



Article scientifique

Article

1997

Published version

Open Access

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

---

## La responsabilité fondée sur la confiance

---

Chappuis, Christine

### How to cite

CHAPPUIS, Christine. La responsabilité fondée sur la confiance. In: La Semaine judiciaire, 1997, vol. 119, n° 10, p. 165–176.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:42928>

SOMMAIRE. — La responsabilité fondée sur la confiance. — *Extraits d'arrêts. (Tribunal fédéral, 2ème Cour de droit public). Epoux X. c. Zurich.* Concours idéal entre l'escroquerie fiscale et la soustraction d'impôts. Absence de violation du principe «ne bis in idem» si deux condamnations sont prononcées, l'une pour escroquerie fiscale, l'autre pour soustraction d'impôts. — (2ème Cour de droit public). *X. AG c. Einwohnergemeinde Y. et canton d'Obwald.* Hypothèque légale garantissant une créance de droit public cantonal. Admissibilité. Voie de droit. — *Bibliographie.*

## LA RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR LA CONFIANCE<sup>1</sup>

par

Christine CHAPPUIS

docteur en droit

avocate

chargée de cours à la Faculté de droit de Genève

### INTRODUCTION

Le paysage classique du droit de la responsabilité civile au sens large a été récemment bouleversé par deux arrêts du Tribunal fédéral qui reconnaissent au lésé le droit d'obtenir des dommages-intérêts: l'arrêt *Swissair*<sup>2</sup> rendu en 1994 et l'arrêt *Grossen* datant de 1995<sup>3</sup>. Le premier d'entre eux a fait l'objet d'abondants commentaires dans différentes revues<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Le présent texte reprend partiellement une conférence prononcée le 17 octobre 1996 devant le Jeune Barreau de l'Ordre des Avocats de Genève. Il ne constitue qu'un rapide aide-mémoire à l'intention des praticiens appelés à appliquer les principes découlant de ces arrêts. En revanche, il n'examine pas les questions théoriques relatives à la nature juridique de la «responsabilité fondée sur la confiance» que ces arrêts soulèvent et qui ne manqueront pas de faire couler encore beaucoup d'encre.

<sup>2</sup> Arrêt *Wibru Holding AG c. Swissair Beteiligungen AG* du 15 novembre 1994, ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359.

<sup>3</sup> Arrêt *Fédération Suisse de Lutte Amateur c. Grossen* du 10 octobre 1995, ATF 121/1995 III 350.

<sup>4</sup> Commentaires de l'arrêt *Swissair*: AMSTUTZ Marc/WATTER Rolf, *Droit économique. Droit des sociétés*, in PJA 1995 502; BÄR Rolf, *Die privatrechtliche Rechts-*

Le Code des obligations connaît deux types de responsabilités, la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO) et la responsabilité dite contractuelle (art. 97 ss CO). A mi-chemin, la responsabilité précontractuelle ou pour *culpa in contrahendo* s'était imposée, nonobstant les controverses sur sa nature juridique. Le Tribunal fédéral, après quelques hésitations, tantôt en direction du contrat, tantôt dans celle de l'acte illicite, avait fini par renoncer à trancher, préférant régler la prescription de l'action en dommages-intérêts précontractuelle suivant la règle délictuelle de l'art. 60 CO (un an) et la responsabilité pour auxiliaires selon la règle contractuelle de l'art. 101 CO<sup>5</sup>. Les deux types de responsabilité prévues par le code des obligations constituaient en réalité un triptyque: responsabilité contractuelle, délictuelle et précontractuelle. La controverse sur la nature juridique de la *culpa in contrahendo* avait sans doute contribué à occulter le fait qu'elle s'était transformée en un véritable chef de responsabilité non prévu par la loi, au même rang que l'acte illicite ou la violation contractuelle.

Les arrêts Swissair et Grossen ont ceci d'original qu'ils reconnaissent expressément l'existence d'un nouveau chef de responsabilité, que le Tribunal fédéral, à l'image du droit allemand, baptise «responsabilité fondée sur la confiance»<sup>6</sup>. Les deux arrêts ont pour objet des situations totalement différentes, ce qui renforce leur intérêt pour le droit de la responsabilité civile en général. Dans l'arrêt Swissair, le

---

prechung des Bundesgerichts im Jahre 1994. Handels- und Immaterialgüterrecht, in RJB 132/1996 447, 454 ss; DRUEY Jean Nicolas, Droit des groupes de société, in RSDA 1995 93; FELLMANN Walter, Haftung für Werbung — ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung?, in Medialex 1995 94; GONZENBACH Rainer, Senkrechtstart oder Bruchlandung? — Unvertraute Vertrauenshaftung aus «Konzernvertrauen», in recht 1995 117; WICK Markus, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, in PJA 1996 1270; WIEGAND Wolfgang, Obligationenrecht. Allgemeiner Teil: Vertrauenshaftung, in RJB 132/1996 321. Commentaires de l'arrêt Grossen: MEIER Philippe, Droit des obligations. Responsabilité civile, in PJA 1995 1622; MÜNCH Peter, in RJB 130/1994 767; WERRO Franz, Note in DC 1996 56. Cf. également: DREYER Dominique, L'avocat dans la société actuelle, in RDS 115/1996 395, 485-486; HESS Martin, Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen — Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht?, commentaire de l'ATF 121 III 310, in recht 1996 144, 153; TERCIER Pierre / WERRO Franz, Les grandes notions de la RC: quoi de neuf? in Journées du droit de la circulation routière 1996, Fribourg 1996, p. 1, 26; WALTER Hans Peter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in RSJ 132/1996 273; WERRO Franz, La responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) de l'entrepreneur vis-à-vis du maître pour les défauts de l'ouvrage, in DC 1996 64, 65 n. 14 et 15.

<sup>5</sup> ATF 104/1978 II 94, JT 1978 I 556, 557; ATF 108/1982 II 419, JT 1983 I 204, 206. Sur toute cette question, cf. KRAMER Ernst, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, Berne 1986, Allgem. Einl. n. 132 ss et réf. cit.

<sup>6</sup> On préférera à cette traduction, en soi'exacte, du terme allemand «*Vertrauenshaftung*», l'expression de «responsabilité pour la confiance créée». Cf. la conclusion de ce texte.

Tribunal fédéral admet 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 faites par la société fille (IGR)<sup>7</sup> et <sup>8</sup>. Quant au second arrêt, il reconnaît à un sportif, Grossen, une prétention en dommages-intérêts contre une association sportive faîtière (Fédération Suisse de Lutte Amateur<sup>9</sup>) 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.

## Nature juridique de la responsabilité et fondement légal de l'intervention du juge

### *Nature juridique de la responsabilité fondée sur la confiance*

Le juriste cherche naturellement à ranger chaque notion dans un tiroir adéquat. La responsabilité fondée sur la confiance n'échappe pas à la règle. Les tiroirs disponibles en la matière ont pour nom responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO) et responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO). Cependant, après l'avoir laissé entendre dans l'arrêt Swissair<sup>10</sup>, le Tribunal fédéral opte clairement pour une voie nouvelle, soit une responsabilité qui n'est ni de nature contractuelle, ni de nature délictuelle<sup>11</sup>, ni même de nature précontractuelle.

<sup>7</sup> 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. 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) devint membre en décembre 1988. Par lettre du 16 février 1989, IGR renseigna ses membres sur une collaboration possible avec Euroactividade AG. Le 26 avril 1989, IGR précisa qu'elle deviendrait dès le 10 mai 1989 une filiale de Euroactividade AG et que Swissair Beteiligungen AG prendrait dans cette société une participation minoritaire. IGR annonça également certaines améliorations des prestations offertes à ses membres. Le 7 mars 1990, IGR communiqua à ses membres sa décision de mettre fin aux contrats et de rembourser les sommes versées avec un intérêt de 7%. IGR était depuis mai 1989 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.

<sup>8</sup> Il faut souligner qu'il ne s'agit pas ici d'une application de la théorie de la levée du voile corporatif (« Durchgriff »). Il n'est ni soutenu par les parties, ni retenu par le Tribunal fédéral, que Swissair Beteiligungen AG se soit prévalu de manière abusive de l'indépendance juridique de sa filiale IGR (cf. DRUEY, op. cit. n. 4, p. 95-96).

<sup>9</sup> Ci-après: la Fédération.

<sup>10</sup> ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 363 et 364.

<sup>11</sup> ATF 121/1995 III 350, 355.

Alors que l'arrêt *Swissair* balaye la qualification *délictuelle* en un paragraphe<sup>12</sup>, l'arrêt *Grossen* s'arrête tout de même à la thèse de *Keller*<sup>13</sup>, selon laquelle un acte contraire aux règles de la bonne foi constituerait un acte illicite. Le Tribunal fédéral réitère ici son refus «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»<sup>14</sup>. La raison invoquée est que «l'art. 2 CC ne fonde en effet pas une obligation indépendante, mais s'applique en rapport avec des droits et obligations déjà existants»<sup>15</sup>. La responsabilité fondée sur la confiance n'est donc clairement pas de nature délictuelle.

Elle n'est pas non plus de nature *contractuelle*, car il n'était pas question d'un quelconque engagement contractuel de la Fédération envers *Grossen*<sup>16</sup>. En ce qui concerne les rapports de *Swissair* et de *Wibru*, l'arrêt examine l'éventualité d'une «déclaration de patronage» et d'une promesse de porte-fort (art. 111 CO) de *Swissair*, mais les exclut, faute de volonté exprimée par cette dernière de se lier envers les clients de sa filiale<sup>17</sup>. La responsabilité précontractuelle classique n'entre pas non plus en considération, en l'absence de l'élément «*in contrahendo*».

La grande nouveauté réside dans les constatations du Tribunal fédéral, selon lesquelles la *culpa in contrahendo* ne constitue qu'un «cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance». C'est pourquoi l'arrêt admet, «malgré l'absence d'un fondement contractuel ou délictuel, la responsabilité d'une société mère pour des déclarations publicitaires adressées aux clients de sa filiale»<sup>18</sup>. Si le fondement n'est ni contractuel, ni délictuel, il est d'une troisième nature. C'est bien d'un chef de responsabilité indépendant, autonome et nouveau qu'il est question ici.

<sup>12</sup> ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 363: «La défenderesse n'a transgressé aucune injonction ou interdiction générale édictée par l'ordre juridique afin de protéger les droits des tiers».

<sup>13</sup> KELLER Max, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, in recht 1987 136 s.

<sup>14</sup> ATF 121/1995 III 350, 354.

<sup>15</sup> ATF 121/1995 III 350, 354.

<sup>16</sup> ATF 121/1995 III 350, 354 (cons. 6a).

<sup>17</sup> ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 361-363: le considérant 2 est consacré à la déclaration de patronage, non réalisée en l'espèce, car *Swissair* n'avait pas promis d'assurer l'octroi de crédits à sa filiale (cf. à ce sujet, les nombreuses références citées en p. 361 de l'arrêt; une telle déclaration de patronage est par exemple admise dans un arrêt postérieur paru in SJ 1996 634); le considérant 3 nie l'existence d'une promesse de porte-fort au sens de l'art. 111 CO, car le contenu des documents publicitaires, lors même qu'il est opposable à *Swissair*, ne permet pas de conclure à la volonté de celle-ci de se lier contractuellement envers *Wibru*.

<sup>18</sup> ATF 121/1995 III 350, 355.

### Fondement légal de l'intervention du juge

La *culpa in contrahendo* a, pour certains cas du moins, un fondement légal. On songe aux art. 26 CO, art. 28 et 29 en rapport avec l'art. 31 al. 3 CO, art. 36 al. 2, 39, 109 al. 2, 195, 208 al. 2 et 3 CO et à l'art. 411 CC. De ces cas particuliers, légalement prévus, à la généralisation de l'idée que des parties en pourparlers contractuels se doivent mutuellement certains égards, en particulier le respect des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)<sup>19</sup>, il n'y avait qu'un pas qui pouvait à la rigueur être franchi par une interprétation extensive des notions d'acte illicite ou de violation d'une obligation contractuelle<sup>20</sup>.

Toutefois, les arrêts Swissair et Grossen font bien davantage que de généraliser l'idée sous-jacente aux dispositions susmentionnées. Il n'est plus question d'actes accomplis en vue de la conclusion d'un contrat. Il n'est même question d'aucun contrat. Une généralisation, même poussée à l'extrême, de la notion de *culpa in contrahendo* ne permettait pas de condamner Swissair ou la Fédération au paiement de dommages-intérêts. Cela étant, si le juge voulait instituer un nouveau chef de responsabilité dépassant la *culpa in contrahendo*, il fallait qu'il y soit habilité.

Le seul moyen à cet égard aurait été de revêtir les gants du législateur, ce que permet l'art. 1 al. 2 CC. Cependant cette disposition ne s'applique qu'en présence d'une lacune de la loi; et plus précisément, d'une lacune véritable, soit en l'absence d'une règle nécessaire pour trancher un litige, laissant sans réponse une question qui se pose inévitablement, et non d'un défaut de la loi<sup>21</sup>. Comme le rappelle Deschenaux, le juge n'a pas la compétence de corriger la loi, si imparfaite puisse-t-elle lui paraître. En effet, «à faire du juge le censeur de la loi, on compromettrait gravement la sécurité du droit: les justiciables ne sauraient plus si les règles légales sont réellement applicables et ne pourraient plus, même avec l'aide d'hommes de loi,

<sup>19</sup> ATF 105/1979 II 75, JT 1980 I 66, 70 (c. 2a); ATF 77/1951 II 135, 136 et 137 (fr.).

<sup>20</sup> Pour une analogie contractuelle, cf. par ex. V. TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, vol. I, Zurich 1979, § 24, p. 193, et Supplement, Zurich 1984, § 24 n. 82. Pour une application des règles délictuelles, cf. par ex. PIOTET Paul, La culpa in contrahendo aujourd'hui, in RSJ 77/1981 225 ss, 227, 242. GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 6e éd., Zurich 1995, no 982, admettent cependant l'existence d'une lacune de la loi que le juge doit combler conformément à l'art. 1 al. 2 CC.

<sup>21</sup> Sur la différence entre véritable lacune («echte Lücke») et lacune improprement dite («unechte Lücke»), cf. DESCHENAUX Henri, Le Titre préliminaire du code civil, Traité de droit civil suisse, Fribourg 1969, p. 90 et 91; MEIER-HAYOZ Arthur, Einleitung, Berner Kommentar ad art. 1 CC, Berne 1966, n. 251, 255, 271-278, 296, 313 ad art. 1 CC.

prévoir tant soit peu l'issue d'un litige»<sup>22</sup>. Le Tribunal fédéral ne pouvait pas faire l'économie de l'examen de la condition première de son intervention, celle de l'existence d'une lacune proprement dite.

Or, on peut se demander si le fait que le comportement de Swissair ou de la Fédération n'entraîne pas une responsabilité contractuelle, ni délictuelle ou précontractuelle, laisse réellement sans réponse une question qui se pose inévitablement. Ne s'agit-il pas plutôt de cas dans lesquels il convient d'en rester au principe fondamental selon lequel chacun supporte le dommage qu'il subit, faute d'une répartition différente opérée par la loi<sup>23</sup>? Il n'aurait pas été absurde de soutenir que la réponse à cette question relève du législateur<sup>24</sup>. Un nouveau chef de responsabilité ne devrait pas être instauré sans que les justiciables aient la possibilité de s'y adapter, par exemple en contractant une assurance responsabilité civile couvrant ce nouveau risque. Cela supposerait une intervention législative et non prétorienne. La question de l'existence d'une lacune véritable méritait au moins d'être posée, tant il est vrai que la réponse n'est pas évidente. Pourtant, quelles que soient les hésitations théoriques que suscite cette jurisprudence, force est de constater qu'elle instaure une nouvelle source de responsabilité.

### Conditions spéciales

Les conditions spéciales de la responsabilité fondée sur la confiance sont énoncées dans l'arrêt Swissair<sup>25</sup> et précisées par l'arrêt Grossen<sup>26</sup>. Ces conditions sont strictes. Il faut que le responsable ait créé, puis déçu de manière contraire à la bonne foi des attentes déterminées du

22 DESCHENAUX, op. cit. n. 21, p. 94-95.

23 *Casum sentit dominus*. Cf. TERCIER Pierre, Le droit des obligations, Zurich 1996, no 1387; REY Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zurich 1995, nos 18 ss; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, vol. 1, 5e éd., Zurich 1995, § 1 n. 9 ss, p. 9 ss.

24 Le législateur est d'ailleurs en train de s'en préoccuper. L'art. 13 al. 2 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile (juillet 1996) prévoit que la violation du principe de la bonne foi constitue un acte illicite. Il convient de préciser que le champ futur de la responsabilité délictuelle a été élargi par rapport à celui de la responsabilité contractuelle, puisque, selon l'art. 2, les dispositions de la partie générale du droit de la RC sont applicables aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle. Sur la réforme du droit de la responsabilité civile, cf. not. WIDMER Pierre, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts — Brennpunkte eines Projekts, in RJB 130/1994 385; La réforme du droit de la responsabilité civile et son impact sur les règles régissant la circulation routière, in PJA 1992 1086; FELLMANN Walter, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, in PJA 1995 878.

25 ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 364 (cons. 5a).

26 ATF 121/1995 III 350, 355-356 (cons. 6b).

lésé, et qu'il existe entre les parties un rapport spécial de confiance. Ces conditions et leur réalisation sont détaillées ci-après.

*Rapport spécial de confiance («Sonderverbindung»)*

La responsabilité fondée sur la confiance suppose une relation particulière entre le lésé et le responsable<sup>27</sup>. Cette exigence d'un lien particulier entre les parties est en réalité une concrétisation des règles de la bonne foi, prévues par la clause générale de l'art. 2 al. 1 CC. L'application des règles de la bonne foi suppose que les parties soient unies l'une envers l'autre par certains liens qui fondent un rapport de confiance. Ces liens exigent de la part des parties des égards que ne se doivent pas des personnes que n'unit aucune relation particulière<sup>28</sup>. La condition de la contrariété aux règles de la bonne foi qui est posée par les deux arrêts, est ainsi expressément concrétisée par l'exigence d'un rapport spécial de confiance dans l'arrêt Grossen<sup>29</sup>.

• Arrêt Grossen

Aucun lien direct n'unit Grossen à la Fédération, puisque Grossen n'est pas membre de celle-ci, mais d'une association régionale qui, elle, est membre de la Fédération. Cependant, cette dernière dispose d'une situation de monopole à l'égard des sportifs, en particulier en matière de représentation aux compétitions internationales. Selon le Tribunal fédéral, cette position monopolistique crée un lien particulier entre le sportif individuel et la Fédération. Ce lien particulier peut être expliqué comme suit. Le sportif, lors même qu'il n'est pas membre de la Fédération, n'a pas d'autre choix que de se soumettre aux décisions de la Fédération quant à la fixation des critères de sélection pour la participation aux Championnats. S'il refuse de s'y plier, il ne participe pas à la compétition. Cette obligation de fait imposée au sportif individuel doit trouver son pendant du côté de la Fédération «dans le respect de certains principes fondamentaux à l'égard des sportifs, et

<sup>27</sup> Cette condition figure dans l'arrêt Grossen (ATF 121/1995 III 350, 356), mais n'est pas mentionnée en tant que telle dans l'arrêt Swissair. Elle trouve son origine dans des thèses défendues par KELLER et reprises par REY: KELLER, op. cit. n. 13, p. 137, et KELLER/GABI, *Das Schweizerische Schuldrecht*, vol. II, *Haftpflichtrecht*, 2e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1988, p. 39 ss; REY Heinz, *Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung*, in *Mélanges Keller*, Zurich 1989, p. 231 ss. Cf. également les considérations de GAUCH à ce sujet: GAUCH/SWEET, in *Delikthaftung für reinen Vermögensschaden*, in *Mélanges Keller*, Zurich 1989, p. 117, 139.

<sup>28</sup> DESCHENAUX, op. cit. n. 21, p. 139-140; MEIER-HAYOZ, op. cit. n. 21, n. 29 ss, 34 ad art. 2 CC.

<sup>29</sup> ATF 121/1995 III 350, 356.

spécialement la fidélité aux actes»<sup>30</sup>. C'est en quelque sorte l'équivalent du principe *pacta sunt servanda* malgré l'absence de contrat qui permet de conclure à l'existence d'un lien particulier entre les parties.

• Arrêt Swissair

L'existence d'un rapport spécial de confiance entre Wibru et Swissair est plus délicate à établir, cette condition n'étant pas posée en tant que telle dans le premier arrêt. Le seul fait que IGR ait appartenu au groupe Swissair au moment de la conclusion du contrat avec Wibru ne suffit certainement pas à fonder un lien spécial de confiance entre Wibru et Swissair, sinon tout tiers contractant avec une société faisant partie d'un groupe de sociétés se trouverait dans un lien spécial de confiance avec les autres membres du groupe, ce qui n'est pas soutenable. Il faut par conséquent davantage que la simple appartenance à un groupe de sociétés.

En l'espèce, l'élément supplémentaire peut sans doute être vu dans la documentation publicitaire de IGR dont le contenu est considéré par le Tribunal fédéral comme opposable à Swissair. Cette documentation fait état de l'appartenance de IGR au groupe Swissair et mentionne 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»<sup>31</sup>. D'où le Tribunal fédéral déduit que les cocontractants de Wibru «se fieraient avant tout à la solidité financière et à la bonne réputation du groupe Swissair»<sup>32</sup>. C'est ainsi que l'on peut construire un rapport spécial de confiance entre Wibru et Swissair.

*Provoquer des attentes déterminées*

L'arrêt Swissair formule cette condition en exigeant un comportement du responsable suscitant chez un tiers un «espoir légitime»<sup>33</sup>, alors que l'arrêt Grossen pose l'exigence, sans doute plus stricte, d'un comportement provoquant des «attentes déterminées» d'un tiers<sup>34</sup>.

30 ATF 121/1995 III 350, 356.

31 ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 362 (cons. 3b).

32 ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 365 (cons. 5b). On peut s'étonner de la facilité avec laquelle le Tribunal fédéral admet l'opposabilité à Swissair des déclarations publicitaires de IGR. Cf. n. 37.

33 ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 364.

34 ATF 121/1995 III 350, 355.

- Arrêt Swissair

Dans le premier arrêt, cette condition est considérée comme réalisée du fait que la documentation publicitaire de IGR suscitait des espoirs légitimes à deux points de vue. D'une part, Wibru était en droit d'espérer que Swissair mettrait à disposition de IGR les moyens financiers nécessaires durant la phase initiale de la nouvelle organisation. D'autre part, elle était légitimée à penser que, du fait de l'appartenance de IGR au groupe Swissair, l'affaire serait traitée correctement, en particulier que Swissair veillerait à l'exactitude des informations fournies par IGR<sup>35</sup>.

- Arrêt Grossen

Le second arrêt admet que l'adoption par la Fédération d'une procédure de sélection relative à la participation aux Championnats du monde était propre à créer chez Grossen l'attente que cette procédure serait respectée<sup>36</sup>.

#### *Décevoir des attentes déterminées*

- Arrêt Swissair

Swissair avait doté IGR de moyens suffisants pour assurer le lancement du projet dont l'échec était dû à l'impossibilité subséquente de recruter un nombre assez grand de partenaires. La première attente que l'appartenance de IGR au groupe Swissair avait suscitée, n'avait donc pas été déçue. En revanche, le Tribunal fédéral retient que les informations adressées par IGR à ses membres<sup>37</sup> étaient trop optimistes, taisaient les difficultés rencontrées par IGR dans le recrutement de nouveaux membres et laissaient croire que, malgré la reprise de IGR par un autre groupe, Swissair continuerait à exercer son influence sur la gestion de IGR par le biais d'une participation minoritaire chez le groupe acquéreur<sup>38</sup>. L'arrêt en tire la conclusion que l'attente selon laquelle Swissair veillerait à une information correcte a été déçue.

- Arrêt Grossen

Grossen était en droit d'admettre que la Fédération respecterait la procédure de qualification qu'elle avait elle-même fixée. En imposant, moins de trois semaines avant l'ouverture des Championnats du

35 ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 365-366 (cons. 5b.aa et bb).

36 ATF 121/1995 III 350, 356.

37 Par la voie de deux circulaires datées de décembre 1988 et d'avril 1989 dont le contenu est considéré comme opposable à Swissair du simple fait que celle-ci en a eu connaissance (ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 366, cons. 5c.bb). Cf. n. 32.

38 ATF 120/1994 II 331, JT 1995 I 359, 366-367 (cons. 5c.aa et bb).

monde, un duel de qualification supplémentaire, la Fédération déçoit l'attente de Grossen<sup>39</sup>.

### Conditions générales

L'arrêt Grossen, en se référant aux «autres conditions de la responsabilité»<sup>40</sup>, laisse entendre que les conditions générales de la responsabilité, soit le lien de causalité naturelle et adéquate, le dommage et la faute, doivent également être réalisées.

La causalité est examinée et admise dans les deux arrêts. On peut admettre qu'il soit conforme au cours ordinaire des choses qu'un lutteur amateur déjà sélectionné prenne des congés non payés en vue des tournoi et stage nécessaires pour participer aux Championnats du monde<sup>41</sup> et que les dépenses engagées sur la foi du respect de la procédure instaurée perdent leur raison d'être<sup>42</sup>.

En revanche, l'arrêt Swissair paraît moins solide sur la question de la causalité. Il retient que si Wibru «avait connu la véritable situation de IGR, elle aurait, selon l'expérience générale de la vie, renoncé à maintenir son contrat en vigueur et exigé le remboursement immédiat de la somme de 90'000 francs qu'elle avait payée»<sup>43</sup>. On peut supposer que Wibru aurait connu la véritable situation (mauvaise) de IGR si celle-ci, ou Swissair Beteiligungen AG, l'avait correctement informée de la situation. Cependant, une information correcte de Wibru aurait eu pour corollaire une information correcte de tous les «membres» de IGR, qui, à leur tour et selon le cours ordinaire des choses, auraient renoncé à maintenir leurs contrats avec IGR. Le seul effet d'une information correcte aurait donc été de hâter la faillite de IGR. Cela tendrait à démontrer que ce n'est pas tant l'absence d'information correcte de Wibru qui est en lien de causalité avec son dommage, que le fait que l'affaire lancée avec la création de IGR ne s'est pas développée conformément aux espoirs de ses dirigeants et à ceux de Swissair Beteiligungen AG. L'admission du lien de causalité adéquate entre le dommage de Wibru et le comportement de IGR paraît donc discutable.

Pour ce qui est du dommage, celui de Grossen correspond aux congés non payés pris pour satisfaire aux critères de sélection fixés par

---

39 ATF 121/1995 III 350, 356-357.

40 ATF 121/1995 III 350, 357.

41 ATF 121/1995 III 350, 357.

42 Cf. infra n. 44.

43 ATF 121/1995 III 350, 367, cons. 6.

la Fédération ainsi qu'aux frais d'avocat<sup>44</sup>. Le dommage de Wibru équivaut au montant de 90'000 fr. non remboursé. L'affaire ayant été renvoyée à l'instance cantonale, on ignore si elle a obtenu le paiement de l'intégralité de ce montant.

Reste la condition de la faute. L'arrêt Grossen ne l'examine pas spécifiquement, mais semble la déduire implicitement de la « manière crasse »<sup>45</sup> dont la confiance de Grossen a été trompée. L'arrêt Swissair mentionne la négligence de Swissair Beteiligungen AG qu'il déduit du fait qu'en ne prenant aucune mesure tendant à informer correctement Wibru, Swissair « a déçu de façon contraire à la bonne foi la confiance de la demanderesse (Wibru) dans le groupe Swissair »<sup>46</sup>. Ce faisant, le Tribunal fédéral confond, comme cela se produit souvent, la violation d'une obligation (contractuelle ou non) avec la faute.

## CONCLUSION

En premier lieu, quelles que soient les critiques que l'on peut adresser à ces deux arrêts quant à leur résultat ou à leur fondement théorique, il faut être conscient qu'ils aboutissent à la création d'un *chef de responsabilité nouveau*, non prévu par la loi, à côté de l'acte illicite (art. 41 ss CO) et de la violation contractuelle (art. 97 ss CO).

En second lieu, une remarque de nature terminologique s'impose. L'expression de « responsabilité fondée sur la confiance », par laquelle le Tribunal fédéral rend la « *Vertrauenshaftung* » allemande, porte en elle le risque de conduire trop loin dans l'imputation d'un dommage. Afin d'insister sur le comportement particulier que suppose une telle responsabilité, l'expression de « *responsabilité pour la confiance créée* » paraîtrait préférable.

---

44 Selon la définition classique, le dommage correspond à la différence entre l'état dans lequel se trouverait le patrimoine du lésé sans l'événement dommageable et l'état actuel de ce patrimoine. Or, Grossen aurait pris des congés non payés, même s'il avait participé aux championnats, soit si la Fédération avait respecté la procédure de sélection. Sa situation patrimoniale serait ainsi inchangée. Cependant, on peut admettre que Grossen n'aurait pas pris ces congés non payés, s'il n'avait pas été sûr de participer aux championnats, c'est-à-dire s'il ne s'était pas fié au respect de la procédure fixée par la Fédération. Il s'agit d'un dommage dit de frustration (« Frustrationssschaden »); cf. à ce sujet, GAUCH Peter, Grundrisse des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in recht 1996 225, 226 et réf. cit. n. 11 ss; TERCIER/WERRO, op. cit. n. 4, p. 12 ss;

45 ATF 121/1995 III 350, 356.

46 ATF 121/1995 III 350, 367, cons. 5c.bb. Le considérant 6 mentionne le « comportement fautif ».

Enfin , l'admission de ce nouveau chef de responsabilité a pour effet une *restructuration du droit de la responsabilité*. La *culpa in contrahendo* n'est plus, en elle-même, un troisième chef de responsabilité, mais un sous-ensemble d'une catégorie qui lui est supérieure: la responsabilité pour la confiance créée.

---