



Chapitre de livre

1998

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les règles de la bonne foi entre contrat et délit

Chappuis, Christine

How to cite

CHAPPUIS, Christine. Les règles de la bonne foi entre contrat et délit. In: Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin. Dufour, Aldred, Rens, Ivo, Meyer-Pritzi, Rudolf et Winiger, Bénédicte (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1998. p. 227–248. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:10736>

Les règles de la bonne foi entre contrat et délit

Christine CHAPPUIS*

Entre le contrat, source d'obligations par excellence, et le délit, s'étend un *no man's land* dont la *culpa in contrahendo* s'était fort bien accommodée au fil des années. Ce *no man's land* a été élargi par le Tribunal fédéral avec les arrêts Swissair et Grossen devenus célèbres¹ et confirmés depuis lors². Ces arrêts admettent tous deux une prétention en dommages-intérêts en l'absence de tout fondement contractuel ou délictuel, sur la base d'un chef de responsabilité autonome: la «responsabilité fondée sur la confiance»³.

I. UN DÉVELOPPEMENT JURISPRUDENTIEL INTÉRESSANT

Afin de faciliter la compréhension de ce qui va suivre, un mot sera dit de l'état de fait des deux arrêts. Dans l'arrêt Swissair, le Tribunal fédéral admet

* La responsabilité pour confiance créée, thème principal de la présente contribution, fait l'objet d'un diplôme d'études supérieures en préparation à la Faculté de droit de Genève. Que son auteur, Madame Ariane MORIN soit remerciée de toutes les discussions, parfois contradictoires, qui ont enrichi ma réflexion. Mes remerciements s'adressent également au professeur Gilles PETITPIERRE, toujours disponible pour aider à évaluer un raisonnement ou approfondir une idée.

¹ ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359; ATF 121/1996 III 350, SJ 1996 197, Pr. 1996 613 n° 168. Cf. les commentaires mentionnés par CHAPPUIS Christine, «La responsabilité fondée sur la confiance», *La Semaine Judiciaire* 1997, pp. 165 ss, n. 4, auxquels il faut ajouter: WIEGAND Wolfgang, «Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995», *Revue suisse des juristes bernois* 133/1997, pp. 111 ss, 114 ss; «Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts», Teil I, *recht* 1997, pp. 85 ss; SCHNYDER Bernhard, «Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995», *Revue suisse des juristes bernois* 133/1997, pp. 30 ss, 32 s.

² Par l'ATF 123/1996 III 220, 230 s., JT 1997 I 242, 246 (rés.), qui élargit théoriquement le champ d'application de la responsabilité fondée sur la confiance tout en la déclarant inapplicable dans le cas soumis au Tribunal fédéral. Par ailleurs, un arrêt antérieur de quelques mois à l'arrêt Swissair développe la même idée sans toutefois que le Tribunal fédéral s'y réfère ultérieurement: ATF 120/1994 II 155, 171. Enfin, l'ATF 123/1996 III 35,42, JT 1997 I 322, 329 (traduction imprécise) mentionne la «*Vertrauenshaftung*», toutefois sans référence aux arrêts Swissair et Grossen.

³ ATF 123/1995 III 350, 335; «*Vertrauenshaftung*» selon l'ATF 120/1994 II 331, 337.

la responsabilité de principe d'une société mère (Swissair) en raison de la confiance créée chez la demanderesse (Wibru) par des déclarations de type publicitaire. Wibru s'était fiée à ces déclarations, qui faisaient état de l'appartenance de IGR au groupe Swissair, et avait perdu son investissement dans la faillite de IGR⁴. Quant au second arrêt, il reconnaît à un sportif, Grossen, une action en dommages-intérêts contre une association sportive faitière (Fédération Suisse de Lutte Amateur, ci-après: la Fédération) dont ce dernier n'est pas membre. La Fédération avait imposé à Grossen une épreuve supplémentaire non prévue pour la participation aux Championnats du monde, alors que Grossen, pour satisfaire aux critères de sélection précédemment fixés, avait pris des congés non payés. Vaincu lors de l'épreuve supplémentaire, Grossen n'avait pas pu participer aux Championnats. Les conditions auxquelles sont soumis ces cas de responsabilité, et le Tribunal fédéral insiste sur ce point, «sont strictes: il faut que par son comportement, la société mère ait provoqué, puis déçu de manière contraire à la bonne foi, des attentes déterminées quant à son rôle et à sa responsabilité dans le groupe»⁵. «La responsabilité de la société mère suppose, entre le lésé et le responsable, une relation particulière («*Sonderverbindung*»), soit un rapport spécial de confiance et de fidélité»⁶.

En ce qui concerne le fondement théorique de ce raisonnement, le Tribunal fédéral, dans le premier arrêt, examine soigneusement la question sous l'angle contractuel⁷ avant de balayer en une phrase le fondement délictuel. Dans le second arrêt, c'est l'aspect contractuel qui est rapidement écarté alors

⁴ IGR Holding Golf and Country AG (ci-après IGR) était une société fondée en 1987 par Swissair Beteiligungen AG. IGR offrait à ses clients des résidences luxueuses à proximité de terrains de golf. La documentation publicitaire faisait état de l'appartenance de IGR au groupe Swissair et mentionnait par exemple que «partout où se trouve International Golf and Country Residences, elle bénéficie de l'appui de Swissair. IGR est une entreprise autonome de Swissair, mais elle travaille selon les mêmes principes que sa société mère» (ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 362 (cons. 3 b). Pour devenir «membre», il fallait payer d'avance un montant de 30 000 à 90 000 fr. Les membres avaient le droit de jouir chaque année de leurs résidences pendant une durée de 40 ans. Wibru Holding AG (ci-après: Wibru) acquit la qualité de «membre» en décembre 1988. En mai 1989, IGR devint une filiale à 100% de Euroactividade AG. Elle fut ultérieurement déclarée en faillite. Wibru, n'ayant pas obtenu le remboursement de la somme qu'elle avait versée en décembre 1988, s'adressa à Swissair Beteiligungen AG.

⁵ ATF 121/1995 III 350, 355-356, Pr. 1996 613, 617.

⁶ ATF 121/1995 III 350, 356, Pr. 1996 613, 617.

⁷ L'ATF 120/1994 II 331, 333-335, JT 1995 I 359, 361-363 examine, pour les rejeter, la possibilité d'une déclaration de patronage (cons. 2) et d'une promesse de porte-fort (cons. 3).

que quelques considérations intéressantes tirées de l'opinion de KELLER⁸ sont consacrées au fondement délictuel, également rejeté. L'absence de fondement délictuel et contractuel n'empêche pas le Tribunal fédéral de retenir l'existence d'un chef de responsabilité dans les deux cas. Dans l'aventure, le *no man's land* évoqué plus haut a gagné un nom et changé de taille. Il se nomme désormais «*Vertrauenshaftung*» en allemand et «responsabilité fondée sur la confiance» en français⁹. Comprenant initialement la seule *culpa in contrahendo*, ce domaine du droit de la responsabilité a été enrichi par la jurisprudence, de la responsabilité pour renseignements inexacts, de la responsabilité d'une société mère envers les partenaires contractuels d'une filiale en raison de la confiance suscitée dans le comportement de la société mère, de celle d'une association sportive faîtière envers un non-membre¹⁰ et, en dernier lieu, d'une possible responsabilité d'une filiale envers les partenaires contractuels de la société mère en raison de la confiance suscitée dans le comportement de la filiale¹¹.

Pour éviter le danger d'avalanche que pourraient laisser craindre ces arrêts¹², il devient urgent de donner une assise théorique à ce développement nouveau. La lutte contre le spectre de l'insécurité juridique, qui ne manque pas de surgir devant la brèche grandissante ouverte dans le droit de la responsabilité, est à ce prix. Il ne paraît en effet pas souhaitable, au contraire de ce qui résulte de la jurisprudence, de laisser ces situations toujours plus nombreuses en suspens dans les limbes de ce qui n'est ni réellement un contrat, ni tout à fait un acte illicite. La présente contribution se propose de démontrer que les art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO forment un système cohérent et propre à appréhender tous les cas de responsabilité décrits, pour autant que l'on reconnaisse aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) une portée autonome.

⁸ KELLER Max/GABI Sonja, *Das Schweizerische Schuldrecht*, vol. 2, *Haftpflichtrecht*, 2e éd., Bâle 1988, pp. 40 ss; KELLER Max, «Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?», *recht* 1987, pp. 136 s. Cf. *infra*, II.a.

⁹ Expression à laquelle on pourrait préférer celle de responsabilité «pour confiance créée», afin d'éviter de porter trop loin l'imputation du dommage à un tiers et d'insister sur le comportement tout à fait particulier que suppose une telle responsabilité.

¹⁰ Pour ces trois cas, cf. ATF 121 III 350, 354 et 355, Pr. 1996 613, 616 et 617; ATF 120/1994 II 330, JT 1995 I 359.

¹¹ ATF 123/1996 III 220, 230 s., JT 1997 I 242, 246, cité *supra* n. 2.

¹² DRUEY Jean Nicolas, «Droit des groupes de société» (commentaire de l'arrêt Swissair), *Revue suisse de droit des affaires* 1995, pp. 93 ss, 96; BÄR Rolf, «Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994», *Revue suisse des juristes bernois* 132/1996, pp. 447 ss, 454, 456.

II. PORTÉE DES RÈGLES DE LA BONNE FOI

Déterminer la portée des règles de la bonne foi suppose que l'on examine si et à quelle condition l'art. 2 al. 1 CC est susceptible de trouver application en dehors d'un rapport juridique préexistant et si cette disposition peut être une source de devoirs dont la violation pourrait entraîner l'obligation de réparer le dommage, soit sur la base de l'art. 41 al. 1 CO, soit sur celle de l'art. 97 al. 1 CO.

a) Dans le cadre des art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO

Dans l'arrêt Grossen, le Tribunal fédéral, d'une part, affirme que, faute d'engagement contractuel, une responsabilité fondée sur l'art. 97 al. 1 CO n'entre pas en considération, d'autre part, admet que la condition de l'illicéité n'est pas réalisée¹³. Sur le premier point, on pourrait effectivement être tenté de retenir que, faute d'engagement contractuel, l'art. 97 CO ne trouve pas application. Ce serait toutefois rétrécir singulièrement le champ d'application de cette disposition qui ne suppose nullement la conclusion d'un contrat. Sa condition première est la violation d'une obligation dont la source peut se trouver tant dans un contrat que dans la loi¹⁴. C'est à tort que la responsabilité fondée sur l'art. 97 CO est nommée «responsabilité contractuelle»; il s'agit plus exactement d'une responsabilité pour inexécution d'une obligation en général¹⁵. L'absence de contrat ne suffit par conséquent pas à exclure l'application de l'art. 97 CO qui suppose simplement l'existence d'une obligation, c'est-à-dire d'un devoir particulier. Si l'on admet qu'une telle obligation peut trouver son fondement à l'art. 2 al. 1 CC, la violation de celle-ci sera directement réglée par l'art. 97 al. 1 CO.

En ce qui concerne le second point, un comportement est illicite, selon la définition objective de l'illicéité retenue par la jurisprudence, s'il viole un

¹³ ATF 121/1995 III 350, 354, cons. 6 a) et b), Pr. 1996 613, 616.

¹⁴ WIEGAND Wolfgang, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, n. 3 ad art. 97 CO; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, 6e éd., Zurich 1995, n° 2567; v. TUHR Andreas/ESCHER Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. 2, 3e éd., Zurich 1974, § 68, p. 94 n. 2a.

¹⁵ ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., Berne 1997, p. 704; YUNG Walter, «Devoirs généraux et obligations» (1968), in: *Etudes et articles*, Genève 1971, pp. 111 ss, 115.

devoir légal général, soit qu'il lèse un droit absolu du lésé («*Erfolgsumrecht*»), soit qu'il provoque une atteinte de nature purement économique en violation d'une norme protectrice («*Verhaltensunrecht*»)¹⁶. Le problème est de déterminer si l'art. 2 CC constitue une source autonome de devoirs légaux dont la violation constituerait un acte illicite, comme le soutient KELLER¹⁷. Or, le Tribunal fédéral refuse «sauf cas tout à fait exceptionnels, de considérer l'art. 2 CC comme une norme de protection fondamentale dont la violation est propre à entraîner une responsabilité basée sur l'art. 41 CO; l'art. 2 CC ne fonde en effet pas une obligation indépendante, mais s'applique en rapport avec des droits et obligations déjà existants»¹⁸. Cette opinion, qui relève d'une interprétation littérale de l'art. 2 al. 1 CC, correspond à celle d'une partie de la doctrine¹⁹.

¹⁶ ATF 123/1997 III 306, 312; 122/1996 III 176, 192; 119/1993 II 127, JT 1994 I 298, 300, se référant à l'ATF 108/1982 II 305, 311, JT 1983 I 609, 610 (rés.). Cette définition correspond à celle de la doctrine dominante: GAUCH Peter, «Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts», *recht* 1996, pp. 225 ss, 232; ENGEL, Traité (n. 15), pp. 448 ss; BREHM Roland, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Berner Kommentar*, ad art. 41-60 CO, Berne 1990, n. 35 ss ad art. 41 CO; REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zurich 1995, n° 670 ss; DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 1982, § 6 n° 8 ss, pp. 70 ss. Approche plus restrictive: WERRO Franz, in: TERCIER Pierre/WERRO Franz, «Les grandes notions de la RC: quoi de neuf?», in: *Journées du droit de la circulation routière* 1996, Fribourg 1996, pp. 24 ss, 24-25.

¹⁷ KELLER/GABI, *Haftpflichtrecht* (n. 8), pp. 40 s.; KELLER, *Treu und Glauben* (n. 8), p. 137. Dans le même sens: PETITPIERRE Gilles, «Les fondements de la responsabilité civile», *Revue de droit suisse* 116/1997 I, pp. 273 ss, 279; ENGEL, Traité (n. 15), p. 450; KUHN Moritz, «Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung», *Revue Suisse de Jurisprudence* 1986/82, pp. 345 ss, 353; OFTINGER Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. I, 4e éd., Zurich 1975, § 130, p. 130; OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, *Das Obligationenrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (art. 1-183 CO)*, 2e éd., Zurich 1929, n. 9 ad art. 41 CO. MERZ Hans, in: *Berner Kommentar, Einleitung* (art. 1-10 CC), Berne 1996, n. 84 ad art. 2 CC, semble considérer les règles de la bonne foi comme une concrétisation de la notion d'illicéité, ce qui devrait entraîner l'illicéité d'un comportement contraire aux règles de la bonne foi.

¹⁸ ATF 123/1995 III 350, 354, Pr. 1996 613, 616.

¹⁹ Cf. en particulier, STARK Emil W., in: OFTINGER Karl/STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. 2, *Besonderer Teil*, 1re partie, 4e éd., Zurich 1987, § 16, n° 108 ss, pp. 39 ss [opinion contraire à celle exprimée par OFTINGER (n. 17) en 1975]; BREHM, BeKo (n. 16), n. 53 ad art. 41 CO; REY, *Haftpflichtrecht* (n. 16), p. 142 n° 718. Nuancé: SCHNYDER Bernhard, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, n. 36 ad art. 41 CO.

L'idée que l'art. 2 al. 1 CC est une norme d'application du droit (*Rechtsanwendungsnorm*)²⁰ supposant un rapport juridique préexistant peut être remise en cause à trois égards. Cette idée est contredite, en premier lieu, par la reconnaissance, dans les deux arrêts, de devoirs de comportement incombant à Swissair comme à la Fédération et qui trouvent leur fondement dans les règles de la bonne foi²¹, alors que, précisément, l'art. 2 al. 1 CC ne devrait pas être applicable faute d'un rapport juridique préexistant. Ainsi, le Tribunal fédéral, tout en refusant de voir dans la violation de l'art. 2 al. 1 CC un acte illicite, donc un cas de responsabilité extracontractuelle, admet que la violation de devoirs fondés sur la même disposition engendre une responsabilité pour confiance créée. La crainte d'un dérapage du droit de la responsabilité délictuelle, qui explique le refus de considérer la violation de l'art. 2 al. 1 CC comme un acte illicite, n'est pas moins présente devant la reconnaissance d'une telle responsabilité en dehors des fondements juridiques existants. En second lieu, ce refus du Tribunal fédéral est contraire à la reconnaissance toute générale de la *culpa in contrahendo*. Les pourparlers précontractuels ne constituent pas encore un rapport juridique, ce rapport ne naissant qu'avec la conclusion du contrat. L'art. 2 CC ne serait par conséquent pas applicable avant la conclusion du contrat. Pourtant, il est généralement admis que des devoirs fondés sur l'art. 2 CC résultent du rapport de pourparlers²². En ma-

²⁰ STARK, *Haftpflichtrecht*, (n. 19), § 16 n° 114, p. 140; MERZ, *BeKo* (n. 17), n. 30 ad art. 2 CC.

²¹ ATF 120/1994 II 331, 337 (passage non traduit au JT 1995 I 359, 364): «Daraus ergeben sich Art und Umfang der **auf Treu und Glauben beruhenden Verhaltenspflichten**, deren Verletzung eine Vertrauenshaftung auslöst» (caractère gras ajouté). Dans l'arrêt Grossen, on peut lire que «cette attitude contraire aux règles de la bonne foi était propre à engager la responsabilité de la défenderesse pour le dommage causé au demandeur» (ATF 121/1995 III 350, 357, Pr. 1996 613, 619), ce qui laisserait entendre que la responsabilité fondée sur la confiance trouverait directement sa source à l'art. 2 al. 1 CC et constituerait encore une étape supplémentaire par rapport à la simple admission de l'application autonome de l'art. 2 CC. Cf. par ailleurs, SCHNYDER, *RJB* 1997 (n. 1), p. 32.

²² ATF 116/1990 II 695, JT 1991 I 625, 629; ATF 105/1979 II 75, 79 s., JT 1980 I 66, 70; ATF 77/1951 II 135, 136. Pour la doctrine, cf. GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht I* (n. 14), n° 948; TERCIER Pierre, «La culpa in contrahendo», in: *Premières journées juridiques yougoslavo-suisse*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne 1984, pp. 225 ss, 227; SPIRO Karl, «Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgelhilfen», *Revue de droit suisse* 105/1986 I, pp. 619 ss, 622; GUHL Theo/KOLLER Alfred/DRUEY Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8e éd., Zurich 1991, p. 98; GONZENBACH Rainer, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Berne 1987, p. 7, 92 s.; SCHÖNLE Herbert, «La bonne foi dans les relations entre particuliers» (1994), in: *Droit des obligations et droit bancaire, Etudes*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, pp. 29 ss, 31; BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationen-*

tière de *culpa in contrahendo*, et quelle que soit la qualification adoptée, l'art. 2 CC est bien une source de devoirs juridiques, autonome et indépendante d'un rapport juridique encore inexistant²³. Si, dans ce domaine, l'art. 2 CC n'a pas la portée restreinte d'une norme d'application du droit, on ne voit pas pourquoi cette disposition ne serait jamais une source autonome de devoirs dont la violation serait, le cas échéant, illicite. Il faut signaler en troisième lieu un arrêt, postérieur à celui cité²⁴ dans l'affaire Grossen, qui admet expressément que la violation des règles de la bonne foi peut constituer un acte illicite²⁵. Il est intéressant de noter pour terminer que l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile va dans le même sens, puisque son art. 13 al. 2 prévoit qu'un fait dommageable est illicite notamment s'il est contraire au principe de la bonne foi²⁶.

Etant donné que l'absence de rapport juridique préexistant n'empêche pas le Tribunal fédéral d'appliquer l'art. 2 al. 1 CC, on ne peut pas en rester à une interprétation purement littérale de cette disposition et lui refuser toute portée autonome. Cela étant, le problème est de déterminer à quelles conditions l'art. 2 al. 1 CC est applicable en dehors d'un rapport juridique préexistant et s'il engendre des devoirs particuliers ou des devoirs généraux, voire les deux.

recht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2e éd., Zurich 1988, § 17, p. 286; KRAMER Ernst A., in: KRAMER Ernst A./SCHMIDLIN Bruno, *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Berne 1986, Allg. Einl. n. 134.

²³ «L'ouverture des pourparlers crée déjà une relation juridique entre elles [les parties] et leur impose des devoirs réciproques»: ATF 123/1995 III 350, 354, Pr. 1996 613, 616; cf. également ATF 77/1951 II 135, 136. Cf. en outre, YUNG, Devoirs (n. 15), p. 118. La question ne paraît pas controversée en droit allemand: MEDICUS Dieter, «Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt», in: *Festschrift für Max Keller*, Zurich 1989, pp. 205 ss, 208.

²⁴ Cf. *supra*, n. 18 et ATF 108/1982 II 305, 311, JT 1983 I 609, 610 (rés.).

²⁵ ATF 116/1990 Ia 162, 169, JT 1992 IV 52, 55: «Im weiteren gelten als Verhaltensnormen das Verbot des Handelns wider Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) sowie das Verbot des rechtsmissbräuchlichen Handelns (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Jeder Verstoss gegen derartige Verhaltensnormen wird als widerrechtlich erfasst».

²⁶ Une version, bilingue et consolidée au 4 avril 1996, de l'avant-projet est publiée dans la *Revue de droit suisse* 116/1997 I, pp. 407 ss.

b) Condition d'application de l'art. 2 al. 1 CC: le rapport particulier de confiance et de fidélité

La thèse de KELLER²⁷, rejetée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Grossen, représente un bon point de départ dans cette réflexion. Partant de l'arrêt dans lequel le Tribunal fédéral, tout en refusant à l'art. 2 al. 1 CC le caractère d'une norme fondamentale de protection, a réservé des «cas tout à fait exceptionnels»²⁸, KELLER établit une liste²⁹ de situations types à partir de la jurisprudence, susceptibles de constituer des exceptions à cette règle posée par le Tribunal fédéral. Le point commun des situations énumérées résiderait dans le rapport particulier de confiance et de fidélité («*besonderes Vertrauens- und Treueverhältnis*») qui lie les parties. Celui-ci constituerait le rapport juridique particulier («*rechtliche Sonderverbindung*») posé par la doctrine comme condition de l'obligation de respecter les règles de la bonne foi au sens de l'art. 2 al. 1 CC³⁰. L'illicéité reposerait donc sur une violation des règles de la bonne foi à la condition qu'il existe entre le lésant et le lésé un rapport particulier de confiance et de fidélité. La thèse de KELLER implique la transformation en rapport de droit d'un rapport qui, même particulier, même de confiance et de fidélité, n'est qu'un rapport de fait³¹. Ce passage du fait au droit, susceptible de justifier l'application de l'art. 2 al. 1 CC, mérite un détour.

²⁷ Cf. *supra* n. 8 et 17.

²⁸ ATF 108/1982 II 305, 311, JT 1983 I 609, 610 (rés.).

²⁹ Sont mentionnées l'illicéité pour violation des règles de la bonne foi sur la base d'un rapport procédural ou d'un rapport de pourparlers [KELLER/GABI, *Haftpflichtrecht* (n. 8), p. 41, se réfèrent à l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de *culpa in contrahendo*: ATF 80/1954 II 37 ss], l'illicéité pour violation des règles de la bonne foi résultant d'un renseignement ou conseil inexact en dehors d'un contrat ou de la mise en circulation de titres ou d'autres écrits. Une démarche du même ordre est suivie par CHAUDET François, «L'obligation de diligence du banquier suisse», *Revue de droit suisse* 113/1994 II, pp. 1 ss, 32 ss, et LÄNZLINGER Andreas, *Die Haftung des Kreditgebers*, thèse, Zurich 1991, pp. 114 ss. Ces auteurs admettent une exception au principe selon lequel l'art. 2 CC n'a pas de portée autonome. Cette exception est désignée par les termes de «responsabilité fondée sur la confiance» (l'expression semble être de CHAUDET, p. 33) qui recouvrirait trois situations: la responsabilité pour faux renseignements (CHAUDET, p. 34; LÄNZLINGER, pp. 118 ss), la création d'un état de fait fictif (CHAUDET, pp. 34 s.; LÄNZLINGER, pp. 121 ss) et le devoir de renseigner (CHAUDET, p. 35; LÄNZLINGER, pp. 127 s.). Telles sont les situations exceptionnelles dans lesquelles une violation des règles de la bonne foi pourrait constituer un acte illicite (CHAUDET, p. 33; LÄNZLINGER, pp. 117 s.).

³⁰ KELLER/GABI, *Haftpflichtrecht* (n. 8), p. 41; KELLER, *Treu und Glauben* (n. 8), p. 137.

³¹ Ce que YUNG, *Devoirs* (n. 15), p. 118, appelait une «relation de fait caractérisée».

REY³², poursuivant sur la lancée de KELLER, considère que c'est l'art. 2 al. 1 CC qui transforme un simple rapport particulier («*Sonderverbindung*») en un rapport juridique particulier («*'rechtliche' Sonderverbindung*»). L'art. 2 al. 1 CC trouverait ainsi application et ferait naître certains devoirs dont la violation constituerait un acte illicite. On voit bien la contradiction: l'art. 2 al. 1 CC intervient une première fois pour qualifier un rapport de fait de rapport juridique, puis une seconde fois pour créer des devoirs entre les parties. Pour YUNG³³, un rapport de fait caractéristique tel qu'il se noue entre les parties à des pourparlers contractuels «mérite, dans le silence de la loi, d'être converti en rapport de droit véritable». Voilà qui est honnête, mais conduit à se demander si ce silence doit être assimilé à une lacune de la loi. C'est ce que semblent admettre GAUCH/SCHLUEP³⁴ lorsqu'ils considèrent que la *culpa in contrahendo* ne peut être introduite dans notre système juridique que par le biais du comblement d'une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC). Pourtant, leur raisonnement souffre également d'une contradiction. Ils admettent d'emblée que le rapport de pourparlers est un rapport juridique auquel l'art. 2 CC est applicable³⁵. Si tel est le cas, non seulement l'étape de la lacune est déjà dépassée, mais on ne voit pas quel serait l'obstacle à une application directe, soit de l'art. 41 al. 1 CO si les devoirs fondés sur l'art. 2 CC sont qualifiés de devoirs généraux, soit de l'art. 97 al. 1 CO si ces devoirs sont considérés comme des devoirs particuliers. Sans entrer plus avant dans un débat théorique qui dépasserait le cadre restreint de la présente contribution, on proposera le raisonnement suivant. Dans la mesure où l'art. 2 al. 1 CC exprime un principe très général dont l'application déborde largement du cadre restreint du code civil et des obligations, cette disposition doit être précisée avant d'être appliquée à une situation concrète³⁶. Cette opération de concrétisation devrait permettre de spécifier le genre de rapports auxquels l'art. 2 al. 1 CC est applicable, de telle sorte à y inclure certains rapports caractéristiques, même non juridiques.

³² REY Heinz, «*Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildung*» in: *Mélanges Keller*, Zurich 1989, pp. 231 ss, 234-235.

³³ YUNG, Devoirs (n. 15), p. 119.

³⁴ GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht I* (n. 14), n° 982.

³⁵ GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht I* (n. 14), n° 948: «*Dementsprechend ist das Verhandlungsverhältnis ein Rechtsverhältnis, in dem sich die allgemeine Verpflichtung zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (ZGB 2) konkretisiert*».

³⁶ Cf. ZELLER Ernst, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchverbot*, Zurich 1981, § 20 p. 278; DESCHENAUX Henri, *Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit civil suisse*, t. 2, Fribourg 1969, pp. 140 ss, 142; MERZ, *BeKo* (n. 17), n. 29 ad art. 2 CC.

Cela étant, on retiendra avec la jurisprudence que la condition nécessaire à l'application de l'art. 2 al. 1 CC est l'existence d'une «relation particulière («*Sonderverbindung*»)), soit [d']un rapport spécial de confiance et de fidélité»³⁷. La question est de déterminer quels sont les rapports particuliers de fait qui méritent d'être assimilés à un rapport de droit, afin de justifier leur soumission aux règles de la bonne foi. La doctrine enseigne que ce rapport particulier est une relation humaine³⁸ qui peut naître d'un contact soit direct, soit indirect entre deux personnes³⁹. L'exemple type du contact personnel direct et immédiat est celui des pourparlers contractuels. D'autres exemples figurant dans l'énumération de KELLER⁴⁰ peuvent être mentionnés ici: ainsi le rapport naissant entre la personne qui demande un renseignement et celle qui accepte, en dehors d'un contrat, de le fournir ou le rapport entre les parties à une procédure. Le contact est indirect ou médiat⁴¹ lorsque le rapport particulier entre le lésant et le lésé résulte d'un contrat liant le lésant à un tiers et qui produirait effet pour le lésé⁴².

Il faut relever ici que les situations de fait à la base des arrêts Swissair et Grossen ne correspondent pas aux catégories décrites par la doctrine. Il n'y a aucun contact direct entre Swissair et Wibru, le client de la filiale de Swissair, ni entre la Fédération et Grossen. Par ailleurs, il n'aurait pas suffi pour admettre un rapport indirect entre Swissair et Wibru, que le contrat conclu entre Wibru et IGR, la filiale de Swissair, déploie un effet protecteur pour un tiers, il aurait fallu admettre l'effet inverse, soit la participation d'un tiers (Swissair) à ce contrat avec effet protecteur pour une partie⁴³. De même, il paraissait

³⁷ ATF 121/1995 III 350, 356, Pr. 1996 613, 617.

³⁸ WALTER Hans Peter, «Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages», *Revue suisse des juristes bernois* 132/1996, pp. 273 ss, 282.

³⁹ REY, *Sonderverbindung* (n. 32), pp. 234 ss, 236 ss. Dans le même sens, WALTER, RJB (n. 38), p. 295. Cf. également, KRAMER, BeKo (n. 22), Allg. Einl. n. 141; GONZENBACH, *Culpa in contrahendo* (n. 22), p. 35 ss.

⁴⁰ Cf. *supra* n. 18.

⁴¹ REY, *Sonderverbindung* (n. 32), pp. 236 ss.

⁴² Cela donnerait, selon certains auteurs, un appui à la théorie allemande du contrat avec effet protecteur pour les tiers: REY, *Sonderverbindung* (n. 32), pp. 236 ss; WALTER, RJB (n. 38), pp. 281 s., 290. WIEGAND, RJB (n. 1), p. 127, considère que la reconnaissance d'un effet protecteur pour les tiers découle de manière inévitable des arrêts Swissair et Grossen. Contre cette théorie: PIOTET Paul, *Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittchadensliquidation)?*, Berne 1994, et «Une théorie juridique allemande en Suisse: la responsabilité contractuelle quant au dommage subi par un tiers, in: *Recueil de travaux*, Lausanne 1982, p. 337 ss.

⁴³ GONZENBACH Rainer, «Senkrechstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus 'Konzernvertrauen'», *recht* 1995, pp. 117, 124. La théorie du contrat avec effet protecteur n'étant pas reçue par la jurisprudence [cf. ATF 117/1991 II 315, 320

difficile de construire un rapport indirect entre la Fédération et Grossen, un membre de l'association de base qui est elle-même membre d'une association, cette dernière étant membre de la Fédération⁴⁴. Ce nonobstant, le Tribunal fédéral admet dans les deux cas l'existence d'un rapport particulier de confiance et de fidélité.

Dans l'arrêt Grossen, ce lien est déduit de la position monopolistique d'une fédération à l'égard d'un sportif individuel. Le sportif a des devoirs, notamment de fidélité, à l'égard de la Fédération, de même que cette dernière a des devoirs, notamment celui de la fidélité aux actes, à l'égard du sportif⁴⁵. Il s'agit d'un rapport de fait, ni direct, ni indirect, mais qui est qualifié par l'existence de devoirs réciproques de nature associative ou sportive. Dans ces circonstances, lorsque la Fédération fixe les critères de sélection pour les Championnats, elle éveille chez le sportif certaines attentes. Si elle revient ensuite sur cette procédure en ajoutant une épreuve supplémentaire, elle déçoit l'attente du sportif, ce qui constitue une violation du devoir fondé sur l'art. 2 al. 1 CC. Cet arrêt permet de vérifier clairement les conditions «strictes» posées par la jurisprudence.

En revanche, cette vérification est plus délicate dans l'affaire Swissair. Cela tient au fait que les deux arrêts sont équivoques sur le rapport existant entre les conditions dites strictes d'attentes provoquées puis déçues et l'exigence du rapport spécial de confiance et de fidélité. A lire l'arrêt Grossen⁴⁶, on peut comprendre que ces conditions sont cumulatives. C'est le fait de provoquer certaines attentes alors qu'il existe déjà un rapport spécial entre les parties, qui ferait naître un devoir fondé sur l'art. 2 al. 1 CC. Mais rien de comparable au lien entre le sportif de base et sa Fédération dans l'arrêt Swissair. Il existe entre la société mère et sa filiale une relation de groupe qui, s'agissant de deux personnes morales distinctes, n'a rien de juridique (sous réserve d'éventuels accords entre elles). En revanche, il n'y a aucun lien quelconque

(fr.); question non réexaminée in: ATF 120/1994 II 112, 116, JT 1995 I 202, 206 s. et ATF 121/1995 III 310 315, et 317, JT 1996 I 359, 364 et 366], celle de la participation d'un tiers avec effet protecteur pour une partie paraîtrait encore moins soutenable. Par ailleurs, la simple relation antérieure de groupe entre Wibru et Swissair n'est pas suffisante, à elle seule, pour admettre un contact indirect entre Swissair et les clients de ses filiales.

⁴⁴ L'arrêt ne contient aucun renseignement précis sur la manière dont les critères de sélection sont parvenus à la connaissance de Grossen. Selon la méthode adoptée par la Fédération, un contact direct n'est pas exclu.

⁴⁵ ATF 121/1995 III 350, 356 (cons. 6 d), Pr. 1996 613, 617-618.

⁴⁶ ATF 121/1995 III 350, 356 (fin du cons. 6 c) et 356-357 (cons. 6 d), Pr. 1996 613, 617 et 617-618. L'idée que ces conditions sont cumulatives est exprimée dans un précédent article sur le sujet: CHAPPUIS, Responsabilité (n. 1), pp. 170 s.

entre une société mère et les clients de sa filiale, pas même un lien de fait. Le rapport particulier ne prend dès lors naissance qu'avec les déclarations publicitaires de la société mère⁴⁷ qui éveillent des attentes déterminées chez les futurs clients de la filiale. Il faut en déduire que les attentes déterminées suscitées chez autrui sont propres soit à qualifier un rapport de fait préexistant (arrêt Grossen), soit à faire naître un certain rapport (arrêt Swissair), deux situations correspondant à l'exigence du rapport spécial de confiance et de fidélité. Ainsi dans l'arrêt Swissair, le rapport particulier est créé par les attentes suscitées chez le lésé. Il s'agit d'un lien fort ténu, n'impliquant aucun contact direct, ni indirect au sens où l'entend la doctrine, entre la société mère et le client de sa filiale, raison pour laquelle la jurisprudence du Tribunal fédéral a été vivement critiquée sur ce point⁴⁸. Il faut bien admettre que si le rattachement se fait sur la base d'un simple comportement propre à faire naître des attentes en dehors de toute relation préexistante, le fondement juridique de l'obligation de réparer le dommage paraît bien peu solide. En revanche, lorsque les attentes sont suscitées dans le cadre d'un rapport préexistant, comme dans l'arrêt Grossen, ce raisonnement ne choque pas.

Il faut retenir de cette analyse de la jurisprudence qu'un rapport spécial de confiance et de fidélité naît lorsque des attentes déterminées sont provoquées chez autrui, du fait du comportement ou des déclarations d'une personne, aussi bien s'il existe préalablement un rapport de fait entre cette personne et le lésé, qu'en l'absence d'un tel rapport préexistant. Telle est la condition nécessaire à l'application de l'art. 2 al. 1 CC en dehors d'un rapport juridique préexistant.

c) Devoir général, devoir particulier

La portée autonome de l'art. 2 al. 1 CC ayant été admise dans l'hypothèse d'un rapport spécial de confiance et de fidélité, il faut se demander si cette disposition fonde des devoirs généraux dont la violation est illicite au sens de

⁴⁷ On ne peut s'empêcher de relever avec quelle facilité le Tribunal fédéral attribue à la société mère les déclarations publicitaires émanant de la filiale, alors que la première, au mieux, ne devait pas les ignorer. Cf. AMSTUTZ Marc/WATTER Rolf, «Droit des sociétés (Konzernhaftung)», *Pratique Juridique Actuelle* 1995, pp. 502 ss, 506 s.; WICK Markus, «Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht», *Pratique Juridique Actuelle* 1995, pp. 1270 ss, 1279 n. 80.

⁴⁸ WICK, PJA (n. 47), pp. 1278 ss; GONZENBACH, *recht* (n. 43), pp. 124 ss.

l'art. 41 al. 1 CO ou des devoirs particuliers, soit des obligations, dont la violation est sanctionnée par l'art. 97 al. 1 CO⁴⁹.

Le devoir («*Pflicht*») est une injonction donnée par l'ordre juridique à l'individu et que celui-ci doit observer⁵⁰. Le devoir général existe à charge de, ou envers, un nombre indéterminé de personnes et prend sa source dans le droit objectif. Le cercle des personnes protégées découle de l'interprétation de la règle prescrivant le devoir⁵¹. En revanche, le devoir incombant à une personne déterminée envers une autre est un devoir particulier (ou obligation). Contrairement au devoir général, le devoir particulier trouve sa source soit dans le droit objectif, soit dans un acte juridique⁵². YUNG⁵³ relève qu'une seule et même règle est susceptible d'engendrer à la fois des devoirs généraux et des obligations. Tel est en particulier le cas des principes généraux nécessitant une concrétisation en vue de leur application à un cas particulier. Selon cet auteur, l'art. 2 al. 1 CC est une telle règle, source possible de devoirs généraux, comme d'obligations. Cette disposition engendre des devoirs généraux lorsqu'un individu s'adresse à une pluralité indéterminée de personnes, ainsi en cas d'offre au public ou de promesse publique de récompense. En revanche, lorsqu'une personne entre en contact avec une autre, par exemple en vue de conclure un contrat, il se noue entre elles un rapport de fait caractéristique, converti en un rapport de droit, qui engendre une véritable obligation⁵⁴. On ne peut qu'adhérer à cette interprétation de l'art. 2 al. 1 CC.

Pour le cas qui nous occupe, la clé est dans la détermination d'«autrui», de la ou des personnes chez qui une attente a été éveillée. Si cette attente est éveillée chez un nombre indéterminé de personnes, ou un certain cercle de personnes indéterminées, le devoir fondé sur l'art. 2 al. 1 CC de respecter cette attente est un devoir général. Si l'attente n'est éveillée que chez une ou des personnes déterminées ou déterminables, il s'agit d'un devoir particulier.

⁴⁹ Sur les conséquences de la violation d'un devoir absolu, resp. particulier, cf. TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, Zurich 1996, § 23, n° 889-891; YUNG, *Devoirs* (n. 15), p. 111-112.

⁵⁰ TANDOGAN Haluk, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève 1972, p. 26; v. TUHR Andreas/PETER Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. I, 3e éd., Zurich 1979, § 2, p. 12; YUNG, *Devoirs* (n. 15), p. 111.

⁵¹ Yung, *Devoirs* (n. 15), p. 111-113; TANDOGAN, *Notions préliminaires* (n. 50), p. 27.

⁵² YUNG, *Devoirs* (n. 15), p. 113.

⁵³ YUNG, *Devoirs* (n. 15), p. 118.

⁵⁴ YUNG, *Devoirs* (n. 15), p. 119. SCHÖNLE, *Bonne foi* (n. 22), p. 47, admet également que les règles de la bonne foi soient créatrices de véritables obligations dans le cadre d'un rapport précontractuel.

Sur ce point, l'opinion ici développée, qui prend appui sur celle de KELLER⁵⁵, s'en écarte dans la mesure où l'art. 2 al. 1 CC est considéré comme source non seulement de devoirs généraux, mais également d'obligations.

Dans l'arrêt *Swissair*, c'est la publicité, se référant à l'existence du groupe, faite par la filiale et imputée à la maison mère qui suscite certaines attentes. Cette publicité est susceptible d'atteindre un nombre indéterminé de personnes qui ne sont pas d'avance connues. Le lien particulier existera à l'égard de chaque personne convaincue par cette publicité à prendre une part auprès de IGR. L'art. 2 al. 1 CC fonde dès lors un devoir général envers toutes ces personnes de ne pas tromper les attentes éveillées. Pour ce qui est de Grossen, un lien particulier est déduit de la position monopolistique de la Fédération faitière, ainsi que des attentes suscitées par la Fédération. Ces attentes résultent de l'énoncé des critères de sélection pour les Championnats du monde. Selon ces critères, pouvait participer aux Championnats du monde le lutteur classé dans les quatre premiers rangs des Championnats suisses 1989 qui remporterait un tournoi de qualification spécial; il lui fallait ensuite prendre part à un tournoi à l'étranger et suivre un camp d'entraînement spécifique. Au moment de la communication de ces critères, seules quatre personnes déterminables, soit celles figurant aux quatre premiers rangs des Championnats suisses 1989, étaient concernées. Dès l'issue du tournoi de qualification spécial, la personne visée était définitivement déterminée. La Fédération était liée à cette personne-là, c'est-à-dire Grossen, par un lien particulier engendrant un devoir particulier fondé sur l'art. 2 al. 1 CC. En conclusion, dans l'optique ici préconisée, alors qu'il existe un devoir général de *Swissair* envers *Wibru*, c'est un devoir particulier que la Fédération assume envers Grossen.

III. CONSÉQUENCES DE LA THÉORIE DÉVELOPPÉE

a) **Relativement à la culpa in contrahendo et aux autres cas de responsabilité pour confiance créée**

Une fois établie l'existence d'un rapport particulier de confiance naît un devoir soit général, soit particulier, de ne pas décevoir les attentes suscitées, c'est-à-dire un devoir de respecter une injonction générale ou un devoir de respecter une obligation, l'un et l'autre fondés sur l'art. 2 al. 1 CC. Dans la

⁵⁵ Cf. *supra*, n. 8 et 17.

première hypothèse, le non-respect des attentes suscitées peut constituer une violation de l'art. 2 al. 1 CC remplissant la condition d'illicéité, dans la seconde, c'est l'obligation fondée sur l'art. 2 al. 1 CO d'agir conformément aux attentes suscitées qui n'est pas respectée, ce qui permet de vérifier la réalisation de la condition de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation. Cela signifie que la violation du devoir général de ne pas décevoir les attentes suscitées est régie par l'art. 41 al. 1 CO, celle du devoir particulier de même contenu par l'art. 97 al. 1 CO.

Le lien créé par des pourparlers contractuels est fondé sur un contact direct entre deux personnes. Chaque partie à ce rapport crée, chez l'autre, l'attente qu'elle se comportera loyalement. L'art. 2 al. 1 CC, applicable à ce lien, crée des devoirs particuliers d'une partie envers l'autre, et non des devoirs généraux envers tout un chacun⁵⁶. Dans cette optique, la responsabilité pour *culpa in contrahendo* trouve naturellement son fondement à l'art. 97 al. 1 CO applicable directement à la violation d'une obligation fondée sur l'art. 2 al. 1 CC. Ce raisonnement ne correspond pas à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la *culpa in contrahendo*, inspirée de JÄGGI⁵⁷, qui en fait un chef de responsabilité autonome⁵⁸ auquel est applicable la prescription délictuelle d'un an (art. 60 CO) et la responsabilité pour auxiliaires de l'art. 101 CO. Ces principes jurisprudentiels restent probablement valables malgré le reclassement de la *culpa in contrahendo* comme un cas de responsabilité fondée sur la confiance. L'avantage de l'optique contractuelle

⁵⁶ Faute de place, la controverse relative à la question de savoir si les règles de la bonne foi applicables à la relation précontractuelle engendrent des devoirs généraux ou particuliers ne sera pas abordée. Cf. par exemple, ENGEL, *Traité* (n. 15), pp. 749 ss; BUCHER Eugen, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, n. 92 ad art. 1 CO; KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil*, Berne 1996, § 28 n° 1766 ss; GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht I* (n. 14), n° 975 ss; SCHMIDLIN Bruno, *Berner Kommentar, Mängel des Vertragsabschlusses*, (art. 23-31 CO), Berne 1995, n. 142 ss ad art. 31 CO; MERZ Hans, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2e éd., Fribourg 1992, pp. 82 ss.

⁵⁷ In: SCHÖNENBERGER Wilhelm/JÄGGI Peter, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht* (art. 1-17 CO), 3e éd., Zurich 1973, n. 591 ss ad art. 1 CO.

⁵⁸ Le caractère véritablement autonome de la *culpa in contrahendo* est mentionné par le Tribunal fédéral pour la première fois dans l'arrêt Swissair (ATF 120/1994 II 330, 336, JT 1995 I 359, 363). Toutefois, dans l'arrêt Grossen, le Tribunal fédéral, résumant sa propre jurisprudence, indique qu'il « n'a pas tranché la question de savoir si cette responsabilité est de nature délictuelle ou contractuelle », avant d'affirmer que « la *culpa in contrahendo* constitue un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance » (ATF 121/1995 III 350, 354 et 355). Sur la prescription, cf. ATF 101/1975 II 266, 269, et 104/1978 II 94, 95, et sur la responsabilité pour auxiliaires, cf. ATF 108/1982 II 419, JT 1983 I 204, 206.

ici préconisée est que la responsabilité pour *culpa in contrahendo* reçoit un fondement légal clair (art. 97 ss CO). Il est vrai qu'elle se prescrit par dix ans contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

En ce qui concerne la responsabilité pour **renseignements inexacts**, un rapport particulier de confiance, né d'un contact direct, s'établit entre deux personnes déterminées, le demandeur et le fournisseur de renseignements. L'art. 2 al. 1 CC fait naître un devoir particulier du second envers le premier, soit une obligation de renseigner correctement dont la violation est soumise à l'art. 97 al. 1 CO. Dans cette optique, la responsabilité pour renseignements inexacts sort du domaine extracontractuel⁵⁹ auquel elle appartenait avant les arrêts **Swissair** et **Grossen**, pour intégrer celui de la responsabilité pour inexécution d'une obligation. Un raisonnement similaire peut être tenu en cas de comportement procédural blâmable de l'une des parties à une **procédure** envers l'autre⁶⁰.

Quant à l'arrêt **Swissair**, il a été admis que les devoirs fondés sur l'art. 2 al. 1 CC sont des devoirs généraux dont la violation, qui correspond au non-respect de l'attente créée, constitue un acte illicite⁶¹. Le dommage en lien de causalité adéquate avec la déception des attentes doit, en cas de faute intentionnelle ou par négligence du lésant, être réparé sur la base de l'art. 41 al. 1 CO (et art. 55 al. 2 CC)⁶². Dans cette optique, la prescription serait d'un an (art. 60 al. 1 CO). En revanche, c'est un devoir particulier de la Fédération envers **Grossen** qui est tiré de l'art. 2 al. 1 CC. Sa violation, soit la déception des attentes suscitées (modification des critères de sélection fixés), entraîne l'obligation de réparer le dommage aux conditions de l'art. 97 al. 1 CO (et 55 al. 2 CC). La faute de la Fédération serait donc présumée et la prescription régie par l'art. 127 CO.

⁵⁹ ATF 111/1985 II 471, JT 1986 I 485, 486 s.; ATF 57/1931 II 81, JT 1931 I 557, 561 s. A noter l'ATF 80/1954 III 41, 54, qui lie l'illicéité à la violation des règles de la bonne foi.

⁶⁰ Cf. KELLER/GABI, *Haftpflichtrecht* (n. 8), pp. 41 et 40. Sur l'illicéité d'un comportement procédural, cf. ATF 116/1990 Ia 162, JT 1992 IV 52, 55; ATF 112/1986 I 32, 35 (fr.).

⁶¹ Cf. *supra* II.c). Ce résultat ne correspond pas à la doctrine dominante qui soit se contente du statut *sui generis* de la responsabilité pour confiance créée [DRUEY, *RSDA* (n. 12), pp. 96, 97; FELLMANN Walter, «Haftung für Werbung – ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung?», in: *Medialex* 1995, pp. 94 ss, 101; AMSTUTZ/WATTER, *PJA* (n. 47), pp. 505 s.], soit règle le problème par le biais des règles contractuelles [WIEGAND, *recht* (n. 1), p. 93; WALTER, *RJB* (n. 38), p. 281; GONZENBACH, *recht* (n. 43), p. 130].

⁶² Même si la publicité est le fait de la filiale de **Swissair**, certaines attentes sont éveillées dans le comportement de la société mère et c'est elle, soit pour elle ses organes, qui déçoit ces attentes en n'informant pas loyalement les partenaires de sa filiale. Il s'agit donc d'une responsabilité pour comportement propre et non pour comportement d'autrui.

**b) Encore une théorie juridique allemande en Suisse⁶³:
«das einheitliche gesetzliche Schutzverhältnis»**

Un mot doit être dit de la théorie du «*einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis*» dont WIEGAND⁶⁴ voudrait lire la réception par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Swissair. Cette théorie, que l'on pourrait nommer en français «rapport légal unique de protection», a été initialement développée en droit allemand⁶⁵. KRAMER⁶⁶ en a proposé l'introduction en droit suisse, en particulier pour justifier qu'un contrat puisse déployer des effets protecteurs envers des tiers. Partant de la constatation que les devoirs accessoires ou de comportement qui incombent aux parties à un contrat ne reposent en réalité pas sur l'accord des volontés et doivent par conséquent en être détachés, WIEGAND cherche leur fondement dans un rapport légal de protection unique qui naîtrait avec la prise de contact en vue de la conclusion du contrat et dont la fin coïnciderait avec celle de ce contact juridique. Ce rapport légal couvrant les pourparlers contractuels, l'exécution du contrat et les devoirs survivant à la fin du contrat, il permettrait d'expliquer la *culpa in contrahendo*, la violation positive du contrat, ainsi que le problème de l'effet du contrat pour les tiers⁶⁷.

Selon l'arrêt Swissair qui se réfère à KRAMER, le rapport de pourparlers à la base de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* doit être compris

⁶³ Pour reprendre une idée de PIOTET, «Une théorie juridique allemande en Suisse: La responsabilité contractuelle quant au dommage subi par un tiers» (n. 42), qui réfute avec force l'utilité en droit suisse d'une théorie, rendue nécessaire en Allemagne par l'absence d'une disposition correspondant à l'art. 401 CO (pp. 340 et 353).

⁶⁴ WIEGAND, RJB (n. 1), pp. 322 s., *recht* (n. 1), p. 85, 87 [WIEGAND utilise l'expression «*das einheitliche gesetzliche Schuldverhältnis*» (*recht*, p. 86) et considère que cette expression est synonyme de celle utilisée par LARENZ «*gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*» (RJB, p. 322)]. Dans le même sens GONZENBACH, *recht* (n. 43), p. 124.

⁶⁵ Voir les explications sur ce développement en droit allemand de WIEGAND, *recht* (n. 1), pp. 87 ss.

⁶⁶ Avec la parution en 1980 de la première livraison du commentaire bernois ad art. 1 et 2 CO: KRAMER, BeKo (n. 22), Allg. Einl. n. 142 ss, 145. Cette théorie n'est pas contestée en Allemagne: cf. par exemple, MEDICUS Dieter, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 5e éd., Munich 1990, § 35 I, p. 189, § 14 II, pp. 55 s. En Suisse, KRAMER est suivi surtout par WIEGAND, *recht* (n. 1), p. 89, et OR-WIEGAND (n. 14), Einl. ad art. 97-107 CO, n. 4 ss, 13; cf. également WALTER, RJB (n. 38), pp. 282 s. Avec des nuances, KAISER Urs, *Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten*, thèse, Berne 1987, pp. 187 ss.

⁶⁷ WIEGAND, *recht* (n. 1), pp. 88, 89 ss; OR-WIEGAND (n. 14), Einl., n. 5, 13, n. 35 ad art. 97 CO. Selon KRAMER, BeKo (n. 22), Allg. Einl. n. 147, cette théorie résoudre également la question de la responsabilité pour renseignements inexacts et pour certificat de travail incomplet; il cite l'ATF 101/1975 II 69.

comme la manifestation d'une figure juridique plus générale⁶⁸. Le passage de l'ouvrage de KRAMER auquel renvoie l'arrêt est intitulé «*Das 'einheitliche', gesetzliche Schutzverhältnis*». C'est de ce renvoi, ainsi que des notions utilisées, spécialement celle de rapport juridique particulier («*rechtliche Sonderverbindung*»), que WIEGAND conclut à la réception par le Tribunal fédéral de cette théorie allemande. Or, le Tribunal fédéral n'a pas discuté des mérites de cette théorie, ni même utilisé l'expression «*Das 'einheitliche', gesetzliche Schutzverhältnis*». Par ailleurs, les mots de «*rechtliche Sonderverbindung*» ne sont pas propres aux seuls auteurs préconisant l'application de cette théorie⁶⁹. En réalité, la théorie du rapport légal unique de protection n'est pas la «figure juridique plus générale» à laquelle le Tribunal fédéral fait allusion dans le même passage. Si ladite théorie est plus générale que la seule *culpa in contrahendo*, parce qu'elle comprend d'autres notions comme celle de violation positive du contrat, elle ne représente cependant pas cette figure juridique plus générale. Par cette dernière, il faut bien plutôt entendre la responsabilité fondée sur la confiance, ce que confirme l'arrêt Grossen: «dans cette optique, la '*culpa in contrahendo*' constitue un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance (KRAMER/SCHMIDLIN, *op. cit.*, n. 151 ad Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR)»⁷⁰. KRAMER, à la note citée, indique effectivement que la responsabilité fondée sur la confiance («*Vertrauenshaftung*») est la catégorie supérieure («*Oberbegriff*») englobant à la fois la *culpa in contrahendo* (respectivement la responsabilité résultant d'un rapport légal) et d'autres états de fait engendrant une responsabilité pour confiance créée. Autant de raisons pour refuser l'idée que le Tribunal fédéral aurait désormais adopté la théorie du rapport légal de protection unique.

Il y a plus. Cette théorie, outre qu'elle n'est pas de nature à expliquer les arrêts Swissair et Grossen, est parfaitement inutile en droit suisse. En effet, selon les explications données par WIEGAND⁷¹ à ce sujet, le point de départ de la théorie du rapport légal unique de protection est un contact pris par des parties en vue de la conclusion d'un contrat, peu importe d'ailleurs que ce

⁶⁸ «*Ist als Erscheinungsform einer allgemeineren Rechtsfigur aufzufassen (BK-KRAMER, a.a.O., N. 142 ff)*»: ATF 120/1994 II 330, 336, passage mal traduit au JT 1995 I 359, 363.

⁶⁹ Cf. par exemple, MERZ, BeKo (n. 17), n. 34 ad art. 2 CC et JÄGGI Peter, «Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung», in: *Mélanges Schönenberger*, Fribourg 1968, pp. 181 ss, 185, qui utilise l'expression de «*Sonderverhältnis*» dans le même sens que celle de «*Sonderverbindung*» (cf. n. 10).

⁷⁰ ATF 121/1995 III 350, 355, Pr. 1996 613, 617.

⁷¹ WIEGAND, *recht* (n. 1), p. 89, 90.

contrat arrive à chef ou non, qu'il soit valable ou non. Or, Swissair n'est jamais entrée en contact avec Wibru en vue de la conclusion de quelque accord que ce soit, pas plus que la Fédération sportive n'est entrée en contact avec le sportif, Grossen. Il s'agit de situations qui ne ressortissent pas du tout au domaine contractuel. Le rapport légal unique de protection n'aurait par conséquent pas permis de résoudre le problème posé. C'est bien la raison pour laquelle le Tribunal fédéral situe son raisonnement à un niveau supérieur, celui de la responsabilité pour confiance créée.

En outre, la théorie du rapport légal unique de protection, qui peut s'expliquer en Allemagne par le besoin de combler les insuffisances du droit de la responsabilité délictuelle⁷² et de la responsabilité contractuelle, n'a pas la même justification en droit suisse. Le droit suisse, pour ce qui est de la responsabilité délictuelle, a choisi le système de la formule générale, laissant au juge le soin de définir l'illicéité. Une bonne marge de liberté est reconnue à ce dernier, puisqu'il peut inférer la norme dont la violation est illicite de l'ordre juridique dans son ensemble, notamment du droit non écrit et des principes généraux du droit⁷³. Le Bundesgesetzbuch (BGB) allemand, en revanche, procède par une énumération des biens dont la violation constitue un acte illicite (§ 823 I BGB)⁷⁴. L'alinéa II du même paragraphe ajoute à cette énumération la violation d'une disposition légale ayant pour but la protection d'autrui⁷⁵. Le § 823 BGB semble ainsi plus limitatif que l'art. 41 CO du simple fait qu'il procède par énumération et ne permet notamment pas la prise en compte des principes généraux du droit⁷⁶. Quant à l'art. 97 al. 1 CO,

⁷² Cf. REY, *Sonderverbindung* (n. 32), p. 242.

⁷³ ATF 116/1990 Ia 162, 169, JT 1992 IV 52, 55; ATF 101/1975 Ib 252, 255 (fr.); 90/1964 II 274, 280, JT 1965 I 234, 238; ATF 88/1962 II 276, 281, JT 1963 I 140, 144. Cf. également, PETITPIERRE, *Fondements* (n. 17), pp. 278 s. et réf. cit.; REY, *Haftpflichtrecht* (n. 16), n° 697; ENGEL, *Traité* (n. 15), p. 449. L'ancienne jurisprudence relative à la responsabilité pour renseignements inexacts en est une démonstration (ATF 111/1985 II 471, 473-474, JT 1986 I 485, 487). De même, les célèbres cas de rupture de câbles [ATF 102/1976 II 85, 88 (fr.); 101/1975 Ib 252, 255-256 (fr.)].

⁷⁴ STARK, *Haftpflichtrecht* (n. 19), § 16 IV, n° 43 n. 63, considère que la différence principale entre les systèmes suisse et allemand a été éliminée par l'élargissement jurisprudentiel de cette énumération aux droits de la personnalité.

⁷⁵ Selon LARENZ Karl/CANARIS Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II/2, *Besonderer Teil*, 13e éd., Munich 1994, § 75 I, p. 355, il s'agit de deux «petites» clauses générales demandant à être concrétisées par la jurisprudence.

⁷⁶ YUNG Walter, «Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse» (1968), in: *Etudes et articles*, Genève 1971, pp. 413 ss, 420. La différence entre les deux droits a cependant été atténuée du fait de l'élargissement du droit de la responsabilité délictuelle par la jurisprudence (cf. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (§§ 705-853 BGB), 3e éd., Munich 1997 – MERTENS, § 823 BGB n. 467-471).

il peut se comparer aux §§ 280 et 325 BGB qui visent les conséquences de l'impossibilité d'exécution d'une obligation, en général et dans le cas de contrats synallagmatiques. La sanction de la violation d'une obligation autre que l'impossibilité totale ou partielle d'exécution n'est pas prévue par ces dispositions⁷⁷. On comprend dès lors les difficultés posées par la violation positive du contrat, qui ont favorisé des tentatives théoriques, comme celle du rapport légal unique de protection, élaborées pour expliquer ce que le BGB a laissé sans solution⁷⁸. Or, l'art. 97 al. 1 CO ne vise pas la seule hypothèse de l'impossibilité («Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution»), mais également celle de l'exécution imparfaite de l'obligation («ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement»). En droit suisse, nul besoin de construire une théorie relative à la violation positive du contrat⁷⁹ ou aux obligations fondées sur la loi⁸⁰. L'art. 97 al. 1 CO s'applique directement aux deux hypothèses. La seule question qui se pose dans un cas concret est celle de savoir si le devoir violé est un devoir général ou un devoir particulier. Et cette question n'est pas résolue par la théorie du rapport légal de protection unique⁸¹, ce qui achève de démontrer que non seulement elle n'est pas utile en droit suisse, mais qu'au contraire elle est nuisible si elle doit conduire à laisser dans le brouillard de l'entre-contrat-délit des pans entiers du droit de la responsabilité.

⁷⁷ La réglementation de la demeure du débiteur étant réservée (§ 284 ss, 326 BGB). LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14e éd., Munich 1987, § 24 I, p. 366. La question d'une lacune du BGB sur ce point semble aujourd'hui controversée: MEDICUS, *Schuldrecht I* (n. 66), § 35 I, pp. 187 s.; STAUDINGER/SCHMIDT Jürgen, *Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241-243 BGB*, 13e éd., Berlin 1995, § 242 n. 909.

⁷⁸ Cf. *Münchener Kommentar (§§ 241-432 BGB)*, 3 éd., Munich 1994 – KRAMER Ernst A., *Einleitung zu §§ 241 ss, n. 72 ss, 75*.

⁷⁹ Il est admis que l'art. 97 CO s'applique directement à la violation positive du contrat: cf. par exemple, OR-WIEGAND (n. 14), n. 2 ad art. 97 CO; GAUCH/SCHLUEP, *Obligationenrecht II* (n. 14), n° 2615. Dans le même sens malgré une certaine réticence: BUCHER, *Obligationenrecht* (n. 22), p. 335 s.; VON TUHR/ESCHER, *Allgemeiner Teil* (n. 14), § 68 IV, p. 107. Le fait que ces obligations soient fondées sur l'art. 2 al. 1 CC et non sur la volonté des parties ne pose pas de problème particulier. La volonté des parties s'exprime dans le cadre d'un ordre juridique qui attache des effets juridiques à cette volonté. Certains de ces effets sont voulus, d'autres ne le sont pas. A titre d'exemple, l'invalidation du contrat par la partie dans l'erreur est prévue par la loi, mais n'est certainement pas voulue par l'autre partie à qui les art. 23 ss CO sont, ce nonobstant, opposables.

⁸⁰ Cf. n. 14 et 15.

⁸¹ KRAMER, *BeKo* (n. 22), *Allg. Einl.* n. 148.

IV. CONCLUSION

Au terme de cette analyse, il apparaît premièrement que, dans l'hypothèse d'un rapport particulier de confiance et de fidélité, l'art. 2 al. 1 CC est la source non seulement de devoirs généraux dont la violation est soumise à l'art. 41 al. 1 CO, mais également d'obligations dont la violation est sanctionnée par l'art. 97 al. 1 CO. En second lieu et par voie de conséquence, la responsabilité pour confiance créée est réglée par l'art. 41 al. 1 CO lorsque des attentes ont été éveillées à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes (arrêt *Swissair*). Elle est soumise à l'art. 97 al. 1 CO dans l'hypothèse où les attentes d'une ou de plusieurs personnes déterminées ou déterminables ont été suscitées (arrêt *Grossen*). En troisième lieu, la théorie allemande du rapport juridique de protection unique n'a pas sa place en droit suisse.

Ce raisonnement doit-il faire craindre une extension à l'infini du champ d'application des art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO? Tel n'est pas mon sentiment. On l'a vu, l'art. 2 al. 1 CC est au centre de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Autant le reconnaître et développer sur cette base les principes qui permettront de prévoir l'issue d'un litige, en réglant les conséquences d'une violation de l'art. 2 al. 1 CC par le biais des art. 41 al. 1 et 97 al. 1 CO. Du point de vue de la sécurité juridique, ce résultat paraît préférable à la situation actuelle qui laisse sans fondement légal la responsabilité pour confiance créée. Il faut cependant veiller à établir certains garde-fou tant dans l'examen de la condition du rapport particulier de confiance et de fidélité que dans celle de la légitimité des attentes provoquées⁸².

On ne peut ainsi s'empêcher d'éprouver quelques doutes sur la manière dont la première condition a été élaborée, puis tenue pour réalisée dans l'arrêt *Swissair*. Était-il réellement légitime de se contenter d'attentes suscitées en dehors de tout lien préalable quelconque entre les parties pour admettre l'existence d'un rapport particulier de confiance et de fidélité? Peut-être le problème provient-il du manque d'informations concrètes figurant dans la version publiée de l'arrêt *Swissair*. Quoi qu'il en soit, sur ce point, la rigueur paraît de mise à l'avenir. Par ailleurs, une appréciation stricte de la légitimité des attentes créées devrait permettre d'exclure de la protection de la loi la partie qui néglige les précautions élémentaires de prudence et cherche à rejeter sur autrui la responsabilité d'un désavantage financier qui lui est imputable à elle-même. Une fois ces conditions spécifiques remplies, la question se

⁸² Faute de place, ces conditions, qui auraient mérité un développement, ne seront pas approfondies ici.

résout, selon le raisonnement présenté ici, par une application classique, sinon dénuée de difficultés, soit de l'art. 41 al. 1 CO, soit de l'art. 97 al. 1 CO, avec notamment pour conséquence la prescription courte pour des affaires du type Swissair (art. 60 al. 1 CO) et longue pour celles du type Grosse (art. 127 CO). Puisse cette relecture de la frontière entre contrat et délit ne pas heurter l'éminent romaniste à qui elle est respectueusement dédiée.