



Chapitre de livre

2002

Published version

Public access

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

La partie générale du code des obligations : un texte au service d'un système

Petitpierre, Gilles

How to cite

PETITPIERRE, Gilles. La partie générale du code des obligations : un texte au service d'un système. In: Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin. J. Kellerhals, D. Manaï, R. Roth (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2002. p. 79–89.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:94765>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 02:45

La partie générale du code des obligations: un texte au service d'un système

Gilles PETITPIERRE*

Le droit avec ses différentes branches tend à se transformer en une série de spécialités. Leur étude et leur pratique se développent selon des voies et avec des méthodes dont la parenté apparaît toujours moins nettement. La technicité des notions dissimule ce qu'elles ont de commun. Indépendamment des différences entre les systèmes juridiques nationaux qui reflètent la variété liée à l'histoire et à la diversité des contraintes sociales dont ils sont l'expression, chacun d'entre eux est le lieu d'un développement semblable. Les efforts d'harmonisation, de coordination, d'unification des législations matérielles ne sont pas encore parvenus à contrebalancer cette tendance profonde, sinon peut-être pour ce qui touche les droits de la personne. La recherche de la synthèse n'a pas encore su se mettre au rythme des analyses dont elle ne vient pas démêler l'écheveau.

C'est un des mérites du Professeur Jean-François Perrin d'avoir identifié très tôt le risque de cette évolution. Sur les traces du Professeur Jean Carbonnier, il ne s'est pas résigné à isoler le droit des nombreuses perspectives qu'il ouvre et qui s'ouvrent sur lui dans la société. On pense en particulier à la naissance de la règle, ses effets voulus ou non, positifs ou pervers, autrement dit à sa relation avec les besoins sociaux.

A l'intérieur même d'un système juridique donné, la technique et la science juridiques au sens étroit peuvent aussi être enrichies par cette approche. Le Professeur Yung, dont les derniers étudiants s'apprennent, avec Jean-François Perrin, à quitter leur enseignement à la Faculté, est l'exemple d'un maître tou-

* Mme Anne-Sylvie Dupont, assistante et M. Bogdan Prensilevich, assistant ont bien voulu relire ce texte et en mettre au point les références: qu'ils en soient remerciés.

jours préoccupé d'intégrer sa réflexion dans un ensemble. C'est lui qui nous a donné l'occasion d'entendre pour la première fois le Professeur Jean Carbonnier, invité à Genève dans son cours pour nous initier à la sociologie juridique ou nous faire un tableau du droit civil français et comparé, dont il est aussi une autorité incontestée. C'est lui encore qui a su nous faire aborder le droit civil et le droit des obligations non comme l'addition de nombreuses règles particulières mais bien comme des *systèmes* dont la cohérence doit être l'objet d'une constante recherche en vue de l'interprétation et de l'évolution de la jurisprudence dans une société qui se modifie continuellement.

Dans cette optique, les instruments de la technique juridique *impliqués* par la législation qui renonce à les exprimer formellement ont une fonction et une importance essentielle. Ils forment un réseau sous-jacent qui doit donner à l'ensemble du système légal une cohérence qui n'est pas évidente à la seule lecture des textes¹. Cela est d'autant plus important que les lois sont plus concises et plus anciennes. La partie générale de notre Code des obligations en est un exemple privilégié. Elle sert de chapitre fondamental à tout notre droit civil et l'ampleur de ce qu'on en a tiré depuis plus de cent ans est sans proportion avec celle du texte légal. Cela n'a été possible que dans la mesure où l'on a admis, avec raison, qu'elle exprimait l'essence d'un système cohérent *implicite* pour une bonne part, comme les parties visibles d'un iceberg ne s'expliquent que par leur support immergé. Cela signifie que la compréhension du système comme tel est la condition d'une bonne lecture et d'une bonne interprétation des textes, qui ne révèlent qu'un nombre limité d'aspects, ceux que le législateur a choisis pour leur pertinence particulière.

Les techniques de l'interprétation en sont naturellement profondément marquées. Le texte comme tel importe moins que ce qu'il reflète partiellement: sa lettre est a priori destinée à servir l'esprit, elle n'est pas nécessairement au premier niveau d'autorité. Les techniques formelles de l'interprétation de texte ne mènent pas toujours à des résultats pertinents, tandis que l'interprétation dite historique conserve une valeur élevée dans la mesure où elle révèle ce qui a été voulu *globalement* plutôt que la volonté concrète et casuistique du législateur.

Deux événements récents nous invitent à nous replonger dans cette réflexion générale. L'introduction dans notre éventaire de la responsabilité fondée sur la confiance par un Tribunal fédéral largement influencé par la doctrine allemande et la publication du projet de révision des art. 41 ss CO avec le rapport des Professeurs Widmer et Wessner nous donnent une bonne occasion et surtout une bonne raison de nous demander si nous ne sommes pas

¹ DESCHENAUX Henri, *Le titre préliminaire du Code civil*, Fribourg 1969, p. 107-108.

en train de perdre de vue la richesse des potentialités de la partie générale de notre CO et de nous laisser séduire, au gré des modes, par des innovations qui introduisent plus d'hétérogénéité et d'insécurité que de vrais progrès dans notre théorie et dans notre pratique juridiques. De nous demander encore si nous ne sommes pas en train de méconnaître le génie des auteurs de notre code qui ont su rédiger des textes ouverts et synthétiques qu'il n'était pas nécessaire de corriger et de malmener pour leur faire dire ce que réclame l'évolution historique, comme c'est parfois le cas avec le BGB.

La discussion sur l'interprétation qu'illustrent les textes récents de Messieurs Pichonnaz et Vogenauer d'une part², du Président du Tribunal fédéral Walter d'autre part³, après ceux de Walter Yung⁴, Jean-François Perrin⁵ et Henri Deschenaux⁶, n'a pas le même enjeu selon que l'interprétation porte sur des textes relativement détaillés et concrets ou sur une réglementation aussi concise que celle de la partie générale du CO. Dans ce dernier cas, le souci principal peut et doit porter sur le système: sa cohérence, l'étude de l'impact de toute modification sur l'ensemble, la recherche des potentialités avant la création ou la modification des règles.

Quelques questions récemment discutées dans la jurisprudence ou la doctrine permettent d'illustrer comment cette réflexion appelle la recherche ou la confirmation à partir du système de solutions qui, en corollaire, ne compromettent en rien sa cohérence.

1. Des actes formateurs révocables?

L'art. 107 al. 2 CO permet dans les contrats bilatéraux au créancier de renoncer à l'exécution et de réclamer des dommages-intérêts pour inexécution: le contrat est maintenu, mais la prestation du débiteur se transforme en indemnité. Le créancier reste tenu de sa prestation. Le choix du créancier est l'exercice d'un droit formateur qui transforme l'obligation du débiteur:

² PICHONNAZ Pascal, VOGENAUER Stefan, «Le «pluralisme pragmatique» du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode?», *AJP/PJA* 4/1999, p. 417 ss.

³ WALTER Hans Peter, «Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung», *recht* 4/1999, p. 157 ss.

⁴ YUNG Walter, «François Gény et la jurisprudence en Suisse», *Etudes et articles*, Genève 1971, p. 49 ss.

⁵ PERRIN, Jean-François, «Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois», *Les règles d'interprétations. Principes communément admis par les juridictions*, Fribourg 1989, p. 243 ss.

⁶ DESCHENAUX (note 1), p. 107 ss.

- 1) il ne peut plus s'exécuter en nature et,
- 2) si les conditions de l'art. 97 CO sont réunies, il devra verser au créancier une indemnité correspondant à l'intérêt de ce dernier à l'exécution de l'obligation (intérêt dit positif)⁷.

Le choix du créancier peut se révéler malheureux si le débiteur apporte la preuve libératoire qu'il s'est trouvé en demeure sans sa faute: il est libéré aussi bien de son obligation initiale que de celle portant sur une indemnité tandis que le créancier reste lié puisque le contrat est maintenu. Dans cette hypothèse, il a été proposé de permettre au créancier de reprendre son choix et de résoudre le contrat pour se libérer de son obligation⁸. Il paraît incontestablement justifié de ne pas l'obliger à exécuter sa prestation sans rien recevoir en contrepartie dans un contrat synallagmatique. Faut-il pour autant passer par une exception à la règle en soi fondée en théorie et en pratique, qu'un droit formateur ne peut être révoqué par son auteur? C'est une règle qui appartient au système de la théorie de l'acte juridique. Il faudrait en conséquence une raison majeure pour se résoudre à y apporter une exception. Or en l'espèce, cette raison n'existe pas: dès l'exercice de son droit par le créancier, le débiteur en demeure est dans l'impossibilité (juridique) de fournir sa prestation pour se libérer. Si aucune faute ne lui est imputable, il sera libéré (art. 119 al. 1 CO); comme le contrat est synallagmatique, l'art. 119 al. 2 offre une solution satisfaisante: le créancier sera aussi libéré pour sa prestation. Cette solution a deux mérites: elle s'inscrit dans le système légal sans la moindre difficulté; elle évite une exception qui dénature la notion d'acte formateur et dont l'impact est imprévisible pour l'avenir. Elle était de celles que les Professeurs Gauch et Schluép avaient retenues jusqu'à la 6^e édition de leur traité⁹.

Le *système*, au sens le plus technique dans cet exemple, donne une solution satisfaisante. Point n'est besoin d'en chercher une autre qui s'y inscrirait moins bien.

⁷ SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Berne 2000, N. 66.25 et 66.31; KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. I, Berne 1996, N. 69.

⁸ GAUCH Peter, SCHLUEP Walter R., SCHMID Jörg, REY Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. II, 7^e éd., Zurich 1998, N. 157 et 3030a; KOLLER (note 7), N. 196 et 1308s; BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Zurich 1988, p. 212.

⁹ GAUCH Peter, SCHLUEP Walter R., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. II, 6^e éd., Zurich 1995, N. 3024 ss.

2. Le contrat conclu sous l'empire d'une erreur est-il nul, annulable, invalidable?

Dans l'arrêt Picasso¹⁰, le Tribunal fédéral a décidé que la déclaration par une partie de sa «résolution de ne pas maintenir le contrat entaché d'erreur» au sens de l'art. 31 CO n'a en soi pas d'effet sur la validité du contrat traité comme nul dès sa conclusion (théorie de la «nullité relative» du contrat vicié au sens de l'art. 23 CO). Les textes sont contradictoires: l'art. 23 CO suppose que l'errans n'est pas obligé dès l'origine («n'oblige pas»), l'art. 31 CO parle de contrat «ratifié» et de «maintenir» le contrat. Cela laisse supposer que ce contrat a tout de même produit certains effets, même dans l'optique de l'errans qui peut s'en libérer. Quand la lecture des textes n'impose pas une solution indiscutable, il faut tenter de la trouver dans le système. L'ATF précité fait apparaître une incongruité: le droit de déclarer de l'errans n'est soumis à aucun délai absolu de péremption. Si le droit est exercé après le délai de cinq ans de la prescription acquisitive pour les meubles¹¹ (art. 728 CC), de la prescription absolue de l'action fondée sur l'enrichissement illégitime pour l'argent (art. 67 CO), le droit à la restitution est éteint ou paralysé avant d'être seulement connu de son titulaire. En l'espèce, la créance de l'acheteur (errans) en restitution du prix était prescrite avant qu'il ait le moindre motif de l'exercer: la cohérence du système commande que le contrat entaché d'erreur déploie des effets, jusqu'à la déclaration de l'errans, de

¹⁰ ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508.

¹¹ La soumission à des règles différentes de la restitution due par l'errans d'une part et par son cocontractant d'autre part s'explique probablement par l'abandon du principe de l'abstraction des actes de disposition sur la propriété mobilière. Selon cette conception, pour prendre l'exemple de la vente, l'acheteur a acquis la propriété de l'objet vendu, le vendeur celle de l'argent correspondant au prix. Les deux parties sont enrichies pour une cause qui cesse d'exister quand l'erreur est invoquée. Les art. 62 ss sont applicables à la restitution par les deux parties; le délai objectif de prescription est le même (art. 67 CO). Comme la propriété de la chose mobilière a été acquise valablement, l'art. 728 CC n'a pas vocation à s'appliquer. Paradoxalement, l'acheteur qui n'a pas acquis la propriété est mieux protégé (possession paisible pendant cinq ans) que s'il avait acquis la propriété (obligation de la restituer pendant les dix ans de l'art. 67 CO). Cf. cependant HUWILER Bruno, «Zum Bereicherungsanspruch gegen den Fahrniseigentümer kraft Ersitzung: eine rechtsvergleichende Studie», *RSJB* 124bis p. 99 ss; MEIER-HAYOZ Arthur, *Berner Kommentar*, N. 44 ad art. 641 CC; VON TUHR Peter, *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, éd. 1924, § 39 IV; SCHMIDLIN Bruno, *Berner Kommentar*, N. 147 ad art. 23/24 CO, qui avec Huwiler considère avec raison que l'acquisition de la propriété ne préjuge pas de la légitimité de l'enrichissement correspondant. La divergence entre le délai de cinq ans de l'art. 738 CC et celui de dix ans de l'art. 67 CO perd ainsi de son importance).

sorte que le droit ne naisse pas après avoir été atteint par la prescription¹². C'est un motif décisif pour renoncer à la théorie de la nullité relative que le texte n'impose pas de façon indiscutable. La rétroactivité de l'effet d'une déclaration ne conduit pas à une situation intégralement identique à celle d'une nullité originelle. La comparaison avec l'art. 410 CC ne conduit pas à la solution contraire: la protection du pupille a d'autres motifs que celle de l'errans et le risque de l'écoulement de plusieurs années entre la conclusion du contrat et la découverte de l'incapacité du pupille est incomparablement plus faible. La règle exprimée à l'art. 130 CO enfin n'est pas non plus un obstacle si on admet que l'exigibilité n'est pas donnée tant que la déclaration de l'errans n'est pas intervenue¹³.

Aussi longtemps que le législateur n'intervient pas pour limiter dans le temps l'exercice du droit de ne pas maintenir le contrat, cette construction est la plus cohérente¹⁴.

3. L'art. 62 CO s'applique-t-il en l'absence d'un appauvrissement?

La problématique de l'application des règles de l'enrichissement illégitime quand le demandeur n'est pas appauvri effectivement ni même normativement (Eingriffskondiktion) a fait l'objet de nombreuses publications¹⁵.

Il est de tradition de diviser en trois catégories les actions fondées sur l'enrichissement illégitime¹⁶: restitution d'une prestation (Leistungskondiktion), restitution d'une valeur transférée fortuitement (Zufallskondiktion), restitution de ce que l'enrichi s'est approprié par une ingérence dans le patrimoine du demandeur (Eingriffskondiktion). Cette distinction n'a pendant longtemps pas eu d'autre portée que descriptive. Les quatre conditions générales étaient

¹² Dans ce sens, PIOTET Paul, *A propos de l'arrêt «Picasso»*, JdT 1988 I 519 ss.

¹³ Cf. SCHMIDLIN (note 11), N. 140 ad art. 23/24; PIOTET (note 12); le Tribunal fédéral semble se fonder sur un raisonnement analogue dans l'ATF 119 II 20, 23: il fait courir le délai de dix ans de l'art. 67, quand la prestation a été faite en vue d'une cause qui ne s'est pas réalisée, du moment de la certitude sur la non réalisation de la cause et non de celui de la prestation dépourvue de cause.

¹⁴ Voir le commentaire que Peter GAUCH a fait de l'arrêt «Picasso» dans la *Schweizerische Aktiengesellschaft* 61/1989, p. 152 ss (158 s.); WIEGAND Wolfgang, *Bemerkungen zum Picasso-Entscheid*, *recht* 3/1989, p. 101 ss (109 s.); PIOTET (note 12), p. 522 s.

¹⁵ SCHLUEP Walter R., «Über Eingriffskondiktionen», in *Mélanges Piotet*, Berne 1990, p. 173 ss et les références citées.

¹⁶ Parmi d'autres, SCHWENZER (note 7), N. 56.01 ss; *Commentaire bâlois*, N. 11 ss ad art. 62.

identiques, soit celles énoncées par l'art. 62 al. 1 dans son interprétation classique: enrichissement de E (pour enrichi), appauvrissement de A (pour appauvri), connexité, absence de cause légitime. Sous l'influence de la doctrine allemande, un courant puissant s'est développé en Suisse pour renoncer à l'appauvrissement en cas d'Eingriffskondiktion¹⁷. Il en résulte évidemment une difficulté en ce sens que si l'appauvrissement de A n'est plus requis, la connexité de l'appauvrissement avec l'enrichissement de E n'a plus le même contenu ni la même pertinence que dans la lecture classique. Elle est remplacée par le caractère illicite de l'ingérence de l'enrichi dans la sphère juridique d'autrui. L'architecture de la réglementation de l'enrichissement illégitime comme source d'obligation en est modifiée.

L'esprit de la loi le commande-t-elle? L'art. 62 est-il affecté d'une lacune que le juge devrait combler en vertu de l'art. 1 CC? Indépendamment de toute nostalgie et sans se limiter à l'interprétation littérale ou à l'interprétation historique, on doit se demander si le système comme tel n'impose pas déjà une solution différente. Deux questions se posent concrètement: l'appropriation des profits réalisés par E doit-elle se fonder sur l'art. 62 CO ou sur l'art. 423 CO? Cette appropriation doit-elle être assurée même lorsque l'enrichi n'a pas commis la moindre faute?

Le législateur a indiqué à plusieurs reprises et avec constance qu'il soumettait à la réglementation de la gestion d'affaires sans mandat l'appropriation du gain¹⁸.

La question de fond se pose indépendamment du choix des dispositions applicables. Faut-il accorder à celui qui ne souffre aucun préjudice une action en remise du gain pour la valeur acquise par un tiers intervenu *sans faute* dans la sphère juridique du premier? Dans la mesure où la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral n'admet plus que le gérant innocent se voie appliquer l'art. 423 CO¹⁹, seule la renonciation à l'appauvrissement comme condition de l'art. 62 CO peut conduire au résultat visé.

¹⁷ SCHLUEP (note 15) et les références citées; SCHWENZER (note 7), N. 58.22 ss.

¹⁸ Art. 28a al. 3 CC, art. 9 al. 3 LCD, art. 73 al. 1 LBI, etc; dans ce sens aussi, CHAPPUIS Christine, *La restitution des profits illégitimes. Le rôle privilégié de la gestion d'affaire sans mandat en droit privé suisse*, thèse Genève, Bâle 1991, p. 12; PETITPIERRE Gilles, «Absence de cause et enrichissement illégitime: pour un retour aux sources», *Mélanges Grossen*, p. 315 ss (316 s.); *Contra* SCHLUEP (note 15) et les références citées; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (note 8), Vol. I, N. 1509; TERCIER Pierre, *Les contrats spéciaux*, 2^e éd., Zurich 1995, N. 4461 s.

¹⁹ ATF 119 II 40, 43.

Or, dans une perspective d'ensemble, on constate que notre droit a réglé les situations suivantes:

- le dommage résultant d'un chef de responsabilité (acte illicite fautif, état de fait fondant une responsabilité objective simple ou aggravée) doit être réparé en faveur de celui dont le patrimoine net est diminué;
- le profit obtenu par un comportement (injustifié) de celui qui interfère dans la sphère d'autrui volontairement ou dans un état d'ignorance inexcusable (cf. art. 423 CO NN) doit être transféré, dans des limites fixées par la loi, à celui dans la sphère duquel l'enrichi est intervenu, même si aucun dommage n'en résulte pour le maître;
- quand les circonstances conduisent à l'accroissement d'un patrimoine *au prix de la diminution d'un autre patrimoine* sans qu'une cause juridiquement pertinente le justifie, la situation doit être rétablie dans la mesure fixée par la loi. On aura remarqué que notre législation a laissé sans remède celui qui subit un dommage causé par un tiers qui ne remplit pas les conditions d'un chef de responsabilité. Faut-il mieux traiter celui qui, *sans subir le moindre dommage*, a vu un tiers *excusable* tirer profit d'une ingérence dans sa sphère juridique? Dans l'ATF 119 II 40, le Tribunal fédéral a écarté l'application de l'art. 423 CO à cette hypothèse, comme on l'a déjà vu, pour des motifs qu'il n'est pas abusif de reprendre pour écarter celle de l'art. 62 CO.

Le système de notre code n'inclut pas une «responsabilité» sans dommage, sans faute ou sans autre chef de responsabilité à la charge de celui qui a obtenu le profit.

4. Redéfinir l'illicéité?

Notre droit de la responsabilité civile se caractérise par la généralité de l'énoncé de l'état de fait de chacune des deux normes fondamentales qui nous gouvernent, l'art. 41 CO pour les actes illicites, l'art. 97 CO pour la violation des obligations.

L'acte illicite peut et doit être compris comme le comportement contraire à une injonction adressée à un nombre indéterminé de personnes, soit, pour l'exprimer simplement, contraire à un devoir général. L'injonction peut prendre la forme d'une règle exprimée formellement comme un article de loi énonçant ce qui doit être fait ou ce qui est interdit (il est interdit de...; il est illicite de...; il est obligatoire de...; on ne doit pas...; on doit..., etc.). Pour certains intérêts considérés comme primordiaux, depuis des siècles pour deux d'en-

tre eux tout au moins, l'intégrité physique et la propriété des biens matériels, l'ordre juridique a institué les droits subjectifs absolus. Ils sont en réalité l'expression d'une injonction à un nombre indéterminé de personnes de respecter leur objet: les *comportements* portant atteinte à cet objet sont interdits. Comme le droit français (§ 1382 CCF), et à la différence du BGB (§ 823) et du droit anglo-américain, le droit suisse a l'avantage d'éviter toute casuistique dans l'état de fait de la règle fondamentale. La distinction entre l'illicéité du comportement et celle dite de résultat n'a aucune pertinence autre que descriptive²⁰ et encore ne correspond-elle pas à la réalité telle que notre code la sous-entend contrairement au texte du BGB qui la met formellement en évidence. Dans notre système, tout dommage causé par un comportement illécite, c'est-à-dire contraire à une injonction adressée à un nombre indéterminé de sujets de droit par l'ordre juridique, c'est-à-dire encore à un devoir juridique général, doit être réparé si l'injonction violée protégeait (le cas échéant aussi) l'intérêt compromis par le comportement et si, naturellement, les autres conditions de l'art. 41 CO sont remplies. La distinction en droit suisse de l'injonction exprimée dans les formes d'une règle explicite (il est interdit, il est obligatoire, etc.) avec celle exprimée dans la forme du droit subjectif absolu n'a d'intérêt que dans la perspective de la portée de la protection voulue par la norme: le droit absolu facilite la détermination de cette protection puisqu'il en exprime directement l'objet (l'intégrité physique et psychique, les diverses composantes de personnalité (telles que l'honneur, la sphère privée, les divers aspects de la liberté personnelle, etc.) alors qu'en l'absence d'un droit absolu, l'intérêt protégé par la norme violée ne se présente pas toujours avec la même évidence. C'est par une déviation du raisonnement que cette distinction a conduit nombre de commentateurs et de juridictions à en déduire qu'elle devait conduire sur le plan de la définition du dommage à distinguer, sinon même opposer le «dommage économique pur» ou le «dommage purement économique» d'autres formes du dommage, dommages «corporel» et «matériel» pour l'essentiel²¹. Un exemple frappant en est l'art. 45 de l'avant-projet de la réforme de la partie générale de la responsabilité civile qui veut consacrer la notion de dommage purement économique dans la loi. Nous sommes d'avis que la question ne relève pas de la problématique du dommage, mais bien de celle de l'illicéité pour l'art. 41 CO 41 (et

²⁰ Voir l'analyse critique approfondie de MISTELI Christophe, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse Lausanne, Zurich 1999, p. 73-113; PORTMANN Wolfgang, *Erfolgsunrecht und Verhaltensunrecht?*, *RSJ/SJZ* 93 (1997), p. 273 ss; SCHWENZER (note 7), N. 50.31.

²¹ TERCIER Pierre, «De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages», *Festschrift Assista 1968-1978*, p. 247 ss.

pour l'art. 41 AP d'ailleurs aussi) et, parallèlement pour les responsabilités indépendantes d'une faute, du but protecteur de la norme instituant chacune d'entre elles (NB: on n'échappe pas à cette recherche du but de la norme violée même quand des droits absolus sont affectés en ce sens qu'il faut déterminer d'abord si un comportement contraire à une injonction constitue bien la cause pertinente d'une atteinte au bien protégé par le droit absolu dans l'optique de la responsabilité. La violation d'une règle de la circulation visant la sécurité est constitutive de l'acte illicite sous la forme de dégâts matériels qui en sont résultés tandis que celle d'une règle visant seulement la fluidité du trafic ne saurait être pertinente même s'il en résulte en termes de causalité naturelle, des dégâts matériels pour un tiers²²).

La définition du dommage purement économique est incertaine: faut-il l'opposer aux dommages corporel et matériel ou à tous les dommages qui ne résultent pas de la lésion de l'objet d'un droit absolu²³? La première définition conduit à mettre à dans la même catégorie le dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale et celui résultant d'une atteinte à la personnalité sociale comme l'honneur. La deuxième aurait le mérite d'une certaine cohérence mais elle serait insatisfaisante au niveau des termes utilisés. Il faudrait distinguer à l'intérieur de la catégorie du dommage purement économique ceux qui résultent de la violation d'un droit absolu et les autres.

On aura remarqué que ni l'une ni l'autre de ces définitions ne donnent de solution au problème du dommage subi par contre-coup, par quelqu'un d'autre que la victime protégée sans contestation. La mention de la notion dans l'avant-projet ne dispenserait pas le législateur et à défaut le juge de déterminer quel est le champ de protection de la norme violée.

Comme Messieurs Widmer et Wessmer l'expliquent pertinemment dans leur rapport (p. 27), cette problématique est liée à une conception archaïque que le législateur suisse de 1905 a eu la sagesse de ne pas reprendre. Pourquoi dès lors l'introduire aujourd'hui?

* * *

La question nous intéresse également dans l'optique suivante. La conception uniforme de l'acte illicite que propose le texte de notre code, et que son esprit confirme si on le lit comme l'expression d'un système cohérent, présente en outre deux avantages qui sont d'ailleurs liés. Elle facilite l'identification

²² Voir un exemple tranché par le Tribunal cantonal fribourgeois: sens interdit aux véhicules, bus et taxis exceptés; collision entre une moto et un fourgon postal engagé dans le sens interdit, JdT 1993 I 719 s.

²³ MISTELI (note 20), p. 34 ss.

du dommage pertinent dans un cas donné: le patrimoine du lésé doit être rétabli dans l'état qui serait le sien sans le comportement qui viole le devoir juridique général. Elle assure le parallélisme avec la violation d'une obligation (qui est un devoir juridique particulier) et incite à ne pas donner trop d'importance à la distinction entre les art. 41 et 97 en tout cas pour la partie de leur état de fait qu'ils ont en commun, c'est-à-dire la violation (fautive) d'un devoir juridique, même si par ailleurs certains aspects de la mise en œuvre de chacune des règles peuvent diverger (présomption de la faute à l'art. 97, traitement différencié du fait de l'auxiliaire aux art. 55 et 101, des prescriptions différentes aux art. 60 et 127)²⁴. L'identification du devoir violé – qu'il soit général ou particulier n'importe pas dans cette optique – permet de définir le dommage pertinent sans autre complication. On pense en particulier au devoir pré-contractuel et plus généralement à ceux qu'imposent les règles de la bonne foi²⁵: l'exécution du devoir donne le critère pertinent pour apprécier le patrimoine hypothétique du lésé. On peut ainsi éviter de se demander si c'est l'intérêt positif ou si c'est l'intérêt négatif qui doit être considéré quand un contrat est en cause: si l'exécution du devoir violé portait sur l'information d'autrui, le dommage pertinent correspondra à ce que le lésé aurait fait et s'il avait été informé correctement, c'est-à-dire qu'il n'aurait pas conclu le contrat; si l'exécution implique le comportement attentif du déclarant (erreur essentielle fautive), celui-ci n'aurait pas non plus conclu le contrat; si le devoir portait sur la conservation de l'objet de la négociation, le contrat dont l'objet est devenu impossible aurait été valablement conclu, etc.²⁶.

* * *

Ces lignes n'ont pas d'autre prétention que de tenter de montrer que la complexité parfois décourageante des analyses savantes n'est pas une fatalité. La recherche de la cohérence n'est pas seulement une nécessité d'ordre intellectuel, elle met la science juridique au service de la justice concrète à travers la prévisibilité et la sécurité du droit.

²⁴ C'est l'occasion de souligner que l'art. 97 CO vise non pas a priori le contrat, mais l'obligation quelle qu'en soit la source.

²⁵ SCHÖNLE Herbert, *Zürcher Kommentar*, N. 45a ss ad art. 185; ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359; ATF 121 III 350; Ces arrêts, ainsi que d'autres relatifs à cette question, sont résumés dans CHAPPUIS Christine, WINIGER Bénédicte (édit.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, p. 204 ss.

²⁶ PETITPIERRE Gilles, «Réflexions sur l'impossibilité objective initiale provoquée par la faute d'une partie», *Mélanges Tandogan*, Ankara 1990, p. 165 ss; SCHÖNLE (note 25), N. 162 ad art. 184.