

Franz Werro / Pascal Pichonnaz
Editeurs

Colloque du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états
Sans le dommage corporel ni le tort moral



Stämpfli Editions

Colloque du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états

Sans le dommage corporel ni le tort moral

Edité par

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg et au
Georgetown University Law Center, Washington, DC

et

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg

Colloque
du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états
Sans le dommage corporel ni le tort moral

Vincent Brulhart
Blaise Carron
Benoît Chappuis
Yann Férolles
Alexandre Guyaz
Pascal Pichonnaz
Muriel Vautier Eigenmann
Franz Werro

Sous la direction de
Franz Werro et Pascal Pichonnaz



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Bern

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Réalisation intégrale:

Stämpfli Publications SA, Berne

Printed in Switzerland

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie
www.staempfliverlag.com.

ISBN Print 978-3-7272-3035-6

ISBN Judocu 978-3-0354-1054-9

ISBN E-Book 978-3-7272-5810-7

© Stämpfli Editions SA Bern

Le dommage purement économique

Alexandre Guyaz et Muriel Vautier Eigenmann

*Docteurs en droit, avocats spécialistes FSA en responsabilité civile
et droit des assurances*

I. Une définition	196
A. <i>Selon la nature du bien lésé</i>	196
B. <i>Selon la nature du droit lésé</i>	197
C. <i>L'indemnisation du dommage purement économique</i>	199
II. La théorie objective de l'illicéité	200
A. <i>La théorie dominante</i>	200
1. <i>Les normes protectrices particulières</i>	202
2. <i>Le risque créé</i>	205
3. <i>La bonne foi et le rapport de confiance</i>	206
B. <i>Les critiques</i>	210
C. <i>Les solutions proposées en doctrine</i>	212
D. <i>Une prise de position</i>	216
III. La notion d'atteinte à un droit absolu	218
A. <i>Une définition</i>	218
B. <i>Le droit de propriété</i>	220
C. <i>La possession</i>	221
D. <i>Les limites de la protection des droits absolus</i>	223
E. <i>Le titulaire du droit absolu</i>	225
IV. La couverture du dommage purement économique dans le contrat d'assurance RC	227
A. <i>Une couverture d'assurance selon le type de dommage causé au lésé</i>	227
B. <i>La notion de dommage purement économique en droit des assurances et la distinction avec celle du droit de la responsabilité civile</i>	230
C. <i>La légitimité et la validité des clauses d'exclusion du dommage purement économique de la couverture d'assurance</i>	233
Bibliographie	239

De nombreux commentaires et contributions se sont déjà penchés au cours de ces dernières années sur le dommage purement économique et son indemnisation en responsabilité civile. Dès lors, nous resterons concis, pour ne pas répéter ce qui a déjà été dit sur ce sujet et ceux immédiatement connexes, tels que la notion d'illicéité ou de dommage réfléchi. Nous nous attacherons davantage, après un bref état des lieux, à imaginer quelles conséquences concrètes pourraient avoir en pratique les idées nouvelles défendues par la doctrine récente à propos notamment de l'illicéité, tout en limitant notre réflexion à la stricte responsabilité extra-contractuelle. Par ailleurs, parce que la réparation du dommage est souvent en pratique tributaire de la solvabilité du responsable et de l'existence d'une couverture d'assurance, on abordera aussi dans une dernière partie quelques questions liées à la prise en charge du dommage purement économique par l'assureur, prise en charge qui ne coïncide pas toujours avec la solution en vigueur en responsabilité civile.

I. Une définition

A. Selon la nature du bien lésé

Dans l'inventaire des différents types de dommages que proposent régulièrement les manuels de droit de la responsabilité civile figure presque toujours aux côtés du dommage corporel et du dommage matériel le *dommage purement économique*, communément désigné en langue allemande par les termes de *sonstiger Vermögensschaden*, ou plus souvent de *reiner Vermögensschaden*¹. On serait donc en droit de croire que le dommage purement économique est un concept qui se réfère à la nature du dommage, et qu'il désigne simplement tout préjudice qui n'est pas immédiatement lié à une lésion corporelle ou qui n'est pas constitué par l'atteinte à un bien corporel. D'emblée, cependant, on précisera que la doctrine et la jurisprudence excluent de cette définition le dommage qui découle d'une lésion corporelle ou de la détérioration d'une chose, même indirectement². Ainsi, on considérera comme un dommage matériel les

¹ Pour une définition concise de la notion, cf. entre autres REY, N 329 ss ; BK-BREHM, N 85 ad art. 41 CO ; WERRO, Responsabilité civile, N 98 ss ; FELLMANN/KOTTMANN, N 267 ; KELLER, vol. I, p. 66 ; MÜLLER, N 93.

² ATF 133 III 323, c. 5.1. En doctrine, on renverra notamment à GAUCH (pp. 121-122), qui fait très justement remarquer que cette solution correspond en matière de dommage

frais de location de voiture consécutifs à la destruction d'un véhicule et comme un dommage corporel la perte de gain d'une personne blessée. Il en va de même des frais de l'avocat qui, en cas de dommage corporel ou matériel, doit être légitimement mis en œuvre par le lésé³. Le dommage purement économique est donc un concept clairement plus étroit que l'atteinte au patrimoine, qui caractérise toutes les sortes de dommages au sens de la théorie traditionnelle de la différence⁴.

Dans cette approche, le dommage purement économique se définit donc négativement comme tout dommage qui n'est pas la conséquence d'une atteinte portée à un bien de nature corporelle ou matérielle. On peut également parler de *dommage patrimonial primaire*, pour exprimer l'idée que le dommage en question frappe uniquement et directement le patrimoine⁵.

B. Selon la nature du droit lésé

Cette définition est lacunaire sur un point essentiel : elle ne fait pas ressortir le fait que l'on considérera aussi comme un dommage purement économique le préjudice qui découle certes d'une lésion corporelle ou d'un dommage matériel, mais qui est subi par une autre personne que la victime elle-même ou le propriétaire de la chose détériorée. En d'autres termes, le *dommage réfléchi* est de façon unanime considéré comme purement patrimonial⁶. C'est le cas par exemple de la perte subie par l'organisateur d'un concert suite à l'accident subi par l'artiste vedette du spectacle.

Pour mieux tenir compte de cet élément, certains auteurs proposent donc une définition alternative de la notion de dommage purement économique, fondée sur l'atteinte à un *bien absolu*. Cette théorie part du principe que l'intégrité corporelle et la propriété sur les biens matériels sont toujours

matériel à celle expressément retenue par le législateur en matière de lésions corporelles aux art. 45 et 46 CO.

³ BK-BREHM, N 86 ad art. 41 CO.

⁴ Voir par exemple WERRO, Responsabilité civile, N 42 : « Le dommage se définit comme la diminution du patrimoine net d'une personne qui se produit sans la volonté de cette dernière ».

⁵ MISTELI, pp. 34-35.

⁶ On citera notamment KELLER, vol. II, p. 112 ; BRULHART, Préjudice économique, p. 111 ; MISTELI, pp. 37-38.

protégées de manière absolue par l'ordre juridique⁷. Elle considère dès lors que le dommage purement économique est celui qui ne découle pas de l'atteinte à un droit absolu. On se réfère ainsi à la nature d'un droit, et non plus d'un bien, ce qui permet en principe une ligne de démarcation plus claire et plus prévisible. Sur le plan théorique, cette approche débouche sur une définition moins large : en effet, font également partie des droits absolus la protection de la personnalité et la propriété immatérielle. Cela signifie notamment qu'une perte économique consécutive à une atteinte à la personnalité, comme une atteinte à l'honneur, n'est pas un préjudice purement économique⁸. Surtout, la définition fondée sur les droits absolus rattache la notion de dommage purement économique à un sujet de droit, soit le titulaire du bien absolu en question. Dans cette optique, le dommage réfléchi, soit celui qui touche le patrimoine d'une autre personne que ledit titulaire entre tout naturellement dans la catégorie des dommages purement économiques.

Pour cette raison, nous définirons dans le cadre de cette étude le dommage purement économique comme *tout dommage patrimonial au sens large qui ne représente pas une atteinte à un droit absolu du lésé*⁹.

Il faut d'emblée préciser que cette seconde définition, qui est sans doute la plus exacte sur le plan dogmatique, ne correspond peut-être pas à l'approche adoptée par le législateur dans le cadre de certaines lois spéciales, dont la plus importante en pratique est sans nul doute la Loi fédérale sur la circulation routière. En effet, l'art. 58 al. 1 LCR prévoit que la responsabilité civile objective du détenteur d'un véhicule automobile est limitée au dommage qui survient lorsqu'une personne est tuée ou blessée, ou en cas de dommage matériel. Cette conception fondée sur la nature du bien lésé débouche en pratique sur le même résultat, et le détenteur n'a pas à indemniser, selon le Tribunal fédéral, le dommage purement économique, et notamment le dommage réfléchi. Alors même que la solution est différente en droit général de la responsabilité civile¹⁰, le détenteur du véhicule qui rompt une ligne électrique ne répond ainsi pas du dommage

⁷ BRULHART, Préjudice économique, p. 110.

⁸ MISTELI, p. 36. Dans le même sens, cf. BRULHART, Préjudice économique, p. 115 ; CHAUDET/KOCH, p. 61. *Contra* : BK-BREHM, N 85 ad art. 41 CO ; LORANDI, p. 23.

⁹ Dans ce sens, BRULHART, Préjudice économique, p. 110 ; MISTELI, p. 35 ; WERRO, Responsabilité civile, N 42.

¹⁰ Cf. ATF 101 Ib 252 et 102 II 85.

économique subi par l'entreprise alimentée par la ligne en question¹¹. Cette solution, parfois critiquée en doctrine¹², nous paraît la seule compatible avec le texte de la loi spéciale précitée¹³, sauf peut-être en ce qui concerne la définition exacte du dommage réfléchi¹⁴. Elle n'exclut en tous les cas pas à nos yeux une responsabilité pour faute, fondée sur l'art. 41 CO ou l'art. 55 CO, du conducteur à l'origine de la rupture, respectivement de son employeur. En effet, la responsabilité causale de la LCR n'exclut pas la responsabilité aquilienne des intervenants¹⁵. L'entreprise lésée peut donc agir contre les personnes qui ont fautivement causé son dommage¹⁶, mais pas contre le détenteur du véhicule qui a été utilisé à cette occasion, et pas davantage contre l'assureur de ce dernier au sens des articles 63 et suivants LCR.

Bien entendu, le préjudice réfléchi n'est pas le seul dommage purement économique envisageable en pratique. Entrent également dans cette définition, notamment, les dommages découlant de fausses informations, de la mauvaise exécution d'un contrat ou d'actes dommageables intentionnels au sens de l'art. 41 al. 2 CO¹⁷.

C. L'indemnisation du dommage purement économique

Les praticiens que nous sommes entendent souvent dire que le préjudice purement économique se distingue du dommage corporel et du dommage matériel en ceci qu'il ne serait pas réparable en responsabilité civile. En réalité, comme il touche par définition des droits qui ne sont pas protégés de façon absolue par l'ordre juridique, le caractère illicite de l'atteinte dont découle ce type de dommage ne saute pas aux yeux. La question de savoir si le dommage purement économique peut être indemnisé ne dépend ainsi pas de sa nature, mais du sens et de la portée que l'on donne à

¹¹ ATF 106 II 75, c. 3.

¹² KRAMER, p. 130 ; LORANDI, p. 20.

¹³ Dans le même sens, MISTELI, p. 240.

¹⁴ Nous contestons en effet la conception étroite du dommage matériel adoptée par l'ATF 106 II 75, qui n'admet à cet égard que le dommage subi par le propriétaire lui-même, manifestement à l'exclusion du possesseur légitime ; voir *infra* p. 226.

¹⁵ TF, 6S.346/2005, c. 2.1.

¹⁶ Pour une motivation plus approfondie, cf. MISTELI, p. 241 ss.

¹⁷ Sur les différentes catégories de dommages purement économiques, cf. MISTELI, p. 43 ss.

la notion d'illicéité en tant que condition de la responsabilité civile définie à l'art. 41 al. 1 CO. La notion de dommage purement économique est donc intimement liée à celle de *l'illicéité*¹⁸. Tout le débat qui agite la doctrine depuis de nombreuses années à ce sujet ne porte ainsi pas sur la définition du dommage, mais bien de l'illicéité, et sur la théorie dominante en la matière, la *théorie objective de l'illicéité*. C'est de cette théorie, et d'elle seulement, que découle l'indemnisation incomplète et incertaine dont souffre actuellement en droit suisse le dommage purement économique.

Nous devons donc poursuivre notre réflexion dans le domaine de la responsabilité civile par un examen succinct de la notion objective de l'illicéité dans son ensemble (II.), avant de nous pencher plus en détails sur l'élément central auquel se réfère cette théorie, soit la violation d'un droit absolu (III.). Dans une dernière section (IV.), on examinera la question sous l'angle de l'assurance RC.

II. La théorie objective de l'illicéité

A. La théorie dominante

La doctrine (encore) majoritaire et le Tribunal fédéral définissent la notion de l'illicéité, soit l'une des conditions de la responsabilité au sens de l'art. 41 al. 1 CO, en se fondant sur la *théorie objective de l'illicéité*. Selon cette conception, est illicite le comportement qui viole une norme écrite ou non écrite de l'ordre juridique prescrivant ou prohibant un comportement donné dans le but de protéger le bien juridique concerné¹⁹. Il s'agit là d'une définition positive²⁰ de l'illicéité, qui correspond à la violation objective d'une norme. On oppose traditionnellement cette approche à la *théorie subjective de l'illicéité*, selon laquelle tout comportement causant un dommage est considéré comme illicite, à moins qu'il ne soit expressément autorisé. Cette seconde approche, pour ainsi dire unanimement reje-

¹⁸ BK-BREHM, N 85 ad art. 41 CO ; FELLMANN/KOTTMANN, N 270. TERCIER (p. 259) rappelle ainsi à propos du préjudice réfléchi que la question de son indemnisation se recouvre selon le TF avec celle de l'illicéité de l'acte incriminé.

¹⁹ BK-BREHM, N 33d ad art. 41 CO ; FELLMANN/KOTTMANN, N 278 ; REY, N 669.

²⁰ OFTINGER/STARK, p. 170.

tée aujourd'hui en droit suisse, se fonde sur une interdiction générale de nuire à autrui (*neminem laedere*)²¹.

Dans le cadre de la conception objective de l'illicéité, il est très largement admis que la violation d'une norme peut se concrétiser de deux manières²², soit par l'atteinte à un *bien absolu* du lésé, atteinte qui est ainsi considérée comme prohibée de façon générale par l'ordre juridique, soit par la violation d'une *norme de comportement* destinée à protéger le lésé. Dans le premier cas, on parle d'*illicéité de résultat*, dans le second d'*illicéité de comportement*.

C'est précisément dans cette double approche de l'illicéité que réside toute la portée pratique de la notion de dommage purement économique. Parce que le dommage en question ne touche pas un bien absolu, on ne pourra pas retenir que le comportement qui l'a causé est en soi illicite, il faudra encore pour cela établir qu'il viole une règle de comportement visant à protéger le bien concerné. Cette règle peut résulter de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse du droit privé, administratif ou pénal ; peu importe qu'elle soit écrite ou non écrite, de droit fédéral ou de droit cantonal²³.

Dans ce contexte, on peut sans doute considérer en pratique que le patrimoine en tant que tel n'est pas protégé de façon absolue en droit suisse de la responsabilité civile²⁴. Surtout, la recherche d'une norme protectrice pourra dans certains cas s'avérer être un exercice aussi périlleux qu'incertain, rendant concrètement l'indemnisation du dommage purement économique particulièrement délicate même si, dans la théorie objective de l'illicéité, les deux méthodes permettant de retenir cette condition de la responsabilité sont supposées être de rang égal²⁵.

Au cours de ces quarante dernières années, le Tribunal fédéral a dégagé plusieurs types de normes susceptibles de fonder une illicéité de compor-

²¹ Voir REY, N 677-678.

²² Sur ce double aspect, ou ces deux *Erscheinungsformen* de l'illicéité, cf. entre autres BK-BREHM, N 34 ss ad art. 41 CO ; REY, N 682 ss ; WERRO, Responsabilité civile, N 305 ss ; FELLMANN/KOTTMANN, N 290 ss. OFTINGER/STARK (p. 174) parlent quant à eux de deux méthodes permettant de circonscrire la notion d'illicéité.

²³ ATF 133 III 323, c. 5.1 ; TF, 4A_54/2008, c. 5.2 ; TF, 6B_81/2009, c. 3.3 ; TF, 4A_59/2009, c. 6.2 ; TF, 4A_653/2010, c. 3.

²⁴ FELLMANN/KOTTMANN, N 280.

²⁵ OFTINGER/STARK, pp. 174-175.

tement en matière de responsabilité extracontractuelle. Nous inspirant des catégories dégagées par CHAUDET/KOCH²⁶, nous citerons brièvement les groupes de règles suivants :

1. *Les normes protectrices particulières*

L'exemple fondateur de la norme écrite considérée comme fondement de l'illicéité en cas de dommage purement patrimonial concerne le double cas de rupture de conduite que le Tribunal fédéral a dû trancher dans le milieu des années 1970. Face à une entreprise qui avait subi un préjudice financier suite à la rupture d'une conduite d'eau sans être propriétaire de la conduite en question, notre Haute Cour a maintenu sa jurisprudence de principe concernant la non-indemnisation du dommage réfléchi, mais a contourné l'obstacle en considérant finalement la demanderesse comme un *lésé immédiat*, parce qu'au bénéfice d'une norme pénale protégeant également ses propres intérêts. Il s'agissait plus précisément de l'**art. 239 CP** réprimant l'entrave aux services d'intérêt général, dont on a estimé qu'elle entendait protéger le public en général, soit aussi les consommateurs, contre les actes de nature à troubler l'exploitation régulière de ces installations. Cette norme ne vise donc pas seulement aux yeux du Tribunal fédéral la protection des intérêts de l'exploitant²⁷. Dans la seconde affaire du même type, jugée l'année suivante, le Tribunal fédéral a confirmé ce raisonnement, appliquant la même règle pénale à un cas de rupture d'un câble électrique ayant privé d'énergie deux entreprises voisines. Il a précisé à cette occasion que la question de savoir s'il y avait dommage direct ou indirect se recouvre avec celle de l'illicéité de l'acte incriminé²⁸. Cette remarque démontre bien que ce qui semble être une distinction entre différents types de dommages est en réalité un débat ardu sur la notion d'illicéité.

A cet égard, pour rester dans le domaine de la construction, la jurisprudence considère que l'**art. 229 CP** réprimant la violation des règles de l'art de construire ne peut fonder la réparation d'un dommage purement économique, et notamment les coûts représentés par les frais de remise en

²⁶ CHAUDET/KOCH, p. 72 ss.

²⁷ ATF 101 Ib 252, c. 2d.

²⁸ ATF 102 II 85, c. 6c.

état, au motif que cette disposition a pour seul bien juridiquement protégé l'intégrité corporelle d'autrui²⁹.

Il est par contre admis que l'illicéité de l'atteinte portée à un intérêt purement patrimonial peut se fonder sur l'**art. 305^{bis} CP**, qui réprime le blanchiment d'argent. En effet, cette disposition protège également les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le crime préalable, lorsque les valeurs patrimoniales proviennent d'actes délictueux contre des intérêts individuels³⁰. Alors qu'il avait dans un premier temps laissé entendre que les autres normes visant à lutter contre le blanchiment pouvaient aussi permettre d'admettre une illicéité de comportement, le Tribunal fédéral a décidé dans un arrêt de juin 2008 que tel ne pouvait pas être le cas du devoir de diligence et de comportement prescrit par la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA)³¹. Suivant sans trop d'esprit critique la doctrine qui s'était exprimée dans ce sens, le Tribunal fédéral a estimé que la LBA n'étendait pas la protection des intérêts individuels des victimes de l'infraction préalable telle qu'elle découle de l'art. 305^{bis} CP, et que cette loi ne prévoyait dès lors pas des règles de comportement servant à protéger directement contre les atteintes à de tels intérêts³². Sans vouloir entrer dans une analyse de droit bancaire qui dépasserait largement nos compétences, nous nous étonnons de cette conclusion puisqu'il semble admis que la LBA vise à lutter contre le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP³³. Donc, si cette disposition pénale vise aussi la protection d'intérêts privés, puisqu'une protection exclusive de ces intérêts n'est pas indispensable³⁴, il nous semble que tel devrait être aussi le cas des règles administratives qui poursuivent le même objectif. Cela ne constitue par ailleurs pas un obstacle à la protection simultanée, par les mêmes règles, d'autres intérêts publics ou privés³⁵.

L'infraction de blanchiment d'argent a constitué aussi l'occasion pour le Tribunal fédéral de préciser que l'illicéité civile ne peut être admise que si

²⁹ ATF 117 II 259, c. 3 ; ATF 119 II 127, c. 3.

³⁰ ATF 129 IV 322, c. 2.2.4 ; ATF 133 III 323, c. 5.1 ; TF, 4A_653/2010, c. 3.2.3.

³¹ Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, RS 955.0.

³² ATF 134 III 529, c. 4.3.

³³ TF, 4A_54/2008, c. 5.3.3.

³⁴ TF, 6B_81/2009, c. 3.4.3.

³⁵ Le Tribunal fédéral cite notamment l'intégrité de la place financière suisse, cf. ATF 134 III 529, c. 4.3.

le comportement du responsable potentiel tombe sous le coup de la loi pénale dans son ensemble, soit aussi bien sur le plan objectif que sur le plan subjectif. En d'autres termes, n'accomplit pas un acte illicite au sens de l'art. 41 CO celui qui commet *par négligence* une infraction qui n'est pénalement réprimée que si elle est commise intentionnellement. La norme pénale doit être considérée comme un tout indissociable et ne souffre pas d'être disséquée ou travestie dans le cadre de la responsabilité civile. Notre Haute Cour se réfère aussi dans son argumentation à la nécessité selon elle de contenir l'obligation de réparer un préjudice dans des limites raisonnables si l'on veut qu'elle soit acceptée socialement³⁶.

D'autres dispositions pénales sont bien entendu susceptibles de fonder une illicéité de comportement³⁷. Tel est également le cas de certaines normes de droit public, comme par exemple les règles applicables en matière d'aide sociale en ce qu'elles imposent aux bénéficiaires de cette aide un devoir d'information envers l'administration au sujet de leur situation personnelle et financière³⁸.

On l'a vu, une norme écrite de l'ordre juridique ne peut fonder l'illicéité civile d'un comportement que si la norme en question vise, exclusivement ou non, à protéger le lésé dans les droits atteints par ce comportement. C'est dire que la *finalité protectrice de la norme* ne se rattache pas uniquement à la personne du lésé, mais également aux intérêts concernés. Il n'y aura ainsi pas d'acte illicite au sens de l'art. 41 CO si l'auteur viole une règle pénale qui vise certes à protéger les intérêts financiers privés de la victime, mais pas ceux qui sont effectivement touchés en l'espèce. Cette jurisprudence est particulièrement bien illustrée par une affaire dans laquelle on reprochait à une banque genevoise d'avoir omis de vérifier le contenu d'un colis déposé dans sa chambre forte, lequel colis contenait de fausses statuettes chinoises en jade qui allaient servir de support à une escroquerie perpétrée vraisemblablement par une bande habituée à ce genre de malversations. Sans trancher la question de savoir s'il y avait véritablement violation en l'espèce de l'art. 305^{bis} CP ou d'autres normes pénales et administratives visant à lutter contre le blanchiment d'argent, notre Haute Cour a considéré que l'illicéité faisait défaut parce que ces règles n'ont pas pour but d'empêcher la réalisation d'infractions subsé-

³⁶ ATF 133 III 323, c. 5.2.1 à 5.2.3.

³⁷ Pour d'avantage d'exemples, cf. OVERNEY, p. 298 ss ; WERRO, Responsabilité civile, N 309 ; REY, N 707 ; BK-BREHM, N 39 ad art. 41 CO.

³⁸ TF, 6B_81/2009, c. 3.4.3.

quentes du type de celle dont avait été victime ensuite le demandeur. Dans ce cas, si le blocage des statuettes eût peut-être empêché la survenance du dommage, il n'aurait existé alors qu'un rapport de causalité naturelle, dit le Tribunal fédéral, mais aucun rapport d'illicéité entre la violation de la norme de comportement invoquée et le dommage résultant du virement par le lésé du prix d'achat des statuettes³⁹.

En résumé, s'il est vrai que le Tribunal fédéral tente parfois d'élargir la protection de l'art. 41 CO à des dommages purement patrimoniaux par le recours à des règles écrites souvent étrangères au droit de la responsabilité civile, il ne le fait qu'avec retenue, uniquement lorsqu'il peut admettre que la norme en question vise directement la protection des biens patrimoniaux privés concernés. La porte est donc étroite, ce qui explique sans doute pourquoi il a eu parfois recours à d'autres constructions pour fonder une illicéité de comportement.

2. *Le risque créé*

Jusqu'à la fin des années 1980, le Tribunal fédéral admettait que le caractère illicite d'un comportement pouvait découler non seulement de la violation d'une règle écrite spécifique, mais aussi du principe général selon lequel celui qui expose autrui à un danger doit prendre toutes les précautions propres à éviter qu'un dommage ne se produise (*Gefahrensatz*). Celui qui ne prenait pas ces mesures commettait alors un acte illicite⁴⁰.

Dans un arrêt de 1993, le Tribunal fédéral s'est écarté de cette jurisprudence, en se contentant d'abord d'affirmer qu'un tel fondement de l'illicéité était contraire aux principes en vigueur en matière de responsabilité civile, sans autre forme de motivation⁴¹. Puis il a confirmé cette position, tout en laissant entendre que la règle du risque créé ressortit davantage à la faute qu'à l'illicéité⁴². A la lumière d'un récent arrêt, non publié⁴³, il est sans doute correct de conclure que la jurisprudence considère que la règle non-écrite du risque créé ne peut pas suppléer l'exigence d'une norme protectrice pour admettre un acte illicite en cas de préjudice

³⁹ TF, 4A_54/2008, c. 5.3.2 et 5.3.4.

⁴⁰ ATF 93 II 329, c. 5 ; ATF 116 Ib 367, c 6b.

⁴¹ ATF 119 II 127, c. 3.

⁴² ATF 124 III 297, c. 5b.

⁴³ TF, 4A_594/2009, c. 3.4.

purement économique⁴⁴. En d'autres termes, le principe général qui exige que l'on prenne les mesures adéquates pour prévenir la réalisation d'un risque que l'on a créé pour autrui ne constitue pas une norme protectrice du patrimoine⁴⁵.

3. *La bonne foi et le rapport de confiance*

a) Une illicéité de comportement a aussi été reconnue au moins implicitement par le Tribunal fédéral en matière de conseil erroné ou d'informations inexacts. Dans ce dernier cas de figure, il se peut en effet que certains renseignements soient donnés hors de tout contexte contractuel. Notre Haute Cour considère alors que celui qui est interrogé sur des faits qu'il connaît bien au vu de sa position doit, s'il accepte de répondre, donner un renseignement exact dans la mesure où il peut reconnaître que le renseignement a ou peut avoir pour le destinataire d'importantes conséquences. Il ne doit pas donner sciemment d'indications fausses, ni donner à la légère des renseignements dont la fausseté ou l'imprécision doit lui sauter aux yeux. En tout cas de la part d'une banque, celui qui demande des renseignements peut s'attendre à ce que ceux-ci lui soient transmis de bonne foi et avec diligence, et qu'on lui dise tout ce que la banque sait, loyalement et sans réserve. Agit de manière illicite non seulement celui qui articule sciemment ou avec légèreté des faits inexacts, mais encore celui qui passe sous silence des faits qu'il connaît et dont il doit se dire que la révélation pourrait influencer la décision à prendre⁴⁶.

La jurisprudence semble avoir étendu cette obligation extracontractuelle de diligence fondée sur la bonne foi à celui qui accepte de rendre service gratuitement, sans pour autant prendre formellement d'engagement contractuel. Le devoir de réparer le dommage se fonderait alors sur une position de garant acceptée par le responsable potentiel. Il s'agissait en l'espèce de la coordination de travaux de chauffage au bénéfice d'un proche. Le Tribunal fédéral n'a pas retenu de responsabilité dans ce cas

⁴⁴ Sur cette question, cf. WERRO, Responsabilité civile, N 314 ss ; MISTELI, p. 134 ; REY, N 753 ss.

⁴⁵ KUONEN, p. 405.

⁴⁶ ATF 111 II 471, c. 3 ; ATF 80 III 54, c. 4.

précis, au motif que le défendeur n'avait pas assumé ou tenté d'assumer une telle coordination⁴⁷.

Le Tribunal fédéral s'est également référé au principe de la bonne foi pour admettre l'illicéité du comportement d'une partie à un procès en divorce, lorsque celle-ci ment aux autorités judiciaires quant à sa situation professionnelle. Plus précisément, il a retenu que commet un acte illicite le plaideur qui adopte, au cours du procès, une attitude malveillante ou contraire aux règles de la bonne foi, et en particulier celui qui viole consciemment son devoir de dire la vérité. Peu importe que ce comportement tombe ou non sous le coup de la loi pénale (art. 306 CP, fausse déclaration d'une partie en justice)⁴⁸. Cette dernière remarque a son importance, dans ce sens où elle permet d'envisager clairement une illicéité de comportement en dehors d'une disposition pénale dont aurait pu penser qu'elle réglait exhaustivement la question. Selon le Tribunal fédéral lui-même, cette extension envisageait vraisemblablement l'hypothèse où la partie n'a pas été expressément invitée par le juge à dire la vérité, ce qui rend l'art. 306 CP inapplicable. En effet, dans un tel cas, une condition objective de la punissabilité fait défaut, ce qui semble à l'évidence moins constituer un obstacle à une illicéité de comportement que l'absence de l'élément subjectif. L'essentiel semble être pour le Tribunal fédéral que tous les éléments constitutifs de l'infraction soient réalisés⁴⁹. Un arrêt très récent a par ailleurs confirmé qu'un comportement procédural est illicite lorsqu'une partie adopte une position téméraire qu'elle sait ou doit savoir indéfendable. Sur la base de l'art. 41 CO, un tel comportement engendre l'obligation de réparer le dommage qui en a résulté. Il existe alors un concours entre l'action accordée par cette disposition de responsabilité civile et celle régie, le cas échéant, par le droit de procédure⁵⁰.

Même si le caractère illicite, à certaines conditions, du faux renseignement ou même du mensonge délibéré ne semble pas être remis en question par la jurisprudence, son fondement est relativement flou. Alors qu'on aurait pu voir ici la reconnaissance d'une norme non écrite de comportement⁵¹, le Tribunal fédéral peine aujourd'hui à faire une distinction claire entre

⁴⁷ ATF 116 II 695, c. 4.

⁴⁸ TF, 4C.77/2001, c. 2 a/aa, non publié à l'ATF 127 III 496.

⁴⁹ ATF 133 III 323, c. 5.2.2.

⁵⁰ ATF 139 III 190, c. 4.2.

⁵¹ Dans ce sens, cf. REY, N 722 ; BK-BREHM, N 44 ad art. 41 CO ; GAUCH, p. 124.

une telle norme et l'une de ses récentes constructions : la *responsabilité fondée sur la confiance*. Ainsi, dans un arrêt de 1998, il a admis sur le principe le caractère illicite du faux renseignement donné par un avocat à propos de la situation financière d'un trust, tout en relevant que l'on pourrait tout aussi bien appliquer les principes de la responsabilité fondée sur la confiance, respectivement ceux de la *culpa in contrahendo*⁵².

b) Ainsi, même si nous avons pris le parti de nous en tenir dans le cadre de cette étude à la stricte responsabilité délictuelle au sens de l'art. 41 CO, il nous paraît utile de mentionner brièvement la jurisprudence en matière de responsabilité fondée sur la confiance, une institution récente qui peut aussi avoir pour fonction, si ce n'est pour objectif, de permettre une indemnisation d'un préjudice purement économique là où la stricte théorie objective de l'illicéité ne le prévoirait pas nécessairement.

Ce chef de responsabilité autonome a été admis pour la première fois dans le cadre du célèbre arrêt *Swissair*. Le Tribunal fédéral a ainsi retenu une responsabilité de la maison mère en raison des déclarations publicitaires de sa filiale, déclarations qui avaient pour effet de susciter chez ses cocontractants une confiance particulière, fondée sur la solidité financière et la réputation du groupe tout entier. Sur le plan doctrinal, notre Haute Cour s'est référée à la responsabilité précontractuelle, dont elle a semblé vouloir en étendre quelque peu le champ d'application en permettant aussi à des tiers de s'en prévaloir⁵³.

Cette nouvelle approche a été une année plus tard confirmé dans une affaire *Grossen*, concernant un joueur de lutte qui réclamait des dommages-intérêts à une association faîtière, dont il n'était pas membre, en raison du fait que celle-ci avait modifié à la dernière minute les conditions de participation aux Championnats du monde en imposant un dernier combat éliminatoire. Le Tribunal fédéral a exposé à cette occasion que ce type de responsabilité consistait à imputer une responsabilité déduite des règles de la bonne foi à celui qui a créé une situation de confiance à laquelle une autre personne peut se fier et s'est du reste fiée en réalité. Dans cette optique, la *culpa in contrahendo* constitue un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance, laquelle implique, entre le lésé et le respon-

⁵² ATF 124 III 363, c. II 5b.

⁵³ ATF 120 II 331, c. 5a.

sable, une relation particulière, soit un rapport spécial de confiance et de fidélité⁵⁴.

Dans des arrêts postérieurs, le Tribunal fédéral a maintenu cette construction, qu'il situe à mi-chemin entre le contrat et le délit. Ce chef de responsabilité à la charge d'un tiers au contrat entre ainsi en ligne de compte lorsque le tiers en question éveille une confiance digne de protection et déçoit ensuite cette confiance de façon contraire au principe de la bonne foi⁵⁵. Les conditions de cette responsabilité sont relativement sévères. Ne mérite ainsi pas une telle protection celui qui est simplement victime de sa propre imprudence, d'une trop grande crédulité ou de la réalisation des risques généraux propres aux affaires, mais seulement celui dont on abuse de la confiance légitime⁵⁶.

Surtout, la jurisprudence n'admet que restrictivement l'existence d'une *relation spéciale*, sans laquelle il n'y a pas de responsabilité fondée sur la confiance. Certes, un contact direct entre le demandeur et l'auteur du dommage n'est pas indispensable. Il suffit que la personne recherchée ait manifesté, explicitement ou d'une manière qui lui est juridiquement imputable, qu'elle se portait garante de l'exactitude de certaines affirmations. Il s'ensuit qu'un expert, notamment dans le domaine immobilier, peut être amené déjà à répondre envers un tiers au contrat du fait de la confiance éveillée lorsqu'il existe entre eux une relation indirecte. Celle-ci doit être admise si le client de l'expert transmet ensuite le rapport à ce tiers avec son accord, au moins implicite. A ce propos, le fait que l'expert connaisse ou non le tiers, ou qu'au moins il sache ou non de qui il s'agit, ne joue aucun rôle⁵⁷. En pratique, le Tribunal fédéral se montre très exigeant quant à la réalisation de ces critères. Il a ainsi nié l'existence d'une relation spéciale entre un géologue, que le propriétaire d'un bien-fonds avait chargé de l'étude du terrain à bâtir et de la conduite des travaux d'excavation, et les propriétaires du bien-fonds voisin qui avait été endommagé par les travaux d'excavation, au motif qu'aucune relation personnelle entre les parties n'avait été constatée et que le géologue n'avait pas donné d'assurances relatives à un mode de construction qui ne nuirait pas à la

⁵⁴ ATF 121 III 350, c. 6c.

⁵⁵ ATF 130 III 345, c. 2.1 ; ATF 133 III 449, c. 4.1 ; TF, 4A_80/2009, c. 2.2 ; TF, 4A_565/2012, c. 2.3.

⁵⁶ ATF 124 III 297, c. 6a ; ATF 133 III 449, c. 4.1 ; TF, 4A_80/2009, c. 2.3 ; TF, 4A_565/2012, c. 2.3.

⁵⁷ ATF 130 III 345, c. 2.2.

propriété des demandeurs⁵⁸. A propos d'un rapport d'estimation de la valeur d'un immeuble omettant de faire état de l'existence de défauts, notre Haute Cour a nié également toute responsabilité fondée sur la confiance à l'égard des acheteurs qui avaient acquis l'immeuble deux ans plus tard. On a considéré dans ce cas que la simple possibilité qu'un tiers prenne un jour connaissance du rapport ne suffisait pas à créer une relation juridique spéciale. L'expert ne pouvait pas non plus, selon le Tribunal fédéral, prévoir que son client utiliserait ultérieurement dans le cadre de la vente de l'immeuble le rapport requis en vue de l'augmentation du crédit hypothécaire⁵⁹.

Il convient enfin de relever que c'est essentiellement pour éviter une extension exagérée de la responsabilité fondée sur la confiance que le Tribunal fédéral soumet les prétentions qui en découlent au délai de prescription délictuel d'une année prévu par l'art. 60 CO⁶⁰.

c) On retiendra de ce rapide survol de jurisprudence que le droit positif, en dehors d'une norme écrite dont la finalité protectrice doit être relativement claire, n'admet que très restrictivement une illicéité de comportement susceptible de fonder l'indemnisation d'un dommage purement économique. On ne peut ainsi considérer que tout comportement contraire au principe de la bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 CC est en soi illicite⁶¹. Ainsi, il devient extrêmement difficile pour le praticien de déterminer à l'avance si l'une des exceptions envisagées par le Tribunal fédéral est applicable ou non dans un cas d'espèce ; il en découle une insécurité juridique tout à fait regrettable, mais sans doute inévitable dans une large mesure.

B. Les critiques

De nombreux auteurs ont au cours de ces dernières années formulé diverses critiques à l'encontre de la théorie objective de l'illicéité telle que l'applique le Tribunal fédéral. Les moins virulents constatent néanmoins que ce système présente l'avantage de maintenir le champ d'application de la responsabilité civile dans des limites raisonnables, et d'éviter ainsi

⁵⁸ TF, 4C.280/1999, c. 3a.

⁵⁹ ATF 130 III 345, c. 3.2.

⁶⁰ ATF 134 III 390, c. 4.3.3.

⁶¹ Voir SCHÖNENBERGER, p. 5, y compris les références.

que les tribunaux et les assurances ne croulent sous les demandes d'indemnisation⁶².

La critique principale concerne la *discrimination de fait* qu'institue la distinction entre illicéité de résultat et illicéité de comportement. Alors que les biens matériels ne constituent qu'un élément parmi d'autres du patrimoine des justiciables, on comprend mal les raisons pour lesquelles ils devraient bénéficier d'une protection particulière en matière de responsabilité pour actes illicites⁶³. Cette distinction est d'autant moins acceptable dans une société où le patrimoine se dématérialise et dans laquelle les services occupent une place plus importante que la propriété foncière ou mobilière. En agissant de la sorte, la jurisprudence réduit ainsi la capacité de l'ordre juridique à garantir la survie et la pérennité des entreprises⁶⁴. Dans ce contexte, les tribunaux sont contraints de mettre sur pied des palliatifs pas toujours très heureux, qui ne répondent pas aux exigences de la sécurité du droit⁶⁵.

Une importance particulière est par contre souvent reconnue à la protection de l'intégrité physique, à laquelle plusieurs de ces auteurs attribuent volontiers un rang supérieur⁶⁶.

Sur un plan plus dogmatique, il est souvent souligné que la conception objective de l'illicéité est une importation abusive d'un concept de droit allemand, qui comporte un texte de loi présentant d'importantes différences avec l'art. 41 al. 1 de notre Code⁶⁷. En d'autres termes, on reproche au Tribunal fédéral et à la doctrine dominante d'avoir emprunté au droit allemand sa conception de la responsabilité civile, sans que le législateur suisse n'en ait repris la réglementation⁶⁸.

⁶² Dans ce sens, cf. OVERNEY, p. 303 ; GAUCH, p. 120.

⁶³ Cf. notamment REY, N 712 ; MISTELI, p. 89 ; OVERNEY, p. 308 ; GAUCH, p. 136 ; CHAPPUIS, p. 85 ; KUONEN, p. 417 ; WERRO, Pure Economic Loss, p. 189 ; LORANDI, p. 25 ; SCHÖNENBERGER, p. 5.

⁶⁴ BRULHART, Préjudice économique, p. 112.

⁶⁵ Cf. WERRO, Responsabilité civile, N 346 ; OVERNEY, p. 308 ; ROBERTO, p. 514 ; GAUCH, p. 121.

⁶⁶ MISTELI, p. 87 ; CHAUDET/KOCH, p. 83 ; BRULHART, Préjudice économique, p. 112 ; LORANDI, p. 24.

⁶⁷ ROBERTO, p. 519 ; GAUCH, p. 136 ; CHAPPUIS, p. 89 ; BRULHART, Préjudice économique, p. 113.

⁶⁸ KUONEN, p. 414.

Il a également été rappelé que l'illicéité doit par nature viser le comportement du justiciable, et non pas son résultat. Car dans ce dernier cas de figure, l'illicéité dépend alors uniquement d'événements consécutifs et étrangers au comportement de l'auteur. En d'autres termes, l'illicéité dépend dans ce système en grande partie de la (mal)chance ou du hasard⁶⁹. De façon générale, les solutions offertes par la jurisprudence du Tribunal fédéral empêchent de déterminer avec une prévisibilité raisonnable quels comportements sont licites ou illicites lorsque le dommage est purement patrimonial⁷⁰.

En notre qualité de praticiens, prêts à souffrir quelques entorses aux grands principes généraux du droit au profit d'une solution claire, prévisible et en phase avec les besoins concrets de la société, cette dernière critique nous paraît sans doute la plus importante, même si les alternatives ne permettent pas nécessairement d'améliorer sensiblement la situation sur ce point.

C. Les solutions proposées en doctrine

Face à ce constat, nombreux sont les auteurs qui ont proposé des solutions plus ou moins audacieuses ou originales dans le but direct ou indirect de mieux protéger les intérêts purement patrimoniaux en responsabilité civile extracontractuelle. Il n'est pas dans notre intention de procéder ici à un inventaire exhaustif de ces propositions⁷¹, et nous nous contenterons d'un rapide survol des principales options suggérées au cours de ces dernières années.

Par opposition à la théorie objective et à la théorie subjective de l'illicéité, plusieurs auteurs ont proposé une troisième voie, souvent désignée sous le titre générique de **troisième théorie de l'illicéité**. L'approche exacte peut sensiblement varier selon les cas, mais présente le point commun essentiel de concevoir l'illicéité comme la violation d'un devoir de comportement. Dans cette optique, l'ordre juridique peut uniquement exiger du justiciable qu'il se comporte d'une certaine façon ; il ne peut pas en soi lui interdire

⁶⁹ Sur ce point, cf. FELLMANN/KOTTMANN, N 307 et 334. ; ROBERTO, p. 518 ; LORANDI, p. 25.

⁷⁰ CHAUDET/KOCH, p. 82.

⁷¹ Pour une présentation plus détaillée de ces propositions, cf. FELLMANN/KOTTMANN, N 290 ss.

d'atteindre un certain résultat⁷². Cette théorie a sans doute été influencée par le principe du *duty of care* que connaît le droit anglo-saxon⁷³. On ne perçoit ainsi plus la notion d'illicéité comme un principe visant essentiellement la protection de certains biens juridiques, d'autant plus que cette dernière approche ne résulte par ailleurs pas du texte de l'art. 41 al. 1 CO⁷⁴. Ce qui compte, ce n'est pas tant le résultat de l'atteinte, mais bien plutôt la manière – déraisonnable et socialement inadaptée – dont l'auteur s'est comporté⁷⁵.

Dans ce contexte, l'illicéité se définit comme la violation d'une obligation d'agir avec diligence, respectivement la violation d'un devoir de protection⁷⁶. On peut en effet distinguer deux courants sensiblement différents au sein de cette nouvelle vague doctrinale.

Pour le premier groupe d'auteurs, est illicite tout dommage qu'une diligence raisonnable aurait permis d'éviter⁷⁷. On parle alors de *Sorgfaltspflicht*, lequel se définit en fonction du comportement qu'une personne raisonnable aurait adopté dans la même situation. Dans la mesure où cette personne raisonnable, dans les circonstances concrètes du cas considéré, aurait pu prévoir le risque du dommage et aurait pu se comporter d'une façon plus soigneuse que ne l'a concrètement fait l'auteur, ce dernier répond d'une faute objective et son comportement est illicite⁷⁸. Cette façon de voir ouvre la porte sur un large débat concernant la relation entre faute et illicéité. Alors que certains auteurs tentent de maintenir une distinction entre les deux notions, notamment en distinguant aspects objectif et subjectif de la faute⁷⁹, d'autres plaident sans retenue

⁷² FELLMANN/KOTTMANN, N 287.

⁷³ SCHÖNENBERGER, p. 6. Pour une présentation du droit anglo-saxon en la matière, cf. CHAUDET/KOCH, pp. 66-67 ; ROBERTO, p. 515 ; GAUCH, p. 129 ss (pages rédigées par Justin SWEET) ; PEYER, p. 100 ss.

⁷⁴ SCHÖNENBERGER, p. 7.

⁷⁵ OVERNEY, p. 308.

⁷⁶ FELLMANN/KOTTMANN, N 289 ; SCHÖNENBERGER, p. 7.

⁷⁷ WERRO, Responsabilité civile, N 342. Dans le même sens, cf. HONSELL, p. 47 ; PEYER, p. 105 ; OVERNEY, p. 308.

⁷⁸ WERRO, *Sorgfaltspflichtverletzung*, pp. 347 et 356.

⁷⁹ KUONEN, p. 423 ; WERRO, *Sorgfaltspflichtverletzung*, p. 371 ss.

pour la fusion pure et simple de ces deux conditions de la responsabilité civile⁸⁰.

C'est précisément en réaction à cette tentative de réunion que SCHÖNENBERGER conçoit davantage l'illicéité comme une violation d'un devoir de protection, soit d'un *Schutzpflicht*. C'est le second courant de cette nouvelle école de l'illicéité, qui veut définir cette notion non pas en fonction de la nature du bien protégé, mais par rapport à la prévisibilité du dommage et en particulier de son importance⁸¹. L'auteur précité veut également tenir compte pour délimiter ce devoir de protection de la possibilité qu'avait le lésé de prévenir un dommage du type de celui qui s'est produit⁸².

On remarquera pour notre part que, dans cette approche, le devoir comportemental reste néanmoins fonction d'un résultat. Surtout, SCHÖNENBERGER demeure dans un raisonnement fortement influencé par plusieurs jugements de valeur, ce qui ne permet guère de résoudre le problème de sécurité du droit que nous avons signalé plus haut. En effet, dans l'exemple de la rupture d'une conduite causant une perte d'exploitation à une entreprise tierce, cet auteur considère que le devoir de protection de l'entrepreneur se limite simplement à ne pas rompre la conduite ou le câble ; s'il le fait, il commet à ce titre un acte illicite et doit payer les frais de réparation ou de remplacement. Par contre, en ce qui concerne la perte d'exploitation du tiers desservi par la conduite ou le câble rompu, l'entrepreneur n'est pas en mesure de prévoir quelles entreprises seront touchées et quelle sera l'ampleur de leurs pertes financières. Dès lors, on devrait selon lui renoncer, pour des raisons de politique juridique, à contraindre l'entrepreneur à l'origine de la rupture de prendre en charge cette perte financière, et ce notamment lorsque le lésé devait savoir qu'une

⁸⁰ CHAUDET/KOCH, p. 84. C'est également l'option retenue par le groupe de recherche « Code des Obligations 2020 », qui propose à son art. 46 CO 2020 de remplacer les conditions d'illicéité et de faute par l'exigence de la violation d'un devoir général de comportement ; sur ce travail, cf. CHAPPUIS, p. 91 ss.

⁸¹ On peut sans doute y rattacher aussi MISTELI (p. 197 ss), qui parle quant à lui d'*obligations de sécurité*, qui dépendent précisément de la probabilité et de la gravité du dommage, ainsi que des mesures qui paraissent raisonnablement exigibles de la part du détenteur d'un risque pour en prévenir la réalisation.

⁸² SCHÖNENBERGER, p. 8.

interruption d'énergie pourrait lui causer une perte importante et qu'il n'a rien fait pour se protéger⁸³.

Cet exemple démontre bien que ce n'est pas la théorie du devoir de protection en tant que telle qui est susceptible de déboucher sur la solution concrète d'un problème, mais uniquement le contenu que l'on veut bien donner à ce devoir, contenu qui peut fortement varier selon la sensibilité du juge. En effet, nous pourrions tout aussi bien en cas de rupture de conduite, et c'est d'ailleurs notre opinion, soutenir que la perte d'exploitation est dans son principe parfaitement prévisible pour celui qui rompt la conduite en question. Ce qui ne l'est pas, c'est uniquement l'identité des lésés et l'ampleur du dommage. Ces deux éléments n'ont cependant à nos yeux pas la moindre pertinence pour ce qui est de déterminer si l'acte est illicite ou non. En effet, si l'on emprunte cette voie, on devra alors en cas de dommage corporel, qui doit être indemnisé selon les mêmes règles dans le cadre de la troisième théorie de l'illicéité, limiter la réparation aux frais médicaux, supposés relativement prévisibles, et exclure aussi bien la perte de gain que la perte de soutien, au motif que l'ampleur de ce dommage et l'identité des lésés ne sont pas prévisibles pour l'auteur, puisqu'elles dépendent du revenu de la victime et du nombre de ses enfants. En réalité, alors qu'il tente d'énoncer une définition de l'illicéité qui la distingue suffisamment de la faute, SCHÖNENBERGER rapproche dangereusement cette condition de la responsabilité avec celle de la causalité adéquate.

Plusieurs auteurs ont bien compris l'importante difficulté qu'il y a à définir concrètement le contour de ce devoir de diligence ou de ce devoir de protection. Ils suggèrent ainsi de résoudre le problème de façon plus pragmatique en examinant la question de façon différenciée, en fonction du type de situation concerné⁸⁴. On reconnaît ainsi de façon explicite qu'en fonction des différents états de fait, des règles distinctes devront être appliquées pour matérialiser la notion d'illicéité⁸⁵. Les groupes de cas les plus fréquemment envisagés⁸⁶ sont :

- la fourniture de faux renseignements ;
- l'exécution déficiente d'une prestation portant atteinte à un tiers ;

⁸³ SCHÖNENBERGER, p. 8.

⁸⁴ C'est le cas de SCHÖNENBERGER lui-même semble-t-il (p. 7), mais aussi de FELLMANN/KOTTMANN, N 343 ; PEYER, p. 105 ; ROBERTO, p. 519.

⁸⁵ ROBERTO, p. 520.

⁸⁶ Voir sur ce point ROBERTO, p. 520 ss ; PEYER, pp. 105-106.

- les défauts de produits et d'ouvrages causant un dommage à un tiers ;
- la rupture de conduites ou de lignes électriques ;
- l'attitude déloyale ou téméraire en procédure.

Pour notre part, nous constatons que la question de la réparation du préjudice purement économique en responsabilité civile extracontractuelle se pose essentiellement dans trois cas de figure principaux :

- a) L'auteur viole ou exécute mal ses obligations contractuelles et cause ainsi un dommage à une personne qui n'est pas partie au contrat. C'est par exemple le cas des produits défectueux, des avis d'expert erronés transmis à des tiers, d'un testament pas ou mal rédigé par un avocat, au détriment d'un héritier légal ou (mal) institué.
- b) L'auteur porte atteinte à l'intégrité corporelle ou à un bien matériel, ce qui a pour conséquence indirecte de causer un dommage au patrimoine d'une autre personne. Cette catégorie englobe donc essentiellement les cas de dommages réfléchis. On peut sans doute y rattacher le préjudice découlant de la menace que l'auteur fait planer sur la santé ou le bien d'autrui.
- c) L'auteur agit de façon déloyale ou contraire à la bonne foi, dans un contexte qui permet d'attendre de lui une attitude plus respectueuse des intérêts d'autrui. On pense notamment aux renseignements erronés hors relations contractuelles, à l'attitude déloyale en procédure ou au changement soudain d'un règlement sportif qui affecte directement des tiers sans relation juridique formelle avec l'auteur.

D. Une prise de position

Avec la majorité de la doctrine récente, nous pouvons admettre que l'illicéité ne peut se référer qu'au comportement de l'auteur, et non pas au résultat auquel il aboutit plus ou moins volontairement, plus ou moins par hasard. Dans ce sens, la troisième théorie de l'illicéité est sans doute la plus conforme au texte de l'art. 41 CO et à la volonté historique du législateur.

Il nous paraît plus correct ensuite, sur le plan dogmatique, de concevoir l'illicéité comme la *violation d'une norme protectrice posée par l'ordre*

*juridique*⁸⁷ plutôt que comme un devoir général de diligence, un concept trop vague à nos yeux et trop peu distinct de la faute. Nous pouvons adhérer à la notion de *Schutzpflicht*, dans ce sens où elle renvoie précisément à une obligation posée par l'ordre juridique de respecter ou de ne pas nuire à un intérêt juridique protégé. La référence au bien visé intervient dans ce raisonnement non pas pour justifier l'illicéité en tant que telle, comme le fait la théorie de l'illicéité de résultat, mais pour définir la finalité protectrice de la norme qui est appelée à fonder l'illicéité dans un cas particulier.

De façon générale, la troisième théorie de l'illicéité présente l'énorme avantage, en recentrant cette notion sur le comportement de l'auteur, de proclamer l'égalité de principe de tous les intérêts patrimoniaux, quels qu'ils soient. Mais ce faisant, elle ne résout pas le problème principal du praticien, qui doit surtout être en mesure de prévoir dans quelles circonstances précises un dommage strictement financier peut être indemnisé en responsabilité civile. En effet, que l'on se réfère à la notion de devoir de diligence, de devoir de protection ou plus largement de règle de droit, on ne peut éviter la tâche délicate consistant à définir le plus précisément possible le contenu de la notion choisie ; et cela n'est pas une mince affaire. Surtout, toutes ces approches laissent nécessairement une large marge d'appréciation au juge, parce qu'elles se fondent sur des notions indéterminées, telles que la prévisibilité, la diligence d'une personne raisonnable, ou parce qu'elles renvoient à la fonction protectrice souvent peu claire d'une règle de droit. Dans ce contexte, il est préférable d'examiner de façon différenciée la question de l'illicéité pour chaque type d'état de fait⁸⁸, ce qui simplifie quelque peu la tâche du juge et améliore légèrement la sécurité du droit.

La nouvelle théorie de l'illicéité ne signifie cependant pas que l'atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui, à un bien matériel ou à un autre bien absolu ne doit pas être en principe considérée comme illicite. Si nous rejetons avec la majorité de la doctrine récente l'idée d'une protection privilégiée de ces biens absolus, force est de constater avec FELLMANN/KOTTMANN que l'atteinte à ces biens implique dans l'écrasante majorité des cas la violation d'une norme juridique de comportement visant à protéger les biens en question. On peut donc admettre en effet qu'il y a dans la protection actuelle de ces biens absolus un *effet réflexe* de la violation d'une

⁸⁷ Nous rejoignons sur ce point FELLMANN/KOTTMANN, N 334 ss. Dans le même sens, cf. MÜLLER, N 161.

⁸⁸ Voir *supra* p. 216.

règle de comportement⁸⁹. Ou pour dire les choses autrement, l'illicéité de principe en cas d'atteinte à un bien absolu ne se justifie pas par l'existence d'une hiérarchie au sein des biens protégés par l'ordre juridique, mais par une sorte de *présomption légale d'illicéité*. En se référant au type de bien lésé pour examiner s'il y a illicéité, on facilite la vie du juge, en l'autorisant à admettre de façon générale qu'il n'y a pas de fumée sans feu, soit qu'il n'y a pas d'atteinte à un bien absolu sans violation d'une norme protectrice.

Même si elle semble déboucher sur le même résultat pratique, cette manière de voir permet d'appréhender différemment la protection générale du patrimoine en responsabilité civile. L'indemnisation du dommage purement économique n'est donc plus prohibée par principe, ou admise seulement dans des cas exceptionnels définis de façon restrictive.

Dans ce contexte, il nous semble utile d'examiner plus en détail le sens et la portée qu'il convient de donner à la notion de droit absolu considérée dans le cadre de la définition de l'illicéité.

III. La notion d'atteinte à un droit absolu

A. Une définition

Selon la théorie soutenue ici, l'atteinte à un bien absolu n'est pas conçue comme la définition même de l'illicéité, comme c'est le cas dans le cadre de la théorie objective de l'illicéité, mais comme la présomption qu'une norme protectrice a été violée. En conséquence, cette atteinte prend une dimension plus large, qui comme nous le verrons dépend davantage du contenu du droit absolu lésé que du type d'atteinte physiquement portée à une chose ou à une personne.

Dans le cadre de la théorie dominante, il est généralement admis que constituent des biens absolus, soit opposables à tout le monde⁹⁰ :

⁸⁹ FELLMANN/KOTTMANN, N 314.

⁹⁰ A ce sujet, cf. TF, 4A_594/2009, c. 3.3 ; CHAUDET/KOCH, p. 62 ; OFTINGER/STARK, p. 176 ; BK-BREHM, N 35 ad art. 41 CO ; REY, N 686 ss ; WERRO, Responsabilité civile, N 305 ; HONSELL, p. 48 ; MÜLLER, N 159 ; FELLMANN/KOTTMANN, N 292.

- les droits de la *personnalité* au sens de l'art. 28 CC, et notamment le droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à l'honneur, à la liberté personnelle, au nom, etc. ;
- les droits *réels*, et en particulier la propriété et la possession ;
- les droits de la *propriété intellectuelle*.

On remarquera à ce stade que, comme ces droits sont opposables à tous (*erga omnes*), il n'est par définition pas nécessaire que leur titulaire se trouve préalablement dans une relation spéciale avec le responsable potentiel. L'ordre juridique pose ainsi une interdiction générale de porter atteinte à ces droits⁹¹, si bien que le caractère illicite d'une telle atteinte peut à nos yeux se présumer, sans que cela ne préjuge du sort qu'il faut réserver à l'atteinte portée aux autres droits. Il peut y avoir des limites à une telle présomption, comme essentiellement en matière d'atteintes aux droits de la personnalité, réglées de façon spécifique par le législateur aux articles 28 et suivants du Code civil. Par définition, une simple créance, opposable au seul débiteur, n'est pas un droit absolu⁹² ; elle ne l'est pas même si elle est incorporée dans un papier-valeur, comme un billet d'avion⁹³.

Par ailleurs, il convient d'abandonner l'amalgame fréquent en pratique entre *droit* absolu et *bien* absolu, le second étant l'objet du premier, lorsque ce droit définit la relation juridique d'exclusivité entre une personne et un objet par rapport aux tiers⁹⁴. **Ce n'est pas tant l'atteinte à une chose en tant que telle qui doit être susceptible de fonder une présomption d'illicéité, mais l'atteinte à un droit absolu sur cette chose.** Il en va de même en ce qui concerne les atteintes à l'intégrité corporelle ou à la vie ; mais comme ce type de lésions pose sensiblement moins de pro-

⁹¹ S'agissant d'atteintes à l'intégrité corporelle par exemple, le Tribunal fédéral considère que cette protection résulte, d'une manière générale, des art. 122 ss CP (ATF 112 II 118, c. 5e).

⁹² A cet égard, comme le relève très justement OVERNEY (pp. 297-298), l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 16 février 2009 (2A.511/2005, c. 5.6.3) sème le trouble lorsqu'il considère que le blocage d'une créance peut être illicite, puisqu'il constitue « une atteinte à un droit absolu du créancier, soit la garantie de la propriété, matérialisé par une créance dûment reconnue par un Tribunal suisse ». A notre sens, le TF confond ici garantie constitutionnelle de la propriété et droit individuel de propriété sur une chose déterminée ; il s'agit là d'un dérapage qui devrait rester isolé.

⁹³ TAF, A-6802/2009, c. 3.2.2.

⁹⁴ MISTELI, p. 83.

blèmes en pratique quant à son illicéité, nous nous concentrerons dans les réflexions qui suivent sur l'atteinte à un droit absolu portant sur une chose.

B. Le droit de propriété

Pour déterminer s'il y a ou non dans un cas précis une atteinte à un droit absolu susceptible d'impliquer une présomption d'illicéité, il convient nécessairement d'examiner le contenu du droit absolu en question. FELLMANN considère à cet égard que doit être considérée comme illicite en raison de son résultat la violation du droit absolu de la propriété au sens de l'art. 641 CC⁹⁵. Il se réfère plus précisément à la composante négative de la propriété, qui impose à tout tiers de s'abstenir de troubler la maîtrise sur la chose⁹⁶. Cette approche a le mérite de trancher, à tout le moins en théorie, la vieille controverse opposant les tenants de la théorie classique de l'atteinte à la substance (*Substanzbeeinträchtigung*) aux partisans de la théorie plus novatrice de l'atteinte à la fonction (*Funktionsbeeinträchtigung*). Les premiers considèrent qu'un dommage matériel est possible uniquement en cas d'atteinte physique à la substance de la chose, alors que les seconds admettent un tel dommage également lorsque le comportement litigieux porte atteinte à la seule fonction de cette chose⁹⁷. Il est vrai que, dans la mesure où l'illicéité se définit en fonction de l'atteinte à un droit sur une chose, et non plus de l'atteinte matérielle à la chose elle-même, on peut considérer que la seule atteinte à la fonction d'un bien est présumée illicite, pour autant que le droit absolu concerné protège également son titulaire contre un trouble qui ne porte que sur la fonction de la chose.

Il convient dès lors de s'interroger à ce stade sur le contenu du droit réel de la propriété et, plus précisément, sur les mesures de défense dont son titulaire bénéficie contre toute atteinte portée par un tiers. A cet égard, l'art. 641 al. 2 CC mentionne l'action *en revendication*, pour obtenir la restitution d'un objet, et l'action *négatoire*, pour faire cesser un trouble qui n'entraîne pas la dépossession⁹⁸.

⁹⁵ Dans le même sens, cf. MÜLLER, N 92.

⁹⁶ FELLMANN, p. 139.

⁹⁷ A ce sujet, cf. FELLMANN, pp. 133-134.

⁹⁸ STEINAUER, N 1015.

Le premier de ces moyens n'appelle pas de commentaire particulier : la soustraction d'une chose est supposée illicite dans l'ordre juridique ; elle est assimilée de façon unanime à un dommage matériel, lequel inclut la perte économique consécutive à la disparition du bien⁹⁹. On notera au passage qu'en cas de vol par exemple, la chose n'est dans ce cas pas nécessairement atteinte dans sa substance, ce qui n'empêche pas la claire et incontestable illicéité de ce comportement. C'est bien la preuve que cette illicéité se déduit de l'atteinte à un droit et non pas à un objet.

La seconde des actions à disposition du propriétaire est plus intéressante dans le cadre de notre réflexion, car elle englobe également les troubles de la maîtrise de la chose qui ne portent pas atteinte à celle-ci en tant que telle, mais constituent des troubles précisément parce qu'ils causent ou peuvent causer un dommage patrimonial au propriétaire. Sont souvent cités à titre d'exemples une plante empiétant sur le fonds d'autrui, la présence de bétail appartenant à un tiers ou un bruit excessif¹⁰⁰. A l'évidence, ne serait-ce que parce qu'une norme prévoit expressément leur interdiction générale, ces troubles sont illicites. L'illicéité peut toutefois être levée, comme dans tous les cas de responsabilité extracontractuelle, lorsque l'auteur du trouble peut se prévaloir d'un motif justificatif¹⁰¹.

C. La possession

Une réflexion relative au droit de la responsabilité civile ne saurait s'arrêter à l'action négatoire de l'art. 641 al. 2 CC et doit nécessairement se pencher sur une autre action, fort semblable, du Code civil : l'action en raison du *trouble de la possession* prévue par l'art. 928 CC. Cet examen est d'autant plus indispensable que cette disposition prévoit expressément, contrairement à l'art. 641 al. 2 CC, la réparation du dommage consécutif à un tel trouble. Il est par ailleurs largement admis que la possession est un bien absolu, dont l'atteinte est par principe illicite¹⁰². Certes, certains au-

⁹⁹ BK-BREHM (N 77 et 77a ad art. 41 CO) définit le dommage matériel comme l'endommagement, la destruction ou la soustraction d'une chose, ou plutôt leurs conséquences économiques. Dans le même sens, cf. par exemple REY, N 306 ; OFTINGER/STARK, p. 363 ; MÜLLER, N 92.

¹⁰⁰ STEINAUER, N 1034 ; BSK-WIEGAND, N 64 ad art. 641 CC.

¹⁰¹ STEINAUER, N 1036.

¹⁰² CHAUDET/KOCH, p. 62 ; OFTINGER/STARK, p. 176 ; BK-BREHM, N 35 ad art. 41 CO ; HONSELL, p. 48 ; FELLMANN/KOTTMANN, N 292 ; OVERNEY, p. 295.

teurs considèrent, peut-être à juste titre, que la possession n'est pas un droit absolu, parce qu'elle ne constitue qu'une simple maîtrise de fait sur une chose, à laquelle on reconnaît certains effets juridiques¹⁰³. Cette petite controverse est à nos yeux sans portée pratique réelle. Soit on admet que le trouble de la possession est présumé illicite parce qu'il viole un droit absolu, soit on reconnaît son illicéité de par la violation des dispositions du Code civil qui, précisément, attribuent à cette maîtrise de fait certains effets juridiques opposables *erga omnes*. Dans les deux cas, le contour de l'illicéité dépendra de la portée que l'on donnera à ces normes de droit réels, et plus particulièrement aux art. 926 ss CC.

L'action instituée par l'art. 928 CC protège le possesseur de la chose contre le *trouble de la possession*, par quoi il faut entendre une entrave à l'exercice de la possession qui n'entraîne pas une dépossession¹⁰⁴. Cette notion n'englobe ainsi pas uniquement l'atteinte matérielle à l'objet, mais aussi les actes qui affectent concrètement la possession, à condition qu'ils excèdent ce qui doit être raisonnablement toléré par le lésé¹⁰⁵, par exemple dans le cadre des relations usuelles de voisinage¹⁰⁶. La protection contre les troubles de la possession trouve principalement son application en matière de possession immobilière, à propos de laquelle on peut citer comme exemple les immissions excessives de fumée, d'eau, de gaz, d'odeurs, de particules diverses, de lumière, de musique ou de bruit¹⁰⁷. Il existe également des exemples de troubles de la possession mobilière, comme toucher des objets exposés dans un musée ou dégonfler les pneus d'une voiture¹⁰⁸. Enfin, l'atteinte peut être purement psychique, mais elle doit alors être sérieuse¹⁰⁹. STARK admet à cet égard que la menace d'un trouble, s'il est objectivement fondé, peut déjà constituer un trouble de la possession, comme par exemple l'exploitation d'une fabrique d'explosifs sur le fonds voisin. Dans le même ordre d'idées, l'interdiction signifiée au

¹⁰³ REY, N 692 ; MÜLLER, N 159. La possession n'est ainsi pas à proprement parler un droit réel, cf. STEINAUER, N 166.

¹⁰⁴ STEINAUER, N 366.

¹⁰⁵ Cf. BSK-ERNST, N 3 ad art. 928 CC.

¹⁰⁶ BK-STARK, N 22 ad art. 928 CC.

¹⁰⁷ BK-STARK, N 21 ad art. 928 CC ; STEINAUER, N 367.

¹⁰⁸ STEINAUER, N 324.

¹⁰⁹ STEINAUER, N 367.

possesseur de faire usage de la chose constitue un trouble de la possession, si cette interdiction doit être prise au sérieux¹¹⁰.

Il apparaît ainsi que la protection de la possession peut servir, dans certains cas du moins, de fondement juridique à la prise en charge des *mesures préventives* d'un dommage matériel. En effet, puisque la menace objective et sérieuse sur un bien peut constituer en soi un trouble de la possession, l'action en dommages-intérêts, ouverte précisément pour faire prendre en charge par le perturbateur les frais découlant du trouble déjà survenu¹¹¹, peut entrer selon nous en ligne de compte lorsque le possesseur a dû engager des frais pour se protéger de la menace. Vraisemblablement, en vertu de son obligation de réduire son dommage, on pourra exiger au préalable de sa part qu'il exige de l'auteur la cessation du trouble¹¹².

Pour résumer, en matière de dommages matériels, la présomption d'illicéité fondée sur l'atteinte à la propriété ou à la possession ne nécessite pas une atteinte physique à la chose concernée, mais une atteinte à un droit. Dans les termes de la théorie classique de l'illicéité objective, cela revient à dire que l'art. 928 al. 2 CC permet non seulement la réparation du dommage matériel, mais également du *dommage purement économique*, l'illicéité découlant du trouble de la possession¹¹³. On pourra donc admettre cette illicéité également en l'absence de détérioration, de destruction ou de perte de la chose, mais à certaines conditions qui, il faut le reconnaître, devront être examinées au cas par cas par le juge, mais dans un cadre qui nous paraît suffisamment clair pour respecter le principe de la sécurité du droit.

D. Les limites de la protection des droits absolus

S'agissant de ces conditions, nécessaires pour qu'un trouble de la possession puisse être admis, nous avons déjà évoqué le principe selon lequel le possesseur – ou le propriétaire – doit tolérer des immissions raisonnables, à commencer par celles qui ne lui causent pas de dommage. Nous pensons

¹¹⁰ BK-STARK, N 28-29 ad art. 928 CC.

¹¹¹ BSK-ERNST, N 13 ad art. 928 CC.

¹¹² A propos des mesures préventives et de leur indemnisation, nous renvoyons à la contribution de BENOÎT CHAPPUIS, publiée dans le présent ouvrage.

¹¹³ BK-STARK, N 47 ad art. 928 CC.

notamment aux troubles de courte durée ou de faible intensité, comme par exemple l'obstruction d'un commerce par une machine de chantier pour quelques heures seulement. On peut aussi, dans certains cas, se référer à des normes spécifiques, comme en matière de voisinage, ou à la pratique courante¹¹⁴.

S'agissant de la possession mobilière, certaines limites sont également indispensables si l'on sait que, dans certaines situations, de nombreuses personnes peuvent être simultanément entravées dans l'exercice de leur possession parce qu'ils se trouvent momentanément dans l'impossibilité d'utiliser leur bien. On pense notamment aux automobilistes bloqués plusieurs heures par des manifestants ou à l'entrepreneur qui ne peut pas faire fonctionner ses machines, faute d'électricité. Admettre un trouble illicite de la possession en pareil cas déboucherait sans doute sur une extension excessive des cas de responsabilité civile et sur une multiplication difficilement gérable des actions en dommages-intérêts. Ainsi sommes-nous d'avis que la réparation du dommage consécutif à une atteinte à la fonction d'une chose n'est possible que si deux conditions cumulatives sont réunies :

- Il y a eu entrave à l'usage de la chose en tant que telle, une atteinte aux conditions cadre de cet usage n'étant pas suffisant. Ainsi, une voiture bloquée par une manifestation fonctionne encore et peut en soi toujours être utilisée par son détenteur, par exemple en rebrous-sant chemin¹¹⁵.
- Le trouble doit léser le propriétaire ou le possesseur directement dans les droits découlant de la propriété ou de la possession sur la chose concernée. Or la propriété d'une voiture n'implique pas en soi le droit de disposer de routes dégagées et la propriété d'une ma-

¹¹⁴ BSK-ERNST, N 3 ad art. 928 CC.

¹¹⁵ HONSELL (p. 52) cite à ce sujet un très bon exemple issu de la jurisprudence allemande (BGHZ 55, 153) et concernant le blocage d'un canal en raison de l'étayage d'urgence destiné à préserver les maisons situées sur le quai. Les poutres utilisées pour ces travaux bloquaient l'accès fluvial à un moulin depuis le port principal. Or, le moulin en question livrait ses produits grâce à quatre bateaux circulant sur le canal litigieux. En raison des travaux d'étayage, trois de ces bateaux étaient bloqués à l'extérieur et ne pouvaient plus accéder au moulin, alors que le quatrième était bloqué au moulin, qu'il ne pouvaient plus quitter. Le BGH n'a admis une violation du droit de propriété par trouble de l'usage qu'en relation avec le quatrième bateau, les trois autres pouvant toujours être utilisés pour d'autres transports.

chine n'incorpore pas le droit absolu de disposer d'énergie pour la faire fonctionner.

En conséquence, en cas de rupture d'une canalisation ou d'un câble électrique, le détenteur de l'usine forcée à interrompre sa production ne peut se prévaloir d'une présomption d'illicéité fondée sur l'atteinte à un droit absolu, sauf bien entendu s'il est également propriétaire de la conduite rompue. Il pourra par contre établir l'illicéité de cette rupture en démontrant qu'elle porte atteinte à une norme visant à protéger également ses intérêts patrimoniaux, en l'occurrence l'art. 239 CP. De même, l'automobiliste bloqué pendant plusieurs heures sur l'autoroute par un accident, sans possibilité de rebrousser chemin, n'est pas troublé dans la possession de sa voiture au sens strict, la seconde condition mentionnée ci-dessus faisant défaut.

A l'inverse, le détenteur du véhicule dont on a dégonflé les pneus ou qui a été bloqué dans son garage par un éboulement émanant d'un fonds voisin pourra, selon nous, invoquer une illicéité fondée sur la violation d'un droit absolu. Si cette privation (momentanée) d'usage lui a causé un dommage, il pourra en demander réparation.

E. Le titulaire du droit absolu

Dès lors que l'on considère, comme nous le faisons, que le simple trouble de la possession peut fonder le caractère illicite d'un comportement, force est de constater que cette présomption d'illicéité profite non seulement au propriétaire de la chose concernée, mais aussi à ses possesseurs. Or, la possession est une notion de fait, qui n'implique pas nécessairement un droit sur la chose ; le voleur est aussi possesseur au sens de l'art. 919 CC¹¹⁶. Se pose donc la question de savoir si le possesseur illégitime peut ouvrir action en dommages-intérêts contre celui qui trouble cette possession et lui cause ainsi un dommage.

Il est généralement admis que le voleur bénéficie aussi de la protection de la possession mise en place par les articles 926 et suivants du Code civil, ce qui peut paraître choquant à première vue. Nous doutons cependant qu'en pratique, le possesseur illégitime puisse intenter avec succès une action en dommages-intérêts contre le tiers qui, par hypothèse, aurait en-

¹¹⁶ STEINAUER, N 247 ; BSK-ERNST, N 4 ad art. 926-929 CC.

dommagé ou détruit la chose, voire l'aurait volée à son tour. En effet, ce possesseur de mauvaise foi n'a pas pu devenir propriétaire de la chose, qui n'est donc pas entrée dans son patrimoine. La destruction ou l'endommagement postérieur de cette chose ne diminue ainsi pas son patrimoine. En conséquence, le voleur dont le butin aura été endommagé ou détruit par un tiers ne sera pas indemnisé, non pas parce que cette atteinte ne serait pas illicite, mais parce qu'il ne subit pas de dommage.

Il en va différemment bien entendu de l'acquéreur de bonne foi d'une chose volée, dans la mesure où il est devenu effectivement propriétaire en application de l'art. 714 al. 2 CC¹¹⁷.

La présomption d'illicéité en cas d'atteinte à un droit absolu clarifie surtout la situation du *possesseur dérivé*, soit celui qui a acquis la possession d'un possesseur originaire, qui lui a remis un bien en vue de lui conférer un droit réel limité ou un droit personnel¹¹⁸. C'est le cas notamment du locataire, de l'emprunteur, du dépositaire ou du preneur de leasing. Ces personnes sont donc susceptibles de demander et obtenir l'indemnisation de l'ensemble du dommage découlant d'une atteinte portée à la chose concernée, à condition bien entendu que dommage il y ait, ce qui dépendra en grande partie du rapport de droit existant entre le possesseur dérivé et le possesseur originaire. Entre locataire et bailleur par exemple, l'art. 259e CO exclut les dommages-intérêts en cas de défaut de la chose louée lorsque le bailleur prouve qu'aucune faute ne lui est imputable, ce qui ne posera pas de problème particulier à chaque fois que la chose louée a été détruite ou endommagée par un tiers. Dans ce cas de figure, le locataire pourra par contre obtenir une réduction de loyer en application de l'art. 259d CO. Ainsi, le tiers responsable devra indemniser à la fois le propriétaire pour la perte de loyer et le locataire pour le dommage découlant du trouble de la possession, soit deux dommages distincts, qu'il devrait prendre en charge de la même façon si le propriétaire exploitait lui-même les locaux. En clair, le responsable ne peut, selon nous, refuser d'indemniser le locataire au prétexte qu'il ne subirait qu'un dommage réfléchi. En effet, tel n'est pas le cas, puisqu'il est lui-même atteint dans un droit absolu, celui qui découle de la possession.

Nous sommes d'avis que ce principe vaut également dans le cadre de l'art. 58 al. 1 LCR, qui ne prévoit de responsabilité causale à la charge du

¹¹⁷ A ce sujet, cf. STEINAUER, N 2067.

¹¹⁸ STEINAUER, N 218 ss.

détenteur que pour les dommages corporels et matériels. S'agissant de cette seconde catégorie, il faut comprendre sur la base du raisonnement exposé ci-dessus le dommage matériel comme tout préjudice résultant de l'atteinte à un droit absolu sur une chose, soit également les droits découlant de la possession. En conséquence, contrairement à ce que semble penser le Tribunal fédéral¹¹⁹, le dommage subi suite à la détérioration, la destruction ou la disparition d'une chose par, notamment, le locataire, l'usufruitier ou le preneur de leasing n'est pas un dommage réfléchi. Il doit donc également être indemnisé dans le cadre de la responsabilité civile objective des articles 58 et suivant LCR.

IV. La couverture du dommage purement économique dans le contrat d'assurance RC

Comme nous l'avons vu au début de cette contribution, la notion de dommage purement économique peut être définie de deux manières légèrement différentes en droit de la responsabilité civile, soit en fonction du bien lésé, soit en fonction du droit absolu atteint par l'acte dommageable. Il nous a paru utile, dans une optique de praticien, d'examiner dans quelle mesure le contrat d'assurance RC peut appréhender cette problématique. Dans un premier temps, nous présenterons l'étendue de la couverture d'assurance RC par rapport au type de dommage (A.). Puis, nous étudierons la notion de dommage purement économique en droit des assurances et ses éventuelles différences avec celle du droit de la responsabilité civile (B.). Enfin, nous analyserons la validité et la légitimité des clauses d'exclusion du dommage purement économique au regard notamment de l'évolution du droit de la responsabilité civile ces dernières années (C.).

A. Une couverture d'assurance selon le type de dommage causé au lésé

Selon la doctrine, le contrat d'assurance responsabilité civile est un contrat par lequel l'assureur s'engage, moyennant paiement d'un prix (prime), à garantir le patrimoine de l'assuré contre les conséquences financières de

¹¹⁹ ATF 106 II 75, c. 3 ; dans le même sens, cf. l'arrêt genevois du 6 avril 1984, in SJ 1984, p. 466.

la responsabilité civile éventuelle de celui-ci¹²⁰. C'est donc avant tout le patrimoine de l'assuré qui est protégé contre les conséquences financières de sa responsabilité. Cependant, l'assurance peut être également destinée à protéger le lésé contre les risques d'insolvabilité du responsable¹²¹.

La couverture d'assurance RC est en pratique moins étendue que les éventuelles prétentions en matière de responsabilité civile élevées contre une personne assurée. Elle est conçue en fonction de la situation de cette personne ou des risques encourus¹²². Ainsi, d'une manière générale, la couverture d'assurance s'étend aux dommages résultant de l'atteinte à une chose ou à une personne. Ces dommages sont assimilés au dommage matériel ou au dommage corporel en droit de la responsabilité civile, à tout le moins dans leur acception classique. Quant au dommage qui ne résulte pas d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou matérielle et qui ne touche que le patrimoine du lésé, il est appelé par les assureurs RC « *préjudice purement pécuniaire* » ou « *préjudice de fortune* »¹²³. Ce préjudice est habituellement exclu de la couverture d'assurance de base et, en outre, fait l'objet de clauses d'exclusion. Les modèles de conditions générales (CGA) de l'Association suisse d'Assurances (ASA) préconisent précisément de prévoir une clause d'exclusion des prétentions pour dommages économiques¹²⁴. Ainsi, par exemple, les CGA pour l'assurance responsabilité civile d'entreprise, édition 2012 des conditions modèles de l'ASA,

¹²⁰ BREHM, Assurance RC, N 1, p. 25 ; BRULHART, Droit des assurances, N 712 et 716.

¹²¹ En particulier pour les assurances RC obligatoires, telles que l'assurance RC pour les moyens de transport : art. 63 al. 1 LCR (Loi fédérale sur la circulation routière ; RS 740.01), art. 33 al. 1 LNI (Loi fédérale sur la navigation intérieure ; RS 747.201), art. 70 al. 1 LA (Loi fédérale sur l'aviation ; RS 748.0), art. 16 al. 1 de la Loi fédérale du 29 mars 1950 sur les entreprises de trolleybus ; les assurances RC pour les activités ou installations présentant des dangers particuliers : l'art. 19 al. 1 LRCN (Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire ; RS 732.44), l'art. 35 al. 1 LITC (Loi fédérale sur les installations de transport par conduites ; RS 746.1), et l'art. 16 al. 1 LChP (Loi fédérale sur la chasse ; RS 922.0). Des lois cantonales prévoient également des assurances responsabilité civile obligatoires pour la garantie de certains risques particuliers.

¹²² On distingue ainsi habituellement entre deux groupes principaux d'assurance RC : l'assurance RC pour véhicules automobiles et l'assurance RC générale. Cette dernière comprend notamment l'assurance RC privée, l'assurance RC professionnelle (notamment médecins, avocats, notaires), l'assurance RC d'entreprises et l'assurance RC du propriétaire d'immeuble. A ce sujet, cf. BRULHART, Droit des assurances, N 716.

¹²³ BRULHART, Droit des assurances, N 718 ; BRULHART, Préjudice économique, pp. 114 - 115.

¹²⁴ Voir sur le site Internet de l'ASA, <http://www.svv.ch>.

contiennent à leur art. 7 let. n, intitulé « restrictions de l'étendue de l'assurance », une clause libellée comme suit : « *Sont exclus de l'assurance (...) Les prétentions pour des dommages économiques ne résultant ni d'une lésion corporelle assurée ni d'un dégât matériel assuré causé au lésé* ». Les compagnies d'assurance reprennent le plus souvent telle quelle la clause d'exclusion des prétentions pour dommage purement économique prévue dans les modèles de l'ASA¹²⁵. D'autres préfèrent exclure ces prétentions au travers de la définition du risque couvert, par exemple comme suit : « *La Compagnie couvre les prétentions fondées sur les dispositions légales régissant la responsabilité civile, formulées contre les personnes assurées en cas de : lésions corporelles (...), dommages matériels (...), préjudices de fortune, à condition qu'ils soient la conséquence d'un dommage corporel ou matériel assuré causé au lésé (...)* »¹²⁶.

Cette réticence des assureurs à assurer les préjudices purement économiques résulte notamment du postulat selon lequel « l'assurance crée le risque »¹²⁷. Par ailleurs, sont prétextées les difficultés qu'il y aurait à évaluer un risque dont la probabilité de survenance ne peut pas être déterminée par des observations passées permettant aux actuaires d'apprécier le prix de la couverture d'assurance¹²⁸. Ensuite, les assureurs invoquent l'ampleur et la complexité des prétentions soulevées en rapport avec un préjudice purement économique¹²⁹. Enfin et surtout, ils sont traditionnellement peu favorables à couvrir les dommages purement économiques résultant de la violation d'obligations contractuelles¹³⁰. C'est le lieu de

¹²⁵ Voir notamment CGA Zurich Suisse pour Business Assurance responsabilité civile, éd. 01/2006, ch. 2 et ch. 5.22 ; CGA Zurich Suisse pour l'assurance ménage, éd. 08/2007, sous lettre C « Assurance responsabilité privée », ch. 204 n°15 ; CGA Compagnie d'Assurances Nationale Suisse SA Assurance responsabilité civile privée, éd. A12, sous lettre D.

¹²⁶ Voir par ex. CGA GENERALI Assurances responsabilité civile de particuliers, éd. juin 2004, lettre A2.

¹²⁷ BRULHART, Droit des assurances, N 720 ; SCHAER, N 65, p. 105 s.

¹²⁸ BRULHART, Préjudice économique, p. 116.

¹²⁹ BRULHART, Préjudice économique, p. 117. A noter toutefois que cet argument ne nous semble pas pertinent dès lors que l'ampleur du dommage et la complexité de son évaluation ne sont pas réservées au seul dommage purement économique. On pense notamment aux dommages consécutifs à une atteinte grave à l'intégrité corporelle d'une personne relativement jeune, ayant de hauts revenus. Un tel cas implique souvent la mise en œuvre d'expertises tant médicale qu'économique et peut aboutir à la prise en charge de montants importants.

¹³⁰ BRULHART, Préjudice économique, p. 117 ; BREHM, Assurance RC, N 223, p. 96.

rappeler que cette contribution ne traite pas de cette dernière hypothèse, en limitant son analyse au dommage purement économique en droit de la responsabilité délictuelle. Nous ne traiterons donc pas non plus des couvertures d'assurance spéciales du préjudice purement économique, telles que l'assurance RC des avocats et notaires indépendants, des architectes et des ingénieurs ou encore de l'assurance RC des dirigeants ou mandataires sociaux¹³¹, dès lors que ces assurances RC ont pour fondement la violation d'obligations essentiellement contractuelles¹³². Il peut toutefois être brièvement rappelé que cette exception à la non-assurance du dommage purement économique concerne ainsi des professions libérales offrant des prestations de service, dans lesquelles le dommage de fortune causé, en général au partenaire contractuel, constitue le risque de responsabilité civile le plus important¹³³. Il existe également d'autres exceptions, telles que notamment des couvertures complémentaires d'assurance qui permettent de s'assurer contre des dommages économiques subis par des tiers (dommage réfléchi)¹³⁴, sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement¹³⁵.

B. La notion de dommage purement économique en droit des assurances et la distinction avec celle du droit de la responsabilité civile

Alors que le droit des assurances définit le préjudice purement économique comme un dommage ne résultant pas d'une atteinte à une personne ou à une chose, nous soutenons pour notre part que ce dommage est celui qui ne découle pas d'une atteinte à un droit absolu. Les deux définitions se

¹³¹ Au sujet de ces couvertures d'assurance spéciales du préjudice purement économique, cf. BRULHART, *Préjudice économique*, p. 119.

¹³² Au sujet de cette distinction, cf. également SCHAEER, N 34, p. 65.

¹³³ BREHM, *Assurance RC*, N 226a, p. 97 ; BRULHART, *Préjudice économique*, p. 118 ss. Pour des exemples de telles couvertures d'assurances complémentaires, cf. le site Internet de l'ASA, <http://www.svv.ch>, notamment les conditions générales complémentaires (CGC) relatives à l'assurance responsabilité civile pour architectes et ingénieurs civils (avec couverture des dommages économiques), éd. 2006, Art. 48. Il est également intéressant de constater sur ce site l'existence de couvertures complémentaires pour médecins, dentistes et autres membre du corps médical qui permettent de couvrir certains dommages économiques découlant de l'activité médicale, par exemple de certificats ou de rapports d'expertise inexacts (CGC, Art. 36, éd. 2011).

¹³⁴ BREHM, *Assurance RC*, N 226, p. 97.

¹³⁵ Cf. *infra*, p. 236.

rejoignent à condition que seule l'intégrité corporelle ou matérielle d'une chose entre dans la catégorie des droits absolus. Or tel n'est pas le cas puisque font partie des droits absolus également la protection de la personnalité et la propriété immatérielle¹³⁶. En droit des assurances, en revanche, une atteinte aux droits de la personnalité ou à la propriété immatérielle provoque un préjudice purement économique puisqu'il ne résulte pas d'une atteinte à l'intégrité d'une personne ou d'une chose¹³⁷. Ainsi, bien que la définition du dommage purement économique retenue en droit des assurances corresponde *a priori* à celle du droit de la responsabilité civile, elle n'est pas identique pour cette raison déjà.

Cette distinction trouve plus généralement sa justification comme suit : alors que l'indemnisation du dommage purement économique dépend finalement de la notion d'illicéité en droit de la responsabilité civile¹³⁸, le droit des assurances l'exclut par principe, en se référant essentiellement à la nature du bien atteint. Est alors considéré comme dommage purement économique celui qui ne résulterait pas d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou à un bien matériel. Encore faut-il savoir ce que ce droit entend exactement par de telles atteintes.

Ainsi, par exemple, même dans le cas d'un dommage consécutif à l'atteinte d'une chose, l'assurance RC limite systématiquement la couverture à l'atteinte à sa substance¹³⁹, à l'exclusion d'une atteinte à sa fonction¹⁴⁰. Avec cette exigence, la notion de dommage matériel est drastiquement restreinte¹⁴¹, surtout si l'on prend la notion de dommage matériel tel que nous l'avons défini dans la présente contribution¹⁴². Cette restriction se justifierait notamment par le risque potentiel de voir les dommages purement économiques plus largement assurés si toute atteinte à la fonc-

¹³⁶ Cf. *supra*, p. 198.

¹³⁷ BRULHART, Préjudice économique, p. 115.

¹³⁸ Cf. *supra*, p. 200.

¹³⁹ Une atteinte à la substance signifie que la chose doit être atteinte dans son intégrité par une influence physique, chimique ou autre. Cf. SCHLÜCHTER, p. 90 ; SCHATZMANN, p. 29 ss.

¹⁴⁰ SCHLÜCHTER, p. 90 ; cf. aussi les conditions générales modèles de l'ASA (Association Suisse d'Assurances) qui préconisent de préciser dans les conditions générales d'assurance l'exclusion de l'atteinte à la seule fonction d'une chose sans atteinte à sa substance, <http://www.svv.ch>.

¹⁴¹ FELLMANN, pp. 133-134.

¹⁴² Cf. *supra*, p. 223.

tion d'une chose devait être reconnue comme dommage matériel¹⁴³. Il résulte de ce qui précède que la couverture offerte en droit des assurances est le plus souvent restreinte au dommage qui résulte exclusivement et strictement de l'atteinte à un bien absolu (illicéité de résultat ; *Erfolgsunrecht*), à l'exclusion de celui pouvant résulter non seulement de l'atteinte à la fonction d'une chose, mais également de la violation d'une norme de comportement (illicéité de comportement ; *Verhaltensunrecht*). Or il convient de rappeler que le dommage résultant de la violation d'un droit absolu ne donne lieu à indemnisation qu'en faveur du titulaire de ce droit. Toujours dans l'exemple de la rupture d'une conduite causant une perte d'exploitation à une entreprise, celle-ci ne peut pas invoquer la violation d'un droit absolu puisqu'elle n'est pas titulaire d'un droit de propriété sur cette conduite¹⁴⁴, pas plus qu'elle ne la possède. Conformément à la jurisprudence établie du Tribunal fédéral¹⁴⁵, elle peut en revanche invoquer l'art. 239 CP (entrave aux services d'intérêt général) comme norme de comportement, protectrice de ses intérêts.

Le droit des assurances méconnaissant en principe cette illicéité de comportement, l'entreprise responsable de la rupture de la conduite se trouvera généralement privée de couverture d'assurance RC pour les dommages-intérêts versés à l'entreprise lésée dans son seul patrimoine après avoir été privée d'eau¹⁴⁶. Avec cette limitation, une partie de la responsabilité légale se trouve dépourvue de toute protection asséculoologique. En soi, il est vrai que le droit des assurances est dicté par le principe de la liberté contractuelle, alors que le droit de la responsabilité civile évolue selon la loi et la jurisprudence. Ainsi, rien n'empêche que le droit des assurances appréhende la notion de dommage plus largement ou, au contraire, plus étroitement que le droit de la responsabilité civile. Cependant, il faut veiller selon nous à ce que ces divergences demeurent compréhensibles et prévisibles pour les preneurs d'assurance et les assurés, sous peine de voir certaines clauses qualifiées d'équivoques, d'inhabituelles ou d'insolites.

¹⁴³ SCHLÜCHTER, pp. 90-91 ; SCHAER, n. 48, p. 271. *Contra* : FELLMANN, p. 141 ss.

¹⁴⁴ ATF 101 Ib 252 ; ATF 102 II 85.

¹⁴⁵ ATF 101 Ib 252 ; ATF 102 II 85. Cf. également *supra*, p. 202.

¹⁴⁶ BREHM, Assurance RC, N 226, p. 97, qui constate cependant une extension possible de la couverture d'assurance RC, moyennant surprime, aux dommages économiques subis par des tiers du fait de l'évolution de la jurisprudence en matière d'illicéité et qui cite précisément en exemple les ATF 101 Ib 252 et 102 II 85.

C. La légitimité et la validité des clauses d'exclusion du dommage purement économique de la couverture d'assurance

Lorsqu'un tribunal est amené à se prononcer sur la validité des conditions générales intégrées globalement à un contrat, il doit systématiquement examiner si, selon le principe de la confiance, l'auteur des conditions générales pouvait légitimement admettre que le cocontractant acceptait la clause litigieuse¹⁴⁷. Si cette clause est peu claire ou insolite, le tribunal devra la considérer comme non écrite. Le principe de la confiance vaut également en matière de contrat d'assurance. Ce principe a notamment engendré la règle selon laquelle les clauses équivoques s'interprètent en défaveur de leur rédacteur¹⁴⁸.

Ainsi, la validité des clauses d'exclusion prévues dans un contrat d'assurance RC peut *d'abord* être éprouvée en application de la **règle du manque de clarté** stipulée à l'art. 33 LCA. Cette disposition stipule que « *l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque* ». Elle signifie donc que, dans le doute, l'assureur répond pour tous les événements qui sont en lien avec le risque assuré¹⁴⁹. Partant, les clauses d'exclusion doivent, d'après cette disposition, satisfaire certaines exigences : elles doivent être précises et non équivoques. A défaut, elles seront interprétées au détriment de l'assureur¹⁵⁰. Selon la jurisprudence, pour déterminer si une clause d'exclusion satisfait les exigences de clarté et de précision, il convient de se référer au sens généralement donné dans le langage courant aux termes utilisés. De manière générale, une clause

¹⁴⁷ A ce sujet, cf. TF, 4A_24/2012, c. 3.1 ; ATF 135 III 1, c. 2.1 ; ATF 119 II 443, c. 1 ; BIERI, p. 49, N 6 et les réf. citées.

¹⁴⁸ Voir BRULHART, Droit des assurances, N 261.

¹⁴⁹ Voir FELLMANN, pp. 142-143 et les réf. citées ; FUHRER, ad art. 33 LCA, p. 510, N 150 ss.

¹⁵⁰ Pour des exemples, cf. ATF 122 III 118, c. 2a ; ATF 119 II 368, c. 4b ; ATF 118 II 342, c. 1a ; ATF 116 II 189, c. 2a ; Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 22 novembre 2012, ATAS/1423/2012, c. 4b ; cf. aussi KUHN, N 614-615 ; SCHAEER, p. 249, N 40 ss.

d'exclusion doit être interprétée restrictivement¹⁵¹. Ainsi, par exemple, FELLMANN prévient, à notre sens à juste titre, que les clauses limitant la définition du dommage matériel à une atteinte à la substance de la chose, à l'exclusion d'une atteinte à sa fonction, sont parfaitement susceptibles de susciter des doutes quant à leur caractère précis et/ou non équivoque¹⁵².

En revanche, s'agissant des clauses qui excluent de la couverture d'assurance les préjudices purement économiques qui ne résulteraient pas de l'atteinte à l'intégrité corporelle ou à une chose, elles se prêtent assez peu au jeu de l'interprétation. En effet, la plupart de ces clauses précisent bien que sont exclues les prétentions pour des dommages économiques ne résultant ni d'une lésion corporelle assurée ni d'un dégât matériel assuré *causé au lésé*. En reprenant l'exemple de l'entreprise qui se trouve privée d'eau ou d'électricité suite à la rupture de la conduite ou du câble ne lui appartenant pas, il n'y a pas de doute sur le fait qu'elle n'a pas, elle-même, subi une atteinte à sa propriété et donc un dégât matériel au sens où l'entend le contrat d'assurance. Ainsi, la personne responsable du dommage subi par cette entreprise qui, selon la jurisprudence, peut se fonder sur l'art. 239 CP pour lui réclamer la réparation du préjudice purement économique subi, ne pourra pas prétendre se reposer sur l'art. 33 LCA pour amener l'assurance RC à répondre du préjudice. Si, toutefois, les clauses d'exclusion devaient être formulées comme suit : « *Ne sont pas assurées les prétentions pour les dommages économiques ne résultant pas d'une lésion corporelle ou d'un dégât matériel assuré* »¹⁵³, elles pourraient à notre sens être qualifiées d'équivoques. En effet, dans ce cas, la personne responsable pourrait s'attendre à l'intervention de son assurance RC dès lors que, toujours dans l'exemple de la rupture d'une conduite, il y a bien un dégât matériel assuré et le préjudice économique subie par l'entreprise tierce en est bien le résultat. En ne précisant pas qu'elle exclut tout préjudice économique qui ne résulterait pas du dégât matériel *causé*

¹⁵¹ ATF 118 II 342, c. 1a ; ATF 116 II 189, c. 2a ; Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 22 novembre 2012, ATAS/1423/2012, c. 4b ; cf. aussi FUHRER, ad art. 33 LCA, p. 517 ss, N 178 ss ; KUHN, N 614-615 ; SCHAER, p. 252, N 42 s.

¹⁵² FELLMANN, p. 142.

¹⁵³ Dans ce contexte, les lésions corporelles assurées sont la mort, les blessures, ou toute autre atteinte à la santé de personnes. Quant aux dégâts matériels, ce peut être la destruction, la détérioration ou la perte de choses. Cf. par exemple, Conditions générales d'assurance (CGA) pour l'assurance ménage, y compris l'assurance responsabilité civile privée, de la Zurich assurances, éd. 08/2007, art. 202 ch. 1 et 204 ch. 15.

au lésé lui-même, elle ouvrirait une brèche dans laquelle le preneur d'assurance ou l'assuré non averti pourrait s'engouffrer.

Ensuite, les clauses d'exclusion peuvent également être examinées sous l'angle de la **règle des clauses insolites**, également intitulée **règle du caractère inhabituel**. Cette règle va encore plus loin que celle prévue à l'art. 33 LCA. Elle suppose que la clause d'exclusion soit étrangère à la nature de la convention conclue entre les parties, à raison de son contenu ou d'autres circonstances, et qu'elle soit susceptible de provoquer la surprise. En principe, ce n'est donc que la partie dite faible ou inexpérimentée qui peut s'en prévaloir¹⁵⁴. Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite¹⁵⁵. La jurisprudence a pu concrétiser la mise en œuvre de cette règle dans le domaine particulier du contrat d'assurance à diverses reprises¹⁵⁶. Dans un arrêt du 9 mai 2008, le Tribunal fédéral a notamment considéré comme insolite une clause excluant de la couverture d'assurance RC d'entreprise les prétentions de personnes louées à l'assuré par une agence de placement intérimaire, celle-ci allant contre les attentes justifiées (« *berechtigte Erwartungen* ») de l'assuré qui, en sa qualité d'entreprise du bâtiment, occupait fréquemment du personnel temporaire et devait pouvoir compter sur une protection contre le risque d'accident dont elle aurait été responsable¹⁵⁷. En revanche, il n'a pas été amené, à notre connaissance, à se prononcer jusqu'à présent sur la question de savoir si une clause excluant de la couverture d'assurance RC le préjudice purement économique pourrait dans certaines circonstances être qualifiée d'insolite. Pourtant, on peut légitimement se demander si le preneur d'assurance ordinaire, qui ne dispose d'aucune connaissance juridique, peut s'attendre à devoir faire face à une absence totale de couverture d'assurance dans le

¹⁵⁴ BRULHART, Droit des assurances, N 287 ss, p. 129 ss et les réf. citées ; KOLLER, p. 21 ss.

¹⁵⁵ ATF 135 III 1 ; cf. aussi SCHAER, pp. 256-257, N 54 s.

¹⁵⁶ ATF 119 II 443 (en relation avec une assurance casco) ; TF, 4A_187/2007 (en relation avec un contrat d'assurance RC d'entreprise) ; ATF 135 III 1 (en relation avec un contrat d'assurance ménage et responsabilité civile) ; ATF 135 III 225 (en relation avec un contrat d'assurance d'indemnités journalières) ; ATF 138 III 411 (en relation avec un contrat d'assurance d'indemnités journalières).

¹⁵⁷ TF, 4A_187/2007. Pour une critique de cet arrêt, cf. BREHM Roland, JdT 2009 I 29, pp. 31-32, pour qui, si les tribunaux en viennent à invoquer à chaque fois la clause insolite lorsqu'ils sont confrontés à une clause d'exclusion qui déçoit ce qu'ils considèrent comme une « *berechtigte Erwartung* » de l'assuré, l'assurance RC d'entreprise devra cesser d'exister.

cas où, en vertu de la jurisprudence, il a violé une norme de comportement, par exemple l'art. 239 CP, qui permet à la personne lésée dans son seul patrimoine de lui réclamer la réparation de son dommage. Il n'a en effet pas à envisager, surtout s'il n'a pas été informé clairement par son assurance RC, que le préjudice économique sera pris en charge s'il a la « chance » d'avoir rompu la conduite appartenant au lésé, mais qu'en revanche, ce même dommage demeurera à sa charge s'il a la « malchance » d'être tombé sur une conduite qui n'appartenait pas au lésé. En outre, une entreprise de construction qui, dans le cadre habituelle de son activité, est régulièrement appelée à exécuter des travaux de fouille, devrait pouvoir compter sur une protection contre le risque de rencontrer une conduite ou un câble et de causer de la sorte un préjudice économique aux entreprises privées d'eau ou d'électricité. Ainsi, en référence à l'arrêt du 9 mai 2008 précité, la clause excluant de la couverture d'assurance RC les prétentions de ces entreprises va à nos yeux à l'encontre des attentes justifiées de l'entreprise de construction assurée ; elle n'engage donc pas cette dernière.

Les compagnies d'assurance semblent conscientes de ce risque dès lors que certaines d'entre elles offrent la possibilité de s'assurer, moyennant surprime, également contre les dommages économiques subis par des tiers (dommage réfléchi), dont la jurisprudence rend l'assuré responsable. Selon BREHM, cette extension est le résultat de l'évolution de la jurisprudence en matière d'illicéité¹⁵⁸. Il cite précisément pour exemples les cas dans lesquels les dommages économiques subis par les utilisateurs d'énergie ou d'eau ont été mis à la charge de celui qui avait endommagé le câble électrique ou la conduite propriété du distributeur¹⁵⁹. Ainsi, bien que les assureurs soient théoriquement libres de s'écarter de l'évolution du droit de la responsabilité civile, il semblerait tout de même qu'une adaptation progressive des couvertures d'assurance RC soit à terme inévitable. Cette adaptation consistera le plus souvent à offrir aux preneurs d'assurances la possibilité de contracter une assurance complémentaire contre des prétentions en réparation de préjudices purement économiques résultant de la violation de normes de comportement dont le champ d'application porte précisément sur l'activité exercée et pour lesquelles les risques de violation sont prévisibles. Cela nous amène à la réflexion suivante : l'assureur qui peut établir avoir rendu attentif le preneur

¹⁵⁸ BREHM, Assurance RC, N 226, p. 97.

¹⁵⁹ ATF 101 Ib 252 ; ATF 102 II 85.

d'assurance de la possibilité de contracter une assurance complémentaire pour se prémunir contre de telles prétentions ne pourra vraisemblablement pas se voir opposer la règle de la clause insolite. La preuve d'une telle information pourrait lui être facilitée si, dans les conditions générales de la couverture d'assurance de base, il est mentionné et surligné que sont exclus les dommages économiques ne résultant ni d'une lésion corporelle ni d'un dégât matériel causé au lésé, *sous réserve d'une couverture d'assurance complémentaire*. Encore faut-il que le preneur d'assurance ait la possibilité concrète d'être renseigné sur l'objet et l'étendue de cette couverture spéciale.

Une autre divergence entre responsabilité civile et droit des assurances serait envisageable le jour où la jurisprudence viendrait à étendre, comme nous le suggérons, la notion de dommage matériel, pour y inclure l'ensemble des cas impliquant un trouble de la possession.

Enfin, les clauses d'exclusion peuvent, théoriquement à tout le moins, être éprouvées à l'aune du nouvel art. 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹⁶⁰ qui introduit formellement la **notion de clauses abusives** en la définissant comme suit : « *Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et obligations découlant du contrat* ». Toutefois, le champ d'application de cette disposition est restreinte dès lors que :

- Elle limite sa protection au « *consommateur* ». Or cette notion juridique indéterminée n'est pas définie dans la loi. Dans l'attente d'une jurisprudence qui en précisera la définition, la doctrine se montre divisée sur la question. Alors que certains auteurs considèrent qu'une interprétation conforme de la volonté du législateur plaide en faveur d'une limitation aux seules personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales¹⁶¹, d'autres soutiennent que l'absence de définition claire dans la loi parle en faveur d'une notion du consommateur qui s'étendrait aux personnes morales, à tout le moins lorsque celles-ci exercent une activité non lucrative ou

¹⁶⁰ RS 241.

¹⁶¹ A ce sujet, cf. DUPONT, p. 51 ss, N 12 ss.

qu'elles agissent à titre privé, c'est-à-dire sans rapport avec leurs activités commerciales ou professionnelles¹⁶².

- Elle implique d'établir « *une disproportion notable et injustifiée* » entre les droits et obligations découlant du contrat. La preuve d'une éventuelle disproportion entre les droits et obligations de chacune des parties liées par un contrat d'assurance sera particulièrement difficile à apporter sans des connaissances spécifiques en matière d'actuariat¹⁶³.

Au vu de ces conditions restrictives, l'art. 8 LCD ne présente pas, à première vue, un grand intérêt pratique pour les preneurs d'assurance et les assurés qui tenteraient de mettre en cause la validité des conditions générales d'assurance, en particulier celles excluant la couverture des dommages purement économiques. En effet, ces dommages surviennent le plus souvent dans l'exercice d'une activité commerciale ou professionnelle. Or cette nouvelle disposition semble malheureusement réserver son champ de protection aux souscripteurs de police d'assurance à des fins exclusivement privées¹⁶⁴. Elle n'est ainsi d'aucun secours à l'ensemble des preneurs d'assurance qui seraient des personnes morales, telles que notamment les entreprises de construction, susceptibles de provoquer des préjudices économiques à des tiers dans l'exécution de leurs activités professionnelles, sans compter qu'il paraît à première vue périlleux de prouver que la clause d'exclusion du préjudice purement économique entraînerait une disproportion notable et injustifiée entre les parties au contrat d'assurance, disproportion qui doit être établie en tenant compte de l'économie globale du contrat¹⁶⁵. Dans l'attente d'une jurisprudence qui permettra, peut-être, de mieux évaluer les chances d'une procédure inten-

¹⁶² DUPONT, pp. 110-111, N 20-21 et les réf. citées ; GOBET, p. 540.

¹⁶³ DUPONT, p. 118, N 38, pour qui l'examen d'une éventuelle disproportion ne peut pas se limiter à un rapport strictement arithmétique entre la valeur économique de la prestation de l'assureur et celle de la contre-prestation (les primes payées). La valeur du risque assuré doit en effet être prise en considération.

¹⁶⁴ DUPONT, p. 114, N 28 ss, pour qui une solution raisonnable consisterait à distinguer entre les polices conclues *dans le but d'organiser l'activité professionnelle* (p.ex. les assurances RC professionnelles) et les assurances conclues *en lien direct avec le déploiement de l'activité commerciale* (p.ex. l'assurance-transport pour des marchandises vendues) et qui juge nécessaire, aux fins de garantir la sécurité et la prévisibilité du droit, que la notion de consommateur soit clarifiée dans le cadre d'une révision de la LCA.

¹⁶⁵ Voir PICHONNAZ/FORNAGE, p. 289, N 69.

tée sur la base de l'art. 8 LCD, les preneurs d'assurances et les assurés auront tout avantage à plaider principalement la règle des clauses insolite ou celle des clauses ambiguës de l'art. 33 LCA¹⁶⁶.

Bibliographie

- BIERI Laurent, *Le contrôle judiciaire des conditions générales*, in *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, p. 47 ss.
- BREHM Roland, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Artikel 41-61 OR), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, vol. VI/1/3/1, 3^e éd., Berne 2006 (cité : BK-BREHM).
- BREHM Roland, *Le contrat d'assurance RC*, Bâle 1997 (cité : BREHM, Assurance RC).
- BRULHART Vincent, *La prise en charge du préjudice économique pur par l'assureur*, in C Chappuis/B. Winiger (édit.), *Préjudice : une notion en devenir*, Zurich 2004, p. 107 ss (cité : BRULHART, Préjudice économique).
- BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, Berne 2008 (cité : BRULHART, Droit des assurances).
- CHAPPUIS Christine, *La distinction entre l'illicéité et la faute : n'est-il pas temps de renoncer ?*, in S. Fuhrer/C. Chappuis (édit.), *Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm*, Berne 2012, p. 83 ss.
- CHAUDET François/KOCH Anabelle, *Responsabilité pour les dommages réputés purement économiques – Une critique des solutions actuelles en droit suisse*, in J. Bénédicte/P. Marville/F. Roux/R. Schlosser/P.-D. Schupp (édit.), *Responsabilité civile et assurance, Études en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Lausanne 2000, p. 59 ss.
- DUPONT Anne-Sylvie, *L'art. 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, p. 99 ss.

¹⁶⁶ DUPONT, pp. 141-142, N 87.

- FELLMAN Walter, *Substanzbeeinträchtigungs- und Funktionsbeeinträchtigungstheorie beim Sachschaden – Fata Morgana am juristischen Horizont*, in S. Fuhrer/C. Chappuis (édit.), *Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm*, Berne 2012, p. 133 ss.
- FELLMAN Walter/KOTTMANN Andrea, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*, Berne 2012.
- FUHRER Stephan, in H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder/P. Grolimund (édit.), *Basler Kommentar zum VVG*, Bâle 2001.
- GAUCH Peter (en collaboration avec Justin SWEET), *Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden*, in P. Forstmoser/H. Giger/A. Heini/W. R. Schluop (édit.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zurich 1989, p. 117 ss.
- GOBET Marie-Noëlle, *L'art. 8 LCD et les conditions générales*, in *L'expert-comptable suisse* 2013, p. 539 ss.
- HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich 2005.
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas (édit.), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II*, 4^e éd., Bâle 2011 (cité : BSK-AUTEUR).
- KELLER Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht*, vol. I, 6^e éd., Berne 2002.
- KELLER Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht*, vol. II, 2^e éd., Berne 1998.
- KRAMER Ernst A., « *Reine Vermögensschäden* » als Folge von *Stromkabelbeschädigungen*, *recht* 1984, p. 128 ss.
- KUHN Moritz W., *Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Zurich 2010.
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, th. Fribourg, Zurich 2007.
- LORANDI Franco, *Haftung für reinen Vermögensschaden*, *recht* 1990, p. 19 ss.
- MISTELI Christophe, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, th. Lausanne, Zurich 1999.

- MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013.
- OFTINGER Karl/STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Zurich 1995.
- OVERNEY Alexis, *Illicéité de résultat et illicéité de comportement, une distinction dépassée ?*, in S. Fuhrer/C. Chappuis (édit.), *Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm*, Berne 2012, p. 293 ss.
- PEYER Patrik R., *Zur Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschaden*, *Recht* 2002, p. 99 ss.
- PICHONNAZ Pascal/FORNAGE Anne-Christine, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, *RSJ* 106/2010, p. 285 ss.
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich 2008.
- ROBERTO Vito, *Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens*, *PJA* 1999, p. 211 ss.
- SCHAER Roland, *Modernes Versicherungsrecht, Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht*, Berne 2007.
- SCHATZMANN Bruno, *Der Begriff des Sachschadens in der Betriebshaftpflichtversicherung und im Haftpflichtrecht*, *RSA/SVZ* 68 (2000) p. 26 ss.
- SCHLÜCHTER Fabio, *Praktische und rechtliche Fragen des Versicherungsschutzes*, *REAS* 2006, p. 89 ss.
- SCHÖNENBERGER Beat, *Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie*, *REAS* 2004, p. 3 ss.
- STARK Emil W., *Der Besitz (Artikel 919-941 ZGB)*, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, vol. IV/3/1, 3^e éd., Berne 2001 (cité BK-STARK).
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, t. I, 5^e éd., Berne 2012.
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, t. II, 4^e éd., Berne 2012.

TERCIER Pierre, *La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile*, in B. Schnyder/P. Gauch (édit.), *Gedächtnisschrift Peter Jäggi*, Fribourg 1977, p. 239 ss.

WERRO Franz, *Tort Liability for Pure Economic Loss : A Critique of Current Trends in Swiss Law*, in E. K. Banakas (édit.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Londres 1996, p. 181 ss (cité : WERRO, *Pure Economic Loss*).

WERRO Franz, *Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht*, RDS 1997 I 343.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011 (cité : WERRO, *Responsabilité civile*).