance à la « contractualisation » des rapports juridiques existant déjà dans le droit actuel. L'interprétation large de la violation d'un contrat (art. 97, al. 1, CO) en constitue la principale illustration.

A notre avis, la théorie du rapport de protection légal uniforme doit être rejetée car elle complique considérablement les rapports juridiques entre les individus en substituant à la notion claire de contrat celle de rapport juridique particulier, difficile à cerner. Par ailleurs, cette nouvelle théorie conduit à appliquer le régime contractuel à la violation des devoirs de protection et ainsi à traiter ces derniers de la même manière que les autres devoirs accessoires découlant d'un contrat. En rejetant la théorie du rapport de protection légal uniforme, nous restons fidèles à la conception traditionnelle du contrat et au principe de la relativité des conventions. Nous considérons que les obligations qui s'imposent aux cocontractants ont leur source dans l'accord de volontés des parties. De tels devoirs supposent l'existence d'un contrat valable et ne peuvent être imposés à des tiers étrangers à la convention. L'étendue de ces devoirs dépend avant tout de l'économie et du but du contrat, et non pas uniquement des règles de la bonne foi.

Le Tribunal fédéral ne s'est, à ce jour, pas encore prononcé clairement sur ces nouvelles théories. Il adopte une position ambiguë, toute empreinte de prudence et de retenue, laissant toutes les options ouvertes. Notre haute Cour s'est déjà montrée favorable à la théorie du rapport de protection légal uniforme, l'appliquant à deux reprises au moins. Par la suite, elle est revenue à la notion traditionnelle du contrat, sans toutefois rejeter expressément cette théorie allemande. Nous regrettons l'attitude du Tribunal fédéral, refusant de faire le pas et de se prononcer sur la question de la reconnaissance, en droit suisse, de la théorie du rapport de protection légal uniforme, car elle entraîne une insécurité juridique extrême. Il est urgent que notre haute Cour mette fin à la controverse, quelle que soit la solution dogmatique qui sera finalement retenue. Une éventuelle intervention législative, dans le cadre du projet de révision du droit de la responsabilité

civile, inspirée de la réforme du BGB du 26 novembre 2001¹⁴⁶², est fort peu probable. Le Conseil fédéral a en effet décidé de ne pas intégrer la révision du droit de la responsabilité dans le programme de la législature 2003-2007.

2. L'application exclusive du régime délictuel à la violation des devoirs de protection découlant d'un contrat

Les droits absolus sont avant tout protégés par le droit délictuel. L'atteinte à de tels droits est *a priori* illicite. Il arrive néanmoins que les cocontractants soient également tenus de protéger les droits absolus du cocontractant en rapport avec l'exécution d'un contrat. De tels devoirs de protection, de nature contractuelle, ont alors, selon notre haute Cour, le même contenu que les devoirs généraux: le contrat ne change pas l'objet de l'obligation imposée aux cocontractants¹⁴⁶³. Dans cette hypothèse, les art. 41 ss CO devraient trouver une application exclusive, car la protection des biens juridiques d'une partie est l'apanage du droit délictuel. Elle ne fait que rarement l'objet d'une promesse de prestation spécifique des cocontractants. A notre sens, le régime de la responsabilité contractuelle doit être limité à l'inexécution (au sens large) de la prestation promise dans la convention. Peu importe, à cet égard, que le débiteur n'ait pas (du tout) ou n'ait pas parfaitement exécuté son obligation. En revanche, la violation des devoirs de protection, qui ne relèvent pas typiquement du contrat, ne doit pas donner lieu à une responsabilité contractuelle. Dans cette situation, le rapport contractuel qui lie l'auteur du dommage et la victime n'est souvent que fortuit et n'est ainsi pas déterminant pour le choix du régime de responsabilité applicable. En conséquence, il est plus juste de soumettre la violation de tous droits absolus au seul régime de la responsabilité délictuelle, peu importe que l'atteinte se produise en cours d'exécution d'un contrat. On relèvera que les art. 42 et 46, al. 2, de l'avant-projet de loi sur la révision de la responsabilité civile, interprétés à la lumière du rapport explicatif, proposent la même solution.

Contrairement à une croyance très répandue, le refus d'appliquer les art. 97 ss CO en cas de violation des devoirs de protection n'entraînerait pas de véritable péjoration de la situation du lésé¹⁴⁶⁴. Le seul désavantage, pour la victime, du régime délictuel par rapport aux règles contractuelles est une prescription plus courte. A cet égard, l'avant-projet de loi sur la révision de la responsabilité civile remédie à la situation en allongeant les délais de prescription en matière de responsabilité délictuelle. On rappellera par

¹⁴⁶² A ce sujet, cf. *supra* 4^e partie, chap. 3, § 1, 1.3.

¹⁴⁶³ A ce sujet, cf. *supra* 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.2 et 5.4.

¹⁴⁶⁴ A ce sujet, cf. *supra* 4^e partie, chap. 2, § 5, 5.3/b.

ailleurs que, sur certains points, les art. 41 ss CO peuvent s'avérer plus favorables au lésé que les art. 97 ss CO. Pensons au régime de la garantie pour les défauts dans le contrat d'entreprise ainsi qu'aux règles en matière de droit international privé.

Nous sommes conscients que la conception défendue ici d'un régime de responsabilité différent pour sanctionner la violation des devoirs de protection impose de bien cerner ces derniers et de pouvoir les distinguer des autres devoirs accessoires découlant d'un contrat. Reposant sur la notion de « droits absolus », les devoirs de protection nous paraissent suffisamment bien définis pour permettre la mise en œuvre pratique de la distinction. On rappellera que les devoirs accessoires portant sur les intérêts purement patrimoniaux des parties continuent, quant à eux, d'être régis par les règles de la responsabilité contractuelle.

3. Les considérations finales

Nous souscrivons à la proposition prévue aux art. 42 et 46, al. 2, de l'avant-projet de loi sur la révision de la responsabilité civile. Ces dispositions devront cependant être reformulées de manière à correspondre à la volonté exprimée par leurs auteurs dans le rapport explicatif: le « basculement » dans le droit délictuel ne doit concerner que la violation des devoirs de protection découlant d'un contrat. Il convient, dans le cadre de la réforme engagée, de soustraire du champ d'application de l'art. 97, al. 1, CO la violation des devoirs de protection découlant d'un contrat. Nous espérons avoir montré que les devoirs de protection, en raison de leur parenté avec les devoirs généraux, doivent faire l'objet d'un traitement juridique différent des autres devoirs accessoires découlant d'un contrat.

Nous rejetons en revanche les théories allemandes du rapport de protection légal uniforme et du contrat comportant un effet protecteur à l'égard des tiers qui conduisent, à l'inverse de l'avant-projet, à une extension de la responsabilité contractuelle au détriment de la conception traditionnelle du contrat. En tant que source de droits et d'obligations, le contrat représente une notion mieux définie et plus claire que celle du rapport juridique particulier et garantit donc une meilleure sécurité du droit.

Le présent travail démontre, en tout cas, qu'une clarification des rapports juridiques en matière de devoirs accessoires du contrat s'impose, si ce n'est au législateur, du moins au Tribunal fédéral. Nous sommes par ailleurs convaincus que la redéfinition des frontières entre les responsabilités contractuelle et délictuelle devra tôt ou tard faire l'objet d'un examen approfondi de la part du législateur.

COLLECTION NEUCHÂTELOISE

Roland Ruedin (éd.)

Mélanges en l'honneur de
Carlo Augusto Cannata
1999

François Bohnet

La théorie générale des papiers-valeurs
Passé, présent, futur
2000

Pierre-Henri Bolle (éd.)

Mélanges en l'honneur de
Henri-Robert Schüpbach
2000

Sibilla Giselda Cretti

Les relations de trust et la fiscalité suisse
nationale et internationale
2001

Pierre-Henri Bolle/Heinz Steffen (éd.)

La criminalité financière –
Finanzkriminalität – Financial Crime
*Actes du 60^e Cours international de
criminologie*
2002

Bernhard Pulver

L'interdiction de la discrimination
*Etude de l'article 8 alinéa 2 de la
Constitution fédérale du 18 avril 1999*
2003

Nicholas Turin

Le transfert de patrimoine selon le projet
de loi sur la fusion
2003

Nour Ahmad Nazim

La situation en Afghanistan,
son règlement politique et les efforts de
paix des Nations Unies (1978–1989)
2003

Ursula Elsener

Les racines romanistes de l'interdiction
de l'abus de droit
2004

François Bohnet

Code de procédure civile neuchâteloise
CPCN commenté
2^e édition, 2005