UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Ouvrage collectif 2015

Published version Open Access

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

Responsabilité civile - Responsabilité pénale. Journée de la responsabilité civile 2014

Chappuis, Christine (ed.); Winiger, Bénédict (ed.)

Collaborators: Campi, Arnaud

How to cite

CHAPPUIS, Christine, WINIGER, Bénédict, (eds.). Responsabilité civile - Responsabilité pénale. Journée de la responsabilité civile 2014. Genève : Schulthess, 2015. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:81808

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

Droit de la responsabilité

Journée de la responsabilité civile 2014

Responsabilité civile
Responsabilité pénale

Édité par
Christine Chappuis et Bénédict Winiger
en collaboration avec Arnaud Campi

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

Collection Genevoise

Journée de la responsabilité civile 2014

Droit de la responsabilité

Journée de la responsabilité civile 2014

Responsabilité civile
Responsabilité pénale

Édité par
Christine Chappuis et Bénédict Winiger
en collaboration avec Arnaud Campi

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess ÉDITIONS ROMANDES § 2015

Christine Chappuis / Bénédict Winiger (éds) *Responsabilité civile – Responsabilité pénale,*
Collection Genevoise, Genève/Zurich 2015, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8567-0
© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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

Avant-propos

Un même mot français[1] désigne deux réalités juridiques pourtant bien différentes. La *responsabilité* civile oblige la personne responsable à indemniser la victime, alors que la *responsabilité* pénale peut conduire l'auteur en prison. Le droit de la responsabilité civile obéit à des principes propres fondés sur les art. 41 ss CO[2]. La responsabilité pénale résulte des règles du Code pénal, à la fois différentes mais fondées sur des conditions communes (causalité, illicéité, faute, etc.).

Les interactions entre le droit civil et le droit pénal de la responsabilité sont nombreuses, notamment en matière d'atteintes à la personne ou au patrimoine. Ces interactions souffrent du fait que les spécialistes d'un domaine ne s'aventurent qu'avec retenue dans les chasses gardées de l'autre. Des passerelles existent, qui sont prévues par le droit de fond aux art. 53 et 60 al. 2 CO avec leur prolongement procédural dans le Code de procédure pénale[3] et le Code de procédure civile[4]. Elles ne sont cependant pas de nature à dissiper le trouble occasionné par le partiel recoupement des deux ordres de responsabilité.

Ce nonobstant, il est indispensable de maîtriser l'ensemble des aspects juridiques d'une situation de responsabilité donnée. La Journée 2014 se propose dès lors d'approfondir quatre thèmes en combinant l'approche civiliste et pénaliste, confiés à quatre binômes de spécialistes. Le présent volume s'attache, pour commencer, à confronter les grandes notions de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale. L'on examinera comment la causalité, l'illicéité ou la faute se comparent entre les deux ordres de responsabilité, et vérifiera si le soupçon que le droit civil admet plus facilement la responsabilité que le droit pénal est avéré.

En deuxième lieu, l'on s'interrogera sur l'entreprise qui se trouve souvent au cœur de l'actualité judiciaire. La responsabilité pénale de l'entreprise existe depuis 2003. Trouve-t-elle son pendant en droit civil ? Le défaut d'organisation, commun aux deux ordres, a-t-il la même pertinence dans l'un et dans l'autre ? L'on découvrira que cette nébuleuse du droit pénal tient à une faiblesse dogmatique, apparemment délibérée, de l'institution en droit pénal

1 La langue allemande utilise des termes différents : *Haftpflicht* et *Verantwortung*.

2 Ainsi que sur les nombreuses dispositions disséminées dans l'ensemble des lois de droit privé ou public, qui sont répertoriées dans le recueil systématique sous la rubrique ‹https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/22.html#22› (consulté le 12.07.2015).

3 Cf. les règles sur l'action civile, art. 122-126 CPP.

4 Art. 39 CPC.

et que l'entreprise comme telle n'est pas un sujet de responsabilité en droit civil.

Le troisième thème choisi est celui de la prescription, d'abord parce que les règles de la prescription pénale ont changé en 2013 et que les règles sur la prescription civile sont, elles aussi, en voie de révision ; ensuite, parce qu'un arrêt récent de la CourEDH est venu bousculer le processus de révision en cours. L'interaction est particulièrement sensible s'agissant de la prescription, première question à se poser en pratique dans tout dossier. Et finalement, l'on parlera tactique et stratégie en relation avec la bonne procédure et le bon ordre dans lequel agir lorsque le choix entre la voie civile et la voie pénale est donné.

La tâche était plus ardue qu'il n'y paraissait de prime abord, mais les auteurs s'y sont attelés avec conscience et talent. Nous tenons à leur adresser nos vifs remerciements pour le temps consacré à préparer leurs interventions orales, puis leurs contributions écrites. Monsieur Arnaud Campi, doctorant et assistant à la Faculté de droit, a assuré la coordination des travaux d'édition et soumis les manuscrits à sa relecture minutieuse. Madame Ariane Tschopp a mené à bien la mise en page de l'ouvrage ; qu'il et elle soient chaleureusement remercié-e-s de leur collaboration.

Christine Chappuis et Bénédict Winiger

Juillet 2015

Sommaire

Avant-propos 5

Liste des auteurs 9

Guillaume Etier & Bernhard Sträuli

Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale 11

Benoît Chappuis – En collaboration avec Maxence Guinand

La responsabilité civile de l'entreprise 73

Ursula Cassani

Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise 103

Frédéric Krauskopf & Yvan Jeanneret

La prescription civile et pénale 137

François Bellanger

La tactique de l'avocat : quelle action pour quelles conséquences ? (volet civil) 175

Vincent Jeanneret

La tactique de l'avocat : quelle action, ou quel choix de procédure, dans quelles circonstances ? (volet pénal) 183

Liste des auteurs

François Bellanger	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Avocat au barreau de Genève
Ursula Cassani	Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire de Genève
Benoît Chappuis	Professeur aux Facultés de droit des Universités de Genève et de Fribourg, Avocat au barreau de Genève – En collaboration avec Maxence Guinand, Avocat
Guillaume Etier	Avocat au barreau de Genève
Vincent Jeanneret	Avocat au barreau de Genève
Yvan Jeanneret	Professeur à la Faculté de droit des Universités de Neuchâtel et de Genève, Avocat au barreau de Genève
Frédéric Krauskopf	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Berne
Bernhard Sträuli	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale

Guillaume Etier* & Bernhard Sträuli**

Table des matières

I. Introduction 13

II. Les instruments et leurs buts 14
A. En droit civil 14
1. La réparation du dommage 14
2. La prévention 15
3. La punition 17
B. En droit pénal 17
1. Les peines 17
a) Les différents genres de peine 17
b) Les caractéristiques de la peine 19
c) La rétribution et la prévention comme buts de la peine 20
d) La réparation comme but de la peine ? 22
2. Les mesures 23
a) Les différentes mesures 23
b) La caractéristique des mesures 24
c) La prévention comme but des mesures 24
d) La réparation comme but des mesures ? 25

III. Les normes applicables 26
A. En droit civil 26
1. Le Code des obligations 26
2. Les lois spéciales 27
B. En droit pénal 28
1. Le droit fédéral 28
2. Le droit cantonal 28

IV. Le chef de la responsabilité 29
A. En droit civil 29
1. La faute 29
2. Un devoir de diligence objectivé ? 31
3. La réalisation d'un risque 32

* Avocat.
** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

B. En droit pénal 32
1. La typicité en général 32
2. Les éléments objectifs de la typicité 34
3. Les éléments subjectifs de la typicité 34
a) Les éléments subjectifs de l'infraction intentionnelle 34
b) L'élément subjectif de l'infraction de négligence 35
4. L'exclusion de la typicité par l'assentiment de l'ayant droit 36

V. Le rapport de causalité 38
A. En droit civil 38
1. La causalité naturelle 38
2. La causalité adéquate 39
B. En droit pénal 40
1. La causalité naturelle 40
2. Le rapport d'imputation objective 42
a) La création ou l'augmentation prohibée d'un risque de survenance du résultat 42
b) La réalisation dans le résultat du risque créé ou augmenté de façon prohibée 44

VI. L'illicéité 46
A. En droit civil 46
1. La conception objective de l'illicéité 46
2. La conception subjective de l'illicéité 47
3. La troisième théorie de l'illicéité 47
4. Les faits justificatifs 48
B. En droit pénal 50
1. La présomption d'illicéité 50
2. Les motifs justificatifs légaux 51
3. Les motifs justificatifs extra-légaux 52

VII. Le reproche individuel 55
A. En droit civil 55
B. En droit pénal 57
1. La culpabilité 57
2. Les motifs d'absolution 58

VIII. L'omission 59
A. En droit civil 59
B. En droit pénal 60
1. L'omission proprement dite 60
2. L'omission improprement dite 61

IX. La pluralité de responsables 63
A. En droit civil 63
1. La solidarité parfaite 64
2. La solidarité imparfaite 65

B. En droit pénal 66
1. La participation principale et accessoire à l'infraction intentionnelle 66
2. La « participation » à l'infraction de négligence 69
X. Conclusion 70

I. Introduction

A l'entame de cette contribution, destinée à appréhender et à juxtaposer les grands principes du droit civil et du droit pénal dans le domaine de la responsabilité, il n'est pas sans intérêt de se pencher sur une disposition qui, bien que peu connue des juristes, devrait donner son sens à l'approche bidisciplinaire choisie par les organisateurs de cette journée.

L'article 53 CO traite en effet, aux termes de sa note marginale, de la « relation entre le droit civil et le droit pénal » et énonce que « le juge – civil – n'est point lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquittement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement » (al. 1). « Le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage » (al. 2).

En substance, l'article 53 CO énumère donc les matières qui, quand bien même elles auraient été traitées par une juridiction pénale, méritent un examen complet de la part du juge civil. Il en va ainsi notamment de l'existence et de l'appréciation de la faute et de la fixation du dommage, en soulignant que, cela quand bien même cette norme ne le mentionne pas, le juge civil n'est pas non plus lié par une décision pénale antérieure pour les questions et conditions que l'article 53 CO n'appréhende pas expressément, au point qu'il conserve une indépendance quasi totale également dans l'appréciation de la responsabilité de l'auteur, de la causalité ou de l'illicéité.

Loin donc de prescrire une quelconque similarité matérielle entre les conditions de la responsabilité civile, d'un côté, et pénale, de l'autre, cette disposition se limite en fait à déterminer, sur un strict plan judiciaire, le degré d'indépendance du Tribunal civil par rapport à une décision pénale préexistante.

L'approche consistant à comparer le civil et le pénal se justifie donc pleinement, aux fins de vérifier dans quelle mesure l'indépendance judiciaire se fait ou non le miroir de différences conceptuelles dans l'appréhension, par ces deux types de responsabilités, des conditions qui les fondent.

Les auteurs de la présente contribution analyseront donc, toujours et dans cet ordre sous l'angle tant du droit civil que du droit pénal, les instruments

leurs buts (II.), les normes applicables (III.), le chef de la responsabilité, (IV.), le rapport de causalité(V.), l'illicéité (VI.), le reproche individuel (VII.), l'omission (VIII.) et la pluralité de responsables (IX.).

II. Les instruments et leurs buts

A. En droit civil

1. La réparation du dommage

La fonction première de la responsabilité civile, en imputant à celui qui a agi de manière illicite l'obligation de compenser les conséquences dommageables de son acte, ni plus ni moins, est une fonction réparatrice[1]. Le droit civil de la responsabilité cherche donc à répartir le dommage causé entre les personnes concernées, soit son auteur et le lésé. Les règles dans ce cadre participent donc d'une double charge, puisqu'elles servent d'un côté à justifier l'obligation de réparer, donc à mettre à charge du responsable le fardeau du dommage et, de l'autre, à maintenir cette obligation dans des limites que le droit estime raisonnables[2]. En prescrivant la compensation effective du préjudice subi, les règles de responsabilité civile visent donc à la fois l'obligation de réparer le dommage, mise à la charge de l'auteur de l'acte illicite et l'interdiction, pour le lésé, de s'enrichir au détriment du premier en recevant une indemnité supérieure au montant de sa perte[3].

La doctrine en tire généralement la conclusion que les aspects de prévention et de sanction n'entrent en considération qu'à titre accessoire et secondaire par rapport au but principal de la réparation[4]. Et cela distinguerait ainsi la responsabilité civile du droit pénal, dont la fonction première est punitive et notamment du droit disciplinaire qui, en tant qu'il vise à élaborer des règles au sein d'un corps pour en assurer son bon fonctionnement, exerce essentiellement une fonction préventive.

En guise d'*excursus*, cela même si la présente contribution ne vise pas à dresser la typologie des divers préjudices que le droit suisse considère comme réparables, rappelons toutefois que les règles en la matière distinguent entre le dommage et le tort moral.

---

1 Widmer Pierre / Wessner Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, *Rapport explicatif*, Berne 2000, p. 19.
2 Widmer / Wessner (note 1), p. 19.
3 Müller Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 4.
4 Widmer / Wessner (note 1), p. 20.

Le premier, qui n'est pas défini par la loi, consiste dans une diminution involontaire du patrimoine du lésé, celle-ci pouvant consister dans une diminution de l'actif ou une augmentation du passif et, inversement, dans une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif[5]. Aux fins d'évaluer le dommage, l'on applique la théorie dite de la différence, consistant, selon ce qu'en dit le Tribunal fédéral, dans la comparaison entre le montant du patrimoine actuel du lésé et celui qui aurait été le sien sans l'événement préjudiciable[6]. A dire vrai, notre Haute Cour s'affranchit régulièrement de cette théorie, notamment dans le cadre de l'évaluation du dommage consécutif à des lésions corporelles (art. 46 al. 1 CO[7]), au regard notamment du préjudice domestique subi par la victime. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral applique en fait la théorie du dommage dit normatif[8], en cela que l'indemnisation ne procède aucunement d'une diminution du patrimoine du lésé, dès lors que « ce type de préjudice donne droit à des dommages-intérêts en application de l'article 46 al. 1 CO, peu importe qu'il ait été compensé par une aide extérieure, qu'il occasionne des dépenses accrues de la personne partiellement invalide, qu'il entraîne une mise à contribution supplémentaire des proches ou que l'on admette une perte de qualité des services prodigués jusque-là »[9].

Le second, soit le tort moral, également indemnisable (art. 47 et 49 CO), consiste dans une diminution du bien-être du lésé[10]. L'indemnité qui lui sera allouée visera (à relever que l'article 49 al. 2 CO prévoit, de manière complémentaire ou alternative, d'autres modes de réparation des atteintes à la personnalité, comme la publication du jugement, le versement d'argent à un tiers, la désapprobation judiciaire, etc.), autant que l'argent puisse les apaiser, à compenser les souffrances physiques, psychiques et morales subies.

2. *La prévention*

Il serait faux de prétendre que la prévention ou la dissuasion n'intègrent les buts poursuivis par la responsabilité civile que de manière accessoire.

Il est certes exact qu'en matière de responsabilité fondée sur une faute, domaine où toute prévisibilité subjective est impossible, il paraît difficile d'affirmer que les règles de responsabilité civile assureraient également une fonction préventive. Il est en effet impossible de prévoir et d'anticiper ses

5 ATF 133 III 462.
6 ATF 133 II 462.
7 Code des obligations, RS 220.
8 ATF 134 III 354, 538.
9 ATF 134 III 534, 538.
10 Chappuis Christine, « Le tort moral : un long fleuve tranquille », in *Le Tort moral en question*, Genève 2013, p. 12.

propres négligences. Même en étant particulièrement consciencieux, on ne pourra éviter quelques bévues qui pourraient avoir pour conséquence de causer un dommage à autrui. Tout au plus l'idée de devoir supporter la réparation d'un dommage pourrait inciter tout un chacun à se comporter de la manière la plus diligente possible[11].

Cela est toutefois moins vrai dans le domaine des responsabilités objectives, c'est-à-dire des responsabilités qui naissent indépendamment d'un quelconque comportement fautif. Dans le domaine des responsabilités fondées sur un risque caractérisé, celui de la circulation routière, de l'énergie, du transport maritime, ferroviaire et aérien notamment, le droit entend notamment inciter les personnes qui assurent la maîtrise de ces activités à adopter toute une série de mesures de prévention, voire de précaution, visant à empêcher la réalisation du risque et la survenance d'un préjudice.

C'est ainsi dans le domaine des responsabilités objectives que la fonction préventive acquiert ses lettres de noblesses. Le danger lié à ces activités est en effet si important qu'il est fondamental d'éviter, dans la plus large mesure, qu'il ne se réalise et puisse provoquer des dommages lourds ou de masse. Et c'est donc par l'institution de responsabilités échappant au reproche subjectif de la faute que le droit entend encourager la mise en place de mesures préventives, lorsque le risque pris en considération commande une protection accrue, avec pour objectif d'éviter sa réalisation future sous la forme d'un dommage[12].

L'histoire n'a évidemment rien à apprendre aux juristes du XXIe siècle, mais il n'est pas inintéressant de relever que la fonction préventive, dans le domaine de la responsabilité civile fondée sur un risque, intervenait en droit romain comme un but primordial à atteindre. Les règles romaines visaient par ce biais à établir un système de responsabilité civile complet visant à encadrer les risques en assurant non seulement la prévention des dommages mais également leur réparation en cas de survenance. Et la présence de normes préventives trouvait sa raison dans la nécessité de forcer les personnes ayant un lien avec une activité dangereuse à empêcher qu'un dommage prévisible ne soit causé. Le droit romain était même allé plus loin en tant qu'il connaissait, dans le cadre de la responsabilité civile, des actions exclusivement préventives[13], totalement indépendantes de la réalisation d'un dommage, conforme à ce que le droit positif envisage aujourd'hui sous l'appellation du principe de précaution, qui n'est toutefois pas encore consacré dans le droit moderne de la responsabilité civile[14].

11 Werro Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2011, p. 5.
12 Müller (note 3), p. 4.
13 Ulpien D.9.3.5.11.
14 Werro (note 11), p. 5.

Les jurisconsultes romains avaient, pour atteindre ce but préventif, ouvert certaines actions à toute personne – « *quivis ex populo* » – pouvant potentiellement, un jour ou l'autre, se voir atteinte par le risque en question. Et que c'est donc par une définition très large de la qualité pour agir, il s'agissait en fait d'une action populaire[15], que le droit romain visait à prévenir autant que faire se pouvait la survenance d'un dommage.

3. La punition

De jurisprudence et de doctrine constantes, la fonction de la responsabilité civile n'est pas de punir le responsable, cela même quand l'obligation de réparer dérive d'une faute commise par la personne responsable[16]. Et de ce fait, les dommages et intérêts punitifs alloués au lésé, tels qu'ils sont pratiqués dans les droits anglo-américains par exemple, ne sont pas admis en droit suisse[17].

Notons que le droit de la responsabilité civile se cantonne à faire obligation au responsable de payer une indemnité correspondant au strict préjudice subi par le lésé, qu'il consiste dans une diminution de son patrimoine ou de son bien-être[18]. Sur ce constat, dès lors que l'indemnité ne sera jamais supérieure au tort causé, l'aspect punitif, qui pourrait se concevoir dans l'hypothèse d'une indemnité outrepassant le montant du préjudice, s'efface au bénéfice du seul aspect compensatoire.

B. En droit pénal

Les instruments du droit pénal sont les peines et les mesures qui, ensemble, constituent les sanctions pénales. Les peines et les mesures se distinguent par leurs caractéristiques (*infra* 1 b, 2b) – qui influent à leur tour sur les conditions présidant à leur prononcé (*infra* IV B, VI B, VII B) – et leurs finalités (*infra* 1 c-d, 2 c-d).

1. Les peines

a) Les différents genres de peine

De lege lata et dans l'ordre décroissant de leur gravité, les peines susceptibles de venir frapper une personne physique[19] âgée de 18 ans révolus au moins

15 Ulpien D.9.3.11 ; Ulpien D.9.3.1.2.
16 Werro (note 11), p. 5.
17 Müller (note 3), p. 4.
18 Chappuis (note 10), p. 12 s.
19 Pour l'entreprise, voir l'art. 102 CP (amende à concurrence de 5 millions de francs) et l'art. 7 DPA (amende de 5000 francs au plus).

au moment de la commission de l'infraction (cf. art. 9 al. 1 phr. 1 CP)[20] sont la peine privative de liberté, la peine pécuniaire, le travail d'intérêt général et l'amende.

La peine privative de liberté est ordinairement comprise entre six mois et vingt ans (art. 40 phr. 1 CP). Cette règle connaît trois séries d'exceptions. Aux conditions posées par l'article 41 al. 1 CP, la peine privative de liberté peut être inférieure à six mois, son minimum étant alors logiquement d'un jour[21]. Lorsque la loi le prévoit expressément, la peine privative de liberté peut être prononcée à vie (art. 40 phr. 2 CP)[22]. Enfin, les « dispositions spéciales »[23] assortissent très régulièrement la peine privative de liberté d'un plancher supérieur à six mois ou d'un plafond inférieur à vingt ans[24].

La peine pécuniaire est ordinairement comprise entre 1 et 360 jours-amende de 1 à 3000 francs l'un (art. 34 al. 1-2 CP). Théoriquement, son minimum est donc de 1 et son maximum de 1 080 000 francs ; la jurisprudence précise toutefois qu'une peine pécuniaire dont le montant du jour-amende est inférieur à 10 francs demeure sans signification même pour les auteurs les plus démunis et s'avère contraire au droit fédéral[25]. Ponctuellement, les dispositions spéciales instaurent une fourchette dérogeant à la règle en ce qui concerne le nombre de jours-amende[26].

Le travail d'intérêt général consiste en une activité non rémunérée (art. 37 al. 2 phr. 2 CP) accomplie au profit d'institutions sociales, d'œuvres d'utilité publique ou de personnes dans le besoin (37 al. 2 phr. 1 CP). D'une durée minimale de quatre heures[27], il peut s'élever jusqu'à 720 heures (art. 37 al. 1 CP) lorsque l'infraction sanctionnée est un délit (art. 10 al. 3 CP) et jusqu'à

---

20 Pour les mineurs (art. 3 al. 1 DPMin), voir l'art. 25 (privation de liberté d'un ou quatre ans au plus selon l'âge de l'auteur et la nature de son infraction), l'art. 24 al. 1 (amende à concurrence de 2000 francs), l'art. 23 al. 1-3 (prestation personnelle d'une durée maximale de dix jours ou trois mois en fonction de l'âge de l'auteur et du genre de son infraction) et l'art. 22 al. 1 (réprimande) DPMin.

21 Cf. art. 36 al. 1 phr. 2 et art. 39 al. 2 CP.

22 Par exemple en cas d'assassinat (art. 112 CP), de prise d'otage qualifiée (art. 185 ch. 3 CP) et de génocide (art. 264 CP).

23 Dans la terminologie traditionnelle issue de la systématique du code pénal, les « dispositions spéciales » (cf. l'intitulé du Livre 2 chapeautant les art. 111-332 CP) regroupent l'ensemble des normes statuant une infraction, également celles ressortissant au droit pénal accessoire (*infra* III B 1). Elles font écho aux « dispositions générales » (cf. l'intitulé du Livre 1 chapeautant les art. 1-110 CP), qui définissent successivement le champ d'application de la loi pénale, les conditions générales de la punissabilité et les sanctions.

24 Par exemple en cas de meurtre (art. 111 CP : cinq ans au moins), de lésion corporelle grave (art. 122 CP : dix ans au plus) et de viol simple (art. 190 al. 1 CP : un an au moins et dix ans au plus).

25 ATF 135 IV 180 c. 1.4.2. Dépassé sur ce point : ATF 134 IV 60 c. 6.5.2.

26 Par exemple en cas de lésion corporelle grave (art. 122 CP : 180 jours-amende au moins) et de diffamation (art. 173 ch. 1 CP : 180 jours-amende au plus).

27 Cf. art. 39 al. 2 CP.

360 heures (art. 107 al. 1 CP) dans le cas d'une contravention (art. 103 CP). Les planchers et les plafonds particuliers afférents à la peine pécuniaire valent ici également[28].

L'amende est ordinairement comprise entre 1 et 10 000 francs (art. 106 al. 1 CP). Demeurent à nouveau réservés les montants minimaux supérieurs et maximaux inférieurs résultant des dispositions spéciales[29].

La peine privative de liberté (à concurrence de deux, respectivement trois ans), la peine pécuniaire et le travail d'intérêt général « délictuel » peuvent être assortis du sursis complet (art. 42 CP) ou du sursis partiel (art. 43 CP), mais non pas l'amende ni le travail d'intérêt général « contraventionnel » (art. 105 al. 1 CP).

Le régime susmentionné fait l'objet d'une réforme actuellement pendante devant le Parlement[30]. Les principaux enjeux résident dans l'aménagement de la peine pécuniaire par l'abaissement du nombre maximal de jours-amende et la fixation d'un montant minimal du jour-amende, l'exclusion du sursis pour cette même peine pécuniaire, la réintroduction générale des courtes peines privatives de liberté (avec sursis), enfin le ravalement du travail d'intérêt général au rang d'un simple mode d'exécution de la peine privative de liberté, de la peine pécuniaire et de l'amende. A ce jour (mars 2015), les divergences entre les Chambres fédérales semblent être en voie d'élimination.

b) Les caractéristiques de la peine

Conformément à sa dénomination, la peine est d'abord caractérisée par le désagrément qui est imposé d'autorité à l'auteur d'une infraction. Ce désagrément est défini de manière générale et abstraite : il consiste dans l'atteinte portée à différents droits fondamentaux du condamné, sa liberté personnelle (art. 5 ch. 1 phr. 1 CEDH ; art. 10 al. 2 Cst.) en cas de peine privative de liberté, sa propriété (art. 26 al. 1 Cst.) dans l'hypothèse d'une peine pécuniaire ou d'une amende, sa liberté économique (art. 27 al. 1 Cst.) s'agissant du travail d'intérêt général. Peu importe donc le ressenti concret de l'individu visé ; pour reprendre un exemple classique, le sans-abri ayant commis une infraction

---

28 Cf. art. 37 al. 1 CP : « A la place [...] d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus [...] ».

29 Le code pénal ne fournit pas d'exemples, à l'inverse du droit pénal accessoire (*infra* III B 2).

30 Pour le message du Conseil fédéral du 4 avril 2012 et le projet correspondant, voir FF 2012 p. 4385-4430 ; pour un aperçu des directions prises par les travaux parlementaires, voir Jositsch Daniel, « Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung », Jusletter 18 novembre 2013, n° 3 ; Idem, « Strafrecht als Grossbaustelle, Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung », Jusletter 14 juillet 2014, n° 1 ; Idem, « Land in Sicht – die AT-Revision nähert sich einem erfolgreichen Enden, Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung », Jusletter 2 mars 2015, n° 1.

en automne afin de pouvoir passer l'hiver au chaud dans un établissement pénitentiaire subit lui aussi le désagrément inhérent normativement à son incarcération. Cette considération n'exclut évidemment pas de tenir compte, à la hausse comme à la baisse, de la sensibilité du délinquant à la peine au moment d'arrêter la quotité de cette dernière.

En second lieu, toute peine incorpore un jugement de valeur socio-éthique négatif sur le comportement du condamné. Par cette réprobation publique de l'agissement considéré et la stigmatisation corrélative de son auteur, la peine se distingue d'autres instruments étatiques de régulation sociale également susceptibles de représenter un désagrément pour leur destinataire, notamment des sanctions de type administratif (retrait d'une autorisation d'exploiter, etc.), des mesures de contrainte du droit de procédure pénale (détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté [art. 220 CPP], séquestre de valeurs patrimoniales en garantie du paiement d'une peine pécuniaire ou d'une amende [art. 263 al. 1 let. b, art. 268 al. 1 let. b CPP], etc.) ainsi que des mesures prévues par le droit pénal lui-même (*infra* 2 b). En raison de l'opprobre qui s'abat sur la personne à laquelle le juge inflige une peine, le prononcé de cette dernière n'est légitime que si l'infraction perpétrée peut être reprochée individuellement à son auteur (*infra* VII B 1).

c) La rétribution et la prévention comme buts de la peine

Historiquement[31], la première finalité reconnue à la peine est la rétribution. Celle-ci consiste dans la compensation de l'illégalisme ou de la faute imputables à l'auteur de l'infraction par un désagrément correspondant. Orientée vers le passé, la peine trouve ici sa justification dans l'infraction même qu'elle réprime *(Punitur, quia peccatum est)*. Son point d'ancrage est la faute de l'auteur, laquelle dépend à son tour (notamment) de la gravité de l'illégalisme réalisé. La force de la conception rétributive de la peine réside dans la capacité à répondre à une attente sociale incontestable dont la déception pourrait engendrer des actes néfastes de justice privée, d'une part, dans la mise à disposition de critères – l'illégalisme et la faute – permettant de limiter la réaction sociale à une juste mesure, c'est-à-dire une peine proportionnée à ces facteurs, d'autre part. Sa faiblesse tient au fait que le droit pénal n'a pas pour fonction de réaliser la justice pour elle-même, mais de protéger des biens juridiques[32].

---

31 Sur l'ensemble de la problématique, voir Schwarzenegger Christian / Hug Markus / Jositsch Daniel, *Strafrecht III*, *Strafen und Massnahmen*, 8e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 6-16.

32 Cf. l'intitulé des différents titres présidant à l'organisation des dispositions spéciales (*supra* note 23).

Ce dernier aspect trouve son compte si la peine, alors orientée vers l'avenir *(Punitur, ne peccetur)*, est appelée à prévenir les comportements socialement nuisibles, c'est-à-dire lutter contre la répétition par la même personne (prévention dite spéciale) ou la reproduction par d'autres (prévention dite générale) d'une infraction.

La prévention spéciale peut recevoir une orientation positive ou négative. Dans la première configuration, la peine poursuit l'amendement de l'auteur par son éducation et sa (re)socialisation ; dans la seconde configuration, la peine tend à dissuader l'auteur de réitérer ou alors à protéger la société contre celui-ci, notamment au moyen de son incarcération. Le point d'ancrage de la peine est ici la dangerosité du délinquant, plus concrètement l'importance du risque de réitération présenté par l'intéressé. La faiblesse de cette conception réside dans l'injustice de ses conséquences ultimes : alors que l'auteur multirécidiviste d'une infraction bagatelle devrait être frappé d'une peine extrêmement sévère, l'auteur d'une infraction gravissime qu'il ne renouvellera pas devrait être frappé d'une peine extrêmement légère.

La prévention générale peut, elle aussi, recevoir une orientation positive ou négative. Selon la première approche, la peine tend à renforcer dans la conscience collective la loyauté envers la norme grâce à la réaffirmation de sa validité ; selon la seconde approche, la peine est destinée à dissuader les acteurs sociaux de verser à leur tour dans la délinquance en suscitant chez eux la crainte d'un désagrément similaire à celui infligé à l'auteur confondu. Le point d'ancrage de la peine est ici l'importance du risque de voir les agissements du délinquant être reproduits par des tiers. La faiblesse de cette conception réside à nouveau dans l'injustice de ses conséquences ultimes : alors qu'une infraction bagatelle dotée d'un fort « potentiel mimétique » devrait déboucher sur une peine extrêmement sévère, quitte à faire de son auteur un bouc émissaire, une infraction gravissime dotée d'un faible « potentiel mimétique » devrait déboucher sur une peine extrêmement légère.

Au regard des avantages et des inconvénients de chacune des visions susmentionnées considérées individuellement, la tendance moderne privilégie des définitions mixtes du but de la peine, certes susceptibles de varier sensiblement au gré de la pondération des différentes finalités retenues, mais dont le dénominateur commun est une orientation à la fois rétrospective et prospective *(Punitur, quia peccatum est, ne peccetur)*. L'un des systèmes proposés consiste à attribuer une fonction de prévention générale aux clauses punitives des dispositions spéciales, une fonction rétributive au prononcé de la peine et une fonction de prévention spéciale à l'exécution de cette dernière. Le code pénal se rapproche d'une telle construction dans la mesure où le juge doit fixer la peine d'après la culpabilité de l'auteur (art. 47 al. 1 phr. 1 et al. 2 CP ; rétribution), mais tenir compte de l'effet de la peine sur l'avenir de

ce dernier (art. 47 al. 1 phr. 2 *in fine* CP ; prévention spéciale) ; par ailleurs, l'exécution de la peine privative de liberté doit améliorer le comportement social du condamné, singulièrement son aptitude à vivre sans commettre d'infractions (art. 75 al. 1 phr. 1 CP ; prévention spéciale). Aujourd'hui[33], la jurisprudence fédérale se trouve sur une ligne assez similaire[34].

d) La réparation comme but de la peine ?

En relation avec les peines, le législateur évoque la réparation du dommage – *recte* du préjudice, tort moral compris[35] – dans quatre contextes différents. D'abord, le sursis peut être refusé à l'auteur qui « a omis de réparer le dommage comme on pouvait raisonnablement l'attendre de lui » (art. 42 al. 3 CP). Ensuite, « le juge atténue la peine […] si l'auteur a manifesté par des actes un repentir sincère, notamment s'il a réparé le dommage autant qu'on pouvait l'attendre de lui » (art. 48 let. d CP). Troisièmement, la « réparation du dommage » peut être imposée au condamné comme règle de conduite (art. 94 CP) pendant le délai d'épreuve du sursis (art. 44 al. 1-2 CP) ou de la libération conditionnelle de l'exécution d'une peine privative de liberté (art. 87 al. 1 et al. 2 phr. 2 CP)[36]. Enfin, le ministère public abandonne les poursuites pénales – en rendant une ordonnance de non-entrée en matière (art. 8 al. 1 et 4, art. 310 al. 2 CPP) ou de classement de la procédure (art. 8 al. 1 et 4, art. 319 al. 1 let. e CPP) – et le juge renonce à toute peine[37] « lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé », « si les conditions du sursis à l'exécution de la peine sont remplies » et « si l'intérêt public et l'intérêt privé du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants » (art. 53 CP).

Sachant que le Tribunal fédéral attribue à l'absence de réparation du préjudice par le candidat au sursis la valeur d'un simple indice du comportement futur de l'intéressé[38], dans la mesure où la seule violation de la règle

---

33 Sur l'évolution de la pratique du Tribunal fédéral, voir Stratenwerth Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 4e éd., Berne 2011, § 2 no 32.

34 Cf. ATF 118 IV 337 c. 2c ; ATF 118 IV 342 c. 2f ; ATF 119 IV 125 c. 3b ; ATF 120 IV 1 c. 2b ; ATF 121 IV 97 c. 2c ; ATF 124 IV 246 c. 2b ; ATF 128 IV 73 c. 4c ; ATF 129 IV 161 c. 4.2 ; ATF 134 IV 1 c. 5.4.1 ; ATF 134 IV 121 c. 3.3.3.

35 ATF 79 IV 104 c. 4.

36 La même règle de conduite est envisageable lorsque l'exécution d'une peine privative de liberté a été suspendue le temps d'un traitement ambulatoire (art. 63 al. 2 CP) et en cas de libération conditionnelle de l'exécution d'une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 62 al. 1-2 et al. 3 phr. 2 CP) ou d'un internement « ordinaire » (art. 64*a* al. 1 CP), mais elle s'inscrit alors dans le contexte des mesures (cf. *infra* 2 d).

37 Sur l'impossibilité pour le juge de prononcer ici un classement, pourtant expressément placé dans sa compétence par le droit de procédure (art. 8 al. 1 et 4, art. 329 al. 4 CPP), voir ATF 139 IV 220 c. 3.4-3.4.7 (fort contestable) ; cf. déjà ATF 135 IV 27 c. 2.1-2.4.

38 ATF 134 IV 1 c. 4.2.4.

de conduite prescrivant la réparation du préjudice ne saurait motiver la révocation du sursis ou la réintégration dans l'exécution de la peine privative de liberté car un tel manquement ne permet pas encore d'affirmer qu'« il est sérieusement à craindre que le condamné ne commette de nouvelles infractions » (art. 95 al. 5 CP), si l'on considère enfin que la loi subordonne l'abandon des poursuites ou l'exemption de peine au titre de la réparation à des conditions restrictives dont la jurisprudence accentue encore le trait (nécessité d'une reconnaissance par l'auteur de la transgression de la norme, définition du peu d'importance de l'intérêt public à poursuivre pénalement l'auteur à l'aune de critères de prévention générale principalement)[39], force est de constater que la réparation joue un rôle pour le moins marginal dans la définition des finalités de la peine.

2. *Les mesures*

a) Les différentes mesures

Le code pénal[40] distingue les mesures thérapeutiques et l'internement (art. 56-65 CP), d'une part, les autres mesures (art. 66-73 CP), d'autre part.

Les mesures thérapeutiques se divisent à leur tour en deux catégories. Les mesures thérapeutiques dites institutionnelles recouvrent le traitement des troubles mentaux (art. 59 CP), le traitement des addictions (art. 60 CP) et les mesures applicables aux jeunes adultes (art. 61 CP). Le traitement ambulatoire (art. 63 CP) complète la réglementation.

L'internement peut être « ordinaire » (art. 64 al. 1 CP) ou « à vie » (art. 64 al. 1bis CP)[41].

Les autres mesures sont le cautionnement préventif (art. 66 CP), l'interdiction d'exercer une activité (art. 67-67*a* CP), l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (art. 67*b* CP), l'interdiction de conduire (art. 67*e* CP), la publication du jugement (art. 68 CP), la confiscation (art. 69-72 CP) et l'allocation au lésé (art. 73 CP).

---

39 Sur les conditions d'application de l'art. 53 CP, voir TF 6B_152/2007 c. 5.2-5.2.4 = FP 2008 p. 285 ; ATF 135 IV 12 c. 3.4-3.6 ; ATF 135 IV 27 c. 2.3 ; ATF 136 IV 41 c. 1.2-1.2.2 ; ATF 137 I 16 c. 2.3 ; TF 6B_278/2012 c. 1.4-1.7 = FP 2013 p. 4 ; TF 6B_344/2013 c. 4.3-4.4 = FP 2014 p. 139 ; TF 6B_215/2013 c. 2.4-2.5.4 = FP 2014 p. 194.

40 Pour le droit pénal des mineurs (art. 3 al. 1 DPMin), qui traite symptomatiquement des mesures (dites de protection) avant les peines, voir l'art. 12 (surveillance), l'art. 13 (assistance personnelle), l'art. 14 (traitement ambulatoire), l'art. 15 al. 1 (placement en établissement ouvert) et l'art. 15 al. 2 (placement en établissement fermé) DPMin. La confiscation et l'allocation au lésé selon le code pénal trouvent également à s'appliquer (art. 1 al. 2 let. d DPMin).

41 Sur l'interprétation de la notion d'auteur « durablement non amendable » (art. 64 al. 1bis let. c CP), voir ATF 140 IV 1 c. 3.2-3.3.

b) La caractéristique des mesures

Les mesures ont en commun avec les peines (*supra* 1 b) le désagrément que l'Etat impose à l'auteur d'une infraction. Ce désagrément consiste ici aussi en une atteinte à certains droits fondamentaux de la personne concernée, notamment sa liberté personnelle (art. 5 ch. 1 phr. 1 CEDH ; art. 10 al. 2 Cst.) en cas de mesures thérapeutiques, d'internement, d'interdiction d'exercer une activité non professionnelle, d'interdiction géographique et d'interdiction de conduire, sa sphère privée (art. 8 ch. 1 CEDH ; art. 13 al. 1 Cst.) dans l'hypothèse de l'interdiction de contact, de l'interdiction géographique et de la publication du jugement, sa propriété (art. 26 al. 1 Cst.) s'agissant d'une confiscation, enfin sa liberté économique (art. 27 al. 1 Cst.) pour ce qui concerne l'interdiction d'exercer une activité professionnelle.

A l'inverse de ce qui vaut pour les peines, le prononcé d'une mesure n'englobe aucun jugement de valeur socio-éthique négatif sur le comportement de la personne ainsi sanctionnée. Aussi peut-il s'avérer légitime même si l'infraction commise ne saurait être reprochée individuellement à son auteur. La loi prévoit par exemple expressément qu'un prévenu irresponsable (art. 19 al. 1 CP) est susceptible de faire l'objet d'un traitement des troubles mentaux ou des addictions, d'une mesure applicables aux jeunes adultes, d'un traitement ambulatoire, d'un internement, d'une interdiction d'exercer une activité, d'une interdiction de contact, d'une interdiction géographique ou encore d'une interdiction de conduire (art. 19 al. 3 CP). Elle précise également que la confiscation d'un objet dangereux doit être ordonnée « alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable » (art. 69 al. 1 *in limine* CP), une formule qui permet de passer outre l'intervention de l'un des motifs d'absolution reconnus par le droit (*infra* VII B 2).

c) La prévention comme but des mesures

Les mesures thérapeutiques et l'internement poursuivent un objectif de pure prévention spéciale (cf. *supra* 1 c), également positive (guérison ou éducation) pour les premières au regard des chances de succès du traitement correspondant (art. 59 al. 1 let. b, art. 60 al. 1 let. b, art. 61 al. 1 let. b, art. 63 al. 1 let. b CP), exclusivement négative (neutralisation) pour le second au regard des « caractéristiques de la personnalité de l'auteur » (art. 64 al. 1 let. a CP) ou de la vanité de tout traitement du « grave trouble mental chronique ou récurrent » diagnostiqué (art. 64 al. 1 let. b CP).

Le cautionnement préventif, l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact, l'interdiction géographique et l'interdiction de conduire s'inscrivent également dans une logique de prévention spéciale.

Dans la mesure où la publication du jugement (de condamnation ; art. 68 al. 1 CP) est appelée à répondre à un « intérêt public », les aspects de prévention générale (positive et négative ; cf. *supra* 1 c) sont ici prédominants.

d) La réparation comme but des mesures ?

De prime abord, la *ratio* de la confiscation de valeurs patrimoniales (art. 70 al. 1 CP) et l'allocation au lésé (art. 73 al. 1 CP) réside dans la réparation du dommage ou du tort moral[42] subi par celui dont les biens juridiques ont été atteints par les agissements de l'auteur. En effet, la première disposition visée se réfère à la restitution « au lésé en rétablissement de ses droits » et la seconde reprend directement du droit privé les notions classiques de la responsabilité civile aquilienne (cf. art. 41 al. 1, art. 43 al. 1 et 3, art. 44, art. 45 al. 1, art. 46 al. 1, art. 47, art. 49 al. 1 CO). Un examen plus attentif révèle toutefois que la réparation du préjudice constitue au mieux un simple effet des institutions considérées, dont la finalité est sensiblement différente.

La confiscation de valeurs patrimoniales, que le juge doit ordonner lorsque ses conditions sont remplies[43], tend à éviter que le crime ne paie[44] en retirant à l'auteur d'une infraction – voire à un tiers (art. 70 al. 2 CP) – les avantages pécuniaires obtenus grâce à cette dernière[45] *(quaesitia sceleris)*[46]. Parce qu'il serait inconcevable que l'Etat s'enrichisse sur le dos de la personne au détriment de laquelle l'infraction a été commise[47], la loi donne la priorité à la restitution au lésé (art. 70 al. 1 *in fine* CP)[48]. Pareille restitution ne représente en définitive qu'un « sous-produit »[49] de la confiscation et constitue, comme celle-ci, prioritairement une mesure de droit public poursuivant un intérêt public. La satisfaction de l'intérêt privé du lésé à la reconstitution de son patrimoine n'est que sous-jacente et demeure largement marginale si l'on considère que seule une catégorie bien particulière d'infractions – précisément

42 ATF 123 IV 145 c. 4d (*ad* ancien art. 60 CP), consacrant une pratique aujourd'hui codifiée par l'art. 73 al. 1 CP.

43 ATF 115 IV 173 c. 3 ; ATF 119 IV 17 c. 2a. Imprécis : ATF 140 IV 57 c. 4.1.1 (« autorise »).

44 Jurisprudence constante. Récemment : ATF 137 IV 305 c. 3.1 ; ATF 139 IV 209 c. 5.3 ; ATF 140 IV 57 c. 4.1.1.

45 La loi parle erronément de « résultat » dans sa version française (cf. *infra* IV B 2) et maladroitement de « *prodotto* » dans sa version italienne. Sont en réalité visées les valeurs patrimoniales qui « *erlangt worden sind* ».

46 La confiscation des valeurs patrimoniales « destinées à décider ou à récompenser l'auteur » *(pretium sceleris)* sort du présent contexte dès lors que ni commanditaire ni le bénéficiaire d'une infraction ne sont lésés par celle-ci et ne sauraient donc prétendre à quelque réparation.

47 ATF 129 IV 322 c. 2.2.4 *in medio*.

48 A propos de la subsidiarité de la confiscation par rapport à la restitution, voir ATF 129 IV 322 c. 2.2.4 ; ATF 139 IV 209 c. 5.3.

49 Cf. ATF 129 IV 322 c. 2.2.4.

celles dirigées (principalement ou accessoirement) contre la propriété et le patrimoine – génère des avantages pécuniaires susceptibles d'être restitués.

Le constat est assez similaire s'agissant de l'allocation au lésé. Le cercle des biens concernés par la mesure, loin de se limiter aux valeurs patrimoniales confisquées (art. 73 al. 1 let. b hypo. 2 CP), englobe certes la peine pécuniaire et l'amende acquittées par le condamné (art. 73 al. 1 let. a CP), les objets dangereux confisqués (art. 73 al. 1 let. b hypo. 1 CP), les créances compensatrices (art. 73 al. 1 let. c CP) ainsi que le montant d'un cautionnement préventif (art. 73 al. 1 let. d CP). Néanmoins, l'allocation n'intervient qu'à des conditions fort restrictives, à savoir l'absence de couverture du préjudice par une assurance, la vraisemblance que l'auteur ne le réparera pas, la fixation judiciaire ou extra-judiciaire des dommages-intérêts et de la réparation morale, une demande du lésé et, enfin, une cession à l'Etat de la part correspondante de sa créance[50] (art. 73 al. 1 et 3 CP). S'y ajoute *de facto* l'obstacle inhérent à un éventuel épuisement du substrat consécutivement à l'admission de la requête d'autres plaideurs plus diligents. A la lumière de ces exigences, il apparaît que l'allocation au lésé ne représente pour l'intéressé qu'une simple aide au recouvrement de sa créance contre l'auteur de l'infraction. Le droit pénal n'intervient ici qu'en toute fin d'un « parcours du combattant » que le lésé aura préalablement dû effectuer par lui-même, en en assumant seul les risques.

III. Les normes applicables

A. En droit civil

1. Le Code des obligations

L'on distingue essentiellement deux corps de règles dans le domaine de la responsabilité civile, les règles générales et les dispositions spéciales.

Les règles générales, tout d'abord, sont inscrites aux articles 41 à 61 CO, dans le chapitre du Code consacré à la « formation des obligations », sous le titre « des obligations résultant d'acte illicite » et qui prescrivent de réparer le dommage dérivant d'un acte illicite et fautif. C'est le principe qui est rappelé à l'article 41 CO et qui institue la norme « universelle » et subsidiaire de la responsabilité pour faute. Cette règle est notamment complétée par celles relatives à la capacité délictuelle (articles 16 à 19 et 55 al. 2 CC) et aux effets attachés à la responsabilité, à savoir la détermination du préjudice et la fixation de l'indemnité due (articles 42 ss CO).

50 A propos de cette exigence, voir ATF 117 IV 107 c. 2a-c ; TF 6B_190/2010 c. 2.1 = SJ 2010 I 513.

Ces dispositions, d'ordre général, sont en outre complétées par d'autres règles, principalement dans la Loi sur le contrat d'assurance[51], sur la relation entre le lésé, le responsable et l'organisme payeur, soit l'assurance (articles 72 et 96 LCA).

Au titre des dispositions que l'on peut nommer générales, en tant qu'elles figurent dans le Code des obligations, l'on peut encore évoquer celles qui sont sources d'une obligation spéciale de réparer[52] et qui instituent des responsabilités objectives simples, ou causales simples et dont le seul trait commun serait qu'elle ne sont pas fondées sur la faute[53] mais sur la violation d'un devoir de diligence objectivé[54] ou sur le défaut d'une chose déterminée[55].

Il s'agit principalement de la responsabilité du chef de famille (art. 333 CC), de celle du propriétaire foncier (679 CC), de la responsabilité de l'employeur (55 CO), du détenteur d'un animal (56 CO) et de la responsabilité du propriétaire d'ouvrage (58 CO).

2. *Les lois spéciales*

Bien que la responsabilité dite subjective, ancrée à l'article 41 CO, soit considérée comme la règle générale, la grande majorité de la matière, dans le domaine de la responsabilité civile, a son siège dans des lois spéciales qui instituent des responsabilités dont les caractéristiques principales et communes sont l'indépendance vis-à-vis de la faute[56] et qu'elles sont fondées sur un risque spécial ou caractérisé[57].

Font notamment partie des responsabilités fondées sur le risque celles découlant de la Loi sur la circulation routière (LCR[58]), la Loi sur les chemins de fer (LCdF[59]), la Loi sur l'aviation (LA[60]), la Loi sur les explosifs (LExpl[61]), la Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN[62]) et la Loi sur la protection de l'environnement (LPE[63]).

---

51 RS 221.229.1.
52 Deschenaux Henri / Tercier Pierre, *La responsabilité civile*, Berne 1982, p. 34.
53 Deschenaux / Tercier (note 52), p. 43.
54 Deschenaux / Tercier (note 52), p. 43 ; Müller (note 3), p. 8, se montre à raison critique avec cette vision.
55 Werro (note 11), p. 13.
56 Werro (note 11), p. 13.
57 Müller (note 3), p. 9.
58 RS 741.01.
59 RS 742.101.
60 RS 748.0.
61 RS 941.41.
62 RS 732.44.
63 RS 814.01.

Ces lois ne sont pas hétéroclites, parce qu'elles fondent toutes une responsabilité à raison du risque créé. Cela étant, elles sont particulièrement nombreuses et sont adoptées, au coup par coup, donc de manière casuistique, sans que leur adoption soit particulièrement guidée par une réflexion générale[64]. Avec pour conséquence que les tribunaux doivent, au gré de l'évolution technique et scientifique, faire preuve d'une inventivité sans cesse renouvelée aux fins de pallier les nécessaires lacunes de la législation[65].

B. En droit pénal

1. Le droit fédéral

Réparties sur la séquence classique « typicité – illicéité – culpabilité », les conditions générales de la punissabilité des personnes physiques[66] – de leur « responsabilité pénale » au sens non technique du terme (cf. *infra* VII B 2) – trouvent leur source dans le code pénal. En combinaison avec les incriminations prévues par ce même code pénal (art. 111-332 CP) et celles résultant du droit pénal fédéral dit accessoire (*Nebenstrafrecht* ; cf. art. 333 CP), les dispositions topiques (art. 11-19, art. 21-28, art. 29, art. 104, art. 105 al. 2 CP) valent également pour les auteurs dont l'âge au moment de la commission de l'infraction était compris entre 10 ans révolus et moins de 18 ans révolus (art. 1 al. 2 let. a, k et m, art. 3 al. 1 DPMin).

2. Le droit cantonal

Conformément à l'article 335 al. 1 CP, qui constitue une réserve proprement dite indispensable au regard de la compétence de la Confédération pour légiférer dans le domaine du droit pénal dit primaire (*Kernstrafrecht* ; art. 123 al. 1 Cst.)[67], les cantons sont habilités à ériger en contraventions (art. 103 CP) des comportements que le code pénal n'incrimine pas et que le législateur fédéral n'entendait pas non plus laisser impunissables (absence de silence qualifié prohibitif).

Techniquement inutile dans la mesure où il se réfère à une compétence appartenant en toute hypothèse aux cantons en vertu de la répartition consti-

64 Widmer / Wessner (note 1), p. 134 ss.

65 Leduc Fabrice, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, Bilan prospectif*, Paris, Juris-Classeur, 2001, p. 53 ss.

66 S'agissant de l'entreprise, voir l'art. 102 CP et la contribution d'Ursula Cassani dans le présent ouvrage.

67 Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998, FF 1999 p. 1965-1966.

tutionnelle des tâches entre ces derniers et la Confédération (cf. art. 3, 54-135 Cst.), l'article 335 al. 2 CP est destiné à rompre avec la jurisprudence du Tribunal fédéral qui interdisait – à tort – aux cantons d'insérer dans leur droit pénal accessoire des dispositions spéciales dérogeant à celles résultant du code pénal[68]. La compétence ainsi précisée ne se limite pas à l'adoption de peines contraventionnelles (cf. art. 103 CP) ; elle couvre également les peines délictuelles et criminelles (cf. art. 10 al. 2-3 CP).

Dans leurs domaines d'attribution et sous réserve des prescriptions que leur imposent les droits constitutionnel[69] et conventionnel[70], les cantons pourraient théoriquement définir à leur manière les conditions générales de la punissabilité. La démarche s'avérant fort inopportune, singulièrement lorsqu'un même prévenu doit répondre simultanément d'infractions fédérales et cantonales, ils ont généralement adopté la solution du renvoi au code pénal, rendu ainsi applicable à titre de droit cantonal supplétif[71].

IV. Le chef de la responsabilité

A. En droit civil

1. La faute

Pour que l'obligation de réparer le dommage causé puisse être imputée à un tiers, il faut que l'on puisse fonder cette obligation, c'est-à-dire lui trouver un fondement juridique.

A défaut d'un tel fondement, le dommage que l'on subit reste à charge du lésé en vertu du principe de base du *casum sentit dominus*[72]. Dans cette optique, la responsabilité civile, soit l'obligation faite à un tiers de réparer le dommage, demeure l'exception, le principe étant que chacun doit supporter le fardeau des préjudices qu'il subit[73].

Aux fins de renverser le principe général et de passer donc du principe à l'exception qu'est la responsabilité, le lésé doit apporter la preuve qu'un

---

68 Sur l'ensemble de la question, voir Message (note 67), p. 1966-1967.

69 Par exemple le principe *Nulla poena sine culpa* (ATF 103 Ia 225 c. 3b et 3d).

70 Par exemple le principe de la légalité pénale (art. 15 ch. 1 phr. 1 PIDCP [ATF 118 IV 405 c. 2b ; ATF 139 I 72 c. 8.2.1] ; art. 7 ch. 1 phr. 1 CEDH [ATF 138 I 367 c. 5.3 ; ATF 138 IV 13 c. 4.1 ; ATF 139 I 72 c. 8.2.1] ; art. 5 al. 1 et art. 164 al. 1 let. c Cst. [ATF 129 IV 276 c. 1.1.1 ; ATF 138 I 367 c. 5.4 ; ATF 138 IV 13 c. 4.1]).

71 Pour le canton de Genève, voir l'art. 1 al. 1 let. a LPG (RSG E 4 05).

72 Deschenaux / Tercier (note 52), p. 28.

73 Deschenaux / Tercier (note 52), p. 28.

élément spécifique fonde la responsabilité du tiers et permet l'imputation de l'obligation de réparer le dommage.

La faute, ainsi que déjà exprimé, est le premier chef, au sens de fondement, de la responsabilité. Selon une vision très dominante, elle est son principe général et la condition à l'aune de laquelle tout le comportement du tiers responsable doit être analysé[74]. Relevons en passant que l'article 41 CO ne mentionne pas la faute en tant que telle, se contentant d'évoquer la négligence, l'imprudence et l'intention qui, en droit romain, étaient des éléments fondant la *culpa*. Malgré cela, on a fait de l'article 41 la norme primaire, soit celle qui consacre la faute comme fondement presque unique de la responsabilité civile.

André Tunc s'exprimait ainsi en 1968 lors d'un colloque à Bâle : « Que l'on doive répondre du dommage causé par sa faute ne demande pas de démonstration : c'est une évidence ; c'est semble-t-il une loi de nature »[75]. Si ce juriste français se montrait critique par rapport à cette vision prédominante de la faute civile, il faisait toutefois la démonstration des principes qui prévalaient, voire qui prévalent encore, dans nos ordres juridiques et qui ont fait de la responsabilité pour faute une norme à laquelle il n'est, sauf exception, pas possible de déroger et à l'aune de laquelle les autres chefs de la responsabilité sont incessamment comparés.

La faute, *stricto sensu*, devrait être l'élément subjectif de la responsabilité[76]. Cela étant, aujourd'hui, la faute dite subjective se limite en fait à l'examen de la capacité de discernement de son auteur, soit de savoir si la personne possède la faculté de comprendre les conséquences dommageables de son acte et d'agir conformément à cette compréhension.

Pour le surplus, l'examen de la faute procède d'une comparaison objective entre le comportement raisonnablement attendu et celui adopté par l'auteur. La faute objective est donc un manquement à la diligence qu'aurait adoptée un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Elle consiste dans le reproche adressé à l'auteur de n'avoir pas empêché la survenance d'un dommage qu'il aurait pu et dû anticiper.

74 Widmer / Wessner (note 1), p. 20.

75 Tunc André, « Fondements et fonctions de la responsabilité civile en droit français », in *Colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile*, Bâle 1973, p. 7.

76 Yung Walter, « Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse », in *Etudes et articles*, Genève 1971, p. 422.

2. *Un devoir de diligence objectivé ?*

Les articles 55 ss CO instituent des responsabilités dites causales ou objectives simples. Elles sont aujourd'hui majoritairement considérées comme indépendantes de la commission d'une faute[77].

En vérité, ces responsabilités causales simples ont bien une parenté évidente avec la notion de faute. Cela est particulièrement notable pour les normes qui instituent une preuve libératoire en faveur du responsable[78]. Ainsi, le chef de famille, l'employeur et le détenteur d'un animal peuvent-ils, en théorie encore, se disculper s'ils prouvent s'être comportés avec toute la diligence requise. Et la possibilité qui leur est donnée de faire la preuve de leur diligence, démontre que ces responsabilités intègrent nécessairement la notion de faute.

Mais cela est vrai également pour la responsabilité résultant d'un excès de propriété au sens de l'article 679 CC ou du défaut d'un ouvrage au sens de l'article 58 CO[79]. L'excès, soit l'acte allant au-delà de ce qui est admissible, de même que le défaut d'entretien d'un ouvrage consistent précisément dans des comportements s'éloignant de celui qu'adopterait un bon père de famille.

La faute, sous l'angle de la violation d'un devoir de diligence[80], fonde donc, du moins historiquement, les responsabilités objectives simples.

Il est vrai que, dans l'histoire récente, la jurisprudence a eu tendance, de manière justifiée, à interpréter ces responsabilités comme étant autant d'exceptions au principe de la faute. Non seulement en n'autorisant plus, ou qu'exceptionnellement, la preuve libératoire dans les articles 55 CO et 333 CC[81]. D'autre part en reconnaissant que la détention d'un animal[82] ou d'un ouvrage[83] crée des risques qui, à eux seuls et dès lors qu'un dommage survient, justifie qu'il soit fait obligation à son propriétaire, ou à son détenteur, de le réparer.

Il est donc admis aujourd'hui, que les responsabilités causales simples, au gré d'une interprétation ayant évolué avec le temps, consacrent toutes des responsabilités indépendantes de la faute, soit qu'elles résident dans la violation d'un devoir à ce point objectivé de diligence[84] qu'il serait aberrant de la

---

77 Deschenaux / Tercier (note 52), p. 43 ; Widmer / Wessner (note 1), p. 135.

78 Widmer / Wessner (note 1), p. 135.

79 Schamps Geneviève, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité, analyse de droit comparé*, Bruxelles, etc., Bruylant, etc., 1998, p. 290 s.

80 Schamps (note 79), p. 290.

81 Cf. ATF 90 II 86 = JdT 1964 I 560 ; ATF 110 II 456 = JdT 1985 I 378.

82 Vito Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002, p. 121.

83 Widmer Pierre, « Switzerland » in *Unification of tort law : strict liability, Principles of European tort law*, volume 6, La Haye, etc., Kluwer, 2002, p. 326.

84 Voir à ce sujet Müller (note 3), p. 8.

comparer à la faute, soit dans un risque créé se réalisant sous la forme de la détention d'un ouvrage ou d'un animal.

3. La réalisation d'un risque

Les responsabilités à raison du risque instituées par des lois spéciales ont pour caractéristiques communes qu'elles se fondent sur un danger qualifié qui découle de certaines installations ou activités[85]. Leur consécration législative tient au fait que les risques considérés peuvent ou causer des dommages extrêmement fréquents, notamment dans le domaine de la circulation routière, ou causer des dommages particulièrement importants ou massifs[86], tels qu'ils peuvent résulter des catastrophes aériennes ou de l'exploitation d'usines électriques ou nucléaires.

Ces activités, en tant qu'elles sont particulièrement dangereuses, devraient tout bonnement être interdites, dès lors que le risque qu'elles comportent peut survenir, et ainsi causer un dommage, même dans le respect de la plus grande diligence. Cela étant, il est considéré que l'utilité, voire le bénéfice social retiré de ces activités doit primer sur les risques inhérents à leur exercice. Aussi a-t-on estimé qu'il convenait de les autoriser, tout en imputant à celui qui en retire un avantage économique et qui en a la maîtrise effective l'obligation de supporter le risque et d'en réparer les conséquences dommageables[87].

B. En droit pénal

1. La typicité en général

Selon le principe de la légalité pénale, « une peine ou une mesure ne peuvent être prononcées qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi » (art. 1 CP). Au commencement de l'examen de la punissabilité se trouve donc toujours la question de savoir si un comportement humain déterminé – actif (action) ou passif (abstention) – « entre » dans une incrimination, c'est-à-dire une disposition spéciale (*supra* II B 1 a) construite sur le modèle suivant : « Celui qui aura… sera puni de… » Le premier membre de la phrase (l'état de fait) définit l'infraction pénale, le second (la conséquence juridique) énonce

85 Sur cette question, voir Etier Guillaume / Pétermann Christophe, « Innovation ou rénovation ? Le retour du risque en tant que fondement refoulé de la responsabilité civile », in *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Genève 2004, p. 15.

86 Müller (note 3), p. 9 ; Werro (note 11), p. 14.

87 ATF 131 III 61.

la peine encourue (peine-menace). Un comportement humain « entre » dans une incrimination s'il présente toutes les caractéristiques de l'infraction pénale. Ces caractéristiques, autant de traits distinctifs qui lui confèrent son identité, sont appelées les éléments de l'infraction pénale. La somme de ces éléments constitue la typicité.

La définition du comportement humain susceptible de constituer une infraction pénale et, partant, celle des éléments de la typicité, a évolué au fil du temps[88], avec des répercussions correspondantes dans le droit positif.

Selon la conception originelle et classique, dite causaliste, l'action est un agissement qui entraîne et l'abstention un agissement qui n'empêche pas une modification dans le monde extérieur. Si l'action et l'abstention doivent être portées par la volonté (le libre-arbitre) de leur auteur, le contenu de cette volonté est sans pertinence. Dès lors, la typicité recouvre exclusivement des éléments objectifs, l'intention et la négligence étant reléguées dans la catégorie de la culpabilité (cf. *infra* VII B 1), dont elles représentent deux formes différentes. Dans cette vision des choses, un meurtre (art. 111 CP) et un homicide par négligence (art. 117 CP) constituent un seul et même illégalisme, mais deux fautes distinctes.

La conception dite finaliste voit dans l'action et l'abstention un agissement (porté par la volonté de son auteur et) dirigé vers un but déterminé, présent (en cas d'intention) ou du moins potentiel (en cas de négligence). Il s'ensuit que la typicité rassemble non seulement des éléments objectifs, mais également l'ensemble des éléments subjectifs décrivant ce qui se passe ou aurait dû se passer dans le psychisme de l'auteur, intention et négligence en tête. Suivant cette approche, un meurtre (art. 111 CP) et un homicide par négligence (art. 117 CP) constituent (déjà) deux illégalismes différents et par voie de conséquence seulement deux fautes distinctes.

Dans la mesure où son article 18 évoquait l'intention et la négligence en regard de l'intitulé marginal « Culpabilité », l'ancienne partie générale du code pénal suisse, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, codifiait la conception causaliste. Cette systématique n'a pas été reprise dans le nouveau droit, qui traite de l'intention et de la négligence (art. 12 CP) – avec l'erreur sur les faits (art. 13 CP) – dans une subdivision propre, précédant celle dévolue aux actes licites et à la culpabilité (art. 14-21 CP). Sans le dire expressément, la jurisprudence fédérale a suivi le même mouvement vers la conception finaliste[89], qui est aussi celle de la doctrine moderne suisse.

---

88 Pour un survol de la problématique, voir Donatsch Andreas / Tag Brigitte, *Strafrecht I*, ***Verbrechenslehre***, 9e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 93-97.

89 Conception causaliste : cf. ATF 96 IV 99 ; ATF 109 IV 113 c. 1c ; ATF 123 IV 193 c. 2 ; ATF 128 II 182 c. 3a. Conception finaliste : cf. ATF 134 II 33 c. 5.4-5.5 ; ATF 134 II 308 c. 5.5.

2. *Les éléments objectifs de la typicité*

Les éléments objectifs de la typicité sont ceux qui décrivent la manifestation extérieure de l'infraction. Ils regroupent l'auteur, l'action incriminée ainsi que, le cas échéant l'objet de l'infraction et les modalités de perpétration de celle-ci. Une infraction qui se limite à ces éléments est réputée formelle[90]. Elle s'oppose à l'infraction matérielle, qui pose les exigences supplémentaires d'un résultat (soit d'une modification du monde extérieur qui peut être distinguée dans le temps et dans l'espace de l'action), d'un rapport de causalité naturelle entre l'action et le résultat et d'un rapport d'imputation objective entre ces mêmes éléments. Si le législateur « typicise » le comportement à l'origine du résultat, l'infraction matérielle est dite mixte[91]. Cette dernière s'oppose à l'infraction matérielle pure qui, parce qu'elle est destinée à appréhender toutes les manières d'engendrer le résultat incriminé, renonce à toute caractérisation du comportement[92].

L'infraction que quiconque peut perpétrer est appelée commune[93]. Celle que seule peut commettre une personne tenue par un devoir particulier (cf. art. 26 CP) est qualifiée de propre[94].

3. *Les éléments subjectifs de la typicité*

Les éléments subjectifs de la typicité sont ceux qui se déroulent dans le for intérieur de l'auteur, c'est-à-dire son psychisme. Ils diffèrent essentiellement selon qu'une infraction intentionnelle ou une infraction de négligence est en cause.

a) Les éléments subjectifs de l'infraction intentionnelle

La plupart des infractions intentionnelles ont pour seul élément subjectif précisément l'intention, définie comme la conjonction de la conscience et de la volonté (art. 12 al. 2 phr. 1 CP).

---

90 Exemple : le vol (art. 139 ch. 1 CP) est une infraction formelle, dont les éléments objectifs sont : celui qui (auteur), aura soustrait (action), une chose mobilière appartenant à autrui (objet).

91 Exemple : aux fins de l'extorsion (art. 156 ch. 1 CP), l'auteur doit avoir usé de violence ou menacé d'un dommage sérieux (action typicisée) pour déterminer une personne à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers (résultat).

92 Exemple : aux fins du meurtre (art. 111 CP), l'auteur doit avoir tué (résultat) une personne, le mode opératoire (action) choisi étant indifférent (poignarder, empoisonner, étrangler, noyer, défenestrer, etc.).

93 Exemple : n'importe qui peut commettre un viol (art. 190 al. 1 CP), également une femme agissant en coactivité avec un homme (ATF 125 IV 134 c. 2).

94 Exemple : seule une personne tenue par la loi, un mandat officiel ou un acte juridique de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion est l'auteur possible d'une gestion déloyale (art. 158 ch. 1 al. 1 CP).

Au gré de l'intensité plus au moins grande de ses deux composantes, l'intention peut prendre trois formes : le dessein, le dol direct et le dol éventuel. L'auteur est réputé agir à dessein non seulement s'il est certain de réaliser les éléments objectifs de l'infraction et cherche à les réaliser[95], mais également s'il tient pour possible (envisage) de réaliser les éléments objectifs de l'infraction et cherche à les réaliser[96]. Il y a dol direct si l'auteur est certain de réaliser les éléments objectifs de l'infraction et accepte (s'accommode) de les réaliser[97]. Dans le cas du dol éventuel (art. 12 al. 2 phr. 2 CP), enfin, l'auteur tient pour possible (envisage) de réaliser les éléments objectifs de l'infraction et accepte (s'accommode) de les réaliser[98].

Outre l'intention, quelques incriminations requièrent que l'auteur poursuive un objectif déterminé (dol dit spécial)[99], soit animé par un mobile particulier[100] ou présente un certain état d'esprit[101].

Conformément au principe de la concomitance, l'ensemble des éléments subjectifs doit être présent dans le for intérieur de l'auteur au moment où celui-ci agit. Un dol antécédent ou subséquent ne suffit pas.

b) L'élément subjectif de l'infraction de négligence

Alors que l'intention est toujours réprimée, la négligence ne l'est que si la loi le prévoit expressément (art. 12 al. 1 CP). Ce principe connaît des exceptions dans le droit pénal accessoire (cf. art. 333 al. 7 CP ; art. 100 ch. 1 al. 1 LCR ; etc.).

La négligence peut être consciente ou inconsciente. Dans le premier cas, l'auteur tient pour possible (envisage) de réaliser les éléments objectifs de l'infraction (comme aux fins du dol éventuel ; *supra* a), mais ne veut pas (escompte ne pas) les réaliser (art. 12 al. 3 phr. 1 hypo. 2 CP : « sans tenir

---

95 Exemple : pour se débarrasser de lui, A abat Z d'une balle de pistolet tirée à bout portant dans la tête ; A est l'auteur d'un meurtre (art. 111 CP) commis à dessein.

96 Exemple : pour se débarrasser de lui, B abat Y d'une balle de fusil tirée d'une distance de 700 m dans la poitrine (art. 111 CP) ; B est l'auteur d'un meurtre (art. 111 CP) commis à dessein.

97 Exemple : pour se débarrasser de X, C fait exploser en vol son jet privé piloté par W, un ami ; C est l'auteur de deux meurtres (art. 49 al. 1, art. 111 CP), l'un commis à dessein (celui de X), l'autre commis par dol direct (celui de W).

98 Exemple : au cours d'une partie de chasse, C envisage et accepte la possibilité que la silhouette perçue dans un bosquet soit celle d'un collègue et non d'un sanglier, fait feu et abat V ; C est l'auteur d'un meurtre (art. 111 CP) commis par dol éventuel.

99 Exemple : aux fins de l'escroquerie (art. 146 al. 1 CP), l'auteur doit chercher à se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime.

100 Exemple : aux fins de l'incitation et de l'assistance au suicide (art. 115 CP), l'auteur doit être poussé par un « mobile égoïste ».

101 Exemple : aux fins de la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), l'auteur doit agir « sans scrupules ».

compte »)[102]. Dans le second cas, l'auteur n'a pas conscience de réaliser les éléments objectifs de l'infraction (et ne peut donc pas vouloir les réaliser), mais aurait pu et dû reconnaître qu'il les réalisait (art. 12 al. 3 phr. 1 hypo. 1 CP : « sans se rendre compte »)[103].

L'élément subjectif de l'infraction de négligence réside donc dans la « reconnaissabilité » de la réalisation des éléments objectifs de l'infraction. Cette « reconnaissabilité » – qui est nécessairement donnée si l'éventualité de réaliser les éléments objectifs de l'infraction a été reconnue, mais écartée (négligence consciente) – s'analyse *ex ante*[104], à la lumière des « circonstances » et de la « situation personnelle » de l'auteur (art. 12 al. 3 phr. 2 CP)[105], c'est-à-dire de manière individualisée[106]. S'agissant d'une infraction matérielle pure (*supra* 2), la « reconnaissabilité » se résumera généralement à la prévisibilité du résultat et – du moins dans ses grandes lignes[107] – de l'enchaînement causal qui y a conduit.

4. *L'exclusion de la typicité par l'assentiment de l'ayant droit*

A l'enseigne de la maxime *Volenti non fit iniuria*, la doctrine (encore) dominante en Suisse distingue l'accord *(Einverständnis)* excluant la typicité et le consentement *(Einwilligung)* excluant l'illicéité (cf. *infra* VI B 3)[108], étant précisé que cette terminologie ne correspond pas toujours à celle de la loi. La négation de la typicité concerne les infractions qui ne se conçoivent que si elles sont perpétrées contre la volonté de celui que la disposition spéciale entend protéger, cette opposition pouvant alors résulter expressément ou implicitement de la loi. Ainsi ne saurait-on parler d'une violation du secret professionnel (cf. art. 321 ch. 1 CP) lorsque la révélation est faite « avec le consentement

102 Exemple : au cours d'une partie de chasse, A envisage la possibilité que la silhouette perçue dans un bosquet soit celle d'un collègue, écarte toutefois cette éventualité et retient qu'il s'agit d'un sanglier, fait feu et abat Z ; A est l'auteur d'un homicide commis par négligence consciente (art. 117 CP).

103 Exemple : au cours d'une partie de chasse, B prend la silhouette perçue dans un bosquet pour celle d'un sanglier alors qu'il aurait pu et dû se rendre compte qu'il s'agissait de celle d'un collègue, fait feu et abat Y ; B est l'auteur d'un homicide commis par négligence inconsciente (art. 117 CP).

104 ATF 135 IV 56 c. 2.1-2.2 ; ATF 140 II 7 c. 3.4.

105 Vestiges de l'ancienne conception causaliste de l'action et de l'abstention (*supra* 1), les formulations latines de cette disposition (« imprévoyance coupable » ; « *imprevidenza colpevole* ») sont trompeuses ; il en va ici (déjà) de la typicité d'un comportement déterminé *(« pflichtwidrige Unvorsichtigkeit »)*, et non pas (seulement) de la culpabilité de son auteur.

106 ATF 122 IV 145 c. 3b/aa ; ATF 133 IV 158 c. 5.1. *Contra* apparemment (« prévisibilité objective ») : ATF 131 IV 145 c. 5.1 ; ATF 138 IV 57 c. 4.1.3.

107 ATF 127 IV 34 c. 2a ; ATF 127 IV 62 c. 2d ; ATF 133 IV 158 c. 5.1 ; ATF 135 IV 56 c. 2.1.

108 Voir Donatsch / Tag (note 88), p. 258 ; Stratenwerth (note 33), § 10 n° 8 et les références citées.

de l'intéressé » (art. 321 ch. 2 hypo. 1 CP) ou encore d'une rétention comme prisonnière (cf. art. 183 ch. 1 al. 1 hypo. 2 CP) si la personne concernée accepte de demeurer là où elle se trouve. La négation de l'illicéité concerne les infractions mentionnant un objet (*supra* 2) susceptible de subir une atteinte malgré l'approbation de l'ayant doit, par exemple en cas d'intervention chirurgicale (cf. art. 122-123 CP) ou de bris d'un vase (cf. art. 144 al. 1 CP).

Un autre courant[109] rejette cette distinction et retient que l'assentiment – pour utiliser une terminologie exempte de tout a priori sémantique – constitue toujours un motif d'exclusion de la typicité.

La controverse demeure sans grande portée pratique si l'on considère que l'accord et le consentement sont soumis à des exigences communes[110], à savoir :

– l'incrimination protège exclusivement un bien juridique individuel (voir *infra* VI B 2) ;
– ce bien juridique est disponible, ce qui n'est pas le cas de la vie humaine face à un comportement intentionnel (cf. art. 114 CP) ;
– l'acte de disposition émane du titulaire du bien juridique, ce qui n'exclut pas nécessairement que l'intéressé puisse instituer un représentant qui décidera à sa place, notamment lorsque le bien juridique en cause n'est pas strictement personnel (patrimoine) ;
– l'assentiment demeure sans effet juridique si l'incrimination a pour but de protéger le titulaire du bien juridique contre lui-même également, comme il en va par exemple de l'usure (art. 157 ch. 1 al. 1 CP) ou des actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 ch. 1 CP)[111] ;
– le titulaire du bien juridique (ou son représentant librement institué) est capable de discernement, étant précisé que les règles topiques du droit civil (art. 16 CC) ne sont pas nécessairement décisives[112] ;
– l'assentiment n'est entaché d'aucun vice de la volonté découlant d'une contrainte, d'une tromperie ou d'une erreur ;
– l'assentiment a reçu une manifestation extérieure, sous une forme expresse ou par actes concluants ;
– cette manifestation intervient avant que l'auteur n'accomplisse l'action incriminée ;

---

109 Voir Seelmann Kurt, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5e éd., Bâle 2012, p. 48-49 et les références citées.

110 Cf. Graven Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2e éd., Berne 1995, p. 68-69 et p. 154-157.

111 ATF 120 IV 6 c. 2b/aa.

112 Voir cependant TF 6B_869/2010 c. 4-5 = SJ 2012 I 275.

– l'assentiment n'est pas révoqué ultérieurement ;
– les conditions que l'ayant droit aurait (explicitement ou implicitement) posées sont observées, ce qui joue notamment un rôle en cas de lésions corporelles subies dans le cadre de la pratique d'un sport[113] ; et
– les limites (qualitatives ou quantitatives) éventuellement fixées par l'ayant droit sont respectées.

L'assentiment à la commission d'une infraction matérielle (*supra* 2) doit impérativement porter sur le résultat incriminé[114]. A défaut, seule la négation du rapport d'imputation objective (*infra* V B 2 b) est susceptible de conduire à l'impunité.

L'ayant droit peut librement révoquer son assentiment, aux mêmes conditions que celles présidant à son octroi.

V. Le rapport de causalité

A. En droit civil

1. La causalité naturelle

On distingue en droit civil, entre la causalité naturelle et la causalité adéquate. La première relève du fait[115], la seconde du droit[116]. Le Tribunal fédéral ne peut donc que procéder à l'analyse de la causalité adéquate.

En vertu du principe général d'imputation posé à l'article 41 CO, la victime d'un dommage n'est en droit de reporter le fardeau de la réparation sur un tiers que si le fait dommageable peut être imputé à ce tiers en vertu de la loi[117]. Le lésé doit toutefois encore établir l'existence d'un rapport de causalité entre le fait de rattachement (soit le comportement illicite et fautif ou le risque qualifié) et le dommage. Le rapport de causalité constitue une condition générale de la responsabilité civile et découle de la lettre même de l'article 41 CO.

Dans cette optique, le fait de rattachement ne peut être imputé à l'auteur que s'il constitue un fait sans lequel le dommage ne se serait pas produit[118]. Ce fait est donc considéré comme une condition *sine qua non*, dans la mesure

113 Voir ATF 134 IV 26 c. 3.2 et les références citées.
114 ATF 131 IV 1 c. 3.1 ; ATF 134 IV 149 c. 4.2.
115 ATF 133 III 462 ; ATF 132 III 715.
116 ATF 123 III 110.
117 Widmer / Wessner (note 1), p. 106.
118 ATF 133 III 462.

où il participe, à l'instar d'autres faits causals qui peuvent être antérieurs, postérieurs ou concomitants, de la chaîne de causalité. On parle à cet égard de causalité naturelle entre le dommage et l'événement sans lequel il ne serait pas survenu.

Pourtant, l'application de la causalité naturelle peut conduire à des résultats inacceptables d'un point de vue juridique, dans la mesure où elle permettrait de faire supporter à l'auteur toutes les conséquences, même les plus lointaines et les plus improbables du fait qui lui est imputable[119].

La théorie de la causalité adéquate a donc été adoptée dans le contexte de la responsabilité civile, aux fins de placer une limite juridique à l'obligation de réparer le dommage et de contrebalancer l'application du critère de la causalité naturelle[120].

2. *La causalité adéquate*

Cette théorie de la causalité adéquate implique un jugement de probabilité rétrospectif[121], selon lequel un fait qui est dans un rapport de cause à effet avec le dommage ne peut être considéré comme sa cause juridiquement déterminante que si, suivant l'expérience générale de la vie, il était en soi propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit[122]. Cette théorie de la causalité adéquate a été développée à la fin du XIX^e^ siècle en Allemagne[123], pour ensuite être adoptée en droit suisse et être appliquée depuis par le Tribunal fédéral[124].

L'analyse de la causalité adéquate, une fois la causalité naturelle retenue, doit se faire en deux étapes[125].

Premièrement, il convient que le tribunal examine si le fait attribuable à l'auteur était en soi propre à produire le préjudice souffert par la victime. Il s'agit d'une démarche positive tendant à déterminer si le fait reproché était apte, selon l'expérience générale de la vie, à provoquer un dommage du genre de celui qui a été causé.

Dans un second temps, le tribunal doit vérifier si la causalité du fait envisagé n'est pas reléguée à l'arrière-plan par un autre fait dit « interruptif » qui aurait, dans le cas d'espèce, joué un rôle prépondérant dans la survenance du

119 Widmer / Wessner (note 1), p. 107.
120 Werro (note 11), p. 72.
121 Werro (note 11), p. 72, parle de « pronostic rétrospectif objectif ».
122 ATF 119 Ib 334 ; ATF 103 II 244.
123 Widmer / Wessner (note 1), p. 107.
124 Cf. notamment ATF 87 II 120 ; ATF 103 II 244 ; etc.
125 Widmer / Wessner (note 1), p. 107.

dommage. La causalité s'analyse là en comparaison d'autres facteurs intervenus dans la chaîne causale. Dans cette seconde étape, le tribunal examine s'il existe une ou plusieurs causes, dont ne répond pas la personne recherchée et qui apparaissent, dans la chaîne causale, comme plus importantes que le fait considéré[126], au point qu'il serait juridiquement infondé de lui attribuer des conséquences juridiques[127]. Dans ce cas, la causalité est jugée après coup comme inadéquate. On dit alors qu'elle a été interrompue.

Les facteurs interruptifs retenus par la jurisprudence peuvent être, selon les circonstances, un cas de force majeure, ou une faute grave de la victime[128] ou d'un tiers[129]. Il sied toutefois que ces faits interruptifs soient caractérisés par une intensité certaine au sens de la jurisprudence[130] et que l'on ne saurait se satisfaire d'une faute légère de la victime ou d'un tiers pour en conclure que la causalité entre le fait envisagé et le dommage a été purement et simplement interrompue.

B. En droit pénal

1. La causalité naturelle

Le rapport de causalité naturelle entre l'action et le résultat est un élément objectif de l'infraction matérielle, mixte ou pure (*supra* IV B 2). Il est donné si l'action constitue la condition sine qua non du résultat. Son existence s'établit au gré d'un raisonnement par hypothèse, consistant à occulter mentalement l'action et examiner la conséquence : si l'on peut affirmer avec une vraisemblance confinant à la certitude ou du moins un haut degré de vraisemblance que le résultat ne se serait alors pas produit, l'action est naturellement causale[131]. La perspective est celle d'un tiers observateur qui analyse l'enchaînement causal objectivement et a posteriori *(ex post)*, à la lumière de toutes les circonstances connues et règles scientifiques reconnues.

Aux fins du raisonnement précité, le résultat survenu doit être considéré dans sa forme tout à fait concrète[132], notamment sous les angles du temps et du lieu de son avènement, en faisant abstraction des causes dites de réserve, c'est-à-dire sans substituer au facteur occulté mentalement celui qui serait

126 Werro (note 11), p. 74.
127 ATF 112 II 442 ; ATF 127 II 453.
128 L'art. 44 al. 1 CO ne vise en réalité que l'hypothèse de la faute grave de la victime.
129 ATF 95 II 185.
130 ATF 116 II 524.
131 ATF 116 IV 306 c. 2a ; ATF 125 IV 195 c. 2b ; ATF 133 IV 158 c. 6.1 ; ATF 138 IV 1 c. 4.2.3.3.
132 ATF 135 IV 56 c. 3.1.2.

intervenu à sa place[133]. Le caractère naturellement causal de l'injection d'un poison immédiatement mortel à un patient agonisant ne saurait donc être nié au motif que, à défaut, l'intéressé serait décédé au même endroit cinq minutes plus tard. Faire sauter une grenade à proximité d'une personne attirée à cet effet dans la rue demeure la cause naturelle de la mort de la victime bien que celle-ci aurait autrement péri au même instant dans l'explosion d'une fuite de gaz à son domicile.

Qu'elle soit propre ou non à conduire seule au résultat, une action constitue la condition sine qua non de ce dernier lorsqu'une autre action – accomplie par le même auteur, un tiers ou le lésé – vient se greffer sur le processus causal qu'elle a enclenché. La causalité est alors réputée induite. Faucher un piéton sur un passage de sécurité est naturellement causal pour son décès si la victime meurt du fait que l'automobiliste lui passe une seconde fois sur le corps, qu'un médecin urgentiste lui sectionne une artère en l'opérant ou qu'elle refuse pour des motifs religieux une indispensable transfusion sanguine.

La configuration précitée doit être distinguée de celle dans laquelle une action enclenche un processus causal qui s'interrompt avant d'avoir atteint le résultat (causalité dite dépassée) parce qu'une autre action – accomplie par le même auteur, un tiers ou le lésé – engage à son tour un processus causal qui conduit seul et indépendamment du premier au résultat (causalité dite dépassante). Verser un poison mortel dans le réservoir d'eau de la machine à café d'autrui n'est pas naturellement causal pour son décès si, avant d'avoir tiré un expresso, la personne visée est étranglée par l'« empoisonneur », abattue par son conjoint ou se suicide en sautant par la fenêtre.

Une forme particulière de la causalité induite est la causalité dite cumulative : ici, plusieurs actions individuellement inaptes à entraîner le résultat l'engendrent dans leur conjonction, par exemple lorsque A et B, agissant indépendamment l'un de l'autre, injectent chacun une dose non mortelle d'un même poison dans le goutte-à-goutte du patient Z qui gît inanimé sur son lit d'hôpital et décède de l'effet additionné des deux substances. Cette causalité cumulative ne doit pas être confondue avec la causalité dite alternative, aux fins de laquelle plusieurs actions individuellement propres à entraîner le résultat l'engendrent effectivement au même moment, par exemple lorsque C et D, agissant indépendamment l'un de l'autre, injectent chacun une dose mortelle d'un même poison dans le goutte-à-goutte du patient Y qui gît inanimé sur son lit d'hôpital et décède de l'effet simultané des deux substances.

133 ATF 133 IV 158 c. 6.1 ; ATF 135 IV 56 c. 3.1.2 (qui fournit un exemple parlant d'une telle erreur de méthode commise par l'autorité de dernière instance cantonale).

La causalité naturelle présente la caractéristique d'être techniquement infinie. D'un résultat déterminé, il est toujours possible de remonter la chaîne causale vers une multitude d'actions – accomplies par une multitude de personnes – dont on peut dire qu'elles représentent autant de conditions *sine quibus non*. Constitutive de lésion corporelle grave (art. 122 al. 2 *in fine* CP), une balafre sur la joue d'une épouse infidèle et une perte patrimoniale de 10 000 francs ponctuant une escroquerie (art. 146 al. 1 CP) ont pour origine non seulement le coup de rasoir donné par le mari trompé et les propos trompeurs tenus par l'aigrefin, mais également la vente du rasoir par un commerçant et la rédaction par un faussaire des documents mensongers présentés à la dupe, ainsi que la mise au monde des protagonistes précités par leurs parents, la mise au monde de ces derniers par les grands-parents, etc. Il va de soi que de pareilles « contributions indirectes » ne sauraient toutes être qualifiées de typiquement contraires au droit pénal (*supra* IV B 2). Dans le cas d'une infraction matérielle mixte *(ibidem)*, la loi pénale elle-même restreint la portée de la causalité naturelle en « typicisant » le comportement incriminé : quiconque ne profère pas des affirmations fallacieuses n'est pas l'auteur direct d'une escroquerie. Face à une infraction matérielle pure *(ibidem)* comme la lésion corporelle grave susmentionnée, une telle limitation *ex lege* fait en revanche défaut. C'est ici qu'intervient le rapport d'imputation objective (*infra* 2), dont l'une des vocations est d'assigner une portée raisonnable à la causalité naturelle.

2. *Le rapport d'imputation objective*

Entre une action et un résultat déjà reliés par un rapport de causalité naturelle (*supra* 1), il existe un rapport d'imputation objective si la première crée ou augmente de façon prohibée (non autorisée) un risque de survenance du second, risque qui se réalise en outre dans ce même résultat[134].

a) La création ou l'augmentation prohibée d'un risque de survenance du résultat

La première partie de la formule de l'imputation objective permet d'abord de soustraire à la punissabilité les actions naturellement causales qui ne créent aucun risque de survenance du résultat, ainsi le déplacement par une infirmière du lit d'un patient mourant d'une chambre commune de l'hôpital vers une chambre individuelle, où survient le décès. Elle permet ensuite de faire de même avec les actions naturellement causales qui accroissent un risque

134 Pour une présentation compacte de la problématique, voir Donatsch / Tag (note 88), p. 88-92 ; Gropp Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4e éd., Berlin/Heidelberg 2015, § 4 nos 85-109.

de survenance du résultat dans une mesure juridiquement insignifiante, par exemple le déversement d'un seau d'eau dans un torrent en crue qui s'en va inonder la cave d'une villa et endommager les biens que le propriétaire y a entreposés. Enfin et surtout, elle permet de soustraire à la punissabilité les actions naturellement causales demeurant dans les limites du risque autorisé, c'est-à-dire les comportements qui incorporent notoirement un danger de survenance du résultat, mais qui s'avèrent socialement indispensables ou utiles, comme l'exploitation d'une centrale nucléaire, la construction d'un ouvrage du génie civil, la participation à la circulation routière ou la vente d'articles de la vie quotidienne susceptibles d'être utilisés à des fins illicites (couteau de cuisine, cutter, etc.).

Le départ entre le risque autorisé et le risque prohibé est fonction de l'observation ou alors de la violation par l'auteur des règles de prudence commandées par les circonstances et sa situation personnelle. La question est donc identique à celle de l'« imprévoyance coupable » (*supra* IV B 3 b) au sens de l'article 12 al. 3 CP définissant la négligence, mais concerne tout autant les infractions intentionnelles (*supra* IV B 3 a). L'imprévoyance considérée comporte un volet interne et un volet externe.

L'imprévoyance interne est donnée lorsque l'auteur pouvait et devait reconnaître l'avènement du résultat et les grandes lignes de l'enchaînement causal y ayant conduit, bref, lorsque l'auteur pouvait et devait prévoir ces éléments (cf. *supra* IV B 3 b). La jurisprudence opère ici traditionnellement avec le concept de la causalité adéquate : est prévisible ce qui s'inscrit dans le cours ordinaire des choses et s'avère conforme à l'expérience générale de la vie[135]. La méthode est contestable – pour ne pas dire contraire à l'article 12 al. 3 phr. 2 CP (« situation personnelle ») – car elle ne conduit à une solution exacte et équitable que si l'auteur à juger présente les caractéristiques « générales » de l'agent « ordinaire », si l'intéressé est donc représentatif de la moyenne de ses concitoyens. Elle revient en revanche à poser des exigences excessives lorsque les capacités cognitives de l'auteur sont inférieures à la moyenne *(« Schlechterwisser »)*, respectivement des exigences insuffisantes lorsque les capacités cognitives de l'auteur sont supérieures à la moyenne *(« Besserwisser »)*[136]. Dans l'appréciation de la « reconnaissabilité » du résultat et du déroulement causal des événements, par exemple d'un accident de la circulation débouchant sur la lésion corporelle d'un autre usager de la route, il n'est donc pas indifférent que l'automobiliste à juger soit un jeune conducteur titulaire du permis de conduire depuis quelques semaines seulement ou un chauffeur professionnel ayant quelques centaines de milliers de kilomètres à son actif.

---

135 Cf. ATF 131 IV 145 c. 5.1 ; ATF 133 IV 158 c. 6.1 ; ATF 134 IV 193 c. 7.3 ; ATF 135 IV 56 c. 2.1-2.2 ; ATF 138 IV 57 c. 4.1.3.

136 Cf. ATF 134 IV 255 c. 4.2.3.

L'imprévoyance externe est donnée lorsque le comportement de l'auteur à juger diverge essentiellement de celui qu'aurait adopté une personne prudente placée dans la même situation et dotée des mêmes capacités de réaction. Pour définir la prudence ainsi requise, le juge se référera aux dispositions étatiques existantes (lois, ordonnances, règlements)[137]. A défaut et pour autant qu'elles soient généralement reconnues, il prendra appui sur les prescriptions d'origine semi-publique (par exemple les directives élaborés par la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents [SUVA]) ou privée (par exemple les règles édictées par la Fédération internationale de ski [FIS])[138] qui régissent l'activité considérée[139]. Quelle que soit leur nature, les normes précitées n'ont cependant qu'une valeur indicielle et ne lient pas le juge, auquel il appartient toujours de formuler les exigences de la prudence en fonction des «circonstances» (art. 12 al. 3 phr. 2 CP) du cas particulier à trancher[140]. Sous peine à nouveau d'aboutir à des solutions inexactes parce qu'inéquitables, il s'agira donc de tenir compte des aptitudes inférieures *(«Schlechterkönner»)* ou supérieures *(«Besserkönner»)* à la moyenne de l'auteur à juger: placer sa voiture en glisse sur la chaussée afin d'éviter une collision avec un autre véhicule ne sera certes pas attendu d'un automobiliste ordinaire, mais bien d'un ancien pilote de rallye. Cette analyse individualisée s'effectue ici aussi selon une perspective *ex ante* (cf. *supra* IV B 3 b). En l'absence de toute disposition définissant la prudence (a priori) requise, l'imprévoyance externe est susceptible de trouver son fondement dans la violation de l'un des deux principes généraux suivants: quiconque crée une situation dangereuse doit faire tout ce qui est raisonnablement exigible de lui pour éviter que le danger ne se réalise *(allgemeiner Gefahrensatz)*[141] et quiconque ne dispose pas des capacités nécessaires pour accomplir une tâche dont l'exécution comporte des risques pour autrui est tenu de s'en abstenir purement et simplement *(Übernahmeverschulden)*[142].

b) La réalisation dans le résultat du risque créé ou augmenté de façon prohibée

La seconde partie de la formule de l'imputation objective permet de soustraire à la punissabilité toutes les situations dans lesquelles le risque créé ou augmenté de manière prohibée (*supra* a) ne se trouve finalement pas à l'origine du résultat parce qu'un autre risque s'est réalisé dans celui-ci. Pour

137 ATF 127 IV 34 c. 2a; ATF 130 IV 7 c. 3.3; ATF 135 IV 56 c. 2.1.
138 ATF 106 IV 350 c. 2a; ATF 122 IV 17 c. 2b/aa.
139 ATF 122 IV 145 c. 3b/aa; ATF 127 IV 62 c. 2d; ATF 130 IV 7 c. 3.3.
140 ATF 135 IV 56 c. 2.1.
141 ATF 127 IV 62 c. 2d; ATF 134 IV 255 c. 4.2.2; ATF 135 IV 56 c. 2.1.
142 ATF 135 IV 56 c. 4.3.2.

exprimer positivement l'exigence ici en cause, une relation de risque *(Risikozusammenhang)* doit exister entre l'action et le résultat incriminés.

Cette relation de risque est susceptible de manquer dans un grand nombre de configurations, dont le traitement juridique est toutefois encore assez largement controversé. On se limitera donc à mentionner trois acquis de la jurisprudence fédérale.

D'abord, le rapport d'imputation objective fait défaut lorsque le lésé, sans avoir donné son assentiment (*supra* IV B 4) ou son consentement (i*nfra* VI B 3) à la survenance du résultat, notamment parce qu'il croit en sa bonne étoile, assume en toute connaissance de cause et en pleine liberté le risque de cette survenance. Conformément à ce principe, un motocycliste qui tracte à grande vitesse un cycliste s'étant accroché à son bras de façon délibérée et en pleine conscience du danger inhérent à l'entreprise ne saurait être condamné du chef de lésion corporelle grave (art. 122 al. 1, art. 125 al. 2 CP) ou d'homicide (art. 111, art. 117 CP) si le cycliste chute de son engin et se blesse ou se tue[143].

Ensuite, le rapport d'imputation objective doit être écarté lorsque le risque qui se réalise ne fait pas partie de ceux que la règle de prudence violée a pour vocation d'écarter. L'automobiliste qui percute et blesse un autre usager de la route alors qu'il traverse un village en se conformant en tous points aux règles de prudence imposées par les circonstances ne saurait être condamné du chef de lésion corporelle simple (art. 123 ch. 1, art. 125 al. 1 CP) au motif qu'il avait, avant d'entrer dans la localité, dépassé la vitesse maximale autorisée et se serait donc retrouvé plus tard seulement à l'endroit fatidique s'il avait respecté l'allure imposée[144]. Les prescriptions en matière de limitation de la vitesse ont pour fonction d'empêcher la survenance d'accidents sur les tronçons auxquels elles s'appliquent, et non pas celle d'assurer la sécurité du trafic en un autre lieu.

Enfin, le rapport d'imputation objective n'est donné que si le juge peut affirmer avec une vraisemblance confinant à la certitude ou du moins avec un haut degré de vraisemblance que le résultat ne se serait pas produit si l'auteur avait adopté le comportement prudent attendu de lui dans les circonstances[145]. Alors seulement est-il établi que le résultat a été causé « par » (cf. art. 12 al. 3 phr. 1 CP) l'inobservation de la règle de prudence considérée. Ce rapport de connexité ou d'imprévoyance *(Pflichtwidrigkeitszusammenhang)* entre le comportement imprudent et le résultat, cette exigence d'« évitabilité » du résultat sont par exemple absents lorsqu'un automobiliste dépasse la vitesse maximale autorisée, fauche un piéton et le blesse grièvement, l'enquête permettant

143 ATF 125 IV 189 c. 3.
144 ATF 94 IV 23 c. 2 (où le Tribunal fédéral raisonne toutefois à tort en termes de causalité naturelle).
145 ATF 130 IV 7 c. 3.2 ; ATF 133 IV 158 c. 6.1 ; ATF 134 IV 193 c. 7.3 ; ATF 135 IV 56 c. 2.1 + 5.1.

au mieux de retenir que la lésion corporelle ne serait vraisemblablement pas survenue si le conducteur avait circulé à l'allure prescrite.

VI. L'illicéité

A. En droit civil

1. La conception objective de l'illicéité

Ainsi que le rappelle expressément la clause générale de l'article 41 CO, une personne ne peut être tenue à réparation que si le dommage, à tout le moins dans le cadre de la responsabilité fondée sur une faute[146], a été causé de manière illicite. L'illicéité tend, à l'instar de la causalité, à mettre une limite à la responsabilité, sans laquelle les actes licites mais exercés aux dépens d'autrui, comme ceux de concurrence économique, pourraient déclencher une obligation de réparation[147].

En droit de la responsabilité civile, la notion d'illicéité se fonde, pour la jurisprudence et la doctrine dominantes, sur une conception dite objective[148]. L'on peut la définir comme la violation, en l'absence d'un motif justificatif, d'une norme de l'ordre juridique destinée à protéger autrui[149].

Ainsi définie, l'illicéité prend toutefois un sens différent selon que le bien juridique atteint est ou non un droit subjectif absolu[150]. On parlera d'illicéité de résultat si l'acte dommageable lèse un droit absolu, à l'exemple de la vie, de l'intégrité physique et psychique, de la propriété, des droits de la personnalité, etc.[151]. Dans une telle hypothèse, l'acte sera d'emblée considéré comme illicite, sans qu'il soit besoin de déterminer si la norme violée avait pour vocation de protéger les intérêts du lésé.

On parlera par contre d'illicéité de comportement lorsqu'il s'agira de déterminer si et dans quelle mesure le droit autorise la réparation des dommages purement économiques, soit les atteintes patrimoniales pures. Dans ces hypothèses, soit lorsque l'acte dommageable consiste dans l'atteinte à un

146 Il est généralement retenu que l'illicéité est une condition générale de la responsabilité, tant dans le cadre de la responsabilité aquilienne que dans celui des responsabilités dites objectives. Nous rejetons cette manière de voir, notamment pour des motifs historiques. Voir à ce sujet Etier Guillaume, *Du risque à la faute, Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Genève 2006, p. 182 ss.

147 Widmer / Wessner (note 1), p. 96.

148 ATF 133 III 323.

149 Werro (note 11), p. 93.

150 Widmer / Wessner (note 1), p. 96 s.

151 ATF 133 III 323.

autre intérêt qu'un droit absolu, la condition de l'illicéité ne sera réalisée que si le lésé démontre la violation, par l'auteur, d'une norme ayant pour vocation de protéger ses intérêts et ses droits[152]. Il pourra s'agir notamment de dispositions pénales, de normes de droit du travail, du droit de la construction, du droit de la concurrence ou du droit des poursuites.

Dans toutes les hypothèses de dommages purement économiques, le tribunal sera donc forcé de déterminer si l'intérêt patrimonial atteint est couvert par une norme de l'ordre juridique, ce qui peut s'avérer selon les cas très difficile, voire dicté selon le but que le juge souhaite atteindre[153].

2. *La conception subjective de l'illicéité*

Pour un courant minoritaire de la doctrine, l'illicéité devrait relever d'une conception dite subjective, aux termes de laquelle tout dommage serait considéré *a priori* comme illicite, sauf à ce que l'auteur démontre qu'il était en droit d'agir, de se prévaloir donc d'un motif justificatif. Cette théorie soumet tous les préjudices, y compris les dommages purement économiques, au même régime juridique[154]. Il ne serait donc pas nécessaire, selon celle-ci, que le préjudice résulte de la violation d'un droit absolu ou d'une norme protectrice.

Cette théorie n'est pas suivie par les tribunaux[155]. Elle présente en effet certains inconvénients dogmatiques, notamment en ce qu'elle fait l'amalgame entre la notion de dommage et celle d'illicéité, dès lors que la survenance d'un dommage est immédiatement et automatiquement considérée comme illicite. Par ailleurs, elle fait obligation à l'auteur de prouver son droit d'agir, alors qu'il reviendrait bien plus au lésé, dans un ordre juridique libéral, de prouver la violation d'une norme[156].

3. *La troisième théorie de l'illicéité*

Depuis quelques années, un courant se forme en doctrine, pour définir l'illicéité par la simple comparaison entre l'acte et le comportement que l'on était raisonnablement en droit d'attendre de son auteur. Ainsi définie, l'acte illicite peut être compris comme un acte objectivement contraire à la diligence due dans les circonstances de l'espèce[157], peu important à cet égard que le bien atteint soit un droit subjectif absolu ou un intérêt purement patrimonial.

---

152 ATF 132 III 122 ; SJ 1999 I 11 ; ATF 97 II 221.
153 Werro (note 11), p. 97.
154 Widmer / Wessner (note 1), p. 98.
155 ATF 115 II 315.
156 Deschenaux / Tercier (note 52), p. 69 ; Widmer / Wessner (note 1), p. 98.
157 Werro Franz, « Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund », in *RDS* 1997 I, p. 343 ss.

Dans cette troisième théorie[158], l'illicéité est donc conçue comme la violation d'un devoir de comportement. On parlera alors de *Sorgfaltspflicht*, soit du comportement qu'aurait dû adopter une personne raisonnable dans les mêmes circonstances[159].

Très brièvement, l'on peut relever que cette théorie met à bas la distinction traditionnelle et héritée de l'histoire entre la faute et l'illicéité[160], dans la mesure où le comportement contraire à la diligence, en principe constitutif d'une faute, est *ipso facto* considéré comme illicite. Elle présente toutefois l'avantage évident de la simplicité, en tant qu'elle ne privilégie pas certains biens par rapport à d'autres, raison pour laquelle la doctrine récente semble majoritairement s'y rallier.

4. Les faits justificatifs

Les motifs justificatifs, institués par l'article 52 CO, ont pour effet d'exclure l'illicéité. Il s'agit de circonstances particulières permettant de nier la responsabilité de l'auteur du dommage qui n'aura pas à réparer les conséquences de l'atteinte portée aux biens d'autrui[161].

Parmi les principaux motifs justificatifs définis par l'article 52 CO, l'on distingue la légitime défense, l'état de nécessité et l'exercice autorisé de la force publique. L'article 44 al. 1 CO évoque quant à lui le consentement de la personne lésée en tant que facteur de réduction ou d'exclusion de l'indemnité.

Nous renonçons, dans la présente étude, à traiter des motifs listés à l'article 52 CO, dès lors qu'ils connaissent des cas d'application plus importants dans le contexte pénal. Nous nous concentrerons donc sur le seul consentement en sa qualité de fait justificatif de l'atteinte.

Le consentement découle en réalité de la notion même du dommage qui consiste dans une diminution involontaire du patrimoine. Partant, si le dommage découle d'une lésion à laquelle le lésé a consenti, l'acte ne pourra pas être considéré comme illicite et son auteur ne sera pas tenu à réparation.

Le consentement en tant que motif justificatif de l'atteinte est un acte unilatéral. Il n'est valable que si celui qui le donne a la capacité civile active et, en cas d'atteinte à un droit strictement personnel, la capacité de discernement (art 19 al. 2 CC)[162].

---

158 Guyaz Alexandre / Vautier Eigenmann Muriel, «Le dommage purement économique», in *Le dommage dans tous ses états*, Berne 2013, p. 212 ss.

159 Guyaz / Vautier Eigenmann (note 158), p. 213.

160 Werro (note 11), p. 106 ; Guyaz / Vautier Eigenmann (note 158), p. 213 s.

161 Müller (note 3), p. 61.

162 Müller (note 3), p. 62.

C'est dans le domaine de la responsabilité médicale que le consentement du patient, corollaire du devoir d'information du médecin, acquiert ses lettres de noblesses.

Le devoir d'information du médecin, consacré par la jurisprudence en 1979[163], fait partie des obligations générales auxquelles il est astreint, qu'il agisse dans un cadre contractuel privé ou dans un milieu hospitalier soumis au droit public cantonal[164].

Il est rappelé que toute atteinte à l'intégrité corporelle, même pratiquée par un médecin, est par principe illicite, sauf dans l'hypothèse où le médecin peut se prévaloir du consentement éclairé de son patient[165].

Pour être éclairé, et donc recevable au titre d'un motif justificatif levant l'illicéité de l'acte, l'intervention médicale doit nécessairement être précédée d'une information de la part du médecin, cette exigence se déduisant directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle[166].

La jurisprudence précise que l'information doit être simple, intelligible et loyale. Elle doit porter sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment la couverture d'assurance[167].

Faute de consentement éclairé, l'opération « est contraire au droit et l'est tout entière »[168]. Le médecin répond dès lors de toutes les conséquences de l'opération, y compris des aléas thérapeutiques survenus sans faute de sa part[169], car l'opération est et reste illicite, cela quand bien même elle aurait été exécutée dans le respect des règles de l'art[170].

En dérogation à ce qui vient d'être dit, le devoir d'information ne s'applique pas aux actes courants, sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle[171]. Le « privilège thérapeutique » permet par ailleurs au médecin de ne pas alarmer inutilement un malade, en compromettant le succès du traitement[172]. Ainsi, un pronostic grave ou fatal peut lui être caché, mais doit être révélé aux proches[173].

---

163 ATF 105 II 284.
164 Werro Franz, « La responsabilité médicale : vers une dérive à l'américaine ? », in *La responsabilité médicale*, Neuchâtel 1996, p. 23 ss.
165 ATF 124 IV 258 ; ATF 119 II 456.
166 ATF 117 Ib 197.
167 ATF 119 II 456 ; ATF 133 III 121.
168 ATF 108 II 59ss, 63.
169 Werro (note 158), p. 24.
170 ATF 108 II 59.
171 ATF 108 II 59.
172 ATF 105 II 287.
173 Werro (note 11), p. 115.

Précisons encore que le médecin qui n'a pas obtenu le consentement éclairé de son patient, peut encore se prévaloir de son « consentement hypothétique », à savoir qu'il aurait accepté l'opération s'il avait été dûment informé[174].

C'est au médecin qu'il appartient d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement préalable de ce dernier[175]. Le médecin qui n'a pas prouvé le contenu de l'information donnée au patient doit alléguer et prouver l'existence de circonstances permettant d'affirmer que son patient aurait donné son accord au traitement considéré, exécuté par le même praticien et dans les mêmes conditions s'il avait été dûment informé. Il peut à cet égard être fait référence à un patient raisonnable dans les mêmes circonstances[176]. Si le médecin apporte cette preuve, le patient devra prouver qu'il aurait eu personnellement des motifs valables pour s'opposer à l'intervention pratiquée[177].

B. En droit pénal

1. La présomption d'illicéité

De la typicité (*supra* V B 1-3) découle une présomption d'illicéité. Cette dernière n'a donc pas à être encore démontrée positivement. Celui qui réalise les éléments objectifs et subjectifs constitutifs d'une infraction, sans être au bénéfice de l'assentiment de l'ayant droit (cf. *supra* V B 4), agit a priori de manière contraire au droit[178].

Cette présomption d'illicéité est renversée lorsque les éléments objectifs et l'élément subjectif d'un motif justificatif (*infra* 2-3) sont donnés. Le fardeau de la preuve incombe au prévenu, qui toutefois y satisfait déjà en rendant vraisemblable que les conditions de la justification sont remplies[179].

Les principaux motifs justificatifs, alors appelés légaux (*infra* 2), sont prévus par un texte édicté. Il s'agit des actes ordonnés ou autorisés par la loi (cf. art. 14 CP), de la légitime défense (art. 15 CP) et de l'état de nécessité justificative (art. 17 CP).

Dans la mesure où le principe de la légalité pénale (*supra* IV B 1) interdit (notamment) la reconnaissance coutumière *(Nullum crimen sine lege scripta)*

174 ATF 119 II 463.
175 ATF 117 Ib 197.
176 ATF 108 II 64.
177 ATF 133 III 121.
178 Graven (note 110), p. 102.
179 TF 6B_869/2010 c. 4.5 = SJ 2012 I 275.

et la création prétorienne – singulièrement par l'analogie *(Nullum crimen sine lege stricta)* – d'infractions, mais non pas l'exclusion judiciaire de la punissabilité, des motifs justificatifs non formalisés dans un texte édicté et dès lors appelés extra-légaux (*infra* 3) ont parfaitement leur place dans l'ordre juridique.

2. *Les motifs justificatifs légaux*

L'article 14 CP traitant des actes ordonnés ou autorisés par la loi ne fournit pas à proprement parler de motif justificatif, mais se borne à rappeler – inutilement en soi – l'existence de normes qui consacrent une obligation ou un droit de violer la loi pénale. Au gré de la répartition constitutionnelle des tâches[180], ces normes peuvent relever du droit fédéral ou du droit cantonal[181], voire du droit communal moyennant une délégation législative appropriée[182] ; il est indifférent qu'elles appartiennent au droit privé ou au droit public ; peu importe également que leur vocation première ne soit pas de fournir un motif justificatif à une infraction pénale ; à tout le moins en cas de légitimation potentielle d'une restriction grave d'un droit fondamental, elles doivent revêtir l'habillage d'une loi au sens formel (art. 36 al. 1 phr. 2 Cst.)[183]. Ainsi le droit du possesseur d'immeuble de retenir en garantie de l'indemnité due et même d'abattre les animaux causant du dommage sur cet immeuble (art. 57 al. 1 CO) est-il susceptible de justifier une soustraction d'une chose mobilière (art. 110 al. 3bis, art. 141 CP), respectivement un dommage à la propriété (art. 110 al. 3bis, art. 144 al. 1 CP). Ou encore : l'obligation de témoigner imposée par les lois de procédure civile (art. 171 al. 1, art. 172 let. c CPC ; art. 45 al. 2 phr. 2 PCF), pénale (art. 163 al. 2 phr. 1 CPP ; art. 41 al. 2 phr. 1 DPA) ou administrative (art. 15 PA ; art. 34 *in fine* LPA/GE[184] ; etc.) rend licite la diffamation que le déclarant commettrait en déposant conformément à la vérité (art. 173 ch. 1 al. 1 CP). Les exemples pourraient être multipliés à l'infini.

La légitime défense est le droit reconnu à toute personne de repousser d'une manière proportionnée aux circonstances[185] (*i.e.* par un moyen adéquat, nécessaire et engagé de la façon la moins dommageable) une attaque actuelle (*i.e.* imminente ou en cours) et illicite (*i.e.* pénalement, civilement ou administrativement contraire au droit), dirigée contre un bien juridique individuel (*i.e.* la vie, l'intégrité corporelle, le patrimoine, l'honneur, le domaine

180 Art. 3, art. 42-43, art. 54-125 Cst.
181 ATF 94 IV 5 c.1 ; ATF 101 IV 314 c. 3.
182 ATF 108 IV 94 c. 2a.
183 Voir cependant : ATF 94 IV 5 c. 1 ; ATF 100 Ib 13 c. 4c.
184 Recueil systématique de la législation genevoise, sous la cote E 5 10.
185 La formulation française de la disposition, qui fait référence à des « moyens proportionnés aux circonstances », est imprécise.

secret ou privé, la liberté et l'intégrité sexuelle[186], ainsi que les autres droits privés ou publics reconnus à la personne sans bénéficier d'une protection par le droit pénal) lui appartenant (art. 15 phr. 1 CP) ou appartenant à un tiers (art. 15 phr. 2 CP)[187].

L'état de nécessité justificative (art. 17 CP) est le droit reconnu à toute personne de préserver d'un danger actuel (*i.e.* imminent ou durable) et impossible à détourner autrement (*i.e.* par un moyen licite ou moins dommageable) un bien individuel[188] lui appartenant ou appartenant à un tiers, à la condition de sauvegarder de la sorte des intérêts (nettement) prépondérants[189]. Cette dernière exigence requiert une analyse autrement plus fine et nuancée que dans le contexte de la légitime défense car il en va de la justification d'une atteinte portée aux droits d'un « tiers innocent » et non à ceux d'un « injuste agresseur » : alors que la légitime défense représente le triomphe du droit sur la force, l'état de nécessité justificative représente le triomphe, par la force, d'un droit sur un autre droit[190]. Les principaux facteurs présidant à cette pesée des intérêts en présence sont la valeur abstraite des biens juridiques en cause, l'étendue qualitative et quantitative des dommages susceptibles de survenir de part et d'autre, enfin la nature (concrète ou abstraite) et le degré (élevé, moyen ou faible) des risques pesant sur les biens en concurrence.

Outre la réalisation des éléments objectifs propres à chacun des motifs justificatifs précités, l'exclusion de l'illicéité suppose que la conscience et la volonté l'auteur appréhende ces mêmes éléments. Il n'y aura par exemple de justification par l'article 15 CP que si l'intéressé se sait dans une situation de légitime défense et veut se défendre ou défendre le tiers agressé. Les règles gouvernant l'intention (*supra* IV B 3 a), notamment celles relatives à ses différentes formes, s'appliquent ici *mutatis mutandis*.

3. Les motifs justificatifs extra-légaux

Pour les auteurs qui le distinguent de l'accord de l'ayant droit (*supra* IV B 4), le consentement de l'ayant droit est le motif justificatif extra-légal par excellence. Son fondement coutumier est incontesté. Ses conditions d'application ont été détaillées précédemment *(ibidem)*.

---

186 Cf. les intitulés des titres 1 à 5 de la partie spéciale du code pénal, chapeautant les art. 111 à 200 CP.

187 Sur l'ensemble de la question, voir Donatsch / Tag (note 88), p. 224-236 ; Stratenwerth (note 33), § 10 nos 66-83.

188 Cf. *supra* note 186.

189 Sur l'ensemble de la question, voir Donatsch / Tag (note 88), p. 238-248 ; Stratenwerth (note 33), § 10 nos 36-52.

190 Graven (note 110), p. 123.

Lorsque l'accord (ou le consentement) de l'ayant droit est impossible à obtenir à temps, une exclusion de la typicité (ou de l'illicéité) se heurtant alors à l'absence de manifestation extérieure de l'approbation de l'intéressé (*supra* IV B 4), la pratique[191] ouvre la voie à une justification – et à elle seule, les avis sont ici unanimes – par le consentement présumé. Une partie de la doctrine rapproche l'institution de la gestion d'affaires et pose la double exigence d'une intervention conforme « aux intérêts et aux intentions présumables du maître » (art. 419 CO). D'autres auteurs[192] se satisfont du second élément, à juste titre : d'une part, l'ayant droit peut en principe valablement renoncer à un bien juridique dont il est le titulaire et prendre une décision objectivement contraire à ses intérêts ; d'autre part, une volonté déduite des circonstances n'apparaît pas moins respectable qu'une détermination expresse. Afin d'identifier l'intention présumable de l'ayant droit, il s'agira de prendre en considération ses préférences personnelles, ses souhaits, ses besoins et sa propre échelle des valeurs, étant précisé que des conceptions marginales ou même déraisonnables aux yeux d'un tiers observateur moyen doivent être respectées. A défaut d'indices de cet ordre ou en présence de doutes sur la volonté que l'ayant droit aurait exprimée, mais alors seulement, il est légitime de déduire l'intention présumable du « lésé » de son intérêt bien compris.

Le consentement présumé doit être soigneusement distingué du consentement hypothétique de l'ayant droit[193]. En Allemagne, la jurisprudence et une partie (probablement minoritaire) de la doctrine retiennent que le médecin ayant failli à son devoir d'informer complètement son patient verra les voies de fait (art. 126 al. 1 CP) ou les lésions corporelles infligées à ce dernier (art. 122-123 CP) être justifiées s'il est possible d'affirmer que le patient – dont la consultation préalable était parfaitement possible – aurait de toute manière consenti à l'intervention, également s'il avait reçu une information exhaustive. En l'état de la discussion, il convient de se montrer prudent face à un tel mécanisme, qui comporte non seulement le risque de vider de sa substance le droit du patient à l'autodétermination en lui retirant sa protection par le droit pénal[194], mais également celui de légitimer *ex post* somme toute n'importe quelle infraction dirigée contre un bien juridique individuel au motif que l'ayant droit aurait approuvé si l'auteur avait simplement pris la peine de lui demander d'abord son avis ; pareille dérogation à l'exigence

191 Cf. ATF 99 IV 208 c. 3 *in fine* ; ATF 100 IV 155 c. 4 ; ATF 115 IV 26 c. 3b ; ATF 124 IV 258 c. 3.

192 Pour une présentation des enjeux et des positions ici défendues, voir Stratenwerth (note 33), § 10 n[os] 25-31 et les références citées.

193 Voir Eicker Andreas, « Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, Der fehlende Nexus zwischen Aufklärungsmangel und Einwilligungsdefizit als strafrechtsdogmatischer Grund der Rechtfertigung », FP 2014 p. 238-243 ; Eicker Andreas / Fisch Stefanie, « Die hypothetische Einwilligung im Medizinrecht – eine umstrittene und dem Schweizer Strafrecht (noch) fremde Rechtsfigur », Jusletter du 28 avril 2014.

194 Cf. ATF 99 IV 208 c. 3-4 ; ATF 124 IV 258 c. 2.

d'une manifestation préalable et non viciée de la volonté priverait de facto l'accord (ou le consentement) lui-même de tout objet.

Le dernier motif justificatif extra-légal qui mérite d'être mentionné est celui de la sauvegarde d'intérêts légitimes. D'une part, cette dernière est appelée à intervenir comme succédané de la légitime défense (art. 15 CP) ou de l'état de nécessité justificative (art. 17 CP) lorsque le bien juridique attaqué ou menacé d'un danger n'est pas individuel (*supra* 1), mais collectif[195], et permet par exemple de rendre licite l'excès de vitesse (art. 32 al. 2, art. 90 al. 1-2 LCR ; art. 4*a* al. 1 et 5 OCR) commis par un motocycliste pour assurer la sécurité des participants à une course cycliste dont il est l'accompagnateur autorisé[196]. D'autre part, la jurisprudence fédérale n'exclut pas la justification d'infractions commises « simplement » pour sauvegarder des intérêts légitimes, c'est-à-dire hors situations de danger proprement dit, mais se montre alors particulièrement exigeante s'agissant de l'observation des conditions de subsidiarité (absence de moyen pénalement atypique), de nécessité (absence de moyen moins dommageable) et de proportionnalité au sens strict (prépondérance notable de l'intérêt préservé). Ainsi a-t-elle déclaré licite l'usage par un apatride sans papiers d'un passeport étranger falsifié (art. 252, art. 255 CP) afin d'entrer en Suisse et d'y préparer son mariage avec la mère de son enfant en bas âge, les efforts accomplis par l'intéressé pour obtenir les autorisations et documents nécessaires étant restés vains[197]. Inversement, le Tribunal fédéral a par exemple refusé de légitimer des infractions d'enregistrement non autorisé de conversations (art. 179ter al. 1 CP)[198], de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues (art. 179^{quater} al. 1 CP)[199], de publication de débats officiels secrets (art. 293 al. 1 CP)[200] et de violation du secret de fonction (art. 320 ch. 1 al. 1 CP)[201], commises notamment dans le but d'attirer l'attention du public sur des disfonctionnements au sein d'une administration ou d'une entreprise.

195 Cf. ATF 94 IV 68 c. 2 ; ATF 132 IV 29 c. 3.4.3 ; Graven (note 110), p. 160. Méconnu par l'ATF 82 IV 15 c. 3 (justification par la sauvegarde d'intérêts légitimes alors que le danger détourné menaçait le patrimoine du prévenu) et par l'ATF 106 IV 65 c. 4 (justification par l'état de nécessité justificatif alors que le danger détourné menaçait la sécurité du trafic routier).

196 ATF 113 IV 4 c. 3.

197 ATF 117 IV 170 c. 3a-c.

198 TF 6B_225/2008 c. 3 = FP 2009 p. 27. *Contra :* CourEDH, arrêt n° 21830/09 du 24.2.2015 dans la cause Haldimann et autres c/ Suisse, c. 44-68.

199 *Ibidem*.

200 ATF 126 IV 236 c. 4d + 8 ; cf. RAD 2007 V 205 Stoll c/ Suisse c. 101-161.

201 ATF 94 IV 68 c. 2 ; TF 6B_305/2011 c. 4 = FP 2012 p. 66.

VII. Le reproche individuel

A. En droit civil

En droit civil, la faute, entendue comme fondement de la responsabilité civile, se confond entièrement avec le reproche individuel que l'on impute à l'auteur. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre ici ce qui a été développé plus haut en rapport avec les chefs de responsabilité.

Il n'est toutefois pas inintéressant de se pencher brièvement sur quelques théories, développées en jurisprudence, qui ont cherché à imputer une faute, partant à adresser un reproche individuel à l'auteur d'un dommage, dans des hypothèses où la faute, comprise comme un manquement à la diligence due dans les circonstances de l'espèce, faisait en réalité défaut.

Parmi les expédients développés par les tribunaux, l'on peut évoquer le *Gefahrensatz*, soit le principe du danger créé, aux termes duquel celui qui crée ou entretient un état de choses dangereux pour autrui est tenu de prendre les précautions commandées par les circonstances pour garantir les tiers contre la réalisation du danger et la survenance d'un dommage[202].

La doctrine est divisée sur la question de savoir si la violation de ce principe est constitutive d'une faute[203] ou d'un acte illicite[204]. A notre sens, la jurisprudence fédérale récente a tendance à ancrer cette problématique dans la notion de faute ou, du moins, dans un tout que l'illicéité forme avec elle[205].

Dans cette optique, il est à considérer que le fait de créer un état de choses dangereux est constitutif d'une faute sous la forme la plus objectivée qui soit de la négligence. La faute, ici, consiste à prendre un risque sans être capable d'en empêcher les effets dommageables. C'est ainsi que la constatation d'un dommage suffit, comme le critiquait Widmer, à prouver que les mesures suffisantes de précaution n'ont pas été prises, cette omission étant qualifiée de faute[206].

Le *Gefahrensatz* consiste donc dans la violation d'un devoir de diligence que la simple survenance d'un dommage suffit à prouver[207]. Ce principe a été

202 ATF 79 II 66 ; ATF 82 II 25.

203 Notamment Widmer, « Gefahren des Gefahrensatzes », in *RJB* 106/1970, p. 304 s. ; Widmer / Wessner (note 1), p. 102.

204 Notamment Yung (note 76), p. 419 ; Deschenaux / Tercier (note 52), p. 75 s.

205 Schamps (note 79), p. 275 ; ATF 124 II 297.

206 Widmer, « La responsabilité du fait des produits en droit suisse », in *Journée de la Société de législation comparée*, vol. 11, Paris, Société de législation comparée, 1989, p. 605 ss.

207 Tercier, « Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile », in *RDS* 117/1976, p. 14.

invoqué à de très nombreuses reprises pour imputer une responsabilité à la personne ayant contribué à la création ou à l'entretien d'un état de fait dangereux. Sa violation a été retenue pour le fait d'avoir laissé, dans un lieu accessible, des fûts vides d'essence d'où s'échappaient encore des vapeurs toxiques et inflammables[208] ; d'avoir également organisé un match de hockey sans que soient prises les mesures nécessaires à la protection des spectateurs[209] ; d'avoir laissé se former un étang dans lequel des enfants se sont noyés après avoir tenté de récupérer un ballon sur sa surface gelée[210] ; d'avoir, pour des ouvriers, négligé de visser suffisamment les écrous de fixation d'un pylône, de telle sorte qu'un adolescent a pu les desserrer à la main[211] ; d'avoir, pour un exploitant de remontées mécaniques, pris des mesures de précautions insuffisantes à l'égard des usagers[212] ; etc.

Dans toutes les hypothèses citées, dès lors que la faute est confondue avec la condition du préjudice ou du moins que la seconde induit nécessairement la première, l'on aboutit à une responsabilité subjective faisant de fait abstraction de toute comparaison avec la diligence qui aurait dû être adoptée par l'auteur dans les circonstances de l'espèce.

On trouve également, dans la jurisprudence récente rendue en matière de responsabilité médicale, des cas dans lesquels, les concepts de faute et d'illicéité sont totalement confondus, voire fondus dans un concept nouveau, s'éloignant grandement de celui de la faute.

C'est ainsi qu'il a été retenu que « le médecin est tenu de respecter les règles de l'art médical […]. Il doit observer la diligence requise, déterminée selon des critères objectifs. La notion d'illicéité rejoint ici celle de violation du devoir de diligence »[213]. La faute, en matière médicale, consiste donc dans la violation des règles de l'art, sans que la comparaison avec la diligence qui aurait dû être adoptée soit faite.

Plus encore, le Tribunal fédéral considère que le médecin « ne manque à son devoir de diligence que si un diagnostic, une thérapie ou quelque autre acte médical est indéfendable dans l'état de la science »[214].

Le médecin ne répond ainsi plus d'une faute au sens strict, cela même si ce vocable est utilisé comme prétexte dans la majeure du raisonnement, mais d'une erreur qui doit être qualifiée d'indéfendable. Le critère pertinent semble donc ne plus être celui de la faute, voire de l'illicéité, mais celui de

208 ATF 66 II 114.
209 ATF 79 II 66.
210 ATF 93 II 89.
211 ATF 90 II 9.
212 ATF 121 III 258 ; ATF 125 IV 9 ; ATF 126 III 113.
213 ATF 4A_315/2011 du 25 octobre 2011 ; ATF 133 III 121.
214 JdT 1995 I 554.

l'erreur, sans que l'on sache véritablement si elle procède de la faute ou de l'illicéité. Et, en tant qu'elle doit être qualifiée d'indéfendable, il doit nécessairement en être conclu que l'erreur simple, soit la faute même légère dont répond en principe le médecin[215], n'est à elle seule plus suffisante pour fonder son obligation de réparer.

L'on constate en bref que la jurisprudence, quand elle estime que la justice sociale appelle une réparation, s'émancipe largement des conditions classiques de la responsabilité, ou du moins du sens qu'on leur attribue dans la tradition.

B. En droit pénal

1. La culpabilité

De jurisprudence fédérale constante[216], le droit pénal suisse est régi par le principe « Pas de peine sans faute » *(Nulla poena sine culpa)*. Revêtant un rang constitutionnel[217], ce principe énonce que l'auteur d'un agissement typiquement contraire au droit pénal (*supra* IV B) et illicite (*supra* VI B) ne peut être condamné à une peine (*supra* II B 1 a) que si le juge est en mesure de lui reprocher individuellement d'avoir violé sans justification la loi pénale. Dans l'affirmative, l'intéressé satisfait à la troisième condition fondamentale de la punissabilité que constitue la culpabilité[218]. Elle seule permet de légitimer ce qui caractérise le prononcé de toute peine, à savoir la réprobation publique du comportement considéré et la stigmatisation corrélative de son auteur (*supra* II B 1 b).

L'articulation du reproche individuel précité suppose que l'auteur dispose de la double faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte et de se déterminer d'après cette appréciation (art. 11 al. 2 DPMin, qui énonce une règle générale ; cf. art. 19 al. 1 CP e contrario). La conjonction de ces capacités de comprendre et de vouloir fonde l'aptitude à la faute.

Le droit positif ne garantit pas de manière générale l'impunité au délinquant privé de la capacité de comprendre et/ou de celle de vouloir. Il détaille au contraire de façon limitative les situations aux termes desquelles l'auteur est réputé inapte à la faute. Ces situations consacrent autant de motifs dits d'absolution (*infra* 2).

215 ATF 120 Ib 411.
216 Récemment : ATF 136 IV 55 c. 5.5 ; ATF 136 IV 117 c. 4.3.1.
217 Interdiction de l'arbitraire selon l'art. 9 Cst. (ATF 103 Ia 225 c. 3b + 3d).
218 Cf. la seconde partie de la note marginale chapeautant les art. 14-21 CP.

2. *Les motifs d'absolution*

En prévoyant que « la présente loi s'applique à quiconque commet un acte punissable entre 10 et 18 ans », l'article 3 al. 1 DPMin pose la présomption irréfragable qu'un mineur âgé de moins de 10 ans au moment de perpétrer une infraction ne dispose pas de la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte et/ou de celle de se déterminer d'après cette appréciation.

Définie comme la privation de la capacité d'apprécier le caractère illicite de l'acte et/ou de celle de se déterminer d'après cette appréciation en raison d'un « grave trouble mental » (cf. art. 59 al. 1, art. 63 al. 1, art. 64 al. 1 let. b CP), l'irresponsabilité (art. 19 al. 1 CP) marque également l'inaptitude à la faute. Seul le prononcé d'une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 59-61 CP), d'un traitement ambulatoire (art. 63 CP), d'un internement (art. 64 CP), d'une interdiction d'exercer une activité (art. 67-67*a* CP), d'une interdiction géographique (art. 67*b* CP) et d'une interdiction de conduire (art. 67*e* CP) est alors possible (art. 19 al. 3 CP). Demeurent toutefois réservées les hypothèses d'une *actio libera in causa* intentionnelle ou par négligence (art. 19 al. 4 CP) : dans le premier cas, l'auteur crée avec conscience et volonté son irresponsabilité – par exemple en s'enivrant – dans ou avec l'intention de perpétrer dans cet état l'infraction ensuite commise intentionnellement ; dans le second cas, l'auteur crée avec conscience et volonté ou par négligence son irresponsabilité alors qu'il pouvait et devait prévoir l'infraction ensuite commise intentionnellement ou par négligence.

Celui qui, au moment d'agir, ne sait ni ne peut savoir que son comportement viole le droit pris dans sa globalité – compte donc également tenu du droit privé et du droit administratif – succombe à une erreur inévitable sur l'illicéité (art. 21 phr. 1 CP). Privé de la capacité de comprendre, il ne saurait être reconnu coupable de son action typiquement contraire au droit pénal et injustifiée.

Conformément à l'article 16 al. 2 CP, l'auteur qui excède les limites de la légitime défense (cf. *supra* VI B 2) parce qu'il se trouve dans « un état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque » est également réputé ne pas agir de manière coupable[219]. Lui manque ici seulement la faculté de se déterminer d'après ce que lui dictait la capacité d'apprécier le caractère illicite de son acte.

Cette même faculté fait défaut chez l'auteur qu'un excès prive du bénéfice de l'état de nécessité justificative (cf. *supra* VI B 2), mais dont on ne peut

219 Pour une illustration, voir ATF 102 IV 1 c. 3b.

raisonnablement exiger le sacrifice du bien juridique menacé d'un danger (art. 18 al. 2 CP)[220].

VIII. L'omission

A. En droit civil

A dire vrai, la théorie de l'omission est bien plus développée en droit pénal qu'elle ne l'est en droit civil.

L'omission, dans le contexte de la responsabilité civile, peut être traitée selon deux approches différentes, celle de l'illicéité et celle de la causalité.

En matière d'illicéité, l'omission concerne avant tout le principe du danger créé, le *Gefahrensatz*, traité ci-dessus au titre du reproche individuel. Selon ce principe, la personne qui crée un état de fait dangereux doit prendre toutes les mesures aptes à empêcher que le danger ne se réalise. Le *Gefahrensatz* crée donc un devoir d'agir et fonde, à charge de l'auteur, une position de garant. Sa violation sera donc constitutive d'une omission illicite[221]. Celui qui crée un tel état de choses dangereux acquiert donc *de iure* une position de garant qui le contraint à agir, en adoptant les mesures de sécurité s'imposant aux fins d'éviter la survenance d'un dommage.

L'omission touche également à la notion de causalité. Car l'abstention est comprise, de manière normative, comme un acte négatif sans lequel, dans la chaîne causale, l'effet dommageable ne se serait pas produit.

Le droit cherche donc à établir un rapport de causalité entre l'omission et le dommage, en retenant que le préjudice ne se serait pas produit si l'intéressé avait agi conformément à son devoir d'agir[222]. Il s'agira donc d'établir si l'ordre juridique, comme il en va dans le cas du *Gefahrensatz*, impose un devoir d'agir et, dans un second temps, de déterminer si une action, plutôt qu'une abstention, aurait permis d'éviter le dommage constaté[223]. Si cela est admis, l'on retiendra alors un lien de causalité naturelle hypothétique entre l'acte omissif et le dommage[224].

Si l'auteur parvient toutefois à établir que le dommage serait survenu même s'il avait respecté son devoir d'agir, sa responsabilité ne sera alors pas

220 Pour deux illustrations dans le contexte des violences domestiques, voir ATF 75 IV 49 c. A + I.4 ; ATF 122 IV 1 c. 2b.
221 ATF 116 Ia 162.
222 Werro (note 10), p. 65.
223 Deschenaux / Tercier (note 52), p. 38.
224 Müller (note 3), p. 71.

retenue[225]. Il aura en effet fait la preuve de l'absence de lien causal entre son abstention et le dommage.

B. En droit pénal

1. L'omission proprement dite

En marge des bien plus nombreuses infractions de commission punissant l'accomplissement d'une action contraire à un devoir de s'abstenir, la partie spéciale du code pénal et le droit pénal accessoire (*supra* III B 1) réprime l'adoption de certains comportements passifs, soit autant d'abstentions contraires à un devoir d'agir. Les dispositions correspondantes donnent naissance à des infractions d'omission proprement dite. Ainsi la loi sanctionne-t-elle par exemple l'omission de prêter secours à une personne blessée par l'auteur (art. 128 al. 1 hypo. 1 CP) ou se trouvant en danger de mort imminent (art. 128 al. 1 hypo. 2 CP), celle de fournir les aliments ou les subsides dus en vertu du droit de la famille (art. 217 al. 1 CP) ou encore celle de se conformer à une décision de l'autorité (art. 292 CP). Parfois, une même disposition sanctionne à la fois l'action et l'abstention : l'exposition peut résulter du placement d'une personne hors d'état de se protéger elle-même face à un danger pour la vie ou la santé comme de l'abandon de la victime en un tel danger (art. 127 CP) ; il y a violation de domicile non seulement lorsque l'auteur pénètre contre la volonté de l'ayant droit dans une maison, une habitation, etc., mais aussi s'il y demeure au mépris de l'injonction d'en sortir ; l'enlèvement de mineur est consommé par la soustraction et par le refus de remettre (*recte* la non-remise) ce dernier au détenteur du droit de déterminer le lieu de résidence (art. 220 CP).

Sous l'angle des éléments objectifs de la typicité (cf. *supra* IV B 2), les infractions d'omission proprement dite ne présentent en définitive que deux particularités. D'une part, une abstention ne peut être retenue que si l'auteur avait la capacité individuelle d'accomplir l'action attendue de lui dans les circonstances d'espèce : un tétraplégique n'omet pas de porter secours à une personne qui se noie dans une piscine (cf. art. 128 al. 1 hypo. 2 CP, qui mentionne d'ailleurs expressément la raisonnable exigibilité d'un comportement actif) s'il ne saute pas à l'eau, mais bien s'il renonce à appeler à l'aide un tiers passant à proximité. D'autre part, le rapport de causalité caractérisant une infraction matérielle ne saurait être naturel (*supra* V B 1), mais seulement hypothétique, car rien ne découle du néant *(Nihil ex nihilo)* : pour établir son « existence », il

[225] C'est ce que la jurisprudence appelle le « comportement de substitution licite » ; voir ATF 131 III 115.

s'agira d'ajouter mentalement l'action attendue de l'auteur passif et d'examiner la conséquence : si l'on peut affirmer avec une vraisemblance confinant à la certitude ou du moins un haut degré de vraisemblance que le résultat ne se serait alors pas produit, l'abstention est hypothétiquement causale[226].

2. *L'omission improprement dite*

L'infraction d'omission improprement dite ne se retrouve en tant que telle ni dans la partie spéciale du code pénal ni dans le droit pénal accessoire (*supra* III B 1). Elle résulte d'une construction juridique consistant à « greffer » l'article 11 CP sur une infraction de commission, cette dernière étant alors convertie en une infraction de commission par omission (art. 11 al. 1 CP). Le mécanisme permet d'étendre la punissabilité d'une action à celle d'une abstention axiologiquement équivalente : la mère qui laisse délibérément son enfant en bas âge se noyer dans la baignoire (art. 11, art. 111 CP) ne mérite pas, du moins sur le terrain de la typicité (pour la fixation de la peine, cf. art. 11 al. 4 CP), d'être traitée autrement que la mère qui noie délibérément son enfant en bas âge dans la baignoire en lui enfonçant la tête sous l'eau (art. 111 CP).

Outre les spécificités inhérentes à la notion d'abstention et au rapport de causalité hypothétique, précédemment mentionnées (*supra* 1) et qui valent ici de la même manière, l'infraction d'omission improprement dite présente la particularité – essentielle – de ne pouvoir être perpétrée par quiconque : seul un garant en est l'auteur possible. L'infraction de commission par omission constitue dès lors une infraction propre (*supra* IV B 2). Occupe une position de garant celui qui est tenu par une obligation juridique particulière d'agir.

L'obligation d'agir doit d'abord être juridique, un devoir simplement moral ne suffisant pas[227]. Sans être exhaustif (« notamment »), le code énumère ses sources principales. La loi (art. 11 al. 2 let. a CP) fait par exemple obligation aux conjoints de se prêter mutuellement assistance (art. 159 al. 3 CC), aux père et mère de donner à leur enfant mineur soins, éducation et protection dans le développement corporel, intellectuel et moral (art. 301 al. 1, art. 302 al. 1 CC) ou encore au détenteur d'un animal de l'empêcher de causer du dommage à autrui (art. 56 al. 1 CO). Le contrat (art. 11 al. 2 let. b CP), singulièrement celui de travail (art. 319 ss CO) et de mandat (art. 394 ss CO), peut également fonder un devoir d'agir. Une communauté de risque est librement consentie (art. 11 al. 2 let. c CP) lorsque deux personnes au moins, disposant généralement

226 Cf. (*ad* infraction d'omission improprement dite ; *infra* 2) ATF 116 IV 182 c. 4a ; ATF 117 IV 130 c. 2a ; ATF 134 IV 255 c. 4.4.1.

227 ATF 118 IV 309 c. 1d *in fine*.

d'aptitudes similaires, entreprennent ensemble une activité périlleuse, chacun comptant sur le secours du ou des autres si un danger devait survenir ; deux alpinistes expérimentés escaladant une paroi forment une telle communauté, mais non pas deux naufragés se retrouvant par hasard dans le même canot de sauvetage. Selon la jurisprudence fédérale[228], la création d'un risque (art. 11 al. 2 let. d CP) engendre un devoir d'agir si elle contrevient à un devoir de prudence (cf. art. 12 al. 3 CP ; *supra* V B 2 a) et n'est pas couverte par la légitime défense (art. 15 CP ; *supra* VI B 2), alors qu'une justification par l'état de nécessité justificative laisse subsister l'obligation d'agir : l'automobiliste observant scrupuleusement toutes les règles de la circulation n'est pas garant de la vie du piéton qui se blesse lourdement en se jetant sous les roues du véhicule ; la femme qui blesse gravement (art. 122 al. 1 CP) l'homme s'apprêtant à la violer (cf. art. 190 al. 1 CP) n'est pas davantage garante de la vie de son agresseur (art. 15 phr. 1 CP) ; inversement, l'automobiliste inattentif qui fauche un piéton et le blesse grièvement (art. 125 al. 2 CP) est garant de la vie de ce dernier et répondra donc d'un meurtre commis par omission (art. 11, art. 111 CP) s'il laisse intentionnellement la victime mourir. Au rang des sources innommées d'un devoir d'agir, on trouvera notamment l'étroite communauté de vie qui unit des concubins ou encore la maîtrise effective sur des choses potentiellement dangereuses.

L'obligation d'agir doit ensuite être particulière. Un devoir général incombant à tout un chacun, comme celui de secourir une personne en danger de mort imminent (art. 128 al. 1 hypo. 2 CP) ou celui de venir en aide à un accidenté de la route (art. 51, art. 92 LCR ; art. 54-56 OCR), ne suffit pas. L'individu demeurant passif en violation d'une obligation juridique d'agir n'est un garant que s'il assume une responsabilité accrue ; alors seulement l'intéressé « encourt le même reproche que s'il avait commis [l']infraction par un comportement actif » (art. 11 al. 3 CP). Cette responsabilité accrue peut être de deux ordres[229], qui ne s'excluent d'ailleurs pas : protéger un ou plusieurs biens juridiques déterminés contre des dangers provenant de sources indéterminées, d'une part, surveiller une ou plusieurs sources déterminées de danger pour des biens juridiques indéterminés, d'autre part.

Parmi les garants dits de protection, on mentionnera par exemple le conjoint s'agissant de la vie de son partenaire[230] (du moins tant que dure la communauté conjugale), l'employé qui n'intervient pas après avoir constaté que, dans son secteur de compétence, un subordonné accomplit des actes préjudiciables aux intérêts patrimoniaux de l'entreprise qui les emploie[231] ou

228 ATF 134 IV 255 c. 4.2.2.
229 ATF 113 IV 68 c. 5b ; ATF 120 IV 98 c. 2c ; ATF 134 IV 255 c. 4.2.1 ; ATF 136 IV 188 c. 6.2.
230 ATF 83 IV 9 c. 1.
231 ATF 113 IV 68 c. 5b-7.

encore le fonctionnaire de police qui omet de faire suivre une plainte pénale à l'autorité judiciaire compétente[232]. Le statut considéré manquera en revanche à l'employé précité si les agissements tus sont le fait d'une personne placée à un rang hiérarchique similaire au sien ou d'un tiers opérant dans une autre division de l'entreprise[233], ainsi qu'au témoin qui refuse de révéler l'identité de l'auteur d'une infraction[234].

Au rang des garants dits de surveillance, on trouvera notamment l'automobiliste susmentionné qui fauche un piéton et le chef d'entreprise qui laisse ses subordonnés commettre des infractions au sein de la firme dont il exerce effectivement la direction[235]. La qualité requise sera en revanche déniée au conjoint qui n'empêche pas son partenaire de commettre une infraction ou au propriétaire d'immeuble qui procède de même avec les habitants de son bien[236].

Relèvent notamment des deux catégories les parents d'un enfant mineur, qu'ils doivent protéger pour éviter qu'il ne soit lésé dans ses biens juridiques[237] et surveiller pour éviter qu'il ne lèse les biens juridiques d'autrui[238].

IX. La pluralité de responsables

A. En droit civil

En cas de responsabilité plurale, soit lorsque plusieurs personnes sont appelées à répondre du même préjudice, qu'elles aient agi communément ou contribué à la réalisation du dommage par des causes distinctes, le droit suisse a fait le choix de la solidarité[239].

C'est ainsi que l'on a expressément renoncé, dans le cadre des rapports externes, soit les rapports entre la victime et les responsables, tant à offrir au lésé la possibilité de cumuler ses prétentions, ce qui conduirait à son enrichissement, qu'à lui imposer de rechercher chacun des coresponsables à raison de la part du préjudice qu'il a contribué à causer[240].

---

232 ATF 109 IV 46 c. 3.
233 ATF 113 IV 68 c. 5b-7.
234 ATF 106 IV 76.
235 ATF 96 IV 155 c. II 4a ; ATF 105 IV 172 c. 4a-d.
236 ATF 79 IV 145.
237 ATF 106 IV 76.
238 ATF 79 IV 145.
239 ATF 89 II 122 ; ATF 93 II 133.
240 Müller (note 3), p. 259.

Le système de la solidarité passive permet à la victime d'exiger de tous les débiteurs, ou de l'un d'entre eux, l'exécution intégrale de l'obligation et, partant, la réparation complète du dommage subi (art. 144 al. 1 CO). Le système légal est donc le suivant : simplifier l'action de la victime en lui offrant la possibilité de s'adresser au(x) débiteur(s) solidaire(s) le(s) plus solvable(s) tout en l'empêchant d'obtenir une indemnité supérieure au montant de son dommage. Du côté de la victime, il semble juste qu'elle n'ait pas à subir un quelconque désavantage pouvant découler de la division de ses prétentions contre les responsables pluraux[241]. Chacun de ces derniers peut par ailleurs être recherché pour le tout, selon un principe découlant de la théorie de la causalité adéquate, dès lors qu'une cause même partielle du dommage est juridiquement considérée comme adéquatement causale de tout le dommage[242].

Le Tribunal fédéral, cela malgré les critiques dont cette théorie est l'objet depuis quelques décennies[243], distingue entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite[244]. La première n'est possible que si elle est expressément prévue par la loi (art. 143 al. 2 CO). Sinon, la responsabilité est soumise aux règles de la solidarité imparfaite. Cette distinction a des effets importants, notamment sur la question de la prescription : l'article 136 al. 1 CO précise en effet que l'interruption de la prescription contre l'un des codébiteurs solidaires vaut également à l'égard des autres. Cette solution n'est toutefois retenue que dans le cadre de la solidarité parfaite[245]. En présence d'une solidarité imparfaite, la victime doit donc interrompre la prescription contre chacun des codébiteurs, par des actes séparés.

1. La solidarité parfaite

La solidarité parfaite est consacrée, dans le domaine de la responsabilité fondée sur une faute, à l'article 50 al. 1 CO. Pour qu'une solidarité soit retenue, la jurisprudence exige, en sus de la commission d'un acte illicite et de la réalisation d'un dommage, la présence de deux conditions, soit une cause commune et une faute commune[246].

La cause commune est retenue lorsque les auteurs pluraux ont œuvré ensemble, entièrement ou partiellement, à causer le dommage dont la victime entend solliciter la réparation. C'est ainsi que l'article 50 al. 1 CO exige que

241 Widmer / Wessner (note 1), p. 165.
242 Widmer / Wessner (note 1), p. 165.
243 Deschenaux / Tercier (note 52), p. 279 ; Corboz Bernard, *La distinction entre la solidarité parfaite et imparfaite*, Thèse, Genève 1974, p. 103 ss.
244 ATF 133 III 6.
245 ATF 133 III 6.
246 ATF 115 II 42.

les auteurs aient « causé ensemble » le préjudice, que leur contribution soit matérielle ou psychologique, ce qui permet également de considérer comme responsables les instigateurs ou les complices[247]. L'instigateur est la personne qui aura, de manière causale, incité un tiers à adopter un comportement dommageable et illicite[248]. Alors que le complice est celui qui aura, par ses actes, favorisé le résultat préjudiciable[249].

Pour retenir une faute commune, il faudra que chacun des coresponsables puisse se voir reprocher, dans le cadre de la commission de l'acte illicite, un manquement à la diligence due, ce qui présuppose qu'il dispose de la capacité de discernement[250].

Dans la solidarité parfaite, au niveau des rapports externes toujours, chacun des coresponsables pourra faire valoir les exceptions qui leur sont communes, comme la prescription, le consentement de la victime ou sa faute concomitante[251]. Chacun pourra également faire valoir les exceptions qui lui sont personnelles, comme une remise de dette ou la compensation.

Une fois admise une responsabilité de l'un des débiteurs pluraux, se pose alors la question, au niveau des rapports internes, de la prise en charge, dans le cadre d'un recours, du dommage par ses codébiteurs (art. 148 al. 2 CO). C'est au Tribunal qu'il revient de déterminer les quotes-parts dont ils devront répondre (art. 50 al. 2 CO), ce qui permettra de définir l'étendue du droit de recours des uns contre les autres, notamment en fonction de la gravité de la faute de chacun des protagonistes. A noter bien sûr qu'il n'y a pas de solidarité au niveau interne et que l'action récursoire devra donc être intentée contre tous les coresponsables, chacun à raison de la quote-part qu'il doit supporter.

2. *La solidarité imparfaite*

La solidarité imparfaite, au sens de l'article 51 al. 1 CO, est celle qui naît lorsque le même dommage résulte de causes différentes, soit un acte illicite, un contrat ou la loi. L'article 51 al. 2 CO précise que le dommage est supporté en premier lieu par celui qui a commis un acte illicite et, en dernier lieu, par celui qui, même sans faute de sa part, répond en vertu de la loi, donc en vertu d'une responsabilité objective.

L'article 51 énonce donc l'ordre des recours au niveau interne et ne dit rien des rapports externes entre les différentes personnes responsables et la

247 Voir ATF 104 II 184.
248 ATF 129 III 588.
249 ATF 71 II 107.
250 Müller (note 3), p. 266.
251 ATF 111 II 89.

victime. Mais l'existence d'un droit de recours présuppose nécessairement celle d'un concours d'action qui n'est pas mentionné par la loi[252]. Ainsi, comme il en va en cas de solidarité parfaite, le lésé peut, à son choix, faire valoir son préjudice auprès de l'un de ses codébiteurs seulement, ou agir à l'encontre de tous.

Au niveau interne, l'ordre des recours est imposé par la loi. Mais le Tribunal demeure libre de déterminer si cet ordre des recours est adéquat compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'équité, et ainsi de déroger à la règle posée par l'article 51 al. 2 CO[253]. A noter que l'article 51 al. 2 CO est une disposition un peu datée et que l'ordre des recours devrait être largement remanié pour tenir compte de la place qu'ont acquises les responsabilités objectives dans le contexte de la responsabilité civile[254].

B. En droit pénal

1. La participation principale et accessoire à l'infraction intentionnelle

L'intervention de plus d'un protagoniste dans la perpétration d'une infraction intentionnelle fait l'objet d'une réglementation différenciée, qui oppose la participation principale à la participation accessoire. La première, à laquelle le code pénal ne consacre aucune disposition générale parce qu'une interprétation extensive des termes « celui qui » ou « quiconque » figurant généralement en tête des incriminations de la partie spéciale suffit à l'appréhender, recouvre les institutions de l'activité médiate et de la coactivité. La seconde, qui regroupe l'instigation (art. 24 CP) et la complicité (art. 25 CP), connaît en revanche une codification, indispensable pour sanctionner des contributions plus marginales à l'infraction considérée. La participation principale est caractérisée par l'existence d'une maîtrise des opérations *(Tatherrschaft)* qui manque au participant accessoire.

L'activité médiate[255] met en scène deux personnes, l'auteur médiat et son instrument humain, celui-ci commettant l'infraction voulue par celui-là sous l'emprise d'une manipulation. La maîtrise des opérations qu'exerce l'auteur médiat sur l'instrument humain peut être volitive, cognitive ou combiner ces

252 Werro (note 11), p. 455.
253 ATF 115 II 24.
254 Widmer / Wessner (note 1), p. 172.
255 Sur l'ensemble de la question, voir Sträuli Bernhard, in : Robert Roth / Laurent Moreillon (éd.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Bâle 2009, Intro aux art. 24 à 27 CP, nos 32-75.

deux facteurs. Il y a maîtrise volitive des opérations lorsque l'auteur médiat engage la contrainte psychique (art. 181 CP) envers son instrument humain – alors justifié par l'état de nécessité justificative (art. 17 CP ; *supra* VI B 2) ou du moins absout par l'excès absolutoire de nécessité justificative (art. 18 al. 2 CP ; *supra* VII B 2) – pour l'amener à violer la loi pénale, par exemple si A menace B de la défigurer d'un coup de rasoir (cf. art. 122 al. 2 *in fine* CP) si elle refuse d'injurier Z par téléphone (art. 177 al. 1 CP, couvert par l'art. 17 CP en ce qui concerne B) ou d'éborgner Y avec un poinçon (art. 122 al. 2 hypo. 3 CP, couvert par l'art. 18 al. 2 CP en ce qui concerne B). Une maîtrise cognitive des opérations est donnée lorsque l'auteur médiat suscite une erreur ou exploite une erreur préexistante dans l'esprit de l'instrument humain, cette erreur pouvant porter sur les éléments objectifs de la typicité (*supra* IV B 2) et exclure l'intention (art. 13 al. 1 CP ; cf. *supra* IV B 3 a) ou alors sur l'illicéité et exclure la culpabilité (art. 21 phr. 1 CP ; *supra* VII B 2), par exemple si C invite D à viser la tête de X et appuyer sur la détente en lui faisant croire que son pistolet n'est pas chargé (meurtre selon l'art. 111 CP s'agissant de C ; cas échéant, homicide par négligence selon l'art. 117 CP s'agissant de D), respectivement si le restaurateur E pousse son apprenti F à refuser de servir un client de couleur en lui faisant croire qu'un tel comportement n'est pas constitutif de discrimination raciale (art. 261bis al. 5 CP, dont E sera reconnu coupable, mais dont F sera absous). Dans la configuration d'une maîtrise cognitive et/ou volitive des opérations, l'auteur médiat utilise un instrument humain irresponsable parce qu'âgé de moins de 10 ans (art. 3 al. 1 DPMin) ou affecté d'un grave trouble mental (art. 19 al. 1 CP), tous deux étant privés de la faculté d'apprécier le caractère illicite de leur acte et/ou de celle de se déterminer d'après cette appréciation (*supra* VII B 2), par exemple si G ordonne à son fils H de 8 ans ou au malade mental J de crever les pneus de la voiture de W (dommage à la propriété selon l'art. 144 al. 1 CP, dont G sera reconnu coupable, mais dont H et J seront absous). On relèvera encore que l'activité médiate peut également consister dans la manipulation de l'instrument à son propre préjudice, notamment si C précité amène D précité à se tirer une balle dans la tête (et accomplir en ce qui le concerne un acte atypique puisque le suicide est pénalement indifférent).

La coactivité[256] est la transposition dans le domaine de la délinquance d'un principe cardinal de la vie économique (licite), celui de la maximisation du rendement par une saine division du travail. Parce qu'il fournit une contribution essentielle à la perpétration de l'infraction convenue, chaque coauteur exerce une maîtrise fonctionnelle des opérations. Cette dernière est présente à l'évidence lorsque les comparses accomplissent chacun l'une des

256 Sur l'ensemble de la question, voir Stratenwerth (note 255), Intro aux art. 24 à 27 CP, n^{os} 81-109.

actions incriminées par la norme pénale : si A s'empare du portefeuille de Z (et commet de la sorte un vol en soustrayant une chose mobilière appartenant à autrui, au sens de l'art. 139 ch. 1 CP) pendant que B tient la victime en respect au moyen d'un revolver factice (et menace de la sorte une personne d'un danger imminent pour la vie ou l'intégrité corporelle), ils sont les coauteurs d'un brigandage (art. 140 ch. 1 al. 1 CP). La coactivité peut cependant aussi résider dans la fourniture d'une autre contribution essentielle, par exemple si C dépose D devant la bijouterie qu'ils ont décidé de dévaliser, attend au volant pendant que D neutralise la vendeuse et empoche le contenu des vitrines d'exposition, puis démarre en trombe une fois son acolyte remonté à bord du véhicule ; si C est l'auteur (direct) du brigandage parce qu'il réalise tous les éléments objectifs et subjectifs de la typicité (art. 140 ch. 1 al. 1 CP ; *supra* IV B 2, 3 a), D en est le coauteur car sa prestation, au gré d'une appréciation *ex ante*, s'avère déterminante pour la réussite de l'entreprise.

Aux termes de l'article 24 al. 1 CP, l'instigation[257] est définie comme le fait de décider intentionnellement autrui à commettre (intentionnellement) un crime (art. 10 al. 2 CP), un délit (art. 10 al. 3 CP) ou (art. 104 CP) une contravention (art. 103 CP). Les moyens engagés pour déterminer l'auteur (direct) sont en principe indifférents et s'entendent notamment de la contrainte, d'un ordre, d'une sommation, d'une invitation, d'une prière ou d'une simple demande[258]. Il n'est pas nécessaire que l'instigateur vainque une résistance chez l'instigué ; l'idée de l'infraction peut d'ailleurs provenir de celui-ci, auquel celui-là donnera ensuite son « feu vert »[259]. L'instigation est réputée consommée dès l'instant où l'auteur direct a au moins commencé l'exécution de l'infraction considérée, au sens de l'article 22 al. 1 CP sur la tentative (condition dite d'accessoriété réelle), sans pouvoir bénéficier d'un motif justificatif (condition dite d'accessoriété limitée ; cf. *supra* VI B 2-3) ; à défaut, il n'y aura au mieux qu'une tentative d'instigation, punissable exclusivement si elle se rapporte à un crime (art. 24 al. 2 CP).

La complicité (art. 25 CP)[260], qui permet d'appréhender des contributions insuffisamment essentielles pour relever de la coactivité, réside dans le fait de prêter intentionnellement assistance à la perpétration (intentionnelle) d'un crime (art. 10 al. 2 CP), d'un délit (art. 10 al. 3 CP) ou d'une contravention (art. 103 CP) ; dans ce dernier cas, toutefois, la loi doit prévoir expressément la punissabilité (art. 105 al. 2 CP ; cf. art. 150bis al. 2, art. 293 al. 2, art. 329 ch. 1 CP ; art. 98*a* al. 1 let. b LCR). L'assistance prêtée peut être physique ou psychique :

257 Sur l'ensemble de la question, voir Sträuli (note 255), Art. 24 n^{os} 1-40.

258 Cf. ATF 127 IV 122 c. 2b/aa, en partie désavoué par CourEDH, arrêt n° 77551/01 du 25.4.2006 dans la cause Dammann c/ Suisse, c. 49-58.

259 ATF 116 IV 1 c. 3c-d.

260 Sur l'ensemble de la question, voir Sträuli (note 255), Art. 25 n^{os} 1-37.

dans la première configuration, elle prendra par exemple la forme de la remise à l'auteur direct de l'instrument de la commission de son infraction[261] ; dans la seconde, le complice devra faire davantage qu'approuver le projet de l'auteur direct et notamment entretenir ou fortifier la résolution délictueuse de celui-ci[262]. Les exigences précitées d'accessoriété réelle et d'accessoriété limitée valent également pour la complicité, étant précisé que la tentative de complicité est en toute hypothèse impunissable.

2. *La « participation » à l'infraction de négligence*

Propre au système de répression des infractions intentionnelles commises par plus d'un protagoniste (*supra* 1), la distinction entre la participation principale et la participation accessoire n'existe pas dans le contexte des infractions de négligence. Ces dernières ne connaissent qu'un unique sujet potentiel, l'auteur direct, c'est-à-dire très généralement le « celui qui » mentionné en tête des incriminations prévoyant – en principe expressément (*supra* IV B 3 b) – la punissabilité d'un comportement non intentionnel. Ce choix législatif pourrait laisser redouter des lacunes dans la répression des agissements imprévoyants. En réalité, cette crainte est très largement désamorcée par le fait que les infractions de négligence les plus courantes (homicide par négligence, art. 117 CP ; lésion corporelle par négligence, art. 125 CP ; incendie par négligence, art. 222 CP ; violation par négligence des règles de l'art de construire, art. 229 al. 2 CP ; entrave par négligence à la circulation publique, art. 237 ch. 2 CP ; etc.) sont façonnées en infractions matérielles pures : exemptes de toute « typicisation » de l'action ou de l'abstention à l'origine du résultat incriminé, elles ont précisément pour vocation d'appréhender un nombre indéterminé de manières de causer ledit résultat, les seules limites assignées à l'entreprise étant celles qui découlent des principes gouvernant l'imputation objective (*supra* V B 2).

Loin d'être exceptionnelle, l'existence d'une pluralité de causes posées par autant d'agents différents – conformément au concept de la causalité induite (*supra* V B 1) – dans la survenance d'un même résultat constitue bien davantage la règle. Le principal défi auquel est ici confrontée la jurisprudence est celui de la délimitation des sphères de responsabilité de chacun. Concrètement, il s'agit d'affiner la notion de création ou d'augmentation prohibée d'un risque de survenance du résultat (*supra* V B 2 a) en distinguant deux types opposés d'interaction entre les protagonistes susceptibles d'encourir une sanction pénale.

---

261 ATF 104 IV 156 c. 3.

262 ATF 70 IV 12 c. 3 ; ATF 79 IV 145.

Lorsque les contributions naturellement (action ; *supra* V B 1) ou hypothétiquement (abstention ; *supra* VIII B 1-2) causales se trouvent sur le même plan hiérarchique, soit en cas de division dite « horizontale » du travail, le juge appliquera le principe de la confiance. Emprunté au droit de la circulation (art. 26 LCR) mais revêtant une portée générale, ce dernier énonce que tout membre d'une communauté (usagers de la route, équipe chirurgicale, etc.) est en droit de considérer que ses « partenaires » se comporteront conformément aux règles de la prudence, sauf indice contraire reconnu ou reconnaissable[263]. Le principe de la confiance demeure toutefois inapplicable dans l'hypothèse d'une juxtaposition de plusieurs systèmes de sécurité, destinée à garantir qu'une carence de l'un sera corrigée par l'intervention de l'autre[264].

Lorsque les contributions naturellement ou hypothétiquement causales se trouvent sur des plans hiérarchiques différents, soit en cas de division dite « verticale » du travail, le juge devra examiner si l'agent occupant la position dominante a correctement choisi son subordonné *(cura in eligendo)*, l'a correctement formé *(cura in instruendo)* et l'a enfin correctement surveillé *(cura in custodiendo)*. Préalablement, le juge se sera assuré que la délégation considérée de responsabilité ne contrevient pas en elle-même déjà aux canons de la prudence.

X. Conclusion

L'examen « en miroir » des conditions générales de la responsabilité civile et de la punissabilité a permis d'identifier de nombreuses similitudes dans le traitement juridique par le droit privé et le droit pénal du tort (compris dans son acception la plus large) fait à autrui. Au-delà de certaines fluctuations terminologiques, la notion de causalité est très largement commune aux deux domaines ; abstraction faite des détails au niveau de leur mise en œuvre concrète, les motifs justificatifs reconnus de part et d'autre reposent sur des concepts semblables. Ces points de convergence sont les garants de l'unité de l'ordre juridique. Mais il existe aussi d'importantes différences. Ces dernières reflètent les buts diamétralement opposés que poursuivent prioritairement le droit privé et le droit pénal : la réparation du préjudice pour le premier, la rétribution et la prévention pour le second. La définition de l'imprévoyance est significative à cet égard : fortement objectivisée d'un côté, nettement individualisée de l'autre. Loin de mettre en péril l'unité de l'ordre juridique, ces points de divergence soulignent la nécessité d'une approche

263 ATF 118 IV 277 c. 4a ; ATF 120 IV 252 c. 2d/aa-bb ; ATF 120 IV 300 c. 3d/bb.
264 ATF 120 IV 300 c. 3d/bb.

interdisciplinaire de la compensation des illégalismes. Notre code de procédure pénale fournit à cet égard un terrain privilégié dans la mesure où il mentionne expressément le lésé individuel parmi les (autres) participants à la procédure (art. 105 al. 2 let. a CPP), permet à l'intéressé de se constituer partie plaignante (art. 118 al. 1 CPP), l'autorise à exercer l'action civile devant les autorités pénales en prenant des conclusions en réparation du préjudice subi (art. 122 al. 1 CPP), charge pendant la procédure préliminaire déjà le ministère public d'administrer les preuves nécessaires au jugement des prétentions civiles (art. 313 al. 1 CPP) et impose enfin de manière étendue au juge du fond de statuer sur ces dernières (art. 126 CPP).

La responsabilité civile de l'entreprise

Benoît Chappuis*

En collaboration avec Maxence Guinand, avocat

Table des matières

I. Le but poursuivi par la responsabilité civile 74

II. La notion d'entreprise et sa prise en compte par le droit civil 75

III. Les principes fondamentaux de la responsabilité 76
- A. Rappel du principe de la responsabilité individuelle 76
- B. La responsabilité de l'entreprise selon la forme juridique adoptée 77
  - 1. La raison individuelle 77
  - 2. La société simple 78
  - 3. Les sociétés de personnes 79
  - 4. Les personnes morales 81
    - a) Le principe de l'art. 55 al. 2 CC 81
    - b) Le maintien de la responsabilité des personnes physiques 82
- C. La responsabilité découlant du fait de tiers : l'art. 55 CO 82
  - 1. L'art. 55 CO en tant que sanction du défaut de diligence de l'employeur 82
  - 2. Le défaut d'organisation de l'entreprise en tant que source de responsabilité 83
  - 3. L'application de l'art. 55 CO au sein de la personne morale 84
  - 4. La question de la responsabilité au sein d'un groupe de sociétés 86
    - a) Le principe 86
    - b) L'organe de fait 86
    - c) Théorie du double organe 87
    - d) La responsabilité fondée sur la confiance 87
    - e) La théorie de la société simple 88
    - f) Absence de développements législatifs 89

IV. Le rôle de la faute 90
- A. Le principe de la responsabilité pour faute 90
- B. Le développement des responsabilités causales 91

V. Les liens entre le droit pénal et le droit civil en matière de responsabilité de l'entreprise 93
- A. L'illicéité du comportement de l'entreprise 93
- B. La question de la prescription 96

VI. Conclusion 97

Bibliographie 99

* Avocat et professeur aux Facultés de droit des Universités de Genève et de Fribourg.

I. Le but poursuivi par la responsabilité civile

Pour examiner la responsabilité civile de l'entreprise, il est bon de rappeler en quelques mots le but poursuivi par l'institution de cette responsabilité, afin de percevoir les enjeux qu'elle représente pour l'entreprise et le public.

Il est de jurisprudence constante, approuvée par une doctrine quasi unanime[1], que le but de la responsabilité civile est essentiellement réparateur ; il n'est en tout cas pas punitif et qu'indirectement préventif. L'avant-projet de modification de la RC (abandonné) n'avait pas remis en cause ce principe fondamental du droit suisse[2].

Il faut garder à l'esprit qu'en droit suisse le dommage est impérativement économique. En l'absence d'une atteinte patrimoniale, il ne saurait être question d'un dommage réparable[3]. Seul le tort moral représente une brèche dans ce système, puisque la victime reçoit une indemnisation financière, en l'absence d'une diminution de son patrimoine. C'est là une différence fondamentale avec le droit pénal qui entre en œuvre, même en l'absence d'une lésion (cf. la contribution d'Ursula Cassani, p. 104, dans le présent recueil). Ainsi, alors que la tentative pénale est punissable, la tentative civile, qui ne provoquerait aucune atteinte chez la personne visée, restera sans conséquence en termes de responsabilité.

A cela s'ajoute que le montant du dommage subi par la victime trace la frontière supérieure de la réparation que le lésé peut exiger de celui qui l'a provoqué[4], de sorte que le lésant ne peut être amené à prester plus qu'il n'a causé de dommage[5]. En d'autres termes, l'indemnisation ne doit pas provoquer l'enrichissement de la victime[6], l'interdiction de la surindemnisation étant tenue par le Tribunal fédéral comme « un principe cardinal du droit de la responsabilité civile »[7]. Le fait que la fonction essentielle du droit de la responsabilité civile suisse soit celle de la réparation du dommage et non de sanction du responsable[8] interdit en droit suisse des dommages-intérêts comparables aux *punitive damages* du droit américain[9].

Cela dit, le fait de se savoir tenu pour responsable des dommages que l'on cause a indéniablement un effet préventif. Il n'est guère douteux que nombre

1 Werro, Responsabilité civile, N 6-7 ; Widmer / Wessner, p. 19-20.
2 Widmer / Wessner, p. 19-20.
3 Sur cette question, Chappuis, Dommages irréparables, N 49 ss et références citées.
4 Engel, p. 503 ; Guhl / Koller / Schnyder / Druey, N 395.
5 Guhl / Koller / Schnyder / Druey, § 10, N 14 ; Oftinger / Stark I, § 7 N 1.
6 ATF 131 III 360 consid. 6.1 ; ATF 131 III 12 consid. 7.1 = SJ 2005 I 113 ; Keller II, p. 27 ; Rey, N 13 ; Roberto, N 23.04.
7 ATF 129 III 135 consid. 2.2 *in fine* ; cf. également ATF 132 III 321 consid. 2.2.1.
8 Werro, Responsabilité civile, N 5 ; Rey, N 17.
9 Roberto, N 24.

de comportements potentiellement dommageables ne sont pas adoptés par des personnes du fait qu'elles savent pouvoir en être tenues responsables civilement. Nombre d'entreprises prennent ainsi des mesures de prudence, aussi bien destinées à limiter leurs responsabilité et, partant, à diminuer le coût des assurances, qu'à éviter des atteintes à leur image.

Le fait qu'une entreprise puisse être tenue pour responsable des dommages engendrés par son activité a donc inévitablement pour corollaire une limitation des risques de survenance de dommages causés à des tiers. C'est dans ce contexte qu'il faut maintenant examiner si l'entreprise fait l'objet d'une responsabilité qui lui serait propre, différente de celle qui règle les comportements des particuliers.

II. La notion d'entreprise et sa prise en compte par le droit civil

Le premier constat à faire est que l'entreprise n'est pas un concept juridique au sens strict en droit civil. Cette dernière n'est qu'une réalité factuelle et économique. Le CC[10] et le CO[11] n'y font pratiquement pas référence ni n'y attachent des conséquences juridiques particulières, en tout cas en termes de responsabilité. Le dictionnaire, quant à lui, la définit comme « une organisation autonome de production de biens ou de services marchands »[12]. On peut également prendre en considération la définition donnée à l'art. 2 let. b Ordonnance sur le registre du commerce (ORC)[13] selon laquelle une entreprise est « une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier ». Si l'élément de durée n'est pas une caractéristique de l'entreprise, le fait que cette dernière ait un certain nombre d'activités économiques récurrentes de même nature, propres à engendrer un revenu, en est une[14].

Lorsqu'on traite de la responsabilité civile de l'entreprise, on doit en premier lieu prendre en considération la forme juridique de cette dernière, qui peut être la raison individuelle, la société simple, la société de personnes ou encore la personne morale (société anonyme, société à responsabilité limitée, coopérative) et se demander si cette forme emporte des conséquences en termes de responsabilité.

10 RS 210.
11 RS 220.
12 Dictionnaire Le Petit Robert.
13 RS 221.411.
14 CR CO II-Vulliety, art. 552 N 67.

Il est intéressant de relever que, dans la responsabilité contractuelle – non traitée ici –, la question de l'entreprise ne se pose pas non plus. Ou plutôt, la question se résout d'elle-même, en raison du mécanisme contractuel. Lorsque c'est une entreprise qui est contractante, c'est elle qui, par définition, est la débitrice de la prestation promise et non les tiers auxquels elle recourt – notamment ses employés – pour exécuter cette dernière. Il en résulte que c'est l'entreprise qui répond du dommage causé par l'inexécution totale ou partielle de ce qui était dû aux termes du contrat. La question de la responsabilité de l'entreprise est donc consubstantielle à la responsabilité contractuelle de sorte qu'elle pose des questions moins complexes que la responsabilité extracontractuelle qui, elle, résulte de la violation de devoirs généraux imposés par l'ordre juridique[15].

III. Les principes fondamentaux de la responsabilité

A. Rappel du principe de la responsabilité individuelle

Le système mis en place dans la loi suisse est en priorité celui de la responsabilité individuelle ; c'est ce qu'énonce l'art. 41 al. 1 CO qui dispose que « celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Chacun répond donc de ce qu'il fait et, en principe, n'a pas à supporter les conséquences dommageables des erreurs des autres.

Si l'application de ce principe est relativement aisée lorsque l'on a à faire à une personne individuelle ou encore à plusieurs personnes agissant en dehors de toute structure juridique préexistante, il en va différemment dès lors que l'on est en présence de personnes liées les unes aux autres par des liens contractuels ou sociaux. Ces derniers exercent une influence déterminante sur la façon dont les effets des actes de l'un se répercutent ou non sur ses cocontractants ou associés.

Il en va également autrement lorsque c'est la loi elle-même qui met à charge d'un individu les conséquences dommageables des actes d'un tiers (art. 333 CC, art. 55 CO, etc.).

15 Cf. cependant Donatiello, *passim*, pour une présentation complète de la délégation de l'organisation de l'exécution des obligations contractuelles.

B. La responsabilité de l'entreprise selon la forme juridique adoptée

Si l'entreprise est pratiquement inconnue du droit civil (*supra* II) en tant que notion propre, il n'en est pas moins vrai que, pour exister, elle doit inexorablement revêtir l'une des différentes formes juridiques prévues par la loi. La forme adoptée par le ou les entrepreneur(s) aura des conséquences variées, parfois essentielles, sur le régime de responsabilité qui leur sera applicable.

1. La raison individuelle

La forme la plus simple de l'entreprise est celle de la raison individuelle. C'est la forme de l'entreprise qui est exploitée par une personne seule, aux besoins avec l'aide d'auxiliaires, mais sans associés ou partenaires. Dans ce cas, l'entreprise ne revêt pas à proprement parler une forme juridique spécifique, puisqu'il n'est pas de dispositions légales régissant la création et le statut d'une raison individuelle. Tout au plus, lorsque cette dernière est inscrite au registre du commerce[16], doit-elle respecter un certain nombre des règles concernant tant sa raison sociale (art. 945 CO) que la tenue de sa comptabilité (art. 957 al. 1 ch. 1 CO). Ces normes sont cependant sans incidence sur la responsabilité civile.

En application des art. 41 et 55 CO, le titulaire d'une raison individuelle, qui a commis un acte dommageable dans l'activité de cette dernière, en répond personnellement. Cette disposition ne fait en effet aucune distinction entre les activités privées et les activités professionnelles de l'auteur. En présence d'une raison individuelle, parler de responsabilité de l'entreprise est donc presque vide de sens ; l'auteur est tenu pour responsable, quel que soit le contexte dans lequel il a agi.

Il est cependant important de garder à l'esprit que le caractère professionnel de l'activité de l'auteur d'un dommage, en opposition à son activité privée, n'est pas sans conséquence dans des domaines proches de la responsabilité civile. Premièrement, si la profession est soumise à surveillance administrative (avocats, médecins, etc.), les normes régissant son exercice (art. 12 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA)[17] ; art. 40 Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd) peuvent constituer des normes protectrices fondant l'illicéité du comportement. La distinction entre ce qui est privé et

16 Elle doit le faire lorsque son chiffre d'affaires annuel brut est supérieur à CHF 100 000.– (art. 36 ORC). Cf. Chaudet / Cherpillod / Landrove, N 81.

17 RS 935.61.

professionnel n'est pas aisée à tracer ; à cet égard le Tribunal fédéral a une vision extensive du caractère professionnel, de sorte qu'il considère qu'un avocat faisant usage de son papier à lettre professionnel, dans une affaire par essence privée (des rapports de voisinage dans une copropriété où il habite), agit à titre professionnel[18]. Deuxièmement, cette distinction est déterminante pour savoir si l'auteur est assuré pour le dommage qu'il doit réparer ; les conditions et l'étendue des prestations de l'assurance ne seront en effet pas forcément les mêmes selon que l'on a à faire à une couverture privée ou professionnelle.

2. *La société simple*

Lorsque plusieurs personnes entendent exploiter ensemble une entreprise, elles peuvent se lier par un simple contrat ; elles forment alors une société simple[19]. Cette dernière, contrairement à ce que pourrait faire penser le texte de l'art. 530 CO, n'est en effet pas une société mais bien un contrat. La systématique de la loi est claire à cet égard puisque la société simple figure dans la deuxième partie du CO, dédiée aux diverses espèces de contrats, et non dans la troisième qui est consacrée aux sociétés commerciales. Le contrat peut être passé par actes concluants, voire même à l'insu des associés qui n'ont pas forcément conscience de s'être liés les uns aux autres pour atteindre un but commun[20].

Le caractère purement contractuel des liens existants entre les associés d'une société simple a une influence sur le régime de la responsabilité.

La loi ne traite cependant pas de la responsabilité des associés. Seul l'art. 544 al. 3 CO mentionne que les associés répondent solidairement des dettes de la société simple[21]. Au nombre de ces dernières, il faut compter celles qui résultent des responsabilités objectives assumées par l'ensemble des associés dans l'exercice de la société simple[22], notamment la responsabi-

18 TF, 2C_257/2010. En l'espèce, la violation de l'art. 12 let. a LLCA (devoir de diligence de l'avocat) n'a pas eu de conséquences sur la question de l'illicéité, cette dernière étant de toute manière donnée en raison du fait que l'avocat avait violé l'art. 28 CC. Il pourrait cependant être des cas dans lesquels c'est la violation de la règle de comportement professionnel qui constituerait seule le fondement de l'illicéité du professionnel.

19 L'entreprise en la forme commerciale est la caractéristique de la société en nom collectif. Il s'ensuit que la question est discutée de savoir si elle peut également être assumée par une société simple. Sur cette question, Vonzun, N 561 ss et 569 ss.

20 CR CO II-Chaix, art. 530 N 3. *Contra* Vonzun, N 498, pour qui la société simple est plus qu'un simple contrat.

21 Le régime de la solidarité des associés est peu exploré par la jurisprudence et la doctrine, en particulier sur le plan des rapports internes. Il est renvoyé, pour une analyse de cette question à Werro, Mélanges Stoffel, *passim*.

22 CR CO II-Vulliety, art. 544 N 11.

lité de l'employeur instituée par l'art. 55 CO (*infra* III.C : On trouvera là la base de ce que l'on pourrait considérer être de la responsabilité d'une entreprise, telle que la constitue la société simple).

En dehors des dettes de la société simple et dans la mesure où il n'existe pas une personne juridique indépendante de celles des associés, ce sont les règles ordinaires de la responsabilité au sens de l'art. 41 CO qui s'appliquent. Il n'y a pas de régime particulier pour la responsabilité extracontractuelle au sein de la société simple ; cette dernière ne peut pas être poursuivie en tant que telle[23]. Ainsi, un associé ne répondra d'un dommage causé à un tiers sur la base de l'art. 41 CO pour autant qu'il ait lui-même commis fautivement un acte illicite[24] ou, à tout le moins, qu'il ait participé à cet acte en tant qu'instigateur ou de complice (art. 50 al. 1 CO)[25]. Autrement dit, les associés d'une société simple ne répondent pas des actes illicites commis par l'un d'entre eux, sauf s'ils y ont eux-mêmes participé, sous une forme ou sous une autre.

Il faut cependant garder à l'esprit un élément important découlant de la jurisprudence et susceptible de modifier la qualification juridique de l'organisation mise en place par les associés. Lorsque la société simple a une activité commerciale, il est en effet un risque non négligeable qu'elle soit considérée comme une société en nom collectif, dans la mesure où elle répond à toutes les conditions de l'art. 552 CO. Cela est en particulier le cas lorsque les questions d'organisation et de rentabilité prédominent sur les rapports personnels et que les associés se présentent aux tiers en faisant usage d'une raison sociale[26]. Si l'inscription au registre du commerce est certes obligatoire (art. 552 al. 2 CO), elle n'est cependant pas constitutive de sorte que la société en nom collectif a une existence juridique même en l'absence d'inscription[27]. Les associés, qui ont manifesté la volonté de créer une société simple, sont ainsi exposés à voir leur structure requalifiée juridiquement, avec des conséquences importantes sur leur responsabilité, ainsi qu'on va le voir au chapitre suivant.

3. Les sociétés de personnes

Lorsque les personnes qui exercent en commun une industrie ou toute autre activité commerciale le font sous une raison sociale, elles peuvent former une société en nom collectif au sens de l'art. 552 CO. Cela est vrai pour les

23 Chaudet / Cherpillod / Landrove, N 92.
24 CR CO II-Vulliety, art. 544 N 13.
25 Pour une présentation de la question de la responsabilité extracontractuelle au sein de la société simple, Vonzun, N 26.
26 ATF 124 III 363, c. 2a = JdT 1999 I 402.
27 ATF 124 III 363, c. 2a = JdT 1999 I 402.

professions libérales « lorsque leur but économique prédomine sur les rapports personnels avec la clientèle, en ce sens qu'une rentabilité maximale est recherchée, qu'une attention particulière est apportée aux questions d'organisation, aux problèmes de financement, à une publicité efficace, etc. »[28]. Une telle qualification juridique peut être retenue même si les associés n'avaient ni la volonté ni la conscience de former une société en nom collectif, cela afin de protéger la confiance que les tiers accordent à l'apparence juridique[29].

Les sociétés de personnes du CO, en particulier la société en nom collectif, sont définies par le texte légal comme des « sociétés de personnes qui exploitent une entreprise »[30]. Il s'agit de sociétés commerciales qui ne constituent pas des personnes morales[31], même si, aux yeux de la majorité de la doctrine, elles jouissent d'une quasi-personnalité morale[32].

Il résulte de cette structure juridique que ce sont les associés de la société en nom collectif qui assument la responsabilité des actes de cette dernière, selon le modèle de la solidarité (art. 568 et 569 CO)[33] : les associés acquièrent des droits et s'engagent par les actes d'un associé gérant effectués au nom de la société. Il suffit que l'intention d'agir pour la société résulte des circonstances (art. 567 al. 1 et 2 CO).

Contrairement à ce qui prévaut dans la société simple, « la société répond du dommage résultant des actes illicites commis par un associé dans la gestion des affaires sociales » (art. 567 al. 2 CO). Si la responsabilité personnelle de ce dernier est certes engagée selon l'art. 41 CO, celle de la société l'est également, mettant de la sorte en jeu le patrimoine social.

A cela s'ajoute que les associés ont une responsabilité subsidiaire à celle de la société, en ce sens qu'ils peuvent être personnellement recherchés si cette dernière fait défaut[34]. Ainsi, si les actifs sociaux sont insuffisants pour faire face aux dettes sociales, les associés en répondent sur l'ensemble de leurs biens (art. 568 al. 1 CO).

Les associés sont ainsi exposés à une responsabilité potentiellement importante puisqu'ils sont engagés par les actes illicites commis par l'un des

---

28 ATF 124 III 363, c. 2b = JdT 1999 I 402. Ce principe posé pour une étude d'avocats a été confirmé pour les bureaux d'architecte dans l'ATF 130 III 707, c. 4.2. Pour une lecture critique, Vonzun, N 602 ss.

29 ATF 124 III 363, c. 2a. Sur cette question, Chappuis, Profession d'avocat II, p. 32 ss. Pour une critique de la jurisprudence, CR CO II-Vulliety, art. 552 N 32a.

30 CR CO II-Vulliety, art. 552 N 2.

31 ATF 116 II 651, consid. 2dd.

32 CR CO II-Vulliety, art. 552 N 4. Certains auteurs, tout en relevant que la société en nom collectif ne constitue pas une personne morale, relèvent qu'elle constitue un sujet de droit doté d'une capacité juridique (Vonzun, N 480 : « Ein rechtsfähiges Rechtssubjekt, aber keine juristische Person »).

33 CR CO II-Recordon, art. 568-569 N 4.

34 CR CO II-Recordon, art. 568-569 N 12 ss.

leurs, même sans faute personnelle de leur part. Le risque est d'autant plus grand que, si l'acte illicite consiste en un acte juridique exécuté au nom de la société, l'associé doit avoir eu le pouvoir de la représenter, il n'est en revanche pas nécessaire que l'associé ait eu un tel pouvoir, lorsque l'acte dommageable est un simple fait[35]. Il suffit qu'il ait agi dans le cadre de la gestion de la société en nom collectif. Un acte illicite – par exemple une infraction pénale – de l'un des associés, commis dans le cadre de la gestion de la société, engage ainsi la responsabilité civile personnelle de tous les associés.

4. Les personnes morales

La dernière façon dont on peut exercer une activité commerciale, artisanale ou industrielle consiste à créer une personne morale qui acquiert la personnalité juridique ; il s'agit donc d'une personne indépendante de celle de ses fondateurs. De cette dissociation va naître un régime particulier de responsabilité mettant en première ligne celle de la personne juridique ainsi créée. La loi règle la façon dont la personne morale agit et s'exprime, en disposant qu'elle le fait par le biais de ses organes (art. 55 al. 1 CC).

a) Le principe de l'art. 55 al. 2 CC

En vertu de l'art. 55 al. 2 CC, la personne morale est directement et personnellement responsable des actes illicites commis par ceux qui forment sa volonté, ses organes. Par ce mécanisme, on n'attribue pas à la personne morale la responsabilité d'actes de tiers[36], mais on considère les actes de ces derniers comme étant ceux de la société.

Cette dernière est ainsi responsable directement du dommage causé[37]. L'art. 55 al. 2 CC doit donc être compris comme une norme d'imputation[38] et il n'y a pas de place pour une preuve libératoire de la personne morale[39]. Cette dernière ne peut ainsi pas soutenir, pour échapper à sa responsabilité, que son organisation et son système de surveillance auraient en principe été suffisants pour prévenir des actes dommageables des organes.

En d'autres termes, lorsque la personne morale agit par l'intermédiaire de ses organes, elle est réputée agir elle-même ; elle encourt en conséquence en première ligne une responsabilité personnelle, individuelle, au même titre qu'une personne physique le fait pour ses propres actes.

---

35 ATF 66 II 249, c. 3 = JdT 1941 I 38 ; CR CO II-Recordon, art. 567 N 10 ; BSK OR II-Pestalozzi / Hettich, N 20-22.

36 Roberto / Petrin, p.74.

37 ATF 122 III 225, consid. 4a = JdT 1997 I 195.

38 CR CC I-Xoudis, art. 54/55 N 16.

39 Roberto / Petrin, p. 73 ; Donatiello, N 1111.

b) Le maintien de la responsabilité des personnes physiques

La particularité de la personne morale réside dans les deux caractéristiques qui ont été mises en lumière dans les paragraphes précédents : elle est une personne distincte de ses fondateurs et de ses dirigeants d'une part et, par le biais d'une fiction juridique, elle est réputée agir elle-même lorsque ce sont ses organes qui le font, d'autre part.

De cette dualité juridique naît une double responsabilité : celle de la personne morale, telle qu'elle vient d'être décrite, n'a pas pour effet de rendre irresponsables les personnes qui ont exprimé la volonté sociale. Ces dernières restent ainsi personnellement responsables de leurs propres actes dommageables, ce que l'art. 55 al. 3 CC indique expressément. Cette double responsabilité découlant d'une faute commune – la faute personnelle de l'organe qui est imputée à la personne morale –, il en résulte une solidarité parfaite entre les deux responsables[40].

C. La responsabilité découlant du fait de tiers : l'art. 55 CO

Dans de nombreuses situations, une entreprise, indépendamment de la forme juridique adoptée, doit recourir à des tiers pour mener à bien son activité. Ce recours à l'activité de tierces personnes a une influence sur la responsabilité civile de l'entreprise et peut être une source de responsabilité au sens de l'art. 55 CO selon des modalités qu'il convient d'examiner maintenant.

1. L'art. 55 CO en tant que sanction du défaut de diligence de l'employeur

Le CO a, depuis son origine, institué une responsabilité aquilienne de l'employeur pour les actes de ses employés (art. 55 CO). L'acte de l'employé ne doit pas nécessairement être fautif, mais il doit être illicite selon la définition donnée à ce concept à l'art. 41 al. 1 CO[41].

Ce sont des motifs d'équité qui ont présidé à l'adoption d'une telle responsabilité, l'employeur aggravant d'une part les risques en confiant des tâches à des tiers et tirant d'autre part des profits de l'activité de ces derniers[42]. Héritage des modifications sociales de la fin du XIX^e^ siècle, cette disposition

40 CR CC I-Xoudis, art. 55 N 70.
41 CR CO I-Werro, art. 55 N 12 ; Roberto / Petrin, p. 76.
42 Werro, Responsabilité civile, N 454 ; Honsell, § 13 N 1 ; Müller, Responsabilité civile, N 266.

constitue la prise en compte juridique du développement de la société industrielle et de celui du partage du travail. Nous le verrons, cet outil juridique a perdu en importance au cours du XX^e^, au gré de la promulgation de nouvelles sources de responsabilité objective[43].

L'art. 55 CO est parfois décrit comme une véritable responsabilité causale[44] ; cette conception est cependant inexacte[45]. Il est en effet important de garder à l'esprit que l'art. 55 CO n'est pas un cas de responsabilité pour le fait d'autrui[46], contrairement à ce qui est souvent considéré[47]. Certes, c'est l'acte – ou omission – de l'employé qui déclenche la responsabilité de l'employeur. C'est cependant le comportement propre de ce dernier qui est pris en considération pour le rendre responsable. La source de sa responsabilité réside dans son propre manque de diligence (présumé[48])[49]. Ceci se déduit sans ambiguïté du texte même de la loi qui ménage à l'employeur une preuve libératoire s'il établit avoir usé de la diligence nécessaire :

– dans le choix de l'employé ;
– dans les instructions qu'il lui a données ;
– dans la surveillance.

Même si cette preuve est difficile à apporter, il n'en reste pas moins que son existence démontre que c'est le comportement propre de l'employeur qui fonde sa responsabilité.

2. *Le défaut d'organisation de l'entreprise en tant que source de responsabilité*

Jurisprudence et doctrine ont englobé dans ces trois devoirs, la diligence dont doit faire preuve l'employeur dans la mise à disposition d'instruments et de matériaux appropriés d'une part, et dans l'organisation de l'entreprise, d'autre part[50].

Il résulte de cette interprétation de l'art. 55 CO une jurisprudence sévère ; le Tribunal fédéral a rapidement placé haut la barre des exigences imposées à l'entreprise. Cette dernière doit notamment disposer d'une organisation rationnelle propre à empêcher la survenance d'événements dommageables.

---

43 CR CO I-Werro, art. 55 N 3.
44 Honsell, § 13 N 4.
45 Dans ce sens, Honsell, § 13 N 4 ; Roberto, N 8.02.
46 ATF 122 III 225, consid. 5 = JdT 1997 I 195 ; Roberto / Petrin, p. 76.
47 Par exemple Müller, Responsabilité civile, N 265.
48 CR CO I-Werro, art. 55 N 17.
49 Etier, p. 42.
50 Werro, Responsabilité civile, N 491-492.

Dans le cadre de la fabrication, par une entreprise, de produits pouvant être dangereux pour la vie ou l'intégrité corporelle, le Tribunal fédéral a même reconnu une responsabilité de l'employeur sans que ce dernier ne puisse réellement apporter une preuve libératoire. En effet, dans un tel cas, l'entreprise doit non seulement être organisée de façon rationnelle, mais également organiser un contrôle final des produits. Si un tel contrôle final est impossible, le producteur doit choisir un autre mode de fabrication[51]. La jurisprudence et la doctrine ont ainsi précisé qu'une entreprise doit non seulement veiller à la bonne construction et fabrication du produit mais doit également correctement instruire et surveiller ses employés[52].

Prenant en compte la fréquente impossibilité pour la victime de prouver la faute de l'employé, il lui suffit de démontrer le résultat auquel est parvenue l'activité de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire d'identifier l'auteur du comportement dommageable ni sa faute[53].

Il n'en reste cependant pas moins qu'une preuve libératoire existe et qu'elle permet à l'entreprise d'échapper à une responsabilité envers la victime, ce qui est parfois critiqué[54]. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion de préciser ce point de façon expresse, en relevant que sa jurisprudence stricte avait trait à des produits susceptibles de mettre en danger la vie ou l'intégrité corporelle et dont le mode de fabrication ne permettait pas un contrôle final. Elle n'avait en revanche nullement pour effet de supprimer purement et simplement, de surcroît de manière générale pour tous les types de mises en danger, la preuve libératoire prévue à l'art. 55 CO. Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral a d'ailleurs reconnu que l'entreprise – qui avait livré une mangeoire à animaux ayant mortellement blessé une pouliche – avait apporté la preuve libératoire de sa diligence[55].

3. L'application de l'art. 55 CO au sein de la personne morale

La personne morale offre un système particulier de responsabilité qui est celui de la dualité, la responsabilité de la personne morale et celle de l'organe selon l'art. 41 CO coexistant (art. 55 al. 2 et 3 CC ; *supra* III.B.4.a) et III.B.4.b)).

En revanche, la responsabilité de la personne morale pour ses travailleurs et autres auxiliaires ne présente pas, en tant que telle, de spécificités

51 ATF 110 II 456 = JdT 1985 I 378.

52 TF, 4C.307/2005 ; Rey, N 951. Cf. Werro Responsabilité civile, N 525 ss, sur le rapport entre l'art. 55 CO et LRFP.

53 Etier, p. 43.

54 Werro, Responsabilité civile, N 494. Cf. cependant, N 470.

55 TF, 4C.307/2005.

qui la distingueraient de celle des autres formes d'entreprise exposées aux chapitres précédents. La société répond, en vertu de l'art. 55 CO, de sa faute propre pour son manque de diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de ses auxiliaires.

Cela dit, il est un élément qui joue un rôle important dans le fonctionnement d'une personne morale, en particulier si cette dernière est de grande taille, celui de l'organisation rationnelle de l'entreprise qui constitue une extension jurisprudentielle des devoirs de diligence de l'employeur[56].

La loi fixe des principes d'organisation dont les personnes morales doivent impérativement disposer (art. 698 ss CO pour la société anonyme, art. 804 ss CO pour la société à responsabilité limitée, art. 879 ss CO pour la société coopérative). Si ces principes ne sont pas respectés et qu'ils ont conduit à un dysfonctionnement dommageable pour un tiers, la société ne pourra prétendre être organisée de façon rationnelle. Elle sera non seulement responsable des actes commis par ses organes, mais également de ceux de ses auxiliaires qui résulteraient de cette organisation insuffisante.

Ainsi, pour la société anonyme, les art. 620 ss CO disposent quelles sont les structures dont la société doit se doter. L'art. 716a CO énumère les obligations inaliénables du conseil d'administration. Cette norme a pour objet l'organisation interne de la société, mais peut, si elle n'est pas respectée, constituer une source de responsabilité à l'égard des tiers en cas de faillite[57].

Une délégation de la gestion peut être opérée aux conditions de l'art. 716b CO, à savoir l'existence d'un règlement d'organisation conforme à une clause statutaire. En outre, la personne morale doit disposer de statuts voire d'un règlement d'organisation au respect duquel les organes doivent veiller (art. 716b CO pour la société anonyme, art. 810 al. 2 ch. 4 et 814 CO pour la société à responsabilité limitée, art. 902 al. 2 ch. 2 CO pour la société coopérative, art. 3 al. 2 let. a Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB)[58] pour les banques). Si les statuts ou le règlement sont contraires à des dispositions légales impératives, inadaptés aux besoins de l'entreprise ou non respectés dans les faits, l'organisation de l'entreprise est défectueuse. Cette situation est propre à engager la responsabilité de la personne morale, s'il en résulte des actes dommageables provoqués par des auxiliaires.

56 ATF 128 III 390.
57 Roberto / Petrin, p. 70.
58 RS 952.0.

4. *La question de la responsabilité au sein d'un groupe de sociétés*

Une entreprise ne travaille pas toujours de façon indépendante. Il arrive fréquemment qu'elle fasse partie d'un groupe de sociétés. Le mode de direction et l'interdépendance entre les diverses sociétés membres du groupe varient à tel point en pratique qu'il serait vain de tenter d'en décrire ici les caractéristiques essentielles.

Dans les limites de la présente contribution, il faut prendre en considération que ces regroupements de personnes morales ont fait naître des réflexions sur les responsabilités qui pouvaient en découler : les liens qui unissent ces entités, l'emprise de certaines sur d'autres, ou encore l'apparence créée par ces liens aux yeux des tiers sont autant de sujets qui doivent retenir l'attention lorsqu'on étudie la responsabilité de l'entreprise. L'ampleur du sujet et l'importance des controverses qu'il a suscitées empêchent que l'on entre ici dans sa présentation complète et dans une analyse détaillée. On se contentera donc de mentionner les théories en présence et les enjeux en résultant en termes de responsabilité.

a) Le principe

Il est deux principes fondamentaux qui gouvernent la responsabilité civile et qui doivent guider la réflexion, lorsque l'on aborde la question de la responsabilité au sein d'un groupe de sociétés :

– Chacun répond de ses propres actes et ne répond qu'exceptionnellement de ceux d'un tiers, lorsque la loi en dispose ainsi :
– La notion de « groupe » n'existe pas en droit civil suisse, sinon en relation avec la révision des comptes pour laquelle la loi pose des conditions particulières (notamment les art. 727 ss CO).

La conséquence qui découle de ces principes, en tout cas dans un premier temps, est que l'existence d'un groupe de sociétés ne modifie pas le régime de responsabilité des sociétés qui le composent : chaque personne morale – et ses organes avec elle – répond de ses actes illicites et de ceux de ses employés, selon le mécanisme décrit dans les paragraphes qui précèdent. Elle n'assume pas de responsabilité pour les sociétés qui font partie du même groupe.

Ce principe ne va cependant pas sans connaître des exceptions.

b) L'organe de fait

La première exception est celle de l'organe de fait. Revêt une telle qualité notamment « celui qui, sans en porter le titre, exerce effectivement la fonction de l'organe, à l'instar de l'actionnaire unique d'une société anonyme qui

dirige lui-même sa société ; on parle alors d'un organe de fait »[59]. Cette qualité peut être reconnue à une personne morale à des conditions qui sont encore disputées[60].

Le Tribunal fédéral, sans trancher véritablement la question, a exposé la position de la doctrine dominante selon laquelle une société *holding* peut engager sa responsabilité lorsqu'elle intervient dans l'administration des sociétés qu'elle contrôle[61]. Le Tribunal fédéral précise cependant que le contrôle va généralement de haut en bas et non de bas en haut, de sorte qu'une responsabilité de la *holding* pour ses filiales est envisageable alors que le contraire est plus difficilement imaginable.

Ces considérations impliquent que les sociétés d'un groupe ne sont pas, du seul fait de leur appartenance à ce dernier, responsables des actes des autres. Une responsabilité ne peut se concevoir que lorsqu'une d'entre-elles apparaît, dans les faits, comme administratrice d'une autre[62].

c) Théorie du double organe

La théorie dite du double organe s'applique lorsqu'une personne physique est à la fois l'organe d'une société filiale et de la mère. Il est délégué par la seconde au sein de la première. Contrairement à la théorie de l'organe de fait – où l'on tient la mère pour responsable en sa qualité d'organe de la fille –, on retient dans la théorie du double organe que la mère répond des actes commis au sein de la fille par son organe qui la représente conformément à l'art. 707 al. 3 CO. Il n'y a ainsi pas, à proprement parler une responsabilité de groupe, mais celle d'une société déterminée qui assume les conséquences des actes de l'organe au sein d'une autre.

d) La responsabilité fondée sur la confiance

En 1994, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt qui a fait date, celui par lequel il a tenu la société Swissair pour responsable des actes d'une de ses filiales qui, par le biais de sa publicité, avait mis en avant son appartenance au groupe Swissair. Ce procédé avait fait naître des attentes légitimes chez les personnes amenées à traiter avec la filiale quant à l'implication du groupe dans l'opération faisant l'objet de la promotion. Ces attentes ayant été déçues d'une manière contraire aux règles la bonne foi, le tiers lésé put en rendre

59 TF, 4A_544/2008, consid. 2.3 ; ATF 117 II 570, consid. 3.

60 Sur cette question, CF CO II-Peter / Cavadini, art. 707 N 26.

61 ATF 117 II 570, consid. 4a = JdT 1991 I 80.

62 Pour une description des conditions dans lesquelles une personne morale peut être considérée comme un organe de fait d'une autre, ATF 136 III 14, consid. 2.4 *in fine*.

responsable la personne qui les avaient créées, à savoir la maison mère du groupe[63]. Cet arrêt a été rapidement été suivi par quelques autres[64] qui en confirmèrent le principe fondamental.

Soit relevé que ce que d'aucuns craignaient – un changement fondamental apporté par voie prétorienne dans le régime de responsabilité institué par la loi – n'est pas survenu ; le Tribunal fédéral a en effet fait une application très restrictive des conditions qu'il avait lui-même posées, de sorte que les décisions tenant pour responsable une personne sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance sont rares[65].

L'utilité, voire la pertinence de cette solution jurisprudentielle a été largement discutée en doctrine, notamment en raison du fait que, dans le domaine du droit des sociétés, elle se superposerait à d'autres concepts, tel celui du *Durchgriff* ou encore celui de la société simple qui existerait entre les sociétés du groupe, susceptibles de créer une responsabilité découlant de l'apparence créée[66].

e) La théorie de la société simple

L'idée – convaincante – a été élaborée par le professeur Peter qu'un groupe de sociétés constituerait une société simple, à tout le moins dans certaines circonstances[67]. Il en résulterait des conséquences importantes en matière de responsabilité, les sociétés du groupe étant liées, selon la règle de la solidarité, par les actes des sociétés qui les aurait représentées auprès de tiers.

L'effet le plus important surviendrait en cas de faillite de certains membres du groupe, en particulier de celui qui serait l'auteur de l'acte dommageable. Cette conception a été vivement critiquée par le professeur von Büren, notamment en raison des effets qu'elle induirait[68]. Le débat ne s'est pas interrompu là, puisque le professeur Peter a dupliqué quelques années après, en réfutant les arguments qui lui avaient été opposés[69]. Cet auteur remarque notamment que si le Tribunal fédéral a nié, dans un cas concret, que le groupe défendeur constituât une société simple[70], il a néanmoins admis qu'une telle construction juridique pourrait être retenue.

---

63 Pour une présentation de la problématique de l'arrêt Swissair, Chappuis C., Responsabilité fondée sur la confiance, *passim* ; Peter, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 53-55.

64 Pour une présentation de ces décisions, Peter, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 55-57.

65 CR CC I-Chappuis C., art. 2 N 59.

66 Sur cette question, Peter, Responsabilité fondée sur la confiance, p. 65 ss.

67 Peter / Birchler, *passim*.

68 Büren Roland von / Huber Michael, *passim*.

69 Peter / Cavadini-Birchler, *passim*. Cf. également, Peter, Mélanges Stoffel, *passim*.

70 ATF 124 III 297 = SJ 1998 460.

Quelle que soit la solution qui serait apportée à cette question controversée, elle serait cependant sans incidence sur la question de la responsabilité extracontractuelle des membres de la société simple. On a en effet vu que, contrairement à ce qui prévaut dans la société en nom collectif (*supra* III.B.3), les parties à une société simple ne répondent que des actes qu'on peut leur imputer personnellement.

f) Absence de développements législatifs

Fort de l'enseignement de l'arrêt Swissair et des travaux du professeur Peter, le conseiller national Luc Recordon a déposé, le 21 juin 2007, une motion visant à la création d'un droit suisse des groupes de sociétés commerciales. Cette motion a été classée, le Conseil fédéral en ayant proposé le rejet le 12 septembre 2007[71]. Se fondant sur l'analyse des législations de la majorité des Etats européens, dépourvues à l'exception de l'Allemagne de réglementation générale des groupes de sociétés, le Conseil fédéral en a conclu que des interventions ponctuelles étaient suffisantes, la jurisprudence ayant pour le surplus apporté les correctifs nécessaires aux abus qui pouvaient être constatés.

En novembre 2014, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de modernisation du droit de la société anonyme qui ne contient que quelques références à la notion de groupe, ayant trait à l'augmentation du capital conditionnel, aux actions propres au sein du groupe et au versement des indemnités d'administrateur et de membres de la direction au sein du groupe. Il n'y a en revanche nulle trace d'une quelconque élaboration d'un droit des groupes de société qui viendrait modifier la structure actuelle du droit de la société anonyme. Il est ainsi clair que le droit suisse ne va pas prochainement évoluer sur ce point et que les considérations faites dans les pages qui précèdent ne vont pas être remises en cause par une évolution législative.

En conclusion, le phénomène de groupe de sociétés n'a pas induit un régime spécifique de responsabilité civile de l'entreprise, destiné à prendre en prendre en compte les risques et sources de dommages à des tiers que le regroupement d'entreprises est susceptible d'occasionner. Les diverses créations jurisprudentielles ou doctrinales qui ont été élaborées tendent essentiellement à corriger les effets de comportements abusifs pouvant résulter de l'indépendance juridique des différentes entités qui composent le groupe.

71 http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20073479.

IV. Le rôle de la faute

A. Le principe de la responsabilité pour faute

Le fondement de la responsabilité civile – telle qu'elle que conçue en Suisse – repose sur le concept de faute[72] ; l'art. 41 CO le dispose expressément. Seul l'auteur fautif est responsable, qu'il ait agi intentionnellement ou par négligence.

Si, pour le juriste suisse, cette situation est souvent vue comme une évidence, il ne s'imposait pourtant pas à l'esprit que seul l'auteur fautif fût responsable. Des études historiques fouillées ont montré que cette conception est le fruit d'une longue évolution, remontant au droit romain et aux affrontements conceptuels qui ont divisé diverses écoles juridiques au cours des siècles[73].

De la *lex Aquilia* en passant par Grotius ou Pufendorf, les avis les plus divers ont été échangés notamment sur la répartition des rôles entre le risque et la faute. Cette remarque a toute son importance, non seulement d'un point de vue historique et intellectuel, mais également sur un plan plus pratique. Le débat n'est en effet pas clos et est en constante évolution. La question des risques et de leur prise en compte dans le système de responsabilité civile, principalement par la promulgation de responsabilités causales, est de plus en plus à l'ordre du jour dans un monde où les développements techniques et industriels ont multiplié les risques et leur importance. L'entreprise, lieu de prédilection de la création de risques, est à ce titre particulièrement visée par ce premier tempérament apporté à « à la responsabilité civile fondée sur la faute (*supra* III.C).

Un des autres tempéraments a été celui de l'objectivation de la faute, soit le manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique[74]. Selon cette conception qui s'est majoritairement imposée, il ne s'agit pas de se demander si l'auteur, compte tenu de ses propres capacités personnelles, a agi comme il le pouvait, mais bien de savoir s'il a fait preuve de l'attention dont aurait fait preuve toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances[75]. L'objectivation de la faute a pour conséquence que la distinction entre cette dernière et l'illicéité est allée en s'estompant, au point d'en devenir parfois difficile à tracer[76].

---

72 Etier, p. 36 ; Werro, Responsabilité civile, N 252 ss.

73 Voir en particulier, Etier, *passim*, qui replace le droit suisse actuel dans le contexte historique dans lequel il s'est élaboré.

74 Müller Responsabilité civile, N 238. Cf. également ATF 126 III 113, consid. 2b et Werro, Responsabilité civile, N 259 ss.

75 Sur l'objectivation de la faute, Etier, p. 38 ; Werro, Responsabilité civile, N 259 ss.

76 Etier, p. 39.

La troisième exception à la responsabilité pour faute a été l'évolution que la jurisprudence a connue dans l'interprétation des responsabilités objectives simples, telle celle instaurée à l'art. 55 CO pour l'employeur. Il a été vu (*supra* III.C.1 et III.C.2) que, même si elle repose sur l'absence de diligence de l'employeur, ce dernier ne peut pratiquement plus apporter de preuve libératoire lorsqu'il produit des biens susceptibles de mettre en danger la vie ou l'intégrité corporelle, tant les conditions posées par la jurisprudence en sont devenues difficiles.

B. Le développement des responsabilités causales

Le tempérament le plus incisif à la responsabilité pour faute est celui apporté par l'introduction de responsabilités objectives aggravées.

Au cours du siècle dernier, surtout sa seconde partie, de nombreuses lois spéciales ont été édictées. Ces lois contiennent des normes de responsabilité civile soumises au régime de la responsabilité causale, reposant sur le seul risque et n'instituant pas de preuve libératoire. Alors que certaines de ces responsabilités sont susceptibles de s'appliquer à tout un chacun, tel l'art. 58 Loi fédérale sur la circulation routière (LCR)[77] qui régit la responsabilité de tout conducteur d'un véhicule automobile, d'autres visent expressément des activités exercées par une entreprise. Concernant ces dernières, on retiendra à titre d'exemple les quelques dispositions suivantes :

- Art. 40b à 40f Loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF)[78] ;
- Art. 42 Loi sur le transport de voyageurs (LTV)[79] ;
- Art. 14 Loi sur les ouvrages d'accumulation Loi fédérale sur les ouvrages d'accumulation (LOA)[80] ;
- Art. 33 Loi sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (LITC)[81] ;
- Art. 3 Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN)[82] ;
- Art. 30 et 31 Loi sur le génie génétique (LGG)[83], qui institue une responsabilité pour risque aggravé, y compris les risques imprévisibles[84].

77 RS 741.01.
78 RS 221.112.742.
79 RS 745.1.
80 RS 721.101.
81 RS 746.1.
82 RS 732.44.
83 RS 814.91.
84 Chappuis, Dommage environnemental, p. 8 ; Wessner, Mélanges Knoepfler, N 23.

Il faut enfin mentionner la Loi sur la responsabilité pour le fait des produits (LRFP)[85] : seule l'existence d'un défaut est nécessaire pour engager la responsabilité du producteur, la faute de ce dernier n'étant pas nécessaire[86].

Force est de constater que, dans bien des domaines, on assiste à la disparition de la faute – en particulier de la faute individuelle d'un employé spécifique – pour engager la responsabilité de l'entreprise. Cette évolution ne va pas sans susciter des critiques, principalement en raison du fait qu'il existe une disparité de conditions de responsabilité civile. En effet, il existe d'une part les activités risquées pour lesquelles une loi spécifique institue une responsabilité causale et, d'autre part, celles qui, quoi qu'également risquées, sont encore soumises au régime général de l'art. 41 CO[87]. L'absence d'une norme générale de responsabilité pour risque crée ainsi une mosaïque peu cohérente[88], injuste pour certaines victimes dans l'obligation de prouver la faute de l'auteur du dommage, alors que d'autres en sont dispensées.

On ne peut cependant pas affirmer que cette évolution touche l'entreprise en tant que telle. Elle ne prend en effet pas en compte, comme facteur de responsabilité, le risque que l'entreprise représente en elle-même, par son mode de fonctionnement, par la délégation du travail qui y est pratiquée, voire éventuellement par sa taille. Les normes de responsabilité causale tendent bien plus à instaurer une responsabilité industrielle lorsque celle-ci a pour objet des activités à risques. Il serait donc plus exact de dire qu'elle concerne des activités risquées généralement exercées par des entreprises, plutôt qu'elle ne tend à cerner le risque d'entreprise en lui-même.

Il est intéressant de relever qu'il est un domaine échappant à cette évolution, celui des services financiers et bancaires. La LB (art. 38 et 39) renvoie expressément au CO (notamment les art. 752 ss CO concernant la responsabilité des organes) ; par conséquent, elle n'institue pas une responsabilité causale particulière et reprend celle découlant de l'art. 55 CO, telle qu'interprétée strictement par la jurisprudence (*supra* III.C.1). La Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs, LPCC)[89], avec son art. 145, instaure quant à elle une responsabilité spécifique, visant tant les organes que la société elle-même. La loi réserve expressément le principe de la preuve libératoire du responsable (al. 1), en particulier pour les cas de délégation du travail où la triple preuve libératoire du soin mis dans le choix, l'instruction et la surveillance de l'auxiliaire est expressément énoncé (al. 2). Pour le reste, l'art. 145 LPCC renvoie aux dispositions du CO qu'il s'agisse de

85 RS 221.112.944.
86 Werro, Responsabilité civile, N 584.
87 Etier, p. 45 ss, en particulier 47.
88 Cf. le résumé qu'en font Widmer / Wessner, p. 134 ss, en particulier p. 138 ss.
89 RS 951.31.

la responsabilité des organes (al. 4) ou de la société (al. 5). Les activités financières sont ainsi soumises à la classique responsabilité pour faute.

S'il ne prévoit pas de responsabilité causale spécifique aux entreprises, le CO contient cependant une règle en matière d'exclusion ou de limitation de responsabilité qui peut retenir notre attention : le débiteur n'est pas libre d'exclure sa responsabilité, même pour faute légère, lorsque le dommage provient d'une activité concédée par l'autorité (art. 100 al. 2 CO). Cette disposition n'institue pas une nullité d'office[90], mais permet au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, de tenir la clause litigieuse pour nulle. Au nombre des industries concédées, il faut compter les banques, ainsi qu'en a jugé le Tribunal fédéral[91].

L'aggravation de la position de l'entreprise provient ici, non de la nature de son activité, mais du fait qu'elle peut la pratiquer au bénéfice d'une concession administrative.

V. Les liens entre le droit pénal et le droit civil en matière de responsabilité de l'entreprise

A. L'illicéité du comportement de l'entreprise

Depuis 2003, l'entreprise encourt personnellement une responsabilité pénale (cf. contribution d'Ursula Cassani, p. 113), soit lorsque son défaut d'organisation empêche d'identifier la personne physique ayant commis une infraction dans l'exercice des activités commerciales de l'entreprise, conformément à l'art. 102 al. 1 Code pénal (CP)[92], soit lorsque, dans un nombre déterminé d'infractions (art. 260ter, 260^{quinquies}, 305bis, 322ter, 322^{quinquies} ou 322^{septies} al. 1 CP et art. 4a al. 1 let. a Loi fédérale contre la concurrence déloyale LCD)[93], l'entreprise n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission d'une telle infraction (art. 102 al. 2 CP).

La question qu'il faut se poser consiste à déterminer si cette norme a des conséquences sur la responsabilité civile de l'entreprise, notamment parce que, en incriminant pénalement le comportement de l'entreprise, le législateur aurait étendu le champ de l'illicéité civile fondant la responsabilité de cette dernière.

90 CR CO I-Thevenoz, art. 100 N 29.
91 ATF 112 II 450, consid. 3. Pour une liste d'industries concédées, cf. CR CO I-Thévenoz, art. 100 N 26.
92 RS 311.0
93 RS 241.

L'art. 102 al. 1 CP ne modifie en rien l'illicéité du comportement de l'entreprise. Cette dernière n'est pas responsable de la commission de l'infraction, mais bien de l'impossibilité d'en déterminer l'auteur. Comme le relève Ursula Cassani (*infra* p. 120), on ne peut donc pas parler dans ce cas de responsabilité pour faute de l'entreprise.

Il en va différemment de l'art. 102 al. 2 CP où l'on réprime l'entreprise pour avoir, par défaut d'organisation, permis la commission d'une infraction en son sein. Le comportement de l'entreprise, causal dans la commission de l'infraction, est ainsi en lui-même illicite. Si l'infraction commise dans l'entreprise doit être intentionnelle (art. 12 CP), le comportement reproché s'apparente à la négligence (cf. Ursula Cassani, *infra* p. 120). Autrement dit, on incrimine le fait qu'une entreprise ait, par négligence, créé en son sein des conditions propices à la commission d'infractions intentionnelles.

Les trois hypothèses qu'il faut retenir sont les suivantes, en prenant pour exemple la réalisation d'un blanchiment d'argent au sein de l'entreprise :

– **Première hypothèse :** un organe ou un employé de l'entreprise a blanchi des fonds par négligence, situation rendue possible par le défaut d'organisation de l'entreprise.

  La personne physique auteur du blanchiment par négligence n'est pas responsable pénalement, l'infraction de l'art. 305bis CP ne pouvant être commise qu'intentionnellement. Le défaut d'organisation de l'entreprise, même s'il a rendu possible ce comportement négligent, n'est pas punissable en vertu de l'art. 102 al. 2 CP, tous les éléments constitutifs de l'infraction favorisée n'étant pas réunis. Il faut rappeler ici que, mettant fin à un controverse doctrinale[94], le Tribunal fédéral a retenu à juste titre que si l'élément subjectif de l'art. 305bis CP réprimant le blanchiment d'argent n'était pas réalisé, il n'y avait pas d'acte illicite susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de celui qui a commis un acte de blanchiment non intentionnel[95]. Autrement dit, le blanchisseur par négligence n'était non seulement pas punissable pénalement mais également non responsable sur la plan civil. Dans le cas jugé, aucun organe ou employé de la banque civilement poursuivie n'avait été condamné pénalement pour blanchiment. Fort de cette constatation, le Tribunal fédéral en a conclu que la banque n'était responsable ni sur la base de l'art. 55 CC (organe) ni sur celle de l'art. 55 CO (employé). La question de l'art. 102 al. 2 CP ne se pose dès lors simplement pas.

  La responsabilité de l'entreprise n'est ainsi pas engagée, même si un défaut d'organisation constitue une source de responsabilité civile de

94 Cf. Chappuis, Responsabilité du blanchisseur.
95 ATF 133 III 323.

l'entreprise, en tant que manifestation de son manque de diligence (*supra* III.C.1 et III.C.2). Il manque en effet ici l'illicéité du comportement [96].

– **Deuxième hypothèse :** un organe ou un employé de l'entreprise a blanchi des fonds intentionnellement, malgré l'organisation correcte de l'entreprise.

  La société répond du dommage causé par l'acte illicite de son organe ou de son employé, en vertu des art. 55 CC et 55 CO. Concernant les actes commis par un employé, il est probable – vu les circonstances de fait prises ici à titre d'hypothèse – que l'entreprise parviendra à apporter la preuve libératoire de l'art. 55 CO, en démontrant qu'elle a bien choisi, instruit et surveillé son employé, échappant à toute responsabilité. La norme pénale sera ici sans effet puisque l'entreprise est bien organisée et que ce n'est que l'habileté de l'employé qui lui a permis de déjouer cette organisation pour commettre son acte illicite. Les conditions de l'art. 102 al. 2 CP ne sont ainsi pas réalisées. La norme pénale ne fondera ainsi pas une illicéité source de responsabilité civile. Le raisonnement est différent s'agissant d'un acte de blanchiment pénalement répréhensible commis par un organe, puisque la responsabilité de la personne morale est de toute manière engagée sur la base de l'art. 55 CC, sans qu'une preuve libératoire ne puisse être apportée. La norme pénale ne créée pas une responsabilité additionnelle de la personne morale à celle déjà instituée par la loi civile.

– **Troisième hypothèse :** un organe ou un employé de l'entreprise a blanchi des fonds intentionnellement, situation rendue possible par le défaut d'organisation de l'entreprise.

  Une telle situation peut, selon les circonstances du cas d'espèce, remplir les conditions de l'art. 102 al. 2 CP ce qui entraînera la condamnation pénale de cette dernière. Son comportement est en lui-même illicite au sens du CP, partant à celui de l'art. 41 CO. L'entreprise est dès lors directement civilement responsable sur la base de cette disposition. Cependant, ce résultat découlant de l'introduction de l'art. 102 al. 2 CP, n'a pas fondamentalement modifié la situation qui prévalait auparavant pour l'employeur. L'employé a commis un acte illicite dont l'entreprise répond aux termes de l'art. 55 CO, puisque l'absence d'une organisation rationnelle l'empêchera d'apporter la preuve libératoire instituée par cette disposition (sur l'absence d'organisation rationnelle en tant que source de responsabilité, *supra* III.C.2).

96 ATF 125 III 86, c. 3b = JdT 2001 I 73 ; Werro, Responsabilité civile, N 308 ; Roberto, N 04.08.

B. La question de la prescription

Le seul domaine dans lequel la punissabilité de l'entreprise en vertu de l'art. 102 al. 2 CP a un impact sur le régime de la responsabilité civile de l'entreprise est celui de la prescription. Cette extension pénale à l'entreprise a des conséquences civiles théoriques puisqu'elle fonde l'illicéité du comportement dommageable de l'entreprise. On vient de le voir, elle reste cependant sans conséquence pratique sur la responsabilité civile de l'entreprise, déjà engagée à teneur de la jurisprudence afférente aux dispositions du CO :

– S'il s'agit d'un acte propre d'un employé, commis à l'insu de son employeur, ce dernier en répond selon l'art. 55 CO, la preuve libératoire étant difficile à apporter.
– Si c'est l'entreprise qui provoque cette situation propice à la commission de l'infraction, l'illicéité de son comportement découle directement des art. 102 al. 2 et 305bis CP.

En revanche, le fait que l'entreprise soit elle-même punissable a une incidence sur l'application de l'art. 60 al. 2 CO concernant l'extension de la prescription en fonction de la prescription pénale. La jurisprudence considère que l'extension ne se justifie pas lorsque le débiteur répond du fait d'un tiers, comme c'est le cas à l'art. 55 CO. On a en effet vu que l'art. 55 CO n'institue pas une responsabilité causale pour le fait d'un tiers, mais bien une responsabilité pour le manque de diligence propre de l'employeur dans le choix, l'instruction et la surveillance de son employé (cf. *supra* III.C.1). Le Tribunal fédéral en a tiré la conclusion qui s'imposait en matière de prescription :

> « Il en va en revanche différemment, selon cet avis de doctrine convaincant, lorsque la responsabilité du tiers pour le comportement de l'auteur est fondée sur la violation d'un devoir de diligence propre, ce qui est par exemple le cas pour le chef de famille (art. 333 CC) et pour l'employeur (art. 55 CO) […]. Dans ce cas, il s'agit d'une responsabilité en raison d'un comportement propre, d'une relation propre au dommage ou d'une relation propre au lésé (Spiro, op. cit. § 92, pp. 209 s.). La différence correspond au sens et au but de l'art. 60 al. 2 CO. Selon la jurisprudence et la doctrine, cette règle a pour sens d'harmoniser la prescription du droit civil avec celle du droit pénal ; il serait en effet choquant que l'auteur puisse encore être puni, mais que la réparation du dommage infligé ne puisse plus être exigée […]. D'après cette idée fondamentale, l'application du plus long délai de prescription du droit pénal ne se justifie que dans le cas où le tiers répond selon les règles du droit civil de la même manière que l'auteur. Si au contraire la responsabilité du tiers se fonde sur son propre comportement, même quand celui-ci ne présente pas de faute, il n'y a pas lieu d'imputer la punissabilité pénale de l'auteur au tiers en matière de prescription. » [97]

97 ATF 122 III 225 = JdT 1997 I 195, consid. 5.

L'application de ces principes conduit ainsi au constat que, dès l'instant que l'entreprise viole elle-même la loi pénale en vertu de l'art. 102 CP, elle répond du dommage causé sur la base de l'art. 41 CO et non sur celle de l'art. 55 CO. La prescription pénale longue régit dès lors sa responsabilité civile.

VI. Conclusion

La conclusion principale à laquelle on parvient au terme ce survol est que la responsabilité de l'entreprise n'existe pas en tant que telle en droit civil, comme une institution juridique propre. Cela se justifie en raison du fait que, de l'épicerie de quartier à la multinationale industrielle, de l'atelier artisanal à la centrale nucléaire, l'entreprise se présente sous des formes si diverses, avec des caractéristiques si nombreuses, qu'il serait vain de vouloir les réunir dans un concept unique, soumis à des conditions de responsabilité propres.

L'entreprise répond de ses actes dommageables comme tout autre sujet de droit. Cette responsabilité ne se substitue pas à celle des personnes physiques qui seraient également responsables du dommage. Ces dernières ne peuvent jamais s'abriter juridiquement derrière l'entreprise, pour échapper aux conséquences de leurs actes propres.

Cela ne veut cependant pas dire que certaines particularités n'affectent pas la responsabilité de l'entreprise.

1. Si l'entreprise ne prend pas la forme d'une personne morale, seules les personnes physiques qui la composent répondent des dommages causés dans le cadre de ses activités.
2. En revanche, la forme juridique choisie peut influer sur l'étendue de la responsabilité de ces dernières. En particulier, le fait d'assumer personnellement les conséquences dommageables d'un fait commis par un autre membre de l'entreprise dépend de la forme juridique donnée à cette dernière.
3. La délégation du travail, inhérente à l'entreprise quelle que soit sa taille, comporte des risques ; la dilution des responsabilités et la difficulté de la transmission des informations au sein d'un groupe de personnes sont autant de circonstances de nature à provoquer des situations dommageables. La prise en compte de ce phénomène à l'art. 55 CO a été renforcée par la jurisprudence concernant les entreprises qui fabriquent des produits dangereux pour la vie et l'intégrité corporelle mis à la disposition du public. Le résultat de cette évolution jurisprudentielle est que la preuve libératoire de l'employeur a pratiquement été supprimée. L'entreprise productrice de produits dangereux est sous le coup d'une responsabilité renforcée.

4. La qualité de l'organisation de l'entreprise est un critère de responsabilité pour juger de sa diligence et, partant, de sa responsabilité.
5. Nombre d'activités dangereuses font aujourd'hui l'objet de normes de responsabilité causale. Ces activités étant généralement l'apanage d'entreprises, ces dernières se trouvent ainsi exposées à une responsabilité accrue, non en raison de leur structure ou de leur forme juridique, mais bien en raison de leur domaine d'activité.
6. Les regroupements d'entreprises créent des apparences parfois trompeuses auxquelles le public peut se fier. De même, la structure de ces groupes peut avoir pour but de faire remonter le centre de décision au sein de l'entité faîtière, transformant les autres en de simples exécutants. Dans ces circonstances, les situations choquantes qui peuvent résulter de la différence existant entre la réalité économique du groupe d'une part et l'indépendance juridique des entités qui le composent d'autre part, trouvent des remèdes jurisprudentiels. Ces derniers ne sanctionnent toutefois que de réels abus des entreprises concernées. Une véritable responsabilité du groupe reste inconnue du droit suisse.
7. La punissabilité pénale de l'entreprise n'a pas apporté des modifications substantielles à sa responsabilité civile, principalement en raison du fait que les comportements aujourd'hui pénalement réprimés constituaient déjà des actes illicites dans l'acception civile du terme.
8. Lorsque l'entreprise viole elle-même la loi pénale, son défaut d'organisation tombant sous le coup de l'art. 102 al. 2 CP, elle commet un acte pénal propre qui conduit à l'application de l'art. 60 al. 2 CO entraînant l'application à la prescription civile du régime de prescription pénale allongé.

Bibliographie

Brehm Roland, *Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 3e éd., Berne 2006 (cité : « BK-Brehm »).

Büren Roland von / Huber Michael, *Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist : eine Replik*, RSDA 1998, p. 213 ss.

Chaix François, in Tercier/Amstutz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations II, Art. 530-1186 CO, Loi sur les bourses art. 22-33, avec une introduction à la Loi sur la fusion*, Bâle 2008.

Chappuis Benoît, *La profession d'avocat. Tome 2. La pratique du métier, de la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat*, Genève 2013 (cité : « Profession d'avocat »).

Chappuis Benoît, *Quelques dommages dits irréparables : réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine*, in SJ 2010 II 165 ss (cité : « Dommages irréparables »).

Chappuis Benoît, La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale : réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence in SJ 2000 II 304 ss (cité : « Responsabilité du blanchisseur »).

Chappuis Christine, « Responsabilité civile : entre audace et repli », in Guillod/Müller (édit.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Bâle 2011, p. 91-106 (cité : « Responsabilité civile »).

Chappuis Christine, in Pichonnaz/Foëx (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-359 CC*, Bâle 2010.

Chappuis Christine / Winiger Bénédict (édit.), *Le préjudice, Une notion en devenir : Journée de la responsabilité civile 2004*, Genève, Bâle, Zurich 2005 (cité : « Préjudice »).

Chappuis Christine, *Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon*, in La responsabilité fondée sur la confiance, Journée de la responsabilité civile 2000 (Christine Chappuis et Bénédict Winiger éds), Zurich 2001, p. 21 ss (cité : « Responsabilité fondée sur la confiance »).

Deschenaux Henri / Tercier Pierre, *La responsabilité civile*, 2e édition, Berne 1982.

Donatiello Giuseppe, Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations : codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse, Genève 2010.

Engel Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, Berne 1997.

Etier Guillaume, *Du risque à la faute : évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Bruxelles Genève 2006.

Forstmoser Peter / Sprecher Thomas / Töndury Gian Andri, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht : Risiken und ihre Minimierung = Personal liability under Swiss corporate law : associated risks and their avoidance*, Zurich 2005.

Guhl Theo / Koller Alfred / Schnyder Anton K. / Druey Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9e édition, Zurich 2000.

Heierli Christian / Schnyder Anton K., in Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 5e édition, Bâle 2011 (cité BSK-Heierli / Schnyder).

Honsell Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4e édition, Zurich 2005 (cité : « Haftpflichrecht »).

Honsell Heinrich, in Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB OR*, 4e édition, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2012 (cité : « BSK-Honsell »).

Huguenin Claire, in Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB OR*, 4e édition, Bâle 2012 (cité : « BSK-Huguenin).

Keller Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht* (tome 2), 2e édition, Berne 1998.

Loser Peter, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht : Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung*, Berne 2006.

Macaluso Alain, *La responsabilité pénale de l'entreprise. Commentaire des art. 100 quater et 100 quinquies CP*, Genève, Zurich, Bâle 2004.

Müller Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité : « Responsabilité civile »).

Müller Christoph, in Furrer/Schnyder (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 2e édition, Zurich 2012 (cité : CHK-Müller).

Perrin Jean-François, in Pichonnaz/Foëx (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-359 CC*, Bâle 2010.

Oftinger Karl / Stark Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, 5e édition, Zurich 1995 (vol. 1).

Pestalozzi Christoph / Hettich Peter, in Honsell/Vogt/Watter (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 2e edition, Bâle 2012.

Peter Henry, *Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples : retour sur sujet et état des lieux*, in Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel, Berne 2014, p. 120 ss (cité : « Mélanges Stoffel »).

Peter Henry, *La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés, in La responsabilité fondée sur la confiance*, Journée de la responsabilité civile 2000 (Christine Chappuis et Bénédict Winiger édit.), Zurich 2001, p. 49 ss (cité : « Responsabilité fondée sur la confiance »).

Peter Henry / Cavadini-Birchler Francesca, *Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples : une duplique*, in Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis : Festschrift für Roland von Büren, Bâle 2009 p. 131 ss (cité : « Peter / Cavadini-Birchler »).

Peter Henry / Birchler Francesca, *Les groupes de sociétés sont des sociétés simples*, in RSDA 1998, p. 113 ss (cité : « Peter / Birchler »).

Prosser William L. / Keeton W. Page / Dobbs Dan B. / Keeton Robert E. / Owen David G., *Prosser and Keeton on the law of torts*, 5e édition, 1984, (cité : « Prosser/Keeton »).

Rey Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4e édition, Zurich 2008.

Recordon Pierre-Alain, in Tercier/Amstutz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations II, Art. 530-1186 CO, Loi sur les bourses art. 22-33, avec une introduction à la Loi sur la fusion*, Bâle 2008.

Roberto Vito, *Haftpflichtrecht*, Berne 2013.

Roberto Vito / Petrin Martin, *Organisationsverschulden aus zivilrechtlicher Sicht*, in Verantwortlichkeit im Unternehmen, Bâle 2007, p. 69 ss.

Schwenzer Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6e édition, Berne 2012.

Thévenoz Luc, in Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I. Art. 1-529 CO, 2e édition, Bâle 2012.

Vonzun Reto, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften*, Bâle Genève 2000.

Vulliety Jean-Paul, in Tercier/Amstutz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations II, Art. 530-1186 CO, Loi sur les bourses art. 22-33, avec une introduction à la Loi sur la fusion*, Bâle 2008.

Weber Rolf H., *Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht II/4*, Bâle 1998.

Werro Franz, *Le recours de l'associé dans la société simple. Quelques considérations critiques sur la solidarité parfaite et la subrogation à partir de l'ATF 103 II 137*, in Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel, Berne 2014, p. 35 ss (cité : « Mélanges Stoffel »).

Werro Franz, *La responsabilité civile*, 2e édition, Berne 2011 (cité : « Responsabilité civile »).

Wessner Pierre, *Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques de développement*, *in* Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Bâle, Genève, Munich 2005, (cité : « Mélanges Knoepfler »).

Widmer Pierre / Wessner Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, Berne 2000.

Xoudis Julia, in Pichonnaz/Foëx (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-359 CC*, Bâle 2010.

Responsabilité(s) pénale(s) dans l'entreprise

Ursula Cassani*

Table des matières

I. Les buts de la répression pénale des infractions commises dans l'entreprise 104
II. La responsabilité pénale individuelle 106
A. Le principe de la responsabilité individuelle de la personne physique 106
B. Les délits propres commis dans un rapport de représentation (art. 29 CP) 107
C. La responsabilité pour omission en vertu d'un devoir spécial de protection ou de surveillance 108
1. La position de garant de l'employeur 109
2. La responsabilité du chef de l'entreprise 110
a) L'arrêt Bührle 110
b) L'arrêt Von Roll 110
c) L'arrêt Rothornbahn 112
III. La responsabilité pénale de l'entreprise 113
A. La notion d'entreprise 114
1. La définition légale (art. 102 al. 4 CP) 114
2. La notion est-elle juridique ou économique ? 115
B. Les modèles de responsabilité de l'entreprise 116
C. La nature de l'art. 102 CP : norme d'imputation ou infraction *sui generis* ? 117
D. Le reproche fondant la responsabilité de l'entreprise (la « faute » de l'entreprise) 119
1. Le défaut d'organisation (art. 102 CP) 119
2. La responsabilité sans faute dans le domaine du droit pénal accessoire 121
E. L'infraction imputée à l'entreprise 122
1. La commission d'une infraction 122
2. Le contexte des activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise 123
3. L'intégration de l'agent commettant à l'entreprise 123
F. Les groupes de sociétés 124
IV. Conclusion 128
Liste des ouvrages cités 130
Travaux préparatoires 135

* Professeure au Département de droit pénal de l'Université de Genève et juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire. L'auteure remercie ses assistantes, Nadia Meriboute et Philomène May, toutes deux titulaires de la maîtrise en droit et du brevet d'avocat, du soin avec lequel elles ont contrôlé le mansucrit.

I. Les buts de la répression pénale des infractions commises dans l'entreprise

Lieu de collaboration par excellence, l'entreprise déploie une activité dans laquelle des infractions peuvent être commises moyennant la contribution de plusieurs personnes qui agissent à des niveaux divers. Plus que d'autres contextes, celui de l'entreprise pose donc la question de l'allocation des responsabilités entre les différents acteurs : les simples employés, les collaborateurs dirigeants, les organes, les chefs de l'entreprise et l'entreprise elle-même, voire le groupe d'entreprises.

Comme le relèvent Guillaume Etier et Bernhard Sträuli dans leur contribution au présent ouvrage, le droit pénal poursuit un but rétributif et préventif, relevant de la prévention générale et spéciale[1]. Contrairement à la responsabilité civile[2], la sanction pénale peut s'appliquer à des infractions contre des biens individuels ou collectifs qui ne causent aucun dommage ; elle peut intervenir en amont d'une lésion, par exemple en cas de tentative ou dans le cas des infractions de mise en danger (concret et abstrait).

Cela vaut évidemment aussi pour les infractions commises au sein de l'entreprise. La responsabilité individuelle de la personne physique, en particulier des dirigeants de l'entreprise, reste l'enjeu crucial en matière pénale. Les politiques des entreprises sont définies par des êtres humains que la menace d'une sanction peut détourner d'actions illicites, à condition d'être suffisamment concrète. C'est, en effet, la certitude de la peine, bien plus que sa sévérité, qui est susceptible d'influencer les conduites, comme nous l'a enseigné Beccaria[3]. Les personnes physiques œuvrant au sein des entreprises restent les destinataires nécessaires des normes pénales et ne sauraient s'abriter derrière les politiques commerciales et de *compliance* défaillantes qu'elles ont contribué à façonner ou à exécuter. Cela est parfois oublié, comme l'illustre notamment, à l'heure actuelle, la douloureuse découverte, par certains employés de banque suisses, des risques pénaux qu'ils encourent personnellement en relation avec les infractions (au droit pénal fiscal étranger) commises dans leur activité au service de la banque.

Toutefois, depuis 2003, le législateur suisse tient aussi pour responsable l'entreprise elle-même, à certaines conditions. Le but premier de la création de la responsabilité pénale de l'entreprise relevait bien de la prévention générale et même spéciale à l'égard de ces acteurs de l'économie. En fondant la

1 Cf. p. 20 ss (*supra*).
2 Cf. Chappuis, p. 74 (*supra*).
3 Beccaria, § XX.

responsabilité – du moins dans le modèle de la responsabilité directe[4] – sur le reproche de ne pas avoir pris les mesures de prévention nécessaires, le législateur suisse a invité les entreprises à améliorer leurs stratégies de prévention et de contrôle. La perspective d'une condamnation de l'entreprise – et pas seulement d'une personne physique qu'il est facile de renvoyer – est plus satisfaisante sous l'angle de la prévention, puisque l'entreprise risque ainsi une atteinte à sa réputation, de même qu'à son patrimoine.

L'enjeu sous l'angle de la réputation est néanmoins limité en l'état actuel du droit et de la pratique judiciaire. D'une part, les condamnations prononcées contre des entreprises sont le plus souvent rendues de manière discrète, par une ordonnance pénale entourée d'une publicité minimale et, d'autre part, elles ne font pas l'objet d'une inscription au casier judiciaire. Le projet de loi fédérale sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (notamment les art. 1 et 75 ss), publié le 20 juin 2014, est censé combler cette lacune[5]. Le Message du Conseil fédéral fait valoir à l'appui de la création du casier judiciaire pour les entreprises qu'elle permettra non seulement de fixer la peine en cas de récidive mais aussi de fournir aux entreprises un moyen de « prouver leur bonne réputation dans les relations d'affaires (preuve de conformité) »[6]. Ce serait même « un instrument précieux pour les investisseurs »[7]. Toutefois, le projet présenté ne réalisera ce programme ambitieux que très partiellement, du fait que cette preuve de bonne conduite risque de ne pas être entièrement fiable en cas de restructuration[8] et que sa portée sera limitée aux jugements rendus par les autorités suisses (art. 77 al. 1 P-LCJ), contre des entreprises suisses[9]. En dépit de ces imperfections, le principe même d'un casier judiciaire pour les entreprises semble incontestable au regard des buts de prévention générale et spéciale de la mise en œuvre de la sanction pénale. Il est donc regrettable que le Conseil des Etats, saisi comme premier conseil, ait purement et simplement biffé la partie sur le casier judiciaire des entreprises (art. 75-113 du projet) lors de sa délibération du 10 juin 2015[10].

Si le premier but du droit pénal est punitif et préventif, celui-ci *ne se ferme pas pour autant à l'idée de la réparation*, qu'il entend favoriser en permettant au lésé, devenu partie plaignante (art. 104 lit. b et 118 CPP), de faire valoir des conclusions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure

4 Cf. p. 116 (*infra*).
5 FF 2014 5552 ; Curia vista 14.053 (traité par le seul Conseil des Etats au moment où nous finalisons ce manuscrit ; cf. BO CE 2015 476 (du 10 juin 2015).
6 FF 2014 5651.
7 FF 2014 5654.
8 FF 2014 5651.
9 Cette dernière limitation découle de l'exigence d'un no. IDE (art. 76 al. 1 lit. a P-LCJ).
10 BO CE 2015 488.

pénale (art. 122 ss CPP). Cette question est traitée dans la contribution de Vincent Jeanneret au présent ouvrage[11].

Le but réparateur est aussi au cœur de l'art. 53 CP qui revêt une importance non négligeable pour la pratique du droit pénal économique. Sous la note marginale « réparation », l'art. 53 CP prévoit que l'autorité compétente renonce à poursuivre, à renvoyer devant le juge ou à infliger une peine à l'auteur qui « a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé […] : a. si les conditions du sursis à l'exécution de la peine sont remplies (art. 42) ; et b. si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants ». L'application de cette disposition a pour conséquence la renonciation à la poursuite au sens de l'art. 8 al. 1 CPP ou le classement en vertu de l'art. 319 CPP. La pratique en fait un usage qui va bien au-delà de la réparation du dommage civil, en incluant la « réparation » d'atteintes à des biens juridiques collectifs par le versement de sommes d'argent à des organisations caritatives. A titre d'exemple, on peut mentionner l'ordonnance de classement rendue par le Ministère public de la Confédération dans une affaire de corruption d'agents publics étrangers, à l'égard de la maison mère française du groupe Alstom, qui a bénéficié d'un classement sur la base de l'art. 53 CP, après avoir payé 1 million de francs au CICR[12]. Un autre exemple est celui des décisions de classement dans l'affaire des caisses noires de Siemens, dans laquelle l'art. 53 CP a été appliqué au regard de versements à différentes œuvres d'utilité publique[13].

II. La responsabilité pénale individuelle

A. Le principe de la responsabilité individuelle de la personne physique

La responsabilité pénale incombe au premier chef à la personne physique, même si l'infraction est commise par les représentants d'une entreprise, dans l'activité commerciale de celle-ci et à son profit. Lorsque la collaboration au

11 Cf. p. 183 ss (*infra*).

12 Einstellungsverfügung (ordonnance de classement) du 22 novembre 2011 rendue par le Ministère public de la Confédération (MPC) ; communiqué de presse du MPC du même jour : https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42300 (date de consultation : 26 juin 2015).

13 Communiqué de presse du MPC du 12 novembre 2013 (https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=50914 ; date de consultation : 26 juin 2015) ; ordonnance de classement du 5 décembre 2013 rendue par le MPC. Dans les deux cas, il y a aussi eu des confiscations ou créances compensatrices.

sein de l'entreprise porte sur la commission d'infractions, le droit pénal est parfaitement armé pour saisir la contribution fournie par chacun, « eu égard à l'organisation verticale des responsabilités et à la distribution horizontale des tâches : en effet, les notions de coactivité, d'instigation et de complicité sont assez larges pour inclure toute contribution active au délit »[14].

N'importe qui dans l'entreprise peut se rendre coupable d'infraction, sans égard à sa position hiérarchique. Cette contribution peut être matérielle ou intellectuelle : le « *Schreibtischtäter* » se rend donc, lui aussi, punissable, à condition que l'on parvienne à établir qu'il a utilisé autrui comme instrument, ou ordonné, encouragé ou planifié l'acte, prêté son concours logistique ou son appui moral, ou autrement favorisé l'infraction.

Le *rang hiérarchique occupé* au sein de l'entreprise peut néanmoins influencer ou conditionner la responsabilité pénale. L'ordre du supérieur hiérarchique ne justifie ni n'excuse l'infraction du subordonné, mais l'art. 48 lit. a ch. 4 CP prévoit tout de même l'atténuation de la peine à l'égard de celui qui « a agi sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou de laquelle il dépendait ».

Plus important, la personne qui assume au sein de l'entreprise, en vertu de la loi, des statuts, d'un contrat ou de l'organigramme interne, des responsabilités particulières ou des devoirs de contrôle et de surveillance, encourt aussi un risque plus élevé sous l'angle pénal. Pour prendre un exemple, la gestion du patrimoine d'une société anonyme incombe à ses directeurs en vertu du code des obligations, alors que le devoir de surveiller incombe aux membres du conseil d'administration. Un employé subalterne qui n'est pas administrateur *de facto* ne peut donc commettre l'infraction de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 CP) au préjudice de l'entreprise, faute d'occuper une position de gérant. La gestion déloyale est un délit propre pur, que seul un *intraneus* peut commettre. Toutefois, l'employé non dirigeant qui viole les devoirs lui incombant en vertu d'une procuration peut se rendre coupable d'abus d'un pouvoir de représentation au sens de l'art. 158 ch. 2 CP, qui est également un délit propre pur.

B. Les délits propres commis dans un rapport de représentation (art. 29 CP)

Lorsque le délit propre est commis au préjudice d'un tiers ou de la collectivité et que c'est la personne morale qui est tenue au devoir juridique qui

14 Graven, SJ 1985, p. 500.

fonde l'infraction, cette qualité est imputée aux organes dirigeants de l'entreprise en vertu de l'art. 29 CP. Si, par hypothèse, le lésé a confié la gestion de son patrimoine à une société anonyme en vertu d'un contrat de gestion de fortune, on impute la qualité de gérant des intérêts pécuniaires d'autrui que possède l'entreprise en vertu du contrat avec le lésé aux personnes énumérées à l'art. 29 CP. Il s'agit de l'organe ou du membre d'un organe (lit. a), de l'associé (lit. b), du collaborateur disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il a la charge (lit. c) et du dirigeant effectif (lit. d). Ces personnes ne répondent toutefois de l'infraction qu'à condition d'avoir agi ou omis d'agir fautivement. Ce n'est donc en aucun cas d'une responsabilité objective fondée sur la position d'organe dont il s'agit.

C. La responsabilité pour omission en vertu d'un devoir spécial de protection ou de surveillance

La position dans l'entreprise peut aussi *fonder une responsabilité pour omission*. L'organisation de l'entreprise met à la charge de certains individus des devoirs juridiques d'agir aussi bien pour *protéger les intérêts juridiques de l'entreprise*, par exemple son patrimoine, que *pour surveiller la source de danger pour les biens juridiques collectifs et individuels d'autrui qui en émane*. La distribution des rôles au sein de l'entreprise découlant des relations de droit privé est alors déterminante pour l'identification des personnes qui sont juridiquement tenues d'agir (art. 11 CP).

Pour prendre un exemple : dans un arrêt de principe dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent, le Tribunal fédéral a considéré que les intermédiaires financiers ont des devoirs juridiques spéciaux d'agir en vertu de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA)[15], dont la violation peut constituer, dans certains cas, des infractions au sens de l'art. 305bis CP, commises par abstention. Or, la question de savoir à qui, au sein de la banque (administrateurs, membres de la direction ou du service juridique, *compliance officers*[16], simples employés), le devoir d'agir et d'amorcer le processus qui aboutira à la communication de soupçons fondés (art. 9 LBA), dépend non seulement de la législation, mais aussi des directives internes de la banque définissant les processus et responsabilités des uns et des autres[17].

15 Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA) du 10 octobre 1997 ; RS 955.0.

16 Pour une analyse de la responsabilité pénale du *compliance officer*, cf. Godenzi / Wohlers, Compliance Officer, p. 242 ss.

17 ATF 136 IV 188, 195 ; cf. aussi l'ATF 138 IV 1.

La jurisprudence accorde une importance particulière à la responsabilité du *chef de l'entreprise* et à celle de l'*employeur* qui n'empêchent pas leurs subordonnés de commettre des infractions. Spécifiquement mentionnés à l'art. 6 DPA[18] pour les infractions du droit pénal accessoire soumise à cette loi, ces chefs de responsabilité découlent du devoir de maîtriser la source de danger que représente l'entreprise ou le recours à des subordonnés[19] et se fondent actuellement, pour les infractions non soumises à la DPA, sur l'art. 11 CP régissant la punissabilité des omissions improprement dites. Il s'agit, comme en droit civil[20], d'une responsabilité pénale fondée sur une faute personnelle et non d'une responsabilité pour le fait d'autrui[21], ni d'une responsabilité pénale objective.

1. La position de garant de l'employeur

L'*employeur* est tenu non seulement de *protéger* la personnalité du travailleur (art. 328 CO), mais aussi d'exercer un *contrôle* sur lui. Invoquant les art. 101 et 55 CO, le Tribunal fédéral estime que « [l'employeur] a donc l'obligation juridique de veiller à ce que ses employés prennent les mesures de précaution nécessaires pour éviter la survenance d'un dommage ; il assume en particulier la *cura in eligendo, in instruendo et in custodiendo* […]. Il se trouve ainsi dans une position de garant »[22]. Il faut en déduire que si l'employé commet l'infraction en dépit du fait qu'il a été choisi, instruit et surveillé de manière correcte, le lien de causalité adéquate (imputabilité) avec la survenance de l'infraction est rompu.

Selon la vision du Tribunal fédéral, le mécanisme d'attribution de la responsabilité puise donc sa source dans le code des obligations. Toutefois, il y a en quelque sorte une « acculturation » à l'environnement pénal. En effet, si l'art. 55 CO exige de l'employeur qu'il apporte la preuve de sa diligence[23], un tel renversement du fardeau de la preuve n'existe pas en droit pénal. Il serait d'ailleurs plus convaincant, à notre sens, de renoncer à déduire la responsabilité pénale de l'art. 55 CO et de considérer que la responsabilité de l'employeur découle d'une *norme fondamentale de l'ordre juridique suisse commandant à celui qui a recours à des subalternes de prendre des mesures pour contrôler le risque qui en*

---

18 Loi sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 ; RS 313.0.

19 WStR-Ackermann, § 4 N 93 ; Cassani, Infraction sociale, p. 58 ; Cassani, Responsabilité, p. 62 s. ; Dontasch / Blocher, RPS 2008 p. 56 ; Donatsch / Tag, Strafrecht I, p. 321 ss et 381 ; Godenzi / Wohlers, Compliance Officer, p. 233 ss ; *contra* : Schubarth, Kommentar, N 153 p. 66.

20 Cf. la contribution de Chappuis dans cet ouvrage, p. 83.

21 Graven, SJ 1985 p. 501.

22 ATF 117 IV 130, p. 133.

23 Cf. la contribution de Chappuis dans cet ouvrage, p. 83.

émane, dont les dispositions pénales (art. 11 CP) et civiles (art. 55 CO)[24] sont l'expression[25].

Enfin, l'arrêt cité ci-dessus a trait à l'homicide par négligence (art. 117 CP), et le raisonnement exposé ne saurait, de toute évidence, s'appliquer tel quel aux infractions intentionnelles, pour lesquelles il faut établir non seulement un manquement dans le choix, l'instruction et la surveillance, mais aussi la connaissance et l'acceptation, par dol éventuel au moins, de l'infraction que s'apprête à commettre l'employé.

2. *La responsabilité du chef de l'entreprise*

a) L'arrêt Bührle

La responsabilité pénale du chef de l'entreprise fut appliquée pour la première fois par le Tribunal fédéral dans un arrêt rendu en 1970, concernant l'affaire Bührle (ATF 96 IV 155). L'auteur fut le chef suprême de l'entreprise familiale éponyme, une société en commandite dont il fut le seul commanditaire et dont il devint l'administrateur unique lorsqu'elle fut transformée en société anonyme. Il fut condamné pour violation par dol éventuel de l'arrêté fédéral sur le matériel de guerre de 1949, pour avoir constaté que ses subordonnés avaient effectué des livraisons d'armes illicites et ne pas avoir ordonné la cessation de cette activité de manière suffisamment déterminée ni avoir fait des contrôles par la suite pour s'assurer de l'abandon de ces pratiques illicites. Le reproche formulé à son encontre relève ainsi de la violation d'un *devoir de surveillance*.

b) L'arrêt Von Roll

Ce chef de responsabilité fut considérablement élargi en 1996, dans l'arrêt Von Roll (ATF 122 IV 103), qui marqua le passage de la responsabilité fondée sur le simple devoir de surveillance de subordonnés à celle fondée sur le *devoir d'organisation* préventive des risques typiquement liés à l'activité à de l'entreprise.

Le groupe Von Roll avait livré, depuis une usine sise à Berne, différentes pièces de métallurgie commandées en apparence pour la construction de presses à forger en vue d'un usage industriel mais destinées en réalité à la construction d'un canon («Supergun») par le régime de Saddam Hussein, ce qui constituait une violation à la fois d'un embargo international et de la

24 Cf. Chappuis, *loc. cit.*
25 Sur cette question, cf. Cassani, Infraction sociale, p. 63.

loi fédérale sur le matériel de guerre de 1972[26]. Plusieurs livraisons avaient été effectuées sans difficultés, jusqu'au moment où l'une d'elles fut bloquée à l'aéroport de Francfort par les autorités douanières allemandes soupçonnant une infraction à la loi allemande sur le contrôle des armes de guerre.

Les collaborateurs ayant conclu et exécuté les contrats ignoraient la destination réelle des pièces au début ; pour l'un d'entre eux, le Tribunal fédéral retint néanmoins le dol éventuel pour la dernière livraison. Les membres du conseil d'administration, quant à eux, n'avaient pas connaissance du fait que les pièces livrées pouvaient être des composantes d'armes dont l'exportation n'était pas autorisée.

De ce fait, l'accusé F., cumulant les casquettes d'administrateur délégué, de président de la direction, de dirigeant du groupe Von Roll et de chef du service juridique, fut condamné pour violation par négligence de la loi fédérale sur le matériel de guerre (art. 19 al. 2), au motif qu'il n'avait pas empêché la seule livraison postérieure à l'intervention des douaniers allemands. Le reproche qui lui fut adressé était d'avoir omis les mesures d'organisation qui lui auraient permis d'être informé sans délai du blocage de la livraison, d'élucider les faits et de mettre fin aux exportations illicites[27].

Les leçons que l'on peut tirer de cet arrêt sont multiples :

– Seul F. fut poursuivi et jugé comme chef de l'entreprise. Pourtant, l'arrêt précise que le devoir de mettre en place un dispositif de sécurité permettant à l'organisation de réagir de manière adéquate et de prévenir les livraisons ultérieures, incombait à tous les membres du conseil d'administration, aux autres organes et membres d'organes, ainsi qu'aux dirigeants effectifs[28]. Cet arrêt ouvre donc largement *la voie à la responsabilité pour défaut d'organisation de tous les administrateurs et dirigeants*.
– Sur le *plan subjectif,* la violation du devoir d'organisation peut aussi être invoquée à l'égard des administrateurs et dirigeants *qui ignorent* que leurs subordonnés s'apprêtent à commettre des infractions pénales et à qui il n'est pas possible de reprocher le dol éventuel. Toutefois, la négligence n'est punissable que si l'infraction elle-même la réprime. La construction est donc inapte à saisir des infractions telles que celles contre le patrimoine, la corruption, le blanchiment d'argent, etc.
– Reste à définir l'étendue des mesures de prévention et d'organisation exigibles. La doctrine estime qu'elle est délimitée par le périmètre des *affaires centrales pour l'activité de l'entreprise*[29], représentant un *risque typiquement*

26 Loi fédérale du 30 juin 1972 sur le matériel de guerre, RO 1973 107.
27 ATF 122 IV 103, p. 127.
28 ATF 122 IV 103, p. 128.
29 Stratenwerth, AT I, § 14, N 28 ; Heine, RPS 2001, p. 32.

lié à son activité[30]. Dans l'affaire Von Roll, le Tribunal fédéral confirme implicitement la pertinence de ce critère, en soulignant que l'entreprise était bel et bien active dans la fabrication de composantes d'armes pour la Suisse, et qu'il lui incombait, par conséquent, d'instaurer un système permettant d'empêcher des livraisons interdites à l'étranger[31].

– Le Tribunal fédéral évoque l'hypothèse d'une *délégation* de certaines tâches, sans en préciser les conditions ni trancher définitivement la question de savoir si elle aurait pu libérer F. de sa responsabilité[32].

– Enfin, le Tribunal fédéral admet implicitement la possibilité d'établir la responsabilité du chef de l'entreprise dans les groupes de sociétés[33], sans toutefois approfondir cette question. En effet, F. fut condamné en sa qualité de chef de la maison-mère (« *Konzernchef* »), pour avoir omis de prendre des mesures qui auraient permis de détecter et prévenir une infraction commise au sein d'une filiale.

c) L'arrêt Rothornbahn

Le principe de la responsabilité fondée sur la violation du devoir d'organisation et de sécurité fut confirmé en 1998 et appliqué à des infractions au code pénal, à propos d'un directeur de la Rothornbahn AG, qui fut jugé pour avoir causé la mort d'un skieur tué par une avalanche tombée sur une piste desservie par les installations de remontée mécanique de l'entreprise (ATF 125 IV 9 ; JT 2000 IV 78). Vu le fort danger d'avalanche, la piste aurait dû être fermée ou l'avalanche déclenchée artificiellement, ce qui aurait empêché la survenance de l'accident mortel.

Or, le directeur de l'entreprise était hospitalisé le jour de l'accident. Le chef de piste, qui aurait pu fermer la piste, rentrait d'une semaine d'absence et ne fut pas informé correctement de la situation de danger à son retour. Aucun autre employé n'avait été désigné pour prendre la décision. De ce fait, le directeur fut reconnu coupable d'homicide par négligence, pour ne pas avoir organisé l'entreprise de manière à mettre en place un dispositif de sécu-

30 Donatsch / Tag, Strafrecht I, p. 383 ; Oertle, thèse, p. 106 ; Schubarth, RPS 1976, p. 384 ; BSK StGB I-Seelmann, Art. 11 N 54 ; Vest, RPS 1988, p. 300 s. Pour Godenzi / Wohlers (Compliance Officer, p. 236), la responsabilité s'étend aux actes « mit deren Begehung gerechnet werden muss » (« à la commission desquels il faut s'attendre »).

31 ATF 122 IV 103, p. 126-127 ; Heine considère néanmoins qu'il est douteux que le critère ait été rempli dans l'affaire Von Roll (RPS 2001, p. 32).

32 ATF 122 IV 103, p. 127-128. Pour une analyse doctrinale de la question de la délégation, cf. notamment Ackermann, Unterlassungsrisiken, 157 s. ; Cassani, Responsabilité, p. 56 ss ; Godenzi / Wohlers, Compliance Officer, p. 236 ss.

33 WStR-Schubarth, § 9 Konzernstrafrecht, N 25 ; cf. également Chappuis, p. 86 ss (*supra*).

rité adéquat pour affronter ce type de situation. Plus précisément, il n'avait pas clarifié la question de savoir qui devait prendre la décision de fermer les pistes, ni veillé à la collecte et à la transmission adéquate des informations au sein de l'entreprise.

Les arrêts qui viennent d'être évoqués – surtout ceux rendus dans les affaires Von Roll et Rothornbahn – préfigurent la responsabilité de l'entreprise, elle aussi fondée sur un défaut d'organisation.

III. La responsabilité pénale de l'entreprise

Introduite dans le code pénal suisse en 2003[34], la responsabilité pénale de l'entreprise a mené une existence remarquablement discrète dans les prétoires. Récemment, des cas d'application d'une certaine importance ont néanmoins été rendus publics, à l'instar de l'ordonnance pénale du Ministère public de la Confédération (MPC) de 2011[35], condamnant Alstom Network Schweiz AG pour corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP)[36]. La première affaire jugée par un tribunal fut celle de PostFinance SA, condamnée en 2011 par l'Amtsgericht Solothurn-Lebern à une amende de 250 000 francs pour blanchiment d'argent[37], décision contre laquelle un recours fut toutefois interjeté[38].

La rareté des décisions jurisprudentielles, certes contrebalancée par une doctrine plutôt prolixe, fait que beaucoup de questions essentielles sont encore ouvertes à l'heure actuelle.

---

34 A l'époque, la base légale fut l'art. 100^{quater} CP, introduit par la Loi fédérale du 21 mars 2003 (Financement du terrorisme), en vigueur depuis le 1er octobre 2003 (RO 2003 3043 ; FF 2002 5014).

35 Communiqué de presse du MPC du 22 novembre 2011, Strafbefehl (ordonnance pénale) du 22 novembre 2011 rendue par le MPC, dans l'affaire Alstom Network Schweiz AG, agissant au nom du groupe Alstom. Alstom Network Schweiz AG fut condamnée à une amende de 2,5 millions de francs et une créance compensatrice de 36,4 millions de francs.

36 On peut aussi mentionner une ordonnance pénale du MPC contre Stanford Group (Suisse) AG in Liquidation pour blanchiment d'argent (amende d'1 million de francs et créance compensatrice) ; cf. le communiqué de presse du MPC le 10 mars 2014. Par ailleurs, un rapport de l'OCDE fait état d'une ordonnance pénale du MPC, du 15 juillet 2011, condamnant une banque pour défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305ter al. 1 CP) à une amende de 300 000 francs (OCDE, Rapport de la phase 3 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption par la Suisse, décembre 2011, annexe 4, encadré 2, cas 4).

37 Jugement de l'*Amtsgericht Solothurn-Lebern* du 21 avril 2011; amplement commenté dans les medias et mentionné dans le rapport précité de l'OCDE (annexe 4, encadré 2, cas 3).

38 Cf. la décision de l'*Obergericht Solothurn*, du 17 avril 2012, STBER 2011.32, publiée in forum-poenale 1/2013, p. 8 ss, à tort datée du 17 avril 2011 dans la revue précitée.

A. La notion d'entreprise

L'art. 102 CP définit la responsabilité pénale de l'*entreprise*, sans limiter celle-ci aux personnes morales. Cette approche diffère de celle de la plupart des conventions internationales en la matière, qui se réfèrent à la responsabilité de la *personne morale*[39].

1. La définition légale (art. 102 al. 4 CP)

Contrairement au code des obligations, le code pénal connaît la notion d'entreprise, qui apparaît notamment dans la formulation du titre 7e de la partie générale et de l'art. 102 CP sur la punissabilité de l'entreprise. Toutefois, plutôt que de définir cette notion de manière abstraite, l'art. 102 al. 4 CP énumère, de manière exhaustive mais souple, les formes juridiques que peut prendre l'entreprise.

– La lit. a vise les *personnes morales de droit privé*, soit, au regard des travaux préparatoires[40] et de la doctrine[41], la société anonyme (art. 620 ss CO), la société en commandite par actions (art. 764 ss CO), la société à responsabilité limitée (art. 772 CO), la société coopérative (art. 828 ss CO), ainsi que les fondations (art. 80 ss CC) et les associations (art. 60 ss CC) qui ont la personnalité juridique.
– La lit. b ajoute les *personnes morales de droit public*, à l'exception des corporations territoriales.
– La lit. c mentionne les *sociétés*, par quoi il faut entendre les sociétés qui sont dépourvues de personnalité juridique et ne tombent donc pas sous le coup de la lit. a, soit *la société en nom collectif* et *en commandite simple*[42], ainsi que la *société simple*[43]. Certes, au regard du droit civil[44], la société

39 Art. 5 § 1 Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, du 9 décembre 1999 (CRFT), RS 0.353.22 ; art. 10 § 2 Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, du 15 novembre 2000 (Convention de Palerme, CNUCTO), RS 0.311.54 ; art. 3 § 2 Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, du 17 décembre 1997 RS 0.311.21; art. 26 § 2 Convention des Nations Unies contre la corruption, du 31 octobre 2003 (Convention de Mérida, CNUCC), RS 0.311.56 ; art. 10 § 4 Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 (Convention de Varsovie, CBIFT).

40 Message, FF 1999 1787, p. 1820-1821 (*ad* art. 29 CP).

41 CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 8 ; pour une analyse détaillée, cf. BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 376 ss.

42 La société en commandite de placements collectifs est également à ranger dans cette catégorie (art. 98 ss LPCC).

43 Message, FF 1999 1787, p. 1820 (ad art. 29 CP).

44 Chappuis, p. 78 (*supra*).

simple n'est pas une société mais un contrat ; elle peut néanmoins avoir une activité commerciale[45], et les associés répondent solidairement des dettes sur le plan civil en vertu de l'art. 544 al. 3 CO. La société simple qui entretient une activité commerciale peut se voir imputer une responsabilité pénale en tant qu'entreprise, les associés répondant solidairement de l'amende en vertu du code des obligations. Par ailleurs, il convient de ranger sous la lit. c les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs et qui de ce fait ne peuvent acquérir la personnalité au regard de l'art. 52 al. 3 CC[46].

– Enfin, en vertu de la lit. d, les entreprises en raison individuelle sont également soumises à l'art. 102 CP.

2. *La notion est-elle juridique ou économique ?*

En optant pour la notion plus large et floue d'entreprise, le droit suisse suscite une controverse doctrinale : s'agit-il d'une notion juridique ou économique ?

Selon une partie importante de la doctrine, l'entreprise doit être comprise comme une *unité économique* et non une entité juridique. C'est le point de vue de Robert Roth, qui emprunte la définition des organes judiciaires des Communautés européennes (CE) et souligne que « la notion d'entreprise paraît plus proche de la réalité économique, en tant qu'‹ organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé › »[47]. Sur la base de cette définition qu'il reprend, Alain Macaluso relève le caractère autonome de la notion pénale de l'entreprise[48].

D'autres auteurs préconisent une *conception juridique*[49], s'appuyant sur le fait que l'énumération des formes juridiques de l'entreprise contenue à l'art. 102 al. 4 CP se réfère clairement à des notions définies dans le droit privé (ou public) et qu'il n'y a aucune exigence de durabilité ou d'unité économique découlant de la loi.

L'importance de la controverse est relative. Elle pourrait avoir des répercussions sur la question de savoir si la sphère d'activité de certaines entités

---

45 Lorsque tous les associés sont des personnes physiques et que la société simple a une activité commerciale qui, de même que les questions d'organisation et de rentabilité, prédomine sur les rapports personnels, il peut s'agir, au regard du droit civil, d'une société en nom collectif (Chappuis, p. 79). Sous l'angle pénal, il s'agit également d'une entreprise au sens de l'art. 102 al. 4 lit. c CP.

46 Dans le même sens, mais citant la lit. d, BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 388).

47 Roth, Nouvel acteur, p. 83 s. ; dans le même sens, CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 5.

48 CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 4.

49 BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 370 ; Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar, Art. 102 N 2.

englobe l'activité d'autres entités, ce qui serait susceptible de déterminer les solutions juridiques en matière de groupes de sociétés ou de l'outsourcing. Toutefois, les vues des tenants des deux courants doctrinaux se rejoignent largement sur ces questions. Nous y reviendrons[50].

B. Les modèles de responsabilité de l'entreprise

Par son choix de modèles de responsabilité, le droit suisse fait preuve d'un certain particularisme. Sur le plan international, c'est *le modèle d'identification* (appelé vicarial par les auteurs romands) qui l'emporte de plus en plus. Il s'agit du modèle le plus proche du modèle civil, dans lequel la personne morale répond des actes commis par ses organes.

Rien de tel en droit suisse. Le modèle ordinaire, consacré à l'art. 102 al. 1 CP, est celui de la *responsabilité subsidiaire* de l'entreprise qui répond de l'infraction lorsqu'il n'est pas possible de l'imputer à une personne physique déterminée en raison du manque d'organisation. Pour exclure ce régime, il suffit qu'une *personne physique responsable de l'infraction soit identifiée ; peu importe qu'elle puisse effectivement être poursuivie*. Il n'est, par ailleurs, pas nécessaire que toutes les personnes responsables soient identifiées. L'identification d'une seule personne, y compris le chef de l'entreprise s'il répond de l'infraction, fait obstacle à la responsabilité pénale de l'entreprise[51].

L'art. 102 al. 2 CP introduit un *régime de responsabilité direct*, applicable uniquement à sept infractions expressément mentionnées, soit le blanchiment d'argent (art. 305bis CP), l'organisation criminelle (art. 260ter CP), le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP), la corruption active (art. 322ter et 322^{septies} al. 1 CP), l'octroi d'un avantage dans le secteur public (art. 322^{quinquies} CP) et la corruption active dans le secteur privé (art. 4*a* al. 1 lit. a LCD[52]). En vertu du modèle direct, l'entreprise répond indépendamment de la punissabilité des personnes physiques et, cas échéant, en parallèle, «*s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction*».

Enfin, il convient de mentionner l'existence d'un troisième régime de responsabilité de l'entreprise, en vertu de l'art. 7 DPA et d'autres dispositions de la législation accessoire, sur lesquels nous allons revenir[53].

50 Cf. p. 124 ss (*infra*).

51 Donatsch / Tag, Strafrecht I, p. 400 ; Forster, thèse, p. 205 ; CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 46 ; *contra :* Heiniger, thèse, N 491 ss.

52 Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 19 décembre 1986, RS 241.

53 Cf. p. 121 s. (*infra*).

C. La nature de l'art. 102 CP : norme d'imputation ou infraction *sui generis* ?

La nature de l'art. 102 CP fait l'objet de disputes doctrinales qui sont loin d'être stériles. Une partie importante de la doctrine estime que l'art. 102 CP constitue une infraction *sui generis* réprimant le manque d'organisation révélé par la survenance de l'infraction, comprise comme condition objective de punissabilité[54]. La plupart des auteurs appartenant à ce courant – à la suite de Marcel Alexander Niggli et Diego Gfeller dans le Commentaire bâlois – estiment, par ailleurs, que cette infraction doit forcément être considérée comme une simple contravention, puisque la peine prévue est l'amende jusqu'à 5 millions de francs et que l'art. 103 CP considère que « [s]ont des contraventions les infractions passibles d'une amende »[55]. Selon cette partie de la doctrine, l'entreprise commettrait donc une contravention, alors que la personne physique commet un crime ou un délit, étant rappelé que l'art. 105 al. 1 CP exclut l'application de l'art. 102 CP aux contraventions.

Les conséquences qui découlent de cette manière de voir sont multiples : sauf disposition légale contraire, la tentative et la complicité ne sont pas punissables[56] et la publication du jugement serait exclue (art. 105 al. 2 et 3 CP) ; le délai de prescription serait de trois ans seulement (art. 109 CP) et, pour l'appel, les griefs seraient limités au regard de l'art. 398 al. 4 CPP.

Un autre courant doctrinal considère que l'art. 102 CP est une *norme d'imputation*[57], permettant d'attribuer à l'entreprise une infraction pénale commise en son sein, sur la base d'une « faute sociale ». L'imputation à l'entreprise *n'influence en rien la gravité de l'infraction et sa classification comme crime ou délit.*

Le Tribunal fédéral a évoqué la controverse, sans trancher la question, dans son arrêt Nestlé[58], relatif à l'assassinat, par des paramilitaires, d'un

---

54 BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 18 à 51, N 24 et 33 ; Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar, Art. 102 N 7 ; Heiniger, thèse, N 268 à 270 ; Von Gleichenstein, thèse, p. 48 s.

55 BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 35 ; Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar, Art. 102 N 7 ; von Gleichenstein, thèse, p. 48 s. Pour Heiniger, il s'agit d'un délit (thèse, N 289 ss, N 307 et 316).

56 BSK StGB I-Niggli/Gfeller, Art. 102 N 44. Les auteurs estiment que cette limitation est sans gravité, car la tentative et la complicité au délit d'organisation serait de toute façon difficilement concevable. Par ailleurs, l'infraction de la personne physique qui ne serait que tentée ne déclenche pas la responsabilité de l'entreprise, selon ces auteurs, puisqu'ils la considèrent comme une condition objective de punissabilité.

57 CR CP I-Kolly Art. 97 N 45 ; CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 2 ; Macaluso, thèse, N 508 ss ; Schmid, recht 2003, p. 205 ; Stratenwerth, AT I, § 13, N 187. Forster estime qu'il s'agit d'une norme de responsabilité particulière, se caractérisant comme une règle de participation *sui generis* (thèse, p. 73).

58 Arrêt non publié du TF, 6B_7/2014 du 21 juillet 2014, p. 9 s., commenté par Macaluso / Garbarski, forumpoenale 2014, p. 322 ss.

syndicaliste colombien employé de l'entreprise. Dans la même affaire, l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois n'avait pas davantage tranché la controverse[59], contrairement à ce que laisse entendre son chapeau dans le Journal des Tribunaux et le commentaire dans la revue forumpoenale[60]; il est d'ailleurs piquant de noter que l'un et l'autre attribuent au Tribunal cantonal un point de vue diamétralement opposé sur cette question.

L'*Obergericht Solothurn* a, en revanche, attribué à l'art. 102 CP la fonction de *norme d'imputation* dans sa décision rendue sur la recevabilité de l'appel dans l'affaire PostFinance SA[61].

Enfin, le Conseil fédéral, quant à lui, affirme, dans son Message relatif à la loi sur le casier judiciaire du 20 juin 2014[62], que la mention de l'amende dans les trois langues nationales du texte légal entraîne la qualification de l'infraction comme contravention. Il semble donc adhérer à la théorie de l'infraction *sui generis*.

Il convient, à notre sens, de suivre le courant doctrinal qui considère l'art. 102 CP comme une *norme d'imputation*, sur la base de l'interprétation littérale, systématique et téléologique de la loi.

La *lettre* de la loi semble claire, en définissant à l'art. 102 al. 1er CP les conditions dans lesquelles l'infraction est « imputée » (« *zugerechnet* », « *ascritto* ») à l'entreprise. Certes, l'art. 102 CP prévoit seulement l'amende pour l'entreprise et non la peine pécuniaire. Toutefois, cette sanction diffère aussi bien de la peine pécuniaire que de l'amende applicable à la personne physique, puisqu'il est de toute façon impossible de prononcer une peine privative de liberté de substitution[63]. En réalité, il s'agit d'un *aliud*, de sorte qu'il aurait été préférable d'imiter les auteurs de l'AP-CP de 1991[64] qui avaient proposé les termes d'« *assujettissement à une obligation financière* ». Le texte légal finalement arrêté dans le cadre de la révision de la partie générale n'emploie plus ces termes, dont l'abandon n'a toutefois pas été explicité. Les travaux préparatoires semblent, en revanche, démontrer la *volonté du législateur* de ne pas créer une infraction *sui generis*, affirmée lors des débats du Conseil national en réponse à l'inquiétude exprimée par l'un de ses membres[65].

59 JT 2014 III 30, p. 32 ss.

60 Bueno, forumpoenale 2014, p. 261.

61 Décision de l'*Obergericht Solothurn* du 17 avril 2012, STBER.2011.32, (http://www.old.so.ch/extappl/sog/index.php) ; publiée in forumpoenale 1/2013, p. 8 ss.

62 FF 2014 5659.

63 Dans le même sens, Heiniger, thèse, N 291; cependant, l'infraction de l'entreprise est toujours un délit selon Heiniger (thèse, N 307).

64 Avant-projet 1991, Art. 100quinquies.

65 BOCN 2001, p. 597 (Ulrich Siegrist) ; dans le même sens, BOCN 2001, p. 597 s. (Nils de Dardel).

L'interprétation *systématique* conforte cette interprétation. Si le législateur avait voulu créer une infraction *sui generis* et autonome, il l'aurait insérée dans la partie spéciale, à l'exemple des art. 263 CP (actes commis en état d'irresponsabilité fautive) ou 322bis CP (défaut d'opposition à une publication constituant une infraction).

Par ailleurs, *le manque d'organisation constitue un ancrage bien trop flou de la typicité*, qui aurait été en conflit avec le principe de la légalité, dont un des aspects est l'exigence de la précision (« *Bestimmtheitsgebot* »). L'art. 102 CP est une norme d'imputation qui permet d'établir la responsabilité de l'entreprise pour une infraction dont les contours de la typicité sont dessinés dans la partie spéciale.

Enfin, l'interprétation qui fait de l'art. 102 CP une simple contravention irait à l'encontre du *but de la disposition*, en signalant que l'entreprise n'encourt qu'un reproche léger même lorsque le reproche qui s'adresse à la personne physique ayant agi en son sein est grave.

D. Le reproche fondant la responsabilité de l'entreprise (la « faute » de l'entreprise)

1. Le défaut d'organisation (art. 102 CP)

Le droit pénal est fondé sur le principe de la culpabilité. Or, l'entreprise est inapte à la faute au sens classique du terme, supposant les facultés de conscience et de volonté d'une personne physique.

Dès lors, le reproche qui s'adresse à l'entreprise se fonde sur un défaut de son organisation, dont l'effet est soit que l'infraction ne peut être imputée à une personne physique (régime subsidiaire de l'art. 102 al. 1 CP), soit que l'infraction n'a pas été empêchée (régime direct de l'art. 102 al. 2 CP). Ce manque d'organisation n'est pas présumé du simple fait qu'une infraction a été commise ; il n'y a pas de renversement du fardeau de la preuve.

A priori, il s'agit d'un reproche qui évoque fortement la négligence, en particulier le défaut d'organisation retenu dans l'arrêt Von Roll[66]. La construction juridique diffère néanmoins de celle de la négligence pour les personnes physiques. Il y a, par ailleurs, des différences essentielles entre les deux régimes découlant de l'art. 102 CP dans la manière dont cette « faute » sociale est construite :

66 Cf. p. 110 s. (*supra*).

– Dans le régime ordinaire de l'al. 1er, le manque d'organisation n'est pas causal pour la commission de l'infraction mais pour la non-identification de l'auteur. C'est donc une construction qui n'a rien à voir avec un reproche fondé sur une imprudence en lien avec l'infraction. Il ne s'agit pas d'une véritable responsabilité pour faute, même largement interprétée.
– Dans le régime direct de l'al. 2, en revanche, l'entreprise répond « s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction ». Il appartient donc à l'accusation de prouver l'absence de mesures préventives, leur caractère exigible et le fait que l'infraction aurait été évitée si elles avaient été prises. S'agissant d'une omission, la causalité ne saurait être qu'hypothétique. Cette construction ressemble à celle de l'omission par négligence, sauf que l'infraction est imputée à l'entreprise nonobstant le fait que sa typicité exige l'*intention,* ce qui est le cas de toutes les infractions énumérées à l'al. 2.

Quant à la nature et à la portée des mesures d'organisation attendues de l'entreprise au regard des deux régimes, elles peuvent se rejoindre mais ne sont pas nécessairement identiques :

– Pour le régime subsidiaire, ce sont les mesures qui permettent l'identification de l'auteur d'un acte punissable au sein de l'entreprise qui sont décisives. De manière générale, on peut attendre d'une entreprise une gestion raisonnablement transparente du personnel et une division lisible des tâches. Son organisation doit être propre à établir quel employé se rend chez tel client tel jour, qui travaille à quel poste sur tel chantier ou se livre à telle transaction au sein d'une banque, quel gardien est de service tel jour ou telle nuit, etc. Une banque doit être capable de renseigner la justice sur l'identité des personnes intervenant dans un dossier client et sur celles qui auraient dû intervenir selon son organigramme. A l'inverse, l'employeur n'est pas en droit et ne saurait être tenu d'espionner ses employés et de porter atteinte à leur personnalité par des enregistrements sonores ou visuels ou d'autres moyens de surveillance non consentis et disproportionnés par rapport aux buts légitimes, consistant par exemple à assurer leur sécurité ou à prouver la teneur des ordres passés par la clientèle.
– Dans le cadre du régime direct en vertu de l'art. 102 al. 2 CP, le reproche consiste à « ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction ». Ces termes impliquent l'idée de la proportionnalité des mesures attendues par rapport au risque de survenance d'une infraction. Il appartient à la justice pénale d'établir quelle carence organisationnelle a permis l'infraction et quelle mesure exigible – i.e. proportionnée et efficace – aurait pu la prévenir.

Au regard de l'art. 102 al. 2 CP, il incombe à l'entreprise de mettre en œuvre des dispositifs de prévention des risques typiquement liés à son exploitation. L'organisation de l'entreprise doit être conforme aux exigences légales découlant de sa forme juridique et de l'activité qu'elle pratique, dont certaines sont d'ailleurs explicitement régies par un cadre juridique d'une grande densité normative, à l'instar du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent pour ce qui concerne les intermédiaires financiers. L'entreprise est tenue de choisir, d'instruire et de surveiller les personnes physiques avec la rigueur nécessaire pour empêcher les violations de la loi («*cura in eligendo, in instruendo, in custodiendo*»)[67]. Elle doit instaurer des mécanismes de contrôle et une organisation adéquate au regard des risques liés à son activité, en désignant les personnes chargées d'assurer la légalité de l'activité de l'entreprise (conseil d'administration, direction, service compliance, service juridique, etc.). Elle doit prendre des mesures pour assurer la remontée des informations vers ces personnes, en encourageant et en protégeant les donneurs d'alerte en cas de dysfonctionnement.

Les mesures préventives doivent être proportionnées au risque lié à l'activité de l'entreprise. Lorsque ce dernier est important, les mesures doivent l'être aussi. C'est ainsi que, dans l'affaire Alstom, le Ministère public de la Confédération reprocha au groupe l'insuffisance des effectifs du service «*compliance*» au regard du caractère risqué de l'activité, comprenant notamment la conclusion de contrats de «*consulting*», et de la taille du groupe, ainsi que l'insuffisance de l'expérience et de la formation des collaborateurs de ce service[68].

2. *La responsabilité sans faute dans le domaine du droit pénal accessoire*

Pour les infractions relevant du droit pénal administratif, l'art. 7 DPA instaure un régime dit «de bagatelle». Cette disposition s'applique lorsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5000 francs et que l'enquête pour identifier les personnes physiques nécessiterait des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue. Il n'est pas exigé, en revanche, que l'entreprise ait, par un défaut d'organisation, causé l'impossibilité d'identifier la personne physique, de sorte qu'il s'agit d'une responsabilité sans faute, contraire aux principes fondamentaux du droit pénal suisse.

---

67 Pieth, Risikomanagement, p. 605.

68 Ordonnance pénale du 22 novembre 2011 (précitée, n. 35, *supra*), ch. 6 et 15.

C'est la peine que l'autorité entend concrètement prononcer qui est déterminante, de sorte que l'art. 7 DPA peut aussi être appliqué aux délits et aux crimes. Par ailleurs, de nombreuses lois appartenant au droit pénal accessoire renvoient aux art. 6 et 7 DPA pour les infractions commises dans l'entreprise, de sorte que l'importance de ce régime est loin d'être anecdotique. Certaines lois prévoient, par ailleurs, des clauses semblables à l'art. 7 DPA, mais fixent des limites de peine nettement plus élevées : l'art. 49 LFINMA[69] porte le maximum de l'amende à 50 000 francs, l'art. 87 LTVA[70] à 100 000 francs[71].

Comme en droit civil[72], on peut donc faire en droit pénal le constat d'une extension de la responsabilité sans faute. Le phénomène prend peut-être moins d'ampleur qu'en matière civile, mais il est plus surprenant au regard des principes fondamentaux du droit pénal.

E. L'infraction imputée à l'entreprise

Les deux régimes de responsabilité en vertu de de l'art. 102 CP supposent qu'un crime ou un délit ait été commis au sein de l'entreprise dans l'activité commerciale conforme à ses buts.

1. La commission d'une infraction

L'infraction commise par la personne physique doit réunir tous les éléments de la typicité, et elle ne doit pas être justifiée[73]. Les éléments constitutifs subjectifs doivent donc être réalisés par la personne physique ayant agi ou omis d'agir, ce qui peut être difficile à établir, surtout si elle n'a pas été

69 Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA) du 22 juin 2007 ; RS 956.1.

70 Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA, LTVA) du 12 juin 2009 ; RS 641.20.

71 La coexistence entre les différents régimes fait l'objet de controverses. En vertu de l'art. 333 al. 1 CP, les dispositions générales du code « sont applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales, à moins que celles-ci ne contiennent des dispositions sur la matière ». L'art. 102 al. 2 CP s'applique d'ailleurs explicitement à la corruption privée active (art. 4a al. 1 lit. a LCD), alors que l'art. 26 LCD renvoie aux art. 6 et 7 DPA. La doctrine dominante soutient à juste titre que les art. 7 DPA et 102 CP sont tous deux susceptibles de s'appliquer aux crimes ou délits soumis aux dispositions de la DPA. Nous estimons que le régime subsidiaire en vertu de l'art. 102 al. 2 CP coexiste aussi avec les autres responsabilités sans faute calquées sur l'art. 7 DPA mais prévoyant une limite plus élevée, par exemple en vertu de l'art. 49 LFINMA.

72 Chappuis, p.91 ss (*supra*).

73 Dans le même sens, Hilf, Bankstrafrecht, p. 27 ; Jeanneret, PJA 2004, p. 918 s. ; CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 40 et 44 ; BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 56 ss ; Pieth, RPS 2001, p. 14 ; Schmid, FS Forstmoser, p. 772 s., en particulier N 48 ; Stratenwerth, AT I, § 13, N 185 ; Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar, Art. 102 N 8.

identifiée. Ainsi, pour prendre un exemple, si un blanchiment a été commis par négligence et que l'individu n'est donc pas punissable au regard de l'art. 305bis CP qui exige l'intention, l'on ne saurait imputer l'infraction à l'entreprise, car on contreviendrait ainsi à la volonté claire du législateur qui a délibérément renoncé à réprimer le blanchiment d'argent par négligence.

La question est néanmoins controversée : sans se mettre totalement en porte-à-faux par rapport à ce qui vient d'être dit, certains auteurs estiment que l'intention, ou tout au moins *la négligence*, peut être *réalisée collectivement*, dans le sens que les bribes de connaissance et de volonté fragmentées des personnes physiques au sein de l'entreprise peuvent être additionnées[74]. D'autres, dont nous sommes, s'opposent à cette construction collective de la faute[75] qui dilue les éléments subjectifs de l'infraction de manière à les étendre au-delà de ce que les contours dessinés dans la partie spéciale permettent, ce qui nous paraît contraire au principe de la légalité.

2. *Le contexte des activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise*

L'infraction doit être commise dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de l'entreprise, ce qui exclut les actes purement privés de l'agent commettant.

Il faut donc un lien fonctionnel entre l'infraction et les risques typiquement liés aux activités conformes aux buts de l'entreprise, critère qu'il convient de ne pas interpréter trop étroitement.

3. *L'intégration de l'agent commettant à l'entreprise*

L'agent commettant doit agir *au sein* de l'entreprise, par quoi il faut entendre qu'il est *intégré hiérarchiquement à son organisation*[76]. L'entreprise répond donc non seulement des actes de ses organes de droit et de fait ou de ses associés, mais aussi de tous ses employés, même subalternes[77]. Les actes d'un

---

74 Donatsch / Tag, Strafrecht I, p. 397 s.; Heine, recht 2005, p. 6; Heine, RPS 2003, p. 32 ss; Pieth, RPS 2003, p. *361;* Forster, thèse, p. 183 s. (partage cet avis, mais uniquement pour la négligence).

75 CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 40, 41, 43 et 52; BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 62; Schmid, FS Forstmoser, p. 773; Stratenwerth, AT I, § 13, N 185, n. 292; Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar, Art. 102 N 8.

76 Donatsch / Tag, Strafrecht I, p. 395; BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 65 s.; CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 28; TF, 6B_442/2013 du 26 août 2013, p. 7.

77 Forster, thèse p. 155 s.; CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 28; Macaluso, thèse, N 728; BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 66.

mandataire externe, par exemple d'un avocat externe, ne sauraient lui être imputés[78]. Il se peut, en revanche, que le mandataire externe bénéficie de la participation à titre principal ou accessoire d'une personne interne, qui serait alors imputable à l'entreprise.

Les *succursales* font partie de l'organisation de l'entreprise. Un manque d'organisation ou un défaut de mesures préventives localisés dans la succursale peuvent aussi être reprochés à l'établissement principal. Dès lors, c'est *l'entreprise toute entière* qui encourt la responsabilité[79]. Cela vaut aussi pour les *succursales des entreprises étrangères*, étant précisé que le lieu de commission de l'infraction et celui où se situe le manque d'organisation de la succursale fondent la compétence pour juger l'entreprise étrangère sur la base du seul droit suisse (art. 3 et 8 CP).

La question de savoir si, en cas d'« *outsourcing* », l'activité externalisée est réputée commise « au sein » de l'entreprise qui la délègue a été examinée par la doctrine. Les auteurs admettent en général qu'il est possible, dans certains cas, d'imputer à l'entreprise l'infraction commise dans l'activité externalisée[80]. Les critères énoncés varient : certains exigent que la société *outsourçante* et la société d'*outsourcing* « apparaissent comme une entreprise unitaire du point de vue économique »[81] ; d'autres incluent les actes commis dans le cadre de l'*outsourcing* d'activités servant le but de l'entreprise[82], voire d'activités centrales pour l'entreprise externalisante et la surveillance et le contrôle des risques typiquement inhérents à son exploitation[83].

F. Les groupes de sociétés

Le droit pénal reconnaît la dualité entre la personne morale et son actionnaire. Ainsi, comme c'est le cas en droit civil[84], lorsqu'une société – par exemple une holding – détient le capital-actions d'une autre société sous la forme d'une

78 Donatsch / Tag, Strafrecht I, p. 396 ; CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 29 ; BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 69 et 71 ; Pieth, RPS 2003, p. 360 ; Schmid, FS Forstmoser, p. 772 ; Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar, Art. 102 N 11 ; nuancé, Forster, thèse, p. 156 ss.

79 BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 424. Pour d'autres auteurs, la succursale est l'« entreprise » responsable pour les défauts d'organisation en son sein, mais l'amende est infligée à l'établissement principal (Forster, thèse, p. 146 ; Heiniger, thèse, N 636).

80 Donatsch / Tag, Strafrecht I, p. 396 ; Forster, thèse, p. 158 ss ; BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 73 à 77 ; Pieth, RPS 2003, p. 360 ; Schmid, FS Forstmoser, p. 772 ; Cassani, Actualité, p. 681 ; CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 30 ; Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar, Art. 102 N 11.

81 CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 30.

82 Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar, Art. 102 N 11.

83 Donatsch / Tag, Strafrecht I, p. 396 ; Cassani, Actualité, p. 681.

84 Cf. la contribution de Chappuis, p. 86.

pure participation et *sans intervenir dans la vie sociale* autrement qu'en exerçant ses droits d'actionnaire, elle ne saurait répondre d'infractions commises au sein de cette société[85].

Les liens sont plus étroits dans les groupes de sociétés (« Konzerne »), qui se caractérisent par le fait qu'une société mère réunit, sous une direction unique, une ou plusieurs entités juridiques[86]. Le droit suisse n'aménage pas explicitement les rapports qui en découlent, mais définit la notion de « contrôle » à l'art. 963 al. 2 CO, pour en déduire l'obligation de présenter des comptes consolidés. En vertu de cette disposition, « [u]ne personne morale est réputée contrôler une autre entreprise si elle satisfait à l'une des conditions suivantes : (1) elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême ; (2) elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ; (3) elle peut exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues ».

Les sociétés du groupe restent des entités juridiques distinctes sur le plan civil, et il incombe aux organes de chacune d'entre elles de sauvegarder les intérêts de « leur » société[87]. Néanmoins, estime le Tribunal fédéral, « [s]elon la théorie de la transparence, on ne peut pas s'en tenir dans tous les cas à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale ; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe en réalité pas deux entités indépendantes, du moment que la société est un simple instrument dans la main de son auteur, lequel, économiquement, ne fait qu'un avec elle. On doit dès lors admettre, à certains égards, conformément à la réalité économique, qu'il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'un lient également l'autre »[88].

La question de la « *Konzernhaftung* » se pose également en droit pénal, lorsque la participation au capital-actions s'accompagne du contrôle de la gestion de la société détenue. Lorsque la société mère – appelée aussi « société de contrôle » – pèse sur les décisions des sociétés filles voire petites-filles, de manière à ce que celles-ci apparaissent comme des instruments en ses mains, il paraît légitime de lui imputer une responsabilité pénale pour les infractions commises en leur sein.

---

85 Même résultat, Heiniger, thèse, N 631.
86 Cf. l'ancien art. 663e CO abrogé au 1er janvier 2013.
87 ATF 130 III 213, p. 219 = JT 2004 I 223, p. 228.
88 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_417/2011 du 30 novembre 2011, p. 8 s.

Dans l'hypothèse la plus simple, l'infraction est *commise de concert, par des personnes physiques appartenant à différentes sociétés du groupe*, dont la responsabilité peut alors être construite sur la *norme d'imputation* de l'art. 102 CP. Chaque entité répond de l'infraction commise par la personne physique ayant agi ou omis d'agir fautivement en son sein et de son propre manque d'organisation, sans qu'il ne soit question de « levée du voile ». Ainsi, la responsabilité de chaque société peut être établie sur la base de la coactivité, de la complicité ou de l'instigation fournie par son employé dans la commission d'une infraction par une personne physique ayant agi au sein d'une autre société.

Il se peut aussi que la société mère délègue un *représentant* dans le conseil d'administration de sa filiale (art. 707 al. 3 CO), et que celui-ci reste inactif au regard de la commission d'infractions (au sens de l'art. 102 al. 2 CP)[89]. Cette omission de l'organe de la filiale, envoyée par la société mère dont il est en même temps un agent (organe ou même simple employé), peut être imputée à cette dernière, à condition qu'elle n'ait pas pris les mesures exigibles pour empêcher son représentant de tolérer des pratiques illicites.

Il est également envisageable que des représentants de la société mère agissent comme *organe de facto* de la filiale et endossent ainsi des devoirs de surveillance et de protection[90], dont la violation pourra être imputée à la société mère, pour autant qu'elle n'ait pas pris les mesures d'organisation adéquates pour empêcher son agent de commettre une infraction dans la gestion de la filiale.

Comme le fait observer B. Chappuis dans sa contribution au présent ouvrage[91], les cas de figure examinés ci-dessus ne posent pas tant la question de la responsabilité de groupe que celle de la responsabilité « d'une société déterminée qui assume les conséquences des actes » de ses représentants agissant comme organes d'une autre société. Il en va différemment lorsque l'infraction a *été commise exclusivement par des organes ou collaborateurs d'une filiale*, sans aucune contribution ou abstention contraire à un devoir juridique d'agir de la part d'une personne physique (le cas échéant, non identifiée) qui pourrait être directement rattachée à la société mère ou à une autre société du groupe. C'est dans cette hypothèse que se pose véritablement la question du *« Durchgriff » (« transparence ») pénal*.

Nonobstant leur approche juridique de la notion d'entreprise, Marcel Alexander Niggli et Diego Gfeller estiment que la maison mère répond des

89 Les cas d'application de l'art. 102 al. 1 CP semblent difficilement imaginables dans cet exemple, car le membre du conseil d'administration sera en général identifiable.

90 Cf. la contribution de Chappuis, p. 86 s.

91 Cf. p. 87.

infractions commises au sein de ses filiales, à condition qu'elle exerce une influence sur celles-ci dans les domaines opérationnels[92]. Ce point de vue aboutit au même résultat que celui de Robert Roth, tenant de l'approche économique, qui constate à juste titre que la question se pose essentiellement en termes d'abstention et que la maison mère a un *devoir de garant* en cas de *lien économique étroit* entre les sociétés du groupe[93], impliquant une *maîtrise sur les activités des sociétés filles*[94]. Pour identifier le lien étroit qui définit l'unité économique, la doctrine propose, de manière pertinente, la prise en compte d'un faisceau d'indices dégagés par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, dont «l'importance de la participation, le pouvoir de donner des instructions, l'intégration des structures de direction, l'identité des dirigeants, voire les apparences créées et la confiance suscitée»[95]. La société mère peut alors se voir reprocher le défaut d'organisation de sa fille[96]. On peut même imaginer des configurations dans lesquelles une *société sœur* serait responsable du manque d'organisation ou de l'absence de mesures préventives qui fondent l'imputation[97]. Ce fut le cas dans l'affaire Alstom, dans laquelle l'ordonnance pénale précitée rendue par le Ministère public de la Confédération retient qu'Alstom Network Schweiz AG remplissait des fonctions de «*compliance*» centrales pour l'ensemble du groupe et répondait dès lors d'actes de corruption commis dans les affaires de ses sœurs[98].

Heiniger se distingue de la doctrine dominante en préconisant un *modèle plus intégré*, accentuant l'approche économique et renonçant à la notion de position de garant. Selon lui, les filiales font partie de l'entreprise de la société mère, car il n'y a pas de différence, sous l'angle économique, entre la situation de la maison mère qui passe par les services internes et celle qui passe par ses filiales. Dans les deux cas, il s'agirait d'un moyen de réaliser le but statutaire[99]. Dès lors, la maison mère répondrait de son «entreprise» toute entière, constituée en groupe[100]; la filiale répondrait cumulativement, pour autant qu'elle soit encore reconnaissable comme entité subordonnée, mais séparée, que l'infraction soit soumise à l'art. 102 al. 2 CP et que l'on puisse lui reprocher de ne pas avoir pris des mesures préventives exigibles d'elle[101].

---

92 BSK StGB I-Niggli / Gfeller, Art. 102 N 75 et 423.

93 Roth, Nouvel acteur, p. 86 ss; Roth, RPS 1997, p. 369 s. et, *à sa suite*, Macaluso, thèse, N 575 ss; CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 19.

94 Roth, Nouvel acteur, p. 88.

95 CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 19; dans le même sens, Forster, thèse, p. 135 s.; Roth, Nouvel acteur, p. 87.

96 CR CP I-Macaluso, Art. 102 N 19.

97 Forster, thèse, p. 133 s. et 98 ss.

98 Ordonnance pénale du 22 novembre 2011 (précitée, n. 35 *supra*), ch. 4 et 15.

99 Heiniger, thèse, N 447.

100 Heiniger, thèse, N 461 ss.

101 Heiniger, thèse, N 482 ss, 527.

En l'état actuel du débat en droit pénal, la théorie développée par H. Peter et F. Cavadini-Birchler[102], commentée favorablement par B. Chappuis dans sa contribution au présent ouvrage[103], ne semble pas avoir fait d'émules. Si l'on devait admettre l'existence d'une société simple entre la mère et les filles d'un groupe de sociétés en dépit du fait qu'il y a un rapport de contrôle entre l'une et les autres, la pertinence de ce raisonnement n'en resterait pas moins douteuse en droit pénal. En effet, la société simple se voit certes imputer les infractions des associés au regard de l'art. 102 al. 4 lit. c CP ; toutefois, dans un groupe de sociétés, ces dernières sont elles-mêmes des personnes juridiques incapables de commettre une infraction. La construction de la responsabilité du groupe supposerait donc une imputation en deux temps, d'abord à la société anonyme membre du groupe et ensuite à la société simple. Cette construction ne nous paraît pas couverte par l'art. 102 CP.

IV. Conclusion

En optant pour la responsabilité pénale soit subsidiaire (art. 102 al. 1 CP) soit directe et parallèle (art. 102 al. 2 CP) de l'entreprise, le législateur suisse a choisi deux modèles fort éloignés du droit civil. Ces modèles diffèrent aussi du modèle d'identification prédominant sur le plan supranational, qui s'inspire de paradigmes civilistes en construisant la faute sociale sur celle des organes.

La responsabilité pénale de l'individu reste au premier plan et est le plus souvent exclusive en droit suisse. En effet, le régime principal de la responsabilité subsidiaire, applicable à la très grande majorité des infractions, se réduit à un pis-aller évitant l'impunité dans une constellation spécifique, soit lorsque les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction peuvent être établis, mais non l'identité de l'auteur. La faiblesse dogmatique de ce concept a été délibérément choisie par le législateur, qui était très réticent à l'idée de la responsabilité pénale de l'entreprise. Le régime direct de l'art. 102 al. 2 CP, plus solide mais réservé à quelques infractions seulement, a été introduit sous la pression des conventions internationales, ce qui n'empêche pas sa conformité aux exigences internationales d'être remise en question par les experts, notamment ceux de l'OCDE[104], au motif que la responsabilité peut être éludée par la prise de mesures préventives adéquates.

---

102 Peter / Birchler, RSDA 1998 113 ss ; Peter / Cavadini Birchler, Groupes de sociétés (*in toto*).

103 Chappuis, p. 88.

104 OCDE, Suisse : Phase 2 : rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, 2004, ch. 22, 105 à 113 ; voir en particulier le commentaire sous ch. 113.

La responsabilité pénale des chefs de l'entreprise – dont le cercle a été tracé largement par la jurisprudence[105] – reste souvent le seul fondement d'une peine susceptible de sanctionner des pratiques et politiques entrepreneuriales illicites au sein de l'entreprise. Toutefois, pour que la jurisprudence fondée sur le défaut d'organisation puisse déployer toute sa portée, il faut que l'infraction reprochée aux chefs réprime la négligence, ce qui est rare dans le domaine des infractions économiques réprimées par le code pénal, mais plus fréquent en matière de législation accessoire.

Il reste à espérer que la pratique surmontera ses réticences envers les dispositions gouvernant la responsabilité pénale de l'entreprise et que les concepts aujourd'hui encore flous seront raffermis et développés par les tribunaux, en attendant que l'ouvrage soit remis sur le métier du législateur.

105 En particulier dans l'arrêt Von Roll commenté p. 110 ss.

Liste des ouvrages cités

Ackermann Jürg-Beat, « § 4 Tatbestandsmässigkeit », in Ackermann Jürg-Beat / Heine Günter (édit.), *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch*, Berne (Staempfli) 2013 (cité : WStR-Ackermann).

Ackermann Jürg-Beat, « Unterlassungsrisiken in der Unternehmensleitung – am Beispiel der Geldwäscherei », in Ackermann/Hilf (édit.), *Geldwäscherei – Asset Recovery, 6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht*, Zurich 2012, p. 133-173 (cité : Unterlassungsrisiken).

Augsburger-Bucheli Isabelle / Perrin Bertrand, « Les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires, au sens de l'article 100quater alinéa 2 du Code pénal suisse, que doivent prendre les entreprises exportatrices pour empêcher la corruption d'agents publics étrangers », in Zen-Ruffinen (édit.), *Du monde pénal. Droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale. Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Bâle, Genève, Munich 2006, p. 57-70.

Beccaria Cesare, *Des délits et des peines*, traduction Collin de Plancy, Paris, Flammarion, 1979.

Bueno Nicolas, « Nr. 48 Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours pénale, Arrêt du 17 septembre 2013 dans la cause J. contre Procureur général adjoint du canton de Vaud – PE12.010550 », in forumpoenale 2014 258-262 (cité : forumpoenale 2014).

Cassani Ursula, « Sur qui tombe le couperet du droit pénal ? Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise », in Thévenoz/Bovet (édit.), *Journée 2008 de droit bancaire et financier*, Publication du Centre de droit bancaire et financier (CDBF), Genève 2009, p. 53-81 (cité : Responsabilité).

Cassani Ursula, « Droit pénal économique 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption) », in Fellmann/Poledna (édit.), La pratique de l'avocat 2005, Berne 2005, p. 671-709 (cité : Actualité).

Cassani Ursula, « Infraction sociale, responsabilité individuelle : de la tête, des organes et des petites mains », in Berthoud (édit.), *Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Publication CEDIDAC n° 49, Lausanne 2002, p. 43-75 (cité : Infraction sociale).

Donatsch Andreas, « Interaktion zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit : aus materiellstrafrechtlicher und prozessualer Sicht », in Weber/Isler (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensstrafrecht IV*, Zurich 2008, p. 147-161.

Donatsch Andreas, « Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat », in RPS 2002 1-25.

Donatsch Andreas / Blocher Félix, « Outsourcing im Strafverfahren », in RPS 2008 347-363 (cité : RPS 2008).

Donatsch Andreas / Blocher Félix, « Zur strafrechtlichen Organisationspflicht des Geschäftsherren », in Breitschmid/Portmann/Rey/Zobl (édit.), *Grundfragen der juristischen Person : Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag*, Berne 2007, p. 51-69.

Donatsch Andreas / Tag Brigitte, *Strafrecht I, Verbrechenslehre*, 9e éd., Zurich 2013 (cité : Strafrecht I).

Eicker Andreas, « Haftung für Dritte : Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB », in PJA 2010 679-688.

Forster Matthias, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, thèse, Berne 2006 (cité : thèse).

Garbarski Andrew M., « L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif : éléments de droit matériel et de procédure », in RPS 2012 409-446.

Garbarski Andrew M., *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, thèse, Zurich 2006.

Garbarski Andrew M. / Macaluso Alain, « La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif », in PJA 2008 833-846 .

Geiger Roman, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht : Aufgezeigt am Beispiel der Geldwäschereibekämpfung im Private Banking einer Bank AG, thèse, Zurich 2006.

von Gleichenstein Nikodemus, *Strafrechtliche Bankhaftung : Anforderungen an organisatorische Vorkehren der Banken zur Verhinderung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 102 StGB*, thèse, Berne 2011 (cité : thèse).

Godenzi Gunhild / Wohlers Wolfgang, « Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers : Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung ? », in Cavallo/Hiestand/Blocher/Arnold/Käser/Caspar/Ivic (édit.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis*, Zurich 2012, p. 223-247 (cité : Compliance Officer).

Graven Philippe, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même », in SJ 1985 497-523 (cité : SJ 1985).

Hauri Kurt, *Verwaltungsstrafrecht (VStrR) (Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht). Motive – Doktrin – Rechtsprechung*, Berne 1998.

Heine Günter, « Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht : Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen », in Niggli/Amstutz (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen : Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Bâle 2007, p. 93-124 .

Heine Günter, « Straftäter Unternehmen : das Spannungsfeld von StGB, Verwaltungsstrafrecht und Steuerstrafrecht », in recht 2005 1-10 (cité : recht 2005).

Heine Günter, « Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100quater f.), Entwicklung und Grundproblematik », in RPS 2003 24-45 (cité : RPS 2003).

Heine Günter, « Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften », in RPS 2001 22-39 (cité : RPS 2001).

Heiniger Matthias, *Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Die strafrechtliche Erfassung eines wirtschaftlichen Phänomens*, thèse, Berne 2011 (cité : thèse).

Hilf Marianne Johanna, « Bankstrafrecht : Die Strafbarkeit der Mitarbeitenden des Managements, der Bank : am Beispiel der ungetreuen Geschäftsbesorgung und Privatbestechung im Zusammenhang mit Bestandespflegekommissionen », in Emmenegger (édit.), *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, Bâle 2014, p. 15-52 (cité : Bankstrafrecht).

Jean-Richard-dit-Bressel Marc, *Das Desorganisationsdelikt, Art. 102 Abs. 2 StGB im internationalen Kontext*, Zurich, St-Gall 2013.

Jeanneret Yvan, « La responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de la circulation routière », in PJA 2004 917-926 (cité : PJA 2004).

Koller Thomas, « Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht ? », in RSJ 1996 409-412.

Kolly Gilbert, in Roth/Moreillon (édit.), *Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP*, Bâle 2009 (cité : CR CP I-Kolly).

Macaluso Alain, « Infractions de corruption dans l'entreprise : aperçu critique du droit positif suisse et perspectives », in RPS 2012 23-38.

Macaluso Alain, *La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaire des art. 100quater et 100quinquies CP*, thèse, Genève, Zurich, Bâle 2004 (cité : thèse).

Macaluso Alain, in Roth/Moreillon (édit.), *Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP*, Bâle 2009 (cité : CR CP I-Macaluso).

Macaluso Alain / Garbarski Andrew, Arrêt du 21 juillet 2014 dans la cause X. contre le Ministère public central du canton de Vaud – 6B_7/2014, forumpoenale 2014, 332 ss (cité : forumpoenale 2014).

Niggli Marcel Alexander / Gfeller Diego R., in Niggli/Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3e éd., Bâle 2013 (cité : BSK StGB I-Niggli / Gfeller).

Niggli Marcel Alexander / Maeder Stefan, « § 8 Unternehmensstrafrecht », in Ackermann/Heine (édit.), *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch*, Berne 2013, p. 163-201.

Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3e éd., Bâle 2013.

Oertle Markus, *Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht : unter besonderer Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)*, thèse, Zurich 1996 (cité : thèse).

Peter Henry / Cavadini-Birchler Francesca, *Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples : une duplique*, in Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis : Festschrift für Roland von Büren, Bâle p. 131 ss (cité : Groupes de sociétés).

Peter Henry / Birchler Francesca, *Les groupes de sociétés sont des sociétés simples*, in RSDA 1998, p. 113 ss (cité : RSDA 1998).

Pieth Mark, « Risikomanagement und Strafrecht : Organisationsversagen als Voraussetzung der Unternehmenshaftung », in Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (édit.), *Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Bâle 2004, p. 597-616 (cité : Risikomanagement).

Pieth Mark, « Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens », in RPS 2003 353-375 (cité : RPS 2003).

Pieth Mark, « Internationale Anstösse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz », in RPS 2001 1-17 (cité : RPS 2001).

Popp Peter, « Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung », in recht 2003 21-33.

Roth Robert, « Une responsabilité sans culpabilité ? L'entreprise, la « faute d'organisation » et le droit pénal », in SJ 2003 II 187-207.

Roth Robert, « L'entreprise, nouvel acteur pénal », in Berthoud (édit.), *Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Publication CEDIDAC n° 49, Lausanne 2002, p. 77-105 (cité : Nouvel acteur).

Roth Robert, « Responsabilité pénale de l'entreprise : modèles de réflexion », in RPS 1997 345-381 (cité : RPS 1997).

Roth Robert, *Rapport sur la responsabilité de la personne morale à l'intention de l'Office fédéral de la justice*, 1996 (non publié).

Schmid Niklaus, « Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches », in von der Crone/Weber/Zäch/Zobel (édit.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, Zurich 2003, p. 761-781 (cité : FS Forstmoser).

Schmid Niklaus, « Strafbarkeit des Unternehmens : die prozessuale Seite », in recht 2003 201-224 (cité : recht 2003).

Schmid Niklaus, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Revisors*, Zurich 1996.

Schmid Niklaus, « Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen », in RPS 1988 156-189 (cité : RPS 1988).

Schmid Niklaus, « Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereiche der Aktiengesellschaft », in RSDA 1974 101-119.

Schubarth Martin, « § 9 Konzernstrafrecht », in Ackermann/Heine (édit.), *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch*, Berne 2013, p. 203-210 (cité : WStR-Schubarth).

Schubarth Martin, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil. Bd. 1 : Delikte gegen Leib und Leben. Art. 111-136 StGB*, Berne 1982 (cité : Kommentar).

Schubarth Martin, « Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn », in RPS 1976 370-396 (cité : RPS 1976).

Schwob Renate, « La loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif », in FJS 1985 1288-1290.

Seelmann Kurt, in Niggli/Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 3e éd., Bâle 2013 (cité : BSK StGB I-Seelmann).

Stratenwerth Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 4e éd., Berne 2011 (cité : AT I).

Trechsel Stefan / Jean-Richard-dit-Bressel Marc, in Trechsel/Pieth (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2e éd., Zurich, St-Gall 2012 (cité : Trechsel / Jean-Richard-dit-Bressel, Praxiskommentar).

Vest Hans, « Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn », in RPS 1988 288-311 (cité : RPS 1988).

Wiesener Axel, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Francfort 1971.

Wohlers Wolfgang, « Die Strafbarkeit des Unternehmens », in RSJ 2000 381-390.

Travaux préparatoires

Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787 ss (cité : FF 1999).

Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur le casier judiciaire du 20 juin 2014, FF 2014 5525 ss (cité : FF 2014).

Modification du code pénal et du code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise, Avant-projet et Rapport explicatif du DFJP, mars 1991 (cité : Avant-projet 1991).

La prescription civile et pénale

Frédéric Krauskopf* & Yvan Jeanneret**

Table des matières

I. Introduction 138

II. La prescription : un bref rappel 138
A. En droit civil 138
1. Nature, *ratio legis* et effets 138
2. Les délais de prescription (en pleine mutation) 139
3. L'interruption de la prescription 143
4. La renonciation à la prescription 146
5. La modification du délai de prescription 147
B. En droit pénal 149
1. Nature, *ratio legis* et effets 149
2. Les délais de prescription 150
3. Le *dies a quo* 153
4. Le *dies ad quem* 156
5. L'application *ratione temporis* 159

III. L'application de la prescription pénale à l'action civile (art. 60 al. 2 CO) 160
A. Généralités 160
B. En cas de condamnation, de non-entrée en matière et d'acquittement au pénal 161
C. Lorsqu'aucune procédure pénale n'a été introduite 162

IV. L'imprescriptibilité 162
A. L'imprescriptibilité : une notion en expansion 162
B. Effet de l'imprescriptibilité de l'action pénale sur la créance civile ? 163

V. Les délais de prescription remis en cause par la CourEDH 164
A. L'Arrêt de la CourEDH du 11 mars 2014 164
1. Synthèse de l'arrêt 164
2. Conséquences en droit suisse et réformes en cours 165
B. Cet arrêt a-t-il des conséquences en droit pénal ? 166

VI. L'interruption de la prescription civile en procédure pénale par… 167
A. …la constitution de partie plaignante 167
B. …la prise de conclusions civiles par adhésion 168
C. …le sort des conclusions civiles : jugement au fond ou renvoi au juge civil 168

VII. Conclusion 169

Liste des ouvrages cités 170

* Professeur à l'Université de Berne.
** Professeur aux Universités de Neuchâtel et Genève, avocat au barreau de Genève.

I. Introduction

Le droit civil et le droit pénal connaissent tous deux l'institution de la prescription. Bien que les fondements de celle-ci et la réglementation qui la gouverne présentent de nombreuses différences entre civil et pénal, ce domaine constitue un thème autour duquel les deux notions peuvent s'interpénétrer par l'effet de la passerelle que crée trace, notamment, l'art. 60 al. 2 CO[1]. Tel est l'objet de la présente contribution qui, après un rappel des principes, tend à examiner les liens existant entre la prescription au sens civil et pénal du terme.

II. La prescription : un bref rappel

A. En droit civil

1. *Nature*, ratio legis *et effets*

Hormis l'exception de l'imprescriptibilité (à ce sujet, cf. ch. IV ci-dessous), chaque créance en dommages-intérêts se prescrit au bout d'un certain temps. Une fois la prescription acquise, le débiteur est en droit de refuser l'exécution de la créance en invoquant l'exception de prescription pour autant qu'il n'ait pas renoncé à celle-ci. En d'autres termes, la prescription ne fait que paralyser le droit d'action lié à la créance qu'elle atteint, laquelle n'en subsiste pas moins en tant qu'obligation « naturelle » ou « imparfaite »[2]. Si le créancier fait valoir sa créance devant le juge, celui-ci se prononcera sur l'exception de prescription dans la mesure où le débiteur la soulève (art. 142 CO) et, s'il l'admet, déboutera le créancier de sa demande[3].

La prescription civile se justifie par le but de mettre le débiteur à l'abri d'une action du créancier qui n'interviendrait que très tardivement et à laquelle le débiteur ne s'attendait plus : « au terme d'une période facilement déterminable, la personne impliquée dans la survenance d'un événement dommageable ou ses héritiers doivent pouvoir se sentir à l'abri de prétentions juridiques »[4]. Les délais de prescription imposent donc au créancier d'agir envers le débiteur sans trop attendre lorsque sa créance est devenue exigible. Du

1 Code des obligations (RS 220).

2 ATF 133 III 6, consid. 5.3.4 ; 123 III 213, consid. 5b/bb.

3 ATF 99 II 185, consid. 2b ; cf. également ATF 133 III 6, consid. 5.3.4 ; 119 II 368, consid. 5a ; arrêt du TF 4C.366/2002 du 31 janvier 2003 consid. 2.2 et 2.5 (précision : même en présence d'une créance prescrite, le débiteur peut avoir un intérêt juridique actuel à une action en constatation de l'inexistence de ladite prétention).

4 ATF 133 III 6, consid. 5.3.5 ; cf. également ATF 134 III 294, consid. 2.1.

point de vue du débiteur, cela signifie aussi qu'il n'est pas tenu de conserver des moyens de preuve sans limite dans le temps[5].

Au-delà des intérêts privés du débiteur[6], la prescription répond également à un intérêt public, à savoir celui de la securité juridique : « Das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit und am gesellschaftlichen Frieden verlangt, dass gewöhnliche Forderungen, die nicht geltend gemacht werden, nach einer gewissen Zeit nicht mehr durchgesetzt werden können. Es schadet der Rechtssicherheit, wenn Streitigkeiten über Forderungen möglich bleiben, deren Entstehung oder Erlöschen wegen einer durch Zeitablauf verursachten Beweisschwierigkeit nicht mehr zuverlässig feststellbar sind »[7]. La question de savoir lequel des deux buts – la protection du débiteur ou la sécurité juridique – prime sur l'autre, occupe bien les esprits académiques[8], mais elle semble être sans grande portée pour la pratique. Le Tribunal fédéral, quant à lui, désigne à tour de rôle l'un de ces deux buts comme étant le premier fondement de la prescription[9].

Alors que la prescription ne touche pas l'existence d'une créance, mais affecte uniquement le droit d'action qui est lié à cette créance, la péremption, prévue dans plusieurs lois spéciales régissant la responsabilité civile (p. ex. art. 10 LRFP[10], art. 20 LRCF[11]) et qui poursuit les mêmes buts que la prescription[12], s'attaque directement à la créance et l'anéantit, de sorte que le créancier perd sa prétention[13]. Contrairement aux délais de prescription (art. 134 ss CO), les délais de péremption ne peuvent être ni suspendus, ni interrompus[14].

2. *Les délais de prescription (en pleine mutation)*

Le droit privé suisse connait une multitude de délais de prescription qui s'étendent d'une année à trente ans. Dans la pratique, les délais de prescription posent en particulier deux problèmes distincts, à savoir la durée des délais

5 Cf. ATF 90 II 428, consid. 8.
6 A ce sujet, cf. CR CO I-Pichonnaz, art. 127 n. 3.
7 ATF 90 II 428, consid. 8 ; cf. également ATF 137 III 16, consid. 2.1.
8 Cf. p. ex. Pichonnaz, Réflexions, p. 147 ; Krauskopf, Personenschäden, p. 144.
9 Cf. p. ex. d'une part ATF 133 III 6, consid. 5.3.5 : « La prescription est une institution qui vise avant tout à protéger efficacement les intérêts privés du débiteur », et d'autre part ATF 137 III 16, consid. 2.1 : « Das Gesetz sieht die Verjährung in erster Linie um der öffentlichen Ordnung willen vor ».
10 Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993 (RS 221.112.944).
11 Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (RS 170.32).
12 Cf. ATF 136 II 187, consid. 7.4.
13 Cf. Chappuis, Péremption, p. 108 ss.
14 ATF 136 II 187, consid. 6.

d'une part et le point de départ des délais d'autre part. Ces deux problèmes sont essentiellement liés au phénomène du dommage différé (ou dommage tardif) qui se présente lorsqu'il s'agit de créances en dommages-intérêts résultant d'une lésion corporelle qui ne se manifeste que longtemps après l'acte dommageable. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'il s'agisse de la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle, les créances en dommages-intérêts se prescrivent en principe au plus tard par dix ans à partir du fait dommageable, conformément à l'art. 60 al. 1 CO pour la responsabilité délictuelle et à l'art. 127 CO pour la responsabilité contractuelle[15]. Il arrive donc que l'action en dommages-intérêts d'un lésé soit frappée par la prescription bien avant que celui-ci ne soit en mesure de s'apercevoir du dommage qui lui a été causé[16]. Cette situation – bien souvent dénoncée par la doctrine[17] – dérange et a suscité des réactions et propositions de solutions à différents niveaux :

Sur le plan politique, c'est précisément le problème de la prétention en dommages-intérêts déjà prescrite au moment de la première apparition du dommage qui a été l'élément déclencheur de la révision du droit de la prescription en cours. Pour rappel, en 2006, deux initiatives parlementaires demandaient que le droit de la responsabilité civile soit modifié, de sorte que les délais de prescription applicables aux actes illicites en général ou à certains faits en particulier soient prolongés pour qu'une action en dommages-intérêts puisse être introduite même si un dommage se produit à long terme[18]. Par la

15 Pour la responsabilité délictuelle, cf. ATF 136 III 187, consid. 7.4.4 ; pour la responsabilité contractuelle, cf. ATF 137 III 16, consid. 2.3 ; pour la situation différente de l'indemnisation selon la LAVI (Loi sur l'aide aux victimes, RS 312.5) cf. ATF 140 II 7, consid. 3 (*in casu* application de l'art. 2 al. 1 de l'ancienne LAVI du 4 octobre 1991) ; à titre illustratif, cf. également arrêt du TF 4A_103/2009 du 27 avril 2009, consid. 2.2.2 et 2.2.3, concernant la prescription de la responsabilité civile de l'avocat envers son client pour n'avoir pas agi avant l'échéance du délai de prescription, et l'analyse de cet arrêt de Krauskopf, Verjährung, p. 273 ss.

16 ATF 137 III 16, consid. 2, ainsi que ATF 136 II 187, consid. 7 (concernant les dommages causés par l'exposition à l'amiante) ; 106 II 134 (138), consid. 2 (concernant le dommage dû à l'exposition à des radiations ionisantes) ; 87 II 155 (160), consid. 3a (concernant le dommage causé par une erreur médicale) ; cf. également ATF 119 II 216 (219 s.), consid. 4 ; 100 II 339 (343), consid. 2b ; 90 II 428 (440), consid. 9.

17 Cf. les critiques et les propositions notamment de Berti, Verjährung, p. 16 ss et 27 s. ; Chappuis / Werro, Prescription, p. 140 ss ; Husmann / Aliotta, REAS 2010, 130 ss ; Krauskopf, SJ, p. 2 ss ; Pichonnaz, Besoin de réforme, p. 71 ss et 93 ss ; Seiler, Verjährung, p. 115 ss ; Werro, RC, n. 1540 ss ; Werro, RDS 2003, p. 372 ss ; Widmer Lüchinger, Verjährung, p. 464 ss ; une analyse comparative de Zimmermann / Kleinschmidt, Verjährung, p. 889 ss, a révélé des divergences importantes entre les droits nationaux pour ce qui est de la prescription en cas de dommages différés.

18 Initiative parlementaire 06.404 « Délais de prescription en matière de responsabilité civile », déposée le 15 mars 2006 par Bea Heim, Conseillère nationale ; Initiative parlementaire 06.473 « Victimes de l'amiante. Combler les lacunes dans la législation actuelle » déposée le 6 octobre 2006 par Filippo Leutenegger, Conseiller national.

suite, les chambres fédérales ont adopté, en 2008, une motion intitulée « Délais de prescription en matière de responsabilité civile » et ont chargé le Conseil fédéral « de réviser le droit de la responsabilité civile, afin que les délais de prescription soient prolongés pour qu'une action en dommages-intérêts puisse être introduite même si un dommage se produit à long terme »[19]. A la fin août 2011, un avant-projet concernant le droit de la prescription a été envoyé en consultation[20]. Cet avant-projet contenait une révision étendue du droit de la prescription. Selon le rapport « Synthèse des résultats de la consultation », publié en août 2012, l'avant-projet a suscité des réactions mitigées[21].

En comparaison avec l'avant-projet de 2011, le projet de loi du 29 novembre 2013 est nettement moins ambitieux[22]. Il ne compose (plus) que six nouvelles dispositions générales du droit de la prescription ainsi qu'un certain nombre de dispositions spéciales. Aussitôt rendu public, ce projet de loi a dû faire face aux critiques de la doctrine[23] et même de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. ch. V ci-dessous). Il a pourtant été adopté par le Conseil national avec quelques modifications le 25 septembre 2014[24]. Le projet, tel qu'il a été modifié et décidé par le Conseil national, prévoit une prolongation des délais de prescription de la responsabilité civile extracontractuelle (art. 60 CO) et contractuelle (art. 128a CO) et les définit de la manière suivante[25] :

Art. 60

[1] L'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé.

[1bis] En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, elle se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé.

[2] Si le fait dommageable résulte d'un acte punissable de la personne tenue à réparation, elle se prescrit au plus tôt à l'échéance du délai de prescription de l'action pénale, sans préjudice des alinéas précédents. Si la prescription de l'action pénale ne court

19 Motion 07.3763 « Délais de prescription en matière de responsabilité civile » déposée le 11 octobre 2007 par la Commission des affaires juridiques du Conseil national.

20 « https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vorentw-f.pdf », consulté le 9 septembre 2015.

21 « https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/ve-ber-f.pdf », consulté le 9 septembre 2015.

22 Cf. FF 2014, 221 ss (message du Conseil fédéral) et 273 ss (projet de loi).

23 Le forum « Neues Verjährungsrecht – Zielgerade oder Sackgasse ? », in : REAS 2014, p. 66 ss, est entièrement consacré à ce projet de loi et traite des six nouvelles dispositions générales que le projet prévoit. Cf. en particulier la critique virulente de Widmer, REAS 2014, p.69 ss.

24 BO CN 2014, p. 1760 ss.

25 « http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2013/20130100/N11%20F.pdf », consulté le 9 septembre 2015.

plus parce qu'un jugement de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt par trois ans à compter de la notification du jugement.

Art. 128a

En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles résultant d'une faute contractuelle, l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé.

Le projet de loi a été transmis au Conseil des Etats. Selon un communiqué de presse de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 11 février 2014, la commission est entrée en matière sans opposition sur le projet de loi[26]. La discussion par article devrait être terminée à la fin de l'année 2015[27].

Afin de pallier la situation insupportable des victimes de l'amiante, dont les créances en dommages-intérêts à l'encontre des responsables sont prescrites ou périmées depuis longtemps, est également proposée la création d'un fonds d'indemnisation qui couvre les dommages résultant de maladies et de décès liés à l'amiante, pour autant qu'une couverture provenant d'autres sources fasse défaut[28]. Le 14 août 2014, la Commission des affaires juridiques du Conseil National a déposé une motion (nº 14.3664) intitulée « Un fonds pour une indemnisation juste des victimes de l'amiante » comportant le texte suivant: « Le Conseil fédéral est chargé de créer un fonds permettant une indemnisation complète selon le droit de la responsabilité civile des victimes de l'amiante qui n'ont pu obtenir de réparation, ou seulement une réparation incomplète, auprès d'un responsable civil ou contractuel en raison de l'écoulement du temps. Le Conseil fédéral pourra déterminer les conditions précises d'obtention d'une indemnisation. Le Conseil fédéral choisira en outre le mode de financement du fonds le plus adapté »[29]. Dans sa prise de position du 29 octobre 2014, le Conseil fédéral proposait de rejeter la motion. La motion devrait être traitée par le Conseil National au courant de l'année 2015.

Enfin, dans le projet de loi « CO 2020 »[30] créé par les membres du groupe de recherche « Code des obligations 2020 », à savoir 23 professeurs d'université, et qui propose une partie générale du CO entièrement refaite, les délais de prescription sont également sensiblement plus longs que ceux du CO en vigueur. Il prévoit un régime de prescription « généralisé » pour toute

---

26 « http://www.parlament.ch/f/mm/2015/Pages/mm-rk-s-2015-02-11.aspx », consulté le 9 septembre 2015.

27 « http://www.parlament.ch/f/mm/2015/Pages/mm-rk-s-2015-09-02.aspx », consulté le 9 septembre 2015.

28 Cf. Zimmermann / Kleinschmidt, Verjährung, p. 902 ss.

29 « http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20143664 », consulté le 9 septembre 2015.

30 « http://or2020.ch/ », consulté le 9 septembre 2015.

créance qui se compose d'un délai relatif de trois ans et d'un délai absolu de dix ans[31]. Le point de départ du délai de prescription relatif est le moment où le créancier connaissait ou aurait dû connaître la personne du débiteur et le fondement de la créance (art. 149 al. 1 «CO 2020»). Le délai de prescription absolu de dix ans, quant à lui, commence à courir dès l'exigibilité de la créance quelle que soit la connaissance que le créancier a de sa créance (art. 149 al. 2 «CO 2020»). En cas de créances résultant de lésions corporelles ou de dommages à l'environnement, l'art. 150 «CO 2020» ne prévoit, en revanche, qu'un seul délai de prescription relatif de trois ans qui commencerait à courir dès le moment où le créancier a connaissance de «la réalisation du dommage et l'auteur de celui-ci». Finalement, l'art. 151 «CO 2020» fixe un «délai maximal» de trente ans, applicable à toutes les créances – donc aussi bien à celles dont la prescription est régie par l'art. 149 «CO 2020» qu'à celles qui tombent sous le coup de l'art. 150 «CO 2020».

3. L'interruption de la prescription

L'interruption de la prescription est réglée aux art. 135 ss CO. L'effet d'une telle interruption est que le délai de prescription recommence à courir dès l'interruption (art. 137 CO). La durée du nouveau délai est la même que celle du délai interrompu, à l'exception des deux cas mentionnés à l'art. 137 al. 2 CO où le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans. A noter que lorsque la prescription est interrompue par l'effet d'une requête en conciliation, d'une action ou d'une exception, elle ne recommence à courir que lorsque la juridiction saisie clôt la procédure (art. 138 al. 1 CO)[32].

Les actes du créancier qui interrompent la prescription de sa créance sont énumérés dans l'art. 135 ch. 2 CO. Selon l'avis du Tribunal fédéral et de la doctrine majoritaire, cette disposition contient une énumération exhaustive[33], de sorte que les parties ne peuvent en créer d'autres par convention[34]. La doctrine majoritaire soutient également que l'art. 135 ch. 2 CO est de nature contraignante, ce qui empêche les parties de convenir d'exclure l'effet interruptif de prescription des actes qu'il énumère[35]. A l'égard des actes interruptifs du

---

31 Pour une analyse détaillée, cf. Krauskopf, REAS, p. 367 ss.

32 Pour ce qui était de la situation avant le 1 janvier 2011, date de l'entrée en vigueur de l'art. 138 al. 1 CO dans sa teneur actuelle, cf. Krauskopf, SJ, p. 17 ss.

33 A laquelle s'ajoute toutefois une petite poignée de dispositions spéciales comme p. ex. les art. 1070 et 1143 ch. 18 CO (qui permettent d'interrompre, par la dénonciation d'instance, la prescription de créances fondées sur une lettre de change ou un chèque).

34 ATF 132 V 404, consid. 4.1 et 5.2: «… dès lors que l'énumération contenue à l'art. 135 ch. 2 CO est exhaustive, il n'y a pas de place en l'espèce pour une réglementation plus large en matière d'interruption de la prescription du fait du créancier»; cf. également CR CO I-Pichonnaz, art. 135 CO n 25.

35 Cf. Krauskopf, SJ, 12 (avec d'autres indications).

créancier selon l'art. 135 ch. 1 CO, il convient de rappeler trois principes de grande portée pour la pratique :

La prescription n'est interrompue que lorsque la poursuite, la requête de conciliation ou l'action sont déposées devant l'autorité compétente et dans les délais et la forme prescrits par la loi[36]. Si la requête de conciliation ou l'action sont retirées ou déclarées irrecevables pour cause d'incompétence ou si la demande n'a pas été introduite selon la procédure prescrite, le demandeur reste exposé au risque de la prescription à moins qu'il réintroduise la demande dans le mois qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent Dans ce cas-là, la demande est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte et c'est cette date qui fait foi pour le début de la litispendance et l'interruption du délai de prescription (art. 63 al. 1 et 2 en relation avec l'art. 64 al. 2 CPC[37])[38].

Lorsque le créancier fait valoir ses droits par une réquisition de poursuite ou par une action devant un tribunal, jurisprudence et doctrine s'accordent pour admettre que la prescription n'est interrompue que jusqu'à concurrence de la somme indiquée[39]. A titre d'exemple : le créancier qui fait valoir les intérêts de sa créance, mais pas la créance en soi, interrompt la prescription uniquement pour les intérêts réclamés, peu importe que le juge doivent d'abord statuer sur la question préjudicielle de l'existence de la créance en capital, avant de pouvoir se prononcer sur les intérêts[40]. Le créancier qui ne connaît pas encore le montant exact de sa créance doit soit interrompre la prescription pour le montant le plus élevé pouvant entrer en ligne de compte, soit accomplir un acte interruptif qui ne nécessite pas l'indication d'un montant chiffré, tel que l'action en paiement non chiffrée (art. 42 al. 2 CO et art. 85 CPC) ou l'action en constatation du fondement juridique de la prétention litigieuse[41].

La notification d'un commandement de payer représente un moyen légal d'interrompre la prescription. Une réquisition de poursuite qui vise uniquement cette fin est donc en règle générale légitime[42]. De ce fait, l'avocat qui, en agissant pour son client, met en poursuite le débiteur de celui-ci, ne saurait

36 A titre d'illustration ATF 132 V 404, consid. 4.1 et 4.3 ; arrêt du TF 5A_362/2013 du 14 octobre 2013, consid. 3.3.

37 Pour la réquisition de poursuite déposée auprès d'un office des poursuites ou un office des faillites incompétent, cf. art. 32 al. 2 LP.

38 Pour un cas d'application concret, cf. arrêt du TF 4A_592/2013 du 4 mars 2014, consid. 3.1 et 3.2.

39 ATF 133 III 675, consid. 2.3.2 (avec d'autres indications) ; cf. également arrêt du TF 5A_741/2013 du 3 avril 2014, consid. 5.1. A propos de l'effet interruptif de l'action en constatation de droit, cf. arrêt du TF 4A_543/2013 du 13 février 2014, consid. 4.2.

40 Arrêt du TF 4C.139/2006 du 15 août 2006, consid. 2.2.

41 Cf. ATF 133 III 675, consid. 2.3.2 ; ATF 119 II 339, consid. 1c/aa ; arrêt du TF 4A_543/2013 du 13 février 2014, consid. 4.2.

42 Arrêt du TF 5A_890/2012 du 5 mars 2013, consid. 5.1.

se voir reprocher une violation de l'art. 12 let. a LLCA[43]. Cette disposition impose à l'avocat l'obligation d'exercer sa profession avec soin et diligence, mais cela ne le restreint pas dans son choix du moyen qu'il entend utiliser afin d'empêcher que la créance de son client se prescrive. Il peut donc sans autre mettre en poursuite le débiteur de cette créance sans avis préalable et sans lui avoir d'abord demandé une renonciation à la prescription[44].

Selon l'art. 135 ch. 1 CO, lorsque le débiteur reconnaît sa dette envers le créancier, il interrompt la prescription. Contrairement à l'art. 135 ch. 2 CO, l'énumération des actes interruptifs de prescription figurant à l'art. 135 ch. 1 CO n'est pas exhaustive, mais, comme l'indique le mot « notamment », exemplative[45]. Il n'est pas nécessaire que le débiteur qui reconnaît sa dette ait la volonté ou du moins conscience d'interrompre la prescription. Pour déployer un effet interruptif selon l'art. 135 ch. 1 CO, il suffit d'une manifestation – déclaration ou comportement – du débiteur que le créancier peut, de bonne foi, comprendre comme l'expression du fait qu'il a conscience d'être tenu envers lui par une obligation juridique déterminée[46].

Le projet de loi du 29 novembre 2013 concernant la révision du droit de la prescription[47], ne prévoit pas de modification des dispositions qui règlent l'interruption de la prescription. En revanche, il propose de compléter les six chiffres de l'art. 134 CO (« empêchement et suspension de la prescription ») par deux chiffres supplémentaires, dont l'un, le chiffre 8, mérite d'être cité ici : « La prescription ne court point et, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue pendant les discussions en vue d'une transaction, pendant une médiation ou pendant toute autre procédure extrajudiciaire visant la résolution d'un litige, si les parties en ont convenu par écrit »[48]. Cette disposition devrait rendre l'interruption de la prescription ou la renonciation à la prescription superflue, lorsque les parties à un litige s'engagent dans des discussions en vue d'une transaction, d'une médiation ou de toute autre procédure extrajudiciaire visant la résolution du litige[49]. Cette disposition est sortie indemne des délibérations du Conseil national et fait désormais partie du projet de loi que le Conseil national a adopté le 25 septembre 2014 et transmis au Conseil des Etats[50].

---

43 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (RS 935.61).

44 ATF 130 II 270, consid. 3.2 et 3.3.

45 Cf. Krauskopf, SJ, p. 13.

46 Cf. ATF 134 III 591, consid. 5.2.1 et 5.2.5 ; arrêt du TF 4A_109/2014 du 21 mai 2014, consid. 4.1 ; arrêt du TF 4A_404/2013 du 29 janvier 2014, consid. 4.1 ; arrêt du TF 4A_152/2013 du 20 septembre 2013, consid. 2.3 ; arrêt du TF 4C.206/2001 du 18 octobre 2001, consid. 7c/bb.

47 FF 2014, p. 221 ss.

48 FF 2014, p. 274.

49 FF 2014, p. 246.

50 « http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2013/20130100/N11%20F.pdf », consulté le 9 septembre 2015.

4. La renonciation à la prescription

La renonciation à la prescription est une manifestation de volonté très fréquente dans la pratique par laquelle le débiteur, donnant suite à la demande du créancier, déclare renoncer à exciper de la prescription[51]. Une partie de la doctrine distingue la renonciation à la prescription en soi de la renonciation à se prévaloir de la prescription. Ce qui est visé par la renonciation est cependant toujours la renonciation à invoquer cette exception. Selon le Tribunal fédéral, la durée d'une renonciation ne peut pas dépasser la prescription ordinaire de dix ans prévue à l'art. 127 CO[52].

L'art. 141 al. 1 CO fixe une limite importante à la possibilité du débiteur de renoncer à la prescription : « est nulle toute renonciation anticipée à la prescription ». Dans un arrêt de principe du 13 février 2006, le Tribunal fédéral a clarifié ce qu'il faut entendre par une « renonciation anticipée » interdite par la loi : « Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a voulu seulement prohiber que le débiteur renonce par avance à la prescription de sa créance, c'est-à-dire avant qu'elle ne prenne naissance »[53]. C'est donc la naissance de la créance qui démarque la renonciation anticipée nulle de celle qui est permise[54]. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral précise que l'art. 129 CO (« Les délais de prescription fixés dans le présent titre ne peuvent être modifiés conventionnellement. ») ne s'oppose pas à la renonciation à la prescription, au contraire : une telle renonciation est valable même si elle se rapporte à un délai de prescription du troisième titre du CO, pour autant que la prétention ait déjà pris naissance au moment de la renonciation[55].

Quand bien même d'un point de vue dogmatique on ne saurait assimiler une renonciation à la prescription à une convention de prolongation du délai de prescription (à ce sujet, cf. ch. V ci-dessous), le Tribunal fédéral – dans un souci « de simplification et de clarté ainsi que de compréhension de l'ordre juridique »[56] – attache pourtant les mêmes effets à la renonciation (avant la prescription acquise) qu'à la prolongation du délai de prescription et traite

51 ATF 112 II 231, consid. 3e/bb.

52 ATF 132 III 226, consid. 3.3.8 ; ATF 99 II 185, consid. 2a *in fine* ; arrêt du TF 9C_855/2010 du 8 février 2011, consid. 3.5.

53 ATF 132 III 226, consid. 3.3.7. Bien que cet arrêt traite d'une prétention contractuelle, il comporte des indications – telles que la phrase citée – qui se rapporte à tout type de prétentions.

54 Cf. Gauch, RSJ, p. 533 ; Krauskopf, SJ, p. 9 s. ; CR CO I-Pichonnaz, art. 141 n. 16 ; Pichonnaz, REAS, p. 80 ; *contra* Thévenaz, p. 448 et 452, qui fait une lecture différente de l'arrêt ; selon lui le phrase citée du considérant 3.3.7 signifie que la renonciation à la prescription n'est valable que lorsque le délai de prescription a commencé à courir.

55 ATF 132 III 226, consid. 3.3.7.

56 ATF 95 II 185, consid. 3a.

les deux hypothèses comme une prolongation du délai de prescription[57]. Il semble clair que le Tribunal fédéral a ainsi voulu tenir compte du fait que, dans la pratique, la déclaration de renonciation à la prescription est le plus souvent comprise par les parties en ce sens que l'échéance du délai de prescription est « repoussée » pendant la durée de la renonciation, de sorte que l'interruption de la prescription (p. ex. par le dépôt d'une action en justice) soit possible à tout moment pendant la période de renonciation. En fin de compte, cette jurisprudence efface la distinction entre la renonciation à la prescription et la prolongation du délai de prescription par convention entre les parties et rend incertain le champ d'application de l'art. 129 CO[58].

Dans son projet de loi du 29 novembre 2013[59], le Conseil fédéral suggère de supprimer le premier alinéa de l'art. 141 CO qui règle l'interdiction de la renonciation anticipée et propose de surcroit un nouvel alinéa 1bis [60] :

Art. 141

[1] Le débiteur peut renoncer à soulever l'exception de prescription, à chaque fois pour dix ans au plus, à compter du début du délai de prescription.

[1bis] La renonciation s'effectue par écrit. Seul l'utilisateur des conditions générales peut renoncer dans celles-ci à soulever l'exception de prescription.

Ces deux alinéas, qui ont déjà suscité certaines réactions de la doctrine[61], ont passé le cap du Conseil national sans modification en septembre 2014 et seront délibérés en Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats au courant de l'année 2015[62].

5. *La modification du délai de prescription*

La modification du délai de prescription est en principe admissible selon le droit en vigueur. Il est ainsi possible pour les parties de convenir – même à l'avance puisque l'art. 141 al. 1 CO ne s'applique pas[63] – d'un raccourcissement ou d'une prolongation du délai de prescription de certaines créances[64]. L'autonomie des parties de modifier les délais de prescription prévus par la loi est toutefois soumise à certaines limites :

---

57 Cf. ATF 132 III 226, consid. 3.3.8 ; 95 II 185, consid. 3a ; arrêt du TF 4A_707/2012 du 28 mai 2013, consid. 7.4.2 ; arrêt du TF 9C_104/2007 du 20 août 2007, consid. 8.2.1 ; arrêt du TF 4C.9/1998 du 14 mai 1998, consid. 4a.

58 Cf. Krauskopf, SJ, p. 10 et 14.

59 FF 2014, p. 221 ss.

60 FF 2014, p. 274, cf. également le message du Conseil fédéral dans FF 2014, p. 230 et 246 ss.

61 Cf. l'analyse critique de Pichonnaz, REAS 2014, p. 84 ss.

62 « http://www.parlament.ch/f/mm/2015/Pages/mm-rk-s-2015-02-11.aspx », consulté le 9 septembre 2015.

63 ATF 132 III 226, consid. 3.3.

64 Pour plus de détails, cf. Krauskopf, SJ, p. 10 ss et 14 s.

Un délai de prescription peut être prolongé au maximum pour une durée de dix ans[65], alors que le fait d'abréger ce délai ne doit pas entraver inéquitablement l'exercice des droits du créancier[66].

L'art. 129 CO prescrit que les délais de prescription fixés dans le troisième titre du CO ne peuvent pas être modifiés conventionnellement[67]. Selon le Tribunal fédéral, cette norme ne s'applique pas à la renonciation à la prescription, mais seulement à la modification (prolongation ou raccourcissement) conventionnelle d'un délai de prescription du troisième titre du CO[68]. Lorsque le même Tribunal fédéral soutient que la renonciation à la prescription a pour effet une prolongation du délai de prescription correspondant à la durée de la renonciation (cf. ch. IV ci-dessus), cela soulève des doutes sérieux quant au bien-fondé de cette jurisprudence. Est-ce raisonnable de permettre, pour les délais de prescription du troisième titre du CO, la renonciation à la prescription, qui conduit à une prolongation du délai de prescription, et en même temps d'interdire la prolongation conventionnelle de ces délais au regard de l'art. 129 CO ? Si tel est le cas, il suffit que les parties « camouflent » une convention de prolongation du délai de prescription en utilisant le terme de « renonciation » au lieu de celui de prolongation.

Il convient finalement de rappeler que la réduction conventionnelle du délai de prescription entraîne une limitation temporelle de la responsabilité, puisque la créance du lésé se transforme plus rapidement en une prétention sujette à l'exception de prescription. Il s'agit là d'une raison suffisante pour déclarer les dispositions légales, qui limitent la validité de clauses restrictives de responsabilité (cf. art. 19 s., 100 s., 199 CO, 87 LCR, et 8 LRFP), applicables aux clauses qui raccourcissent le délai de prescription[69].

65 ATF 99 II 185, consid. 2a.

66 ATF 108 II 194, consid. 4b.

67 Cf. Gauch, RSJ, p. 537. *A contrario*, les délais de prescription du droit privé qui se trouvent en dehors du troisième titre du CO – comme par exemple ceux de l'art. 60 CO ou de l'art. 83 LCR – peuvent être prolongés ou réduits conformément à la volonté des parties.

68 ATF 132 III 226, consid. 3.3.78 : « Cette norme [art. 129 CO] signifie que lesdits délais ne peuvent être ni prolongés ni raccourcis [...]. Mais elle n'empêche pas que la survenance de la prescription soit repoussée, par l'effet d'une suspension (art. 134 CO) ou d'une interruption (art. 135 à 138 CO) du délai ou encore par l'octroi d'un sursis retardant l'exigibilité de la créance. La renonciation à la prescription n'a pas des conséquences différentes ».

69 Cf. Krauskopf, SJ, p. 12.

B. En droit pénal

1. *Nature*, ratio legis *et effets*

La prescription de l'action pénale est réglementée, pour l'essentiel aux art. 97, 98 et 101 CP[70] ; elle constitue un obstacle posé au droit de l'Etat de punir, lié à l'écoulement du temps. Elle ne doit pas être confondue avec la prescription de la peine des art. 99 et 100 CP qui constitue un obstacle empêchant l'Etat de procéder à l'exécution d'une peine, lié à l'écoulement du temps. Sa nature est controversée, relevant, pour les uns, du droit matériel, pour les autres, du droit de procédure ou pour certains encore d'une institution mixte[71]. Cette controverse n'a toutefois pour ainsi dire aucune portée, dans la mesure où, dans tous les cas, la conséquence de la prescription est l'arrêt de l'action pénale. A noter que, selon le Tribunal fédéral[72], la prescription de l'action pénale n'empêche pas l'autorité pénale d'instruire et d'évoquer des faits prescrits, dans la mesure où ceux-ci peuvent contribuer à établir des faits non prescrits, par exemple en matière d'abus sexuels répétés commis sur une longue période.

Les fondements de la prescription en droit pénal sont nombreux ; la littérature[73] invoque successivement l'amendement du délinquant par le simple écoulement du temps ou la punition que représente le temps qui passe avec la crainte permanente d'être arrêté, la suppression de l'intérêt public à la punition et l'effet guérisseur du temps écoulé qui suffit à restaurer la paix sociale, alors troublée par l'infraction, mais également des aspects plus pratiques, comme la disparition ou la diminution de la fiabilité des preuves recueillies de nombreuses années après la commission de l'infraction.

La question de la prescription doit être examinée d'office, à tous les stades de la procédure, y compris devant le Tribunal fédéral[74]. Sous l'empire du CPP[75], le constat de la prescription doit être considéré comme un empêchement durable de procéder qui doit conduire au prononcé d'une ordonnance de non entrée en matière (art. 310 al. 1 let. b CPP) ou de classement (art. 319

70 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

71 Entre autres auteurs : CR CP I-Kolly, art. 97 n. 2-4 ; Dupuis et al., Commentaire, art. 97 n. 7 ; Schubarth, RPS 2011, 69 ss ; BSK StGB I-Zurbrugg, Vor art. 97-101 n. 51-57 ; ATF 105 IV 7, consid. 1a.

72 Arrêt du TF 6B_189/2014, consid. 5.3 ; arrêt du TF 6B_929/2008, consid. 1.1.

73 Frischknecht, RPS 2008, 444-449 ; CR CP I-Kolly, art. 97 n. 5-6 ; BSK StGB I-Zurbrugg, Vor art. 97-101 n. 43-50 ; ATF 134 IV 297, consid. 4.2.4 ; ATF 132 IV 1, consid. 6.1.1 ; ATF 129 I 151, consid. 4.3 ; ATF 117 IV 233, consid. 5d/aa ; ATF 92 IV 201, consid. a ; arrêt du TF 6B_7/2014, consid. 4.2.2.

74 ATF 139 IV 62, consid. 1 ; ATF 129 IV 49, consid. 5.4 ; ATF 116 IV 80, consid. 2 ; CR CP I-Kolly, art. 97 n. 77-79 ; BSK StGB I-Zurbrugg, Vor art. 97-101 n. 61.

75 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0).

al. 1 let. d CPP), y compris lorsque la prescription survient devant le tribunal en phase de jugement (art. 329 al. 1 let. c et al. 4 CPP)[76].

2. *Les délais de prescription*

Les délais de prescription de l'action pénale sont définis en nombre d'années. Conformément à l'art. 110 al. 6 CP, ils sont comptés de quantième à quantième, étant précisé que pour les délais qui ne sont pas un multiple de 4, l'échéance d'un délai de prescription ayant commencé à courir un 29 février viendra à échéance un 28 février[77].

La détermination du délai de prescription d'une infraction s'effectue de manière abstraite, c'est-à-dire en fonction de la peine menace la plus élevée prévue par l'infraction et non en fonction de la peine concrètement encourue par l'auteur dans le cas d'espèce ; il en découle que les facteurs aggravants ou atténuants de la partie générale (art. 47 ss CP) n'exercent aucune influence sur la détermination du délai de prescription[78].

En revanche, lorsque l'infraction prévoit une circonstance aggravante spéciale, c'est la peine maximale prévue pour la forme aggravée qui doit être prise en considération[79], même si l'aggravation n'est que facultative[80].

S'agissant des formes atténuées de l'infraction, la jurisprudence retient que lorsqu'elle ne constitue qu'une faculté du juge de prononcer une peine plus clémente, cette dernière n'exerce aucune influence sur la détermination du délai de prescription qui reste celui issu de la peine maximale de base ; ainsi en est-il, par exemple, du cas de « très peu de gravité » de l'art. 251 ch. 2 CP[81]. A l'inverse, lorsqu'il est question d'une forme privilégiée de l'infraction qui prévoit une autre peine maximale en présence de certaines conditions, objectives ou subjectives, qui sont précisément décrites par la loi, c'est la peine maximale prévue pour l'infraction privilégiée, concrètement en cause, qui sera déterminante pour fixer le délai de prescription, et non celle de l'infraction de base[82]. Ainsi, par exemple, l'application de l'art. 172ter CP aux côtés d'une infraction du Titre 2 du CP déqualifie celle-ci en contravention et se prescrit selon le délai applicable à cette catégorie d'infraction[83].

---

76 BSK StGB I-Zurbrugg, Vor art. 97-101 n. 60 ; Schmid, Handbuch, n. 319 et 323 ; BSK StPO-Grädel / Heiniger, art. 319 n. 15 ; BSK StPO-Stephenson / Zalunardo-Walser, art. 329 n. 5.

77 CR CP I-Jeanneret, art. 110 al. 6 n. 2.

78 Denys, SJ 2003 II 51 ; CR CP I-Kolly, art. 97 n. 49-51 ; Dupuis et al., art. 97 n. 1 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 97 n. 37 ss ; ATF 136 IV 117, consid. 4.3.3.2.

79 ATF 108 IV 41, consid. 2 pour le cas grave de l'art. 273 CP.

80 ATF 136 IV 117, consid. 4.3.3.2 pour le cas de l'art. 144 al. 3 CP.

81 ATF 125 IV 74, consid. 2.

82 ATF 108 IV 41, consid. 2a ; TF, 6B_830/2011, consid. 1.1 ; CR CP I-Kolly, art. 97 n. 53.

83 ATF 136 IV 117, consid. 4.3.3.2 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 97 n. 45.

Une question spécifique se pose s'agissant de déterminer le délai de prescription applicable à la responsabilité de l'entreprise de l'art. 102 CP. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral[84] s'est penché sur la question, évoquant, hélas sans la trancher, la controverse agitant la doctrine : en substance, pour les uns, l'art. 102 CP est une norme de participation ou d'imputation, tandis que, pour les autres, il s'agirait d'une norme indépendante. Dans le premier cas, la prescription de l'action pénale se déterminerait selon la peine menace de l'infraction de base[85]. Dans le second cas, la prescription se déterminerait selon la peine menace de l'art. 102 CP, soit l'amende, ce qui aboutirait à une prescription de trois ans (art. 109 CP), voire de sept ans (art. 97 al. 1 let. d CP) selon les courants de doctrine[86]. Pour notre part, nous affichons clairement notre préférence pour la première thèse qui apparait plus simple, logique et adéquate. L'entreprise est un participant à l'infraction commise par une personne physique et qui en répond à des conditions spécifiques complémentaires postulées par l'art. 102 CP. La prescription de l'action pénale dirigée contre l'entreprise est donc la prescription de l'infraction de base.

Dans sa version en vigueur au 1er janvier 2014[87], l'art. 97 CP prévoit quatre catégories de délais, à savoir trente ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté à vie, quinze ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de plus de trois ans, dix ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de trois ans et sept ans si la peine maximale encourue est une autre peine. Il faut encore ajouter à cela que les contraventions se prescrivent par trois ans en application de l'art. 109 CP. Il existe également quelques normes dérogatoires contenues dans la partie spéciale, comme l'art. 178 CP qui prévoit un délai de prescription de quatre ans pour les atteintes à l'honneur (art. 173, 174 et 177 CP), l'art. 302 al. 3 CP qui fixe à deux ans la prescription relative aux outrages à des chefs d'Etats étrangers ou à des institutions interétatiques (art. 296 et 297 CP) ou l'art. 118 al. 4 CP qui prévoit un délai de trois ans pour l'avortement punissable commis avec le consentement de la femme enceinte (art. 118 al. 1 et 3 CP). Ces délais ainsi fixés s'appliquent également aux infractions du droit pénal accessoire par l'effet de l'art. 333 al. 1 CP, sous réserve de normes dérogatoire, comme l'art. 11 DPA ou encore de la clause de « transformation » des délais du droit pénal accessoire exposée à l'art. 333 al. 6 CP[88]. En matière de confiscation de

84 Arrêt du TF 6B_7/2014 et les auteurs cités ; cf. commentaires de Macaluso / Garbarski.

85 Arrêt du TF 6B_7/2014, consid. 3.4.1 et les références citées.

86 Arrêt du TF 6B_7/2014, consid. 3.4.2 et les références citées.

87 RO 2013 4417 : introduction d'un délai de prescription de dix ans pour la quasi totalité des délits en lieu et place du délai de sept ans qui ne subsistent que pour les rares délits passibles d'une peine maximale de moins de trois ans de peine privative de liberté (p. ex. l'exhibitionnisme : art. 194 CP).

88 ATF 134 IV 328, consid. 2.1 qui précise que si l'application de l'art. 333 al. 6 CP a pour conséquence que le délai de prescription applicable aux contraventions est plus long que celui qui est applicable aux délits de la même loi, le délai de prescription pour les contraventions est réduit de manière correspondante.

valeurs patrimoniales (art. 70 CP), respectivement de créance compensatrice (art. 71 CP)[89], l'art. 70 al. 3 CP impose un délai dérogatoire de sept ans, sous réserve d'un délai plus long relatif à l'infraction en cause. A noter enfin que le droit pénal des mineurs aménage des délais spécifiques à l'art. 36 al. 1 DPMin qui prévoit un délai de prescription de cinq ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans en vertu du droit applicable aux adultes, de trois ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus en vertu du droit applicable aux adultes et d'un an si l'infraction est passible d'une autre peine en vertu du droit applicable aux adultes.

Un système dérogatoire à deux étages a été mis en place, successivement, s'agissant de la protection de la vie, de l'intégrité physique et sexuelle des mineurs. Le système tel qu'il se présente dans la loi depuis le 1er janvier 2013[90] est ainsi conçu. Lorsque l'une ou l'autre des infractions exhaustivement énumérées à l'art. 97 al. 2 CP[91] est commise à l'encontre d'un mineur de moins de 16 ans[92], la prescription court en tout cas jusqu'au jour où la victime atteint (ou aurait atteint en cas de décès[93]) l'âge de 25 ans ; ainsi, le délai de prescription ordinaire ne s'applique que lorsque son terme est postérieur à l'accession de la victime à sa 25e année. En outre, lorsque la victime de l'une des infractions[94] exhaustivement mentionnées à l'art. 101 al. 1 let. e CP est âgée de moins de 12 ans, l'action pénale est alors imprescriptible, cette norme étant la concrétisation dans le CP de l'adoption par le souverain, le 30 novembre 2008[95], de l'art. 123b Cst. Ainsi, pour les infractions communes aux deux systèmes, à savoir les art. 187 ch. 1 et 189 à 191 CP, l'action pénale est imprescriptible lorsque la victime est âgée de moins de 12 ans au moment des faits, tandis que si son âge est compris entre 12 et 16 ans, c'est le système de l'art. 97 al. 2 CP qui prévaut. A noter qu'en droit pénal des mineurs, l'art. 36 al. 2 DPMin[96] prévoit un système analogue à celui de l'art. 97 al. 2 CP pour les infractions énumérées[97]. En revanche, l'imprescriptibilité postulée en la matière par l'art. 101 al. 1 let. e CP ne s'applique pas au droit pénal des mineurs (art. 1 al. 2 let. j DPMin *a contrario*).

Finalement, l'art. 101 al. 1 let. a-d CP postule l'imprescriptibilité de certaines infractions gravissimes, telles que le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

---

89 ATF 129 IV 305 ; CR CP I-Hirsig-Vouilloz, art. 71 n. 42.
90 RO 2012 5951.
91 Art. 111, 113, 122, 124, 182, 187 à 191, 195 et 197, al. 3 CP.
92 Sous réserve de l'art. 188 CP qui protège des victimes âgées entre 16 et 18 ans et qui sont pleinement placées au bénéfice de l'art. 97 al. 2 CP, sans restriction d'âge.
93 CR CP I-Kolly, art. 97 n. 40 ; Denys, SJ 2003 II 54 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 97 n. 29.
94 Art. 187 ch. 1, 189, 190, 191, 192 al. 1 et art. 193, al. 1 CP.
95 RO 2009 471.
96 Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 20 juin 2003 (RS 311.1).
97 Art. 111 à 113, 122, 189 à 191, 195 et 196 CP.

3. *Le* dies a quo

L'art. 98 CP définit les évènements qui déclenchent le cours de la prescription de l'action pénale, étant précisé que la même règle prévaut en droit pénal des mineurs (art. 1 al. 2 let. j DPMin). On précisera encore que selon la jurisprudence[98], la prescription commence à courir le lendemain de l'évènement qui en déclenche le cours, à l'instar de ce qui prévaut généralement en matière de computation des délais, notamment en procédure pénale (art. 90 al. 1 CPP).

Trois catégories d'évènements déclencheurs sont évoquées à l'art. 98 CP : l'accomplissement de l'activité coupable (let. a), la commission du dernier d'une série d'actes (let. b) et la fin de l'agissement coupable présentant une certaine durée (let. c).

S'agissant de la première hypothèse, l'activité coupable est accomplie au sens de l'art. 98 let. a CP, lorsque l'auteur accomplit pleinement ou partiellement en cas de tentative simple (art. 22 al. 1 CP), le comportement incriminé par la loi pénale, indépendamment de la survenance de l'éventuel résultat requis, s'agissant des infractions matérielles[99] ; l'activité coupable ne se confond donc pas avec la consommation de l'infraction. De même, lorsque l'infraction prévoit une condition objective de punissabilité ou le dépôt d'une plainte pénale, le moment de leur survenance est indifférent sur le cours de la prescription[100]. Ainsi, par exemple, le *dies a quo* de la prescription du vol (art. 139 CP), infraction formelle, correspond au moment de l'accomplissement de la soustraction avec les deux desseins requis par la norme, tandis que pour l'homicide, infraction matérielle, c'est l'adoption du comportement homicide qui déclenche le délai de prescription, indépendamment du moment de la survenance de la mort, résultat requis par l'art. 111 CP[101]. De même, notamment pour les infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes qui, pour la plupart, prévoient le prononcé de la faillite ou la délivrance d'un acte de défaut de biens comme condition objective de punissabilité (art. 163 ss CP), seule la réalisation du comportement incriminé déclenche le cours de la prescription, abstraction faite du moment du prononcé de la faillite ou de la délivrance d'un acte de défaut de biens[102] ; ainsi, une infraction peut être prescrite avant même qu'elle soit poursuivable.

---

98 ATF 107 Ib 74, consid. 34 ; ATF 97 IV 98, consid. 2 ; CR CP I-Kolly, art. 98 n. 3 ; CR CP I-Jeanneret, art. 110 al. 6 n. 3 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 98 n. 2 ; Dupuis et al., art. 98 n. 11.

99 CR CP I-Kolly, art. 98 n. 7-10 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 98 n. 1-13 ; Dupuis et al., art. 98 n. 2.

100 CR CP I-Kolly, art. 98 n. 12-13 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 98 n. 11-12 ; Dupuis et al., art. 98 n. 2 ; ATF 101 IV 20.

101 ATF 134 IV 297, consid. 4.3.5 ; ATF 122 IV 61, consid. 2a/aa ; arrêt du TF 6B_479/2013 ; arrêt du TF 6B_1026/2008.

102 ATF 101 IV 20, consid. 3a.

Lorsque l'infraction consiste en une omission proprement dite ou improprement dite (art. 11 CP), le moment déterminant est celui auquel l'auteur aurait dû agir, étant précisé que si ce devoir est durable, la prescription commence à courir aussitôt que le devoir d'agir prend fin[103]. Ainsi, par exemple, la prescription de l'art. 128 CP commence à courir dès le moment où le devoir de prêter secours est exigible, ou encore, s'agissant d'un homicide par négligence par omission (art. 11 *cum* 117 CP) commis par le directeur d'une entreprise de remontées mécaniques qui omet de remédier à un défaut technique des installations, dès que l'auteur a remédié audit défaut ou qu'il cesse d'occuper une position de garant.

La deuxième hypothèse est celle de la pluralité d'actes qui voit la prescription courir pour tous les actes, lors de l'accomplissement du dernier de ceux-ci. Les principes découlant de l'art. 98 let. b CP ont connu plusieurs interprétations jurisprudentielles successives dont la dernière est consacrée à l'ATF 131 IV 83. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 98 let. b CP ne s'applique que dans deux hypothèses restrictives que sont, d'une part, l'unité naturelle d'action et, d'autre part, l'unité juridique d'action[104]. En substance, selon la jurisprudence[105] « il y a unité naturelle d'actions lorsque des actes séparés procèdent d'une décision unique et apparaissent objectivement comme des événements formant un ensemble en raison de leur relation étroite dans le temps et dans l'espace. Cela vise la commission répétée d'infractions ou la commission d'une infraction par étapes successives. Une unité naturelle est exclue si un laps de temps assez long s'est écoulé entre les différents actes, quand bien même ceux-ci seraient liés entre eux », tandis qu'il y a unité juridique d'action « lorsque le comportement défini par la norme présuppose, par définition, de fait ou typiquement, la commission d'actes séparés, tel le brigandage (CP 140), mais aussi lorsque la norme définit un comportement durable se composant de plusieurs actes, par exemple les délits de gestion fautive (CP 165) ». Cette construction est admise de manière très restrictive ; ainsi, par exemple, il y a unité naturelle d'action lorsqu'une personne accomplit le « sprayage » d'un même mur avec des graffitis (CP 144[106]) pendant plusieurs nuits successives[107], alors que celle-ci est niée, la plupart du temps, pour des infractions en série, comme des vols ou des abus de confiance successifs[108], des

103 CR CP I-Kolly, art. 98 n. 14-16 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 98 n. 8-9 ; Dupuis et al., art. 98 n. 2 ; ATF 122 IV 61, consid. 2a.

104 Arrêt du TF 6B_472/2011, consid. 13.5.1 ; Trechsel/Pieth, Art. 172ter N 3 ; Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 25 N 8 ; BSK StGB-Weissenberger, art. 172ter n. 45-51. Sur le principe de l'unité naturelle ou juridique d'action : ATF 133 IV 256, consid. 4.5.3 ; ATF 132 IV 49 ; ATF 131 IV 83.

105 ATF 132 IV 49, consid. 3.1.1.3 ; ATF 131 IV 83.

106 ATF 120 IV 319.

107 Exemple donné par le TF dans l'ATF 131 IV 83, consid. 2.4.5.

108 Arrêt du TF 6B_25/2008, consid. 3 (14 abus de confiance répartis sur 14 mois et espacés de quelques jours à quelques mois, ne forment pas une unité) ; arrêt du TF 6B_472/2011,

infractions contre l'intégrité sexuelle commises de manière réitérée et planifiée contre une même victime[109], des infractions douanières successives[110] ou l'obtention indue de prestations sociales durant plusieurs années[111].

La troisième et dernière règle élaborée à l'art. 98 let. c CP s'applique exclusivement au infractions continues (*Dauerdelikt*), à savoir celles qui se caractérisent par le fait que la création puis la perpétuation d'un état de fait illicite font expressément ou implicitement partie des éléments constitutifs de l'infraction[112] ; tel est le cas, par exemple, de la séquestration (art. 183 CP)[113], de la violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP)[114], de la violation de domicile (art. 186 CP)[115] ou du défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305ter CP)[116]. Dans ces cas, la prescription ne commence pas à courir tant que l'infraction dure et elle se déclenche au moment où les agissements coupables cessent. Ainsi, dans les exemples précités, la prescription démarre lors de la remise en liberté de la personne séquestrée, lors de la reprise du versement des contributions d'entretien ou de la survenance d'une incapacité non fautive de verser les aliments, lorsque la personne non invitée quitte le domicile ou que l'ayant droit donne son consentement pour l'avenir ou encore lorsque l'intermédiaire financier satisfait à son devoir d'identification de l'ayant droit économique ou que la relation contractuelle cesse.

Les infractions continues ne doivent pas être confondues avec les infractions de situation (*Zustandsdelikt*) qui sont commises à un moment précis, mais dont les effets peuvent se perpétuer dans le temps. Ces infractions sont soumises à la règle ordinaire de l'art. 98 let. a CP. Constituent, par exemple, des infractions de situation, la bigamie (art. 215 CP)[117] ou la diffamation (art. 173 CP)[118] pour lesquels la prescription court au jour de la conclusion

---

consid. 13.5.2 (plusieurs escroquerie au moyen de notes de frais fictives sur une durée de quatre ans) ; ATF 133 IV 256 (escroqueries successives commises par le paiement au moyen de faux billets sur une période de dix jours) ; arrêt du TF 6B_236/2009, consid. 4.4 (plusieurs infractions à 151 CP commises avec des intervalles de temps allant jusqu'à trois mois et demi) ; arrêt du TF 6S.531/2000, consid. 2c et d. (divers vols d'habits commis en une semaine à chaque occasion qui se présente) n'a plus cours au vu de la nouvelle jurisprudence de 2004 ; arrêt du TF 6B_341/2009, consid. 4.3 (il n'y a pas d'unité entre neufs vols de chaussures commis en différents lieux sur un laps de temps de 22 mois).

109 ATF 131 IV 83, consid. 2.4 ; arrêt du TF 6S.397/2005, consid. 2.3.

110 Arrêt du TF 6S.480/2004, consid. 8.3.3.

111 ATF 131 IV 83.

112 CR CP I-Kolly, art. 98 n. 27-28 ; Dupuis et al., art. 98 n. 8 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 98 n. 26.

113 ATF 119 IV 216.

114 ATF 132 IV 49.

115 ATF 128 IV 81 ; ATF 118 IV 167.

116 ATF 136 IV 127 ; ATF 134 IV 307 ; TF, 6B_188/2008.

117 ATF 105 IV 326.

118 ATF 93 IV 93, consid. 2 ; TF, 6B_67/2007, consid. 4.2 ; CR CP-Kolly, art. 98 n. 11 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 98 n. 7 ; *contra* Dupuis et al., art. 98 n. 9 qui soutient, à tort selon nous, que la persistance du message, notamment accessible sur internet, en fait une infraction continue.

d'un deuxième mariage ou d'un partenariat enregistré, respectivement lors de la communication à un tiers du propos diffamatoire, indépendamment du moment auquel il en prend connaissance. Le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de préciser que la responsabilité subsidiaire de l'entreprise au sens de l'art. 102 al. 1 CP ne constitue pas une infraction continue, mais vraisemblablement une infraction de situation, de sorte que la prescription commence à courir au moment de la commission de l'infraction de base dans des conditions de désorganisation ne permettant pas d'en identifier l'auteur[119].

4. *Le* dies ad quem

En application de l'art. 97 al. 3 CP, la prescription de l'action pénale cesse définitivement[120] de courir lorsque, avant son échéance, un jugement de première instance est rendu. L'effet interruptif ne vaut qu'à l'égard de la personne jugée en relation avec les faits considérés et non à l'égard d'éventuels autres participants à l'infraction qui ne sont pas parties à la procédure[121]. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que cette règle s'applique également sans restriction s'agissant des contraventions, par l'effet de l'art. 104 CP[122]. Selon une interprétation littérale de la loi, faute de renvoi à l'art. 1 al. 2 let. j DPMin, l'art. 97 al. 3 CP n'est pas applicable en droit des mineurs, de sorte que la prescription continue à courir jusqu'à l'entrée en force d'un jugement, le cas échéant en deuxième instance[123].

Par jugement de première instance, on entend avant tout les jugements rendus par un tribunal de première instance cantonal ou par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral, au terme d'une procédure contradictoire. Dans sa jurisprudence antérieure[124], le Tribunal fédéral retenait que seul un jugement de condamnation entraînait l'effet interruptif de la prescription, à l'exclusion du jugement d'acquittement. Sous la pression d'une partie de la doctrine[125], le Tribunal fédéral[126] est revenu sur sa jurisprudence et considère désormais que tant un jugement de condamnation qu'un jugement d'acquittement emportent les effets de l'art. 97 al. 3 CP. Cette jurispru-

119 Arrêt du TF 6B_7/2014, consid. 3.4.3.
120 CR CP I-Kolly, art. 97 n. 69 ; Dupuis et al., art. 97 n. 4.
121 Denys, SJ 2003 II 61.
122 ATF 139 IV 62, consid. 1.1 ; ATF 135 IV 196, consid. 2.
123 Arrêt du TF 6B_771/2009, consid. 3 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 97 n. 51. *Contra* BSK StGB I-Gürber / Hug / Schläfli, art. 1 JStG n. 17 et 37 JStG n. 10 qui changent d'opinion depuis la deuxième édition (citée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité) et affirment désormais qu'il s'agit d'une lacune de la loi qu'il convient de combler en admettant l'application de l'art. 97 al. 3 CP en dépit du texte clair de la loi.
124 ATF 135 IV 196, consid. 2.1 ; ATF 134 IV 328, consid. 2.1.
125 Notamment Denys, SJ 2003 II 54 ss.
126 ATF 139 IV 62.

dence entraîne des conséquences surprenantes, notamment en tant qu'elle créée une sorte d'imprescriptibilité de la poursuite pénale en défaveur des personnes acquittées, ces dernières pouvant alors, en tout temps, faire l'objet d'une demande de révision, l'art. 410 al. 1 let. a CPP permettant, à certaines conditions, la révision en défaveur du prévenu[127].

Cette jurisprudence ouvre également une autre question qui est celle de savoir si l'ordonnance de classement ou de non-entrée en matière, à laquelle la loi confère les mêmes effets que ceux d'un acquittement (art. 320 al. 4 CPP), doit se voir alors conférer les mêmes effets sur la prescription. Cette question n'a pas été expressément tranchée, quand bien même, dans sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral avait mis sur pied d'égalité les jugements d'acquittement et les décisions de classement, pour leur dénier le caractère de jugement interruptif de la prescription[128]. Il faut toutefois constater que si une telle assimilation devait être faite, elle aboutirait à une situation pour le moins surprenante, en ce sens que toute procédure pénale entraînerait systématiquement l'interruption de la prescription, puisque la procédure doit nécessairement se terminer, soit par une ordonnance de classement ou de non entrée en matière, soit par un jugement. En matière de classement, la situation est d'autant plus délicate que les conditions d'une reprise de la procédure préliminaire selon l'art. 323 CPP sont beaucoup moins rigoureuses que celles prescrites en matière de révision. Une telle conséquence ne peut pas avoir été voulue par le législateur et il y a lieu de retenir que le classement de la procédure n'est pas un jugement de première instance au sens de l'art. 97 al. 3 CP[129].

Dans le cas spécifique du jugement prononçant un internement *a posteriori* en application de l'art. 65 al. 2 CP, Le Tribunal fédéral[130] a précisé que ce jugement n'était d'aucun effet sur la prescription, précédemment interrompue par le jugement initial de condamnation de première instance, de sorte que l'internement peut alors être prononcé en tout temps.

Dans le cas particulier de la procédure de jugement par défaut des art. 366 ss CPP, la doctrine[131] retient qu'il s'agit d'un jugement interruptif, à condition qu'il ne fasse pas l'objet d'une demande de nouveau jugement au

127 CR CP I-Kolly, art 97 n. 71 qui développe déjà cet effet indésirable de l'assimilation du jugement d'acquittement un jugement de première instance, avant même le revirement de jurisprudence du Tribunal fédéral. Cf. également ATF 139 IV 62, consid. 1.5.8 qui tient pourtant compte de cette problématique, tout en aboutissant à une solution difficilement compréhensible. Denys, SJ 2003, 55-56 s'en accommode aussi au prétexte de ne pas tolérer une « impunité scandaleuse ».

128 ATF 134 IV 328, consid. 2.1: « Fraglich ist, ob darunter nur Verurteilungen zu verstehen sind oder auch Freisprüche und Verfahrenseinstellungen » ce passage étant cité à l'ATF 139 IV 62, consid. 1.5.1.

129 Denys, SJ 2003 II 60.

130 ATF 137 IV 59, consid. 4.

131 Denys, SJ 2003 II 58-59 ; CR CP I-Kolly, art. 97 n. 64-67 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 97 n. 63-69.

sens des art. 368 ss CPP, respectivement que celle-ci soit rejetée. Au contraire, si la demande de nouveau jugement est acceptée, la mise à néant du jugement par défaut lui supprime tout effet interruptif ; ainsi, dans ce dernier cas, la prescription a continué à courir et ne s'interrompt qu'au rendu du nouveau jugement contradictoire.

S'agissant de l'ordonnance pénale au sens des art. 352 ss CPP, la jurisprudence a clairement consacré la règle selon laquelle elle ne constitue pas un jugement de première instance tant et aussi longtemps que le délai d'opposition n'est pas échu sans être utilisé ; *a contrario*, l'ordonnance pénale frappée d'opposition est mise à néant et ne déploie aucun effet interruptif de la prescription[132]. Il en va de même pour le mandat de répression selon l'art. 64 DPA[133], mais non pour le prononcé pénal selon l'art. 70 DPA qui est assimilé, sans doute à tort[134], par la jurisprudence[135] à un jugement de première instance. Il découle de ce qui précède que la survenance de l'échéance de la prescription – tout comme d'ailleurs les autres causes d'extinction de l'action pénale que sont le décès[136] du prévenu ou le retrait de la plainte – après le rendu d'une ordonnance pénale, mais avant l'échéance du délai d'opposition, empêche l'ordonnance pénale d'entrer en force et entraine l'extinction de l'action pénale[137].

Le moment auquel un jugement a été « rendu » au sens de l'art. 97 al. 3 CP correspond à la date du prononcé[138] du jugement et non à celui de son entrée en force. Ainsi, la prescription est interrompue aussitôt que le tribunal de première instance notifie son jugement à l'issue de l'audience (art. 84 al. 1 CPP), voire lors d'une audience ultérieure (art. 84 al. 3 CPP). Exceptionnellement, la prescription est interrompue par la notification écrite du jugement lorsque le dispositif est notifié ultérieurement alors que les parties ont renoncé au prononcé public du jugement (art. 84 al. 3 *in fine* CPP). S'agissant des ordonnances pénales, c'est l'acquisition du statut de jugement entré en force de cette dernière, par l'écoulement du délai d'opposition non utilisé (art. 354 al. 3 CPP), qui correspond au moment entraînant l'interruption de la prescription.

---

132 ATF 139 IV 62 ; ATF 135 IV 196, consid. 2 ; ATF 133 IV 112, consid. 9.4.4 ; Denys, SJ 2003 II 57-58 ; Jaggi, RPS 2006, 444-445 ; CR CP I-Kolly, art. 97 n. 64-67 ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 97 n. 58-62.

133 ATF 139 IV 62.

134 Denys, SJ 2003 II 59-60 ; Riedo / Zurbrügg, PJA 2009, 377 ss ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 97 n. 62 ; ATF 139 IV 62, consid. 1.4.6 où le Tribunal fédéral semble laisser ouverte la possibilité de revenir sur cette jurisprudence.

135 ATF 133 IV 112, consid. 9.4.4.

136 Arrêt du TF 6B_242/2014, consid. 2.4.

137 Jaggi, RPS 2006, 446 ss ; Jeanneret, Procédures spéciales, p. 157.

138 ATF 130 IV 101, consid. 2 ; arrêt du TF 6B_819/2010, consid. 4.3 ; CR CP I-Kolly, art. 97 n. 71 ; Dupuis et al., art. 97 n. 7 ; BSK StGB I-Zurbrügg, art. 97 n. 72.

5. *L'application* ratione temporis

La question de l'application dans le temps des règles relatives à la prescription de l'action pénale revêt une importance non négligeable, d'une part, parce que la réglementation a connu beaucoup de modifications cette dernière décennie et, d'autre part, parce que ces modifications ont souvent été marquées par un accroissement de la durée des délais de prescription.

L'art. 389 CP consacre, dans le domaine de la prescription, le principe général de la non-rétroactivité, sous réserve de la *lex mitior*, consacré à l'art. 2 CP en droit pénal matériel et applicable dans la même mesure[139]. Ainsi, le doute que l'on peut avoir sur la nature juridique de la prescription – institution de droit matériel ou de droit formel – et, partant, sur l'application de l'art. 2 CP qui ne s'applique pas aux droits procéduraux[140], ne porte pas à conséquences, puisque l'art. 389 CP consacre spécifiquement le principe de la non-rétroactivité en matière de prescription. A noter que la jurisprudence[141] retient l'application de cette règle également pour les infractions du droit pénal accessoire. Les principes généraux consacrés à l'art. 2 CP s'appliquent également, de sorte que la recherche de la loi plus douce doit se faire par la comparaison concrète de l'application de l'ancien et du nouveau droit, pris dans leur ensemble[142].

Il existe toutefois deux exceptions au principe de la non-rétroactivité qui sont réservées aux art. 97 al. 4 et 101 al. 3 CP ; en substance, le régime dérogatoire de la prescription des art. 97 al. 2 et 101 al. 3 CP s'appliquent rétroactivement à des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, pour autant que le délai de prescription n'ait pas été échu au moment de cette entrée vigueur. On notera que la jurisprudence[143] n'y voit pas de contrariété avec l'interdiction de la rétroactivité postulée par l'art. 7 § 1 CEDH, à tout le moins lorsque les faits ne sont pas prescrits lors l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation[144]. Les art. 97 al. 4 et 101 al. 3 CP apparaissent donc conformes à la jurisprudence de Strasbourg.

---

139 ATF 134 IV 297, consid. 4.1 ; arrêt du TF 6B_776/2010, consid. 2.4.

140 Le droit de procédure est, quant à lui, soumis au principe *tempus regit actum* : art. 448 CPP. Sur la compatibilité de ce principe au regard du droit supérieur : ACEDH Scoppola c./ Italie du 17.09.2009 (req. 10249/03), § 109-110.

141 ATF 113 II 181, consid. 3a ; Dupuis et al., art. 389 n. 3.

142 CR CP I-Kolly, art. 97 n. 30 ; ATF 134 IV 97, consid. 4.1 ; ATF 130 IV 101, consid. 1 ; ATF 119 IV 145, consid. 2c ; 6B_559/2008, consid. 2.3 ; arrêt du TF 6B_89/2008, consid. 2.2.

143 ACEDH Coëme c./ Belgique du 22.06.2000, (req. 32492/96) § 159 (on relèvera incidemment que la Cour qualifie la modification d'un délai de prescription de « modification d'une loi de procédure » ce qui laisse comprendre que les juges de Strasbourg penchent pour une notion procédurale de la prescription de l'action pénale). Cf. également ATF 132 III 661, consid. 4.

144 ACEDH Coëme c./ Belgique précité, § 149, qui réserve expressément l'hypothèse, non tranchée, de la violation de l'art. 7 CEDH si la réglementation permet de faire renaitre l'action pénale, prescrite avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation.

III. L'application de la prescription pénale à l'action civile (art. 60 al. 2 CO)

A. Généralités

En matière de responsabilité extracontractuelle, l'action en dommages-intérêts se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (art. 60 al. 1 CO). Si toutefois les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile (art. 60 al. 2 CO ; cf. également art. 83 al. 1, 2e phrase LCR[145])[146]. Pour que l'art. 60 al. 2 CO puisse être appliqué, le comportement à l'origine du dommage doit réaliser les éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'un acte punissable selon le droit cantonal ou fédéral[147]. Cela suppose notamment que l'acte punissable visé soit en relation de causalité naturelle et adéquate avec le préjudice donnant lieu à l'action civile[148]. Il faut, en plus, que le lésé fasse partie des personnes protégées par la loi pénale. Cela découle de la théorie objective de l'illicéité prévalant en droit de la responsabilité extracontractuelle[149]. Si tous les éléments sont réalisés, le délai de prescription de l'action pénale[150] s'applique au lieu des deux délais (c'est-à-dire le délai relatif et le délai absolu) de l'art. 60 al. 1 CO[151], étant précisé que l'art. 60 al. 2 CO n'est pas une règle de droit international privé permettant un renvoi au droit étranger[152].

---

145 A noter que la prescription pénale plus longue s'applique non seulement à l'action dirigée contre l'auteur pénalement responsable, mais aussi à l'action que le lésé a le droit d'intenter directement à l'assureur en responsabilité civile en vertu de l'art. 65 al. 1 LCR (ATF 137 III 481, consid. 2.3).

146 Le but de cette règle est d'harmoniser la prescription du droit civil avec celle du droit pénal afin d'éviter la situation (insatisfaisante), dans laquelle l'auteur d'un acte punissable pourrait encore être puni alors que le lésé ne serait plus en mesure d'obtenir réparation sur le plan civil (ATF 137 III 481, consid. 2.3 ; ATF 136 III 502, consid. 6.1 et 6.3.1 ; ATF 131 III 430, consid. 1.2 ; ATF 127 III 538, consid. 4c ; ATF 125 III 339, consid. 3b).

147 ATF 136 III 502, consid. 6.1 ; ATF 100 II 332, consid. 2b ; arrêt du TF 4A_459/2009 du 25 mars 2010, consid. 3.2 et 3.5.

148 ATF 127 III 538, consid. 4b ; ATF 122 III 5, consid. 2c.

149 ATF 136 III 502, consid. 6.1 ; ATF 122 III 225, consid. 4 ; ATF 118 V 195, consid. 4a ; arrêt du TF 4D_80/2007 du 9 avril 2008, consid. 2.2.2 ; arrêt du TF 4C.156/2005 du 28 septembre 2005, consid. 3.3.

150 C'est la prescription de l'action pénale (art. 97 CP) qui fait foi et non la prescription de la peine (art. 99 CP).

151 ATF 137 III 481, consid. 2.5 ; ATF 131 III 430, consid. 1.2 ; ATF 127 III 538, consid. 4c ; ATF 107 II 151, consid. 4a ; ATF 106 II 213, consid. 2 ; cf. la critique chez Krauskopf, Personenschäden, p. 128 ss.

152 ATF 132 III 661, consid. 4.2.

Même lorsque la prescription de plus longue durée du droit pénal s'applique à l'action civile, la prescription elle-même reste entièrement soumise aux dispositions du droit privé quant à ses mécanismes. « Le droit pénal n'intervient que pour substituer au délai prévu par le droit civil le délai plus long découlant du droit pénal »[153]. Cela se manifeste notamment en rapport avec l'interruption de la prescription ; ce sont les art. 135 ss CO qui déterminent les actes interruptifs de la prescription et les effets d'une interruption[154].

B. En cas de condamnation, de non-entrée en matière et d'acquittement au pénal

Lorsque le juge civil décide de l'application de l'art. 60 al. 2 CO, il applique, à titre incident, les règles du droit pénal pour déterminer s'il y a acte punissable ou non. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le juge civil est en tout cas lié « par une condamnation pénale, par un prononcé libératoire constatant l'absence d'acte punissable ou par une décision de suspension de la procédure pénale assortie des mêmes effets qu'un jugement quant à son caractère définitif »[155].

En ce qui concerne la décision de classement, de non-entrée en matière ou d'acquittement, elle ne s'impose au juge civil que s'il ressort que les éléments requis pour la réalisation de l'infraction ne sont pas réunis, que ce soit faute d'un élément objectif ou subjectif. « En d'autres termes, la prescription pénale de plus longue durée ne s'applique pas lorsque la punissabilité de l'auteur a été niée dans la procédure pénale, faute d'un élément objectif ou subjectif »[156]. Il en va donc différemment lorsque, par exemple, un acquittement se fonde sur la prescription de l'action pénale, le juge civil pouvant alors examiner librement s'il existe un acte punissable[157]. La même chose vaut quand la décision libératoire est motivée par le défaut ou le retard d'une plainte pénale, alors que l'infraction imputée à l'auteur du dommage ne se poursuit que sur plainte[158].

153 ATF 137 III 481, consid. 2.5.

154 A ce propos, cf. ATF 137 III 481, consid. 2.5 et 2.6 ; ATF 131 III 430, consid. 1.2 à 1.4.

155 ATF 136 III 502, consid. 6.1 ; cf. aussi ATF 137 III 481, consid. 2.4 ; ATF 106 II 213, consid. 3 et 4 ; arrêt du TF 5A_947/2013 du 2 avril 2014, consid. 7.1.

156 ATF 136 III 502, consid. 6.3.1.

157 ATF 136 III 502, consid. 6.3.1 ; 101 II 321, consid. 3 ; ATF 93 II 498, consid. 1.

158 ATF 134 III 591, consid. 5.3 ; ATF 112 II 79, consid. 4a ; ATF 77 II 314, consid. 3a ; arrêt du TF 4C.355/2006 du 1er février 2007, consid. 5.2.1.

C. Lorsqu'aucune procédure pénale n'a été introduite

L'application de l'art. 60 al. 2 CO n'est pas liée à la condition que l'auteur de l'acte punissable ait fait l'objet d'une poursuite pénale[159]. Lorsqu'il n'y a ni décision pénale ni même procédure pénale en cours au moment du dépôt d'une action civile, il appartient au juge civil de décider de l'application de l'art. 60 al. 1 CO et de déterminer lui-même s'il y a acte punissable en suivant les règles du droit pénal[160]. Il en va d'ailleurs de même quand une condamnation pénale a été prononcée par une autorité dont la compétence de jugement est restreinte à une catégorie d'infractions (p. ex. les contraventions). Cela ne saurait empêcher le juge civil d'examiner si les éléments constitutifs d'une infraction n'entrant pas dans cette catégorie (p. ex. délit ou crime) sont bien réalisés, tant que cette question n'a pas été soumise à l'appréciation du juge pénal compétent[161].

IV. L'imprescriptibilité

A. L'imprescriptibilité : une notion en expansion

Le concept d'imprescriptibilité de l'action pénale est un héritage découlant de la nécessité qui s'est imposée à la communauté internationale, au lendemain de la deuxième guerre mondiale, de pouvoir poursuivre, sans limite dans le temps, les crimes gravissimes commis par le nazisme[162]. Plusieurs conventions internationales ont été adoptées, notamment la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968 et la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre du 25 janvier 1974, conventions qui n'ont jamais été ratifiées par la Suisse. En droit suisse, l'imprescriptibilité de ces crimes a été introduite le 1er juillet 1983 par l'entrée en vigueur de l'art. 75bis aCP, substantiellement repris à l'art. 101 CP dans sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2007, puis précisé au gré notamment de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale[163].

En marge de ce cadre, jusqu'alors limité, de l'application de l'imprescriptibilité, une décision du souverain manifestée en votation populaire du

159 Cf. p. ex. ATF 122 III 225, consid. 4.
160 Cf. arrêt du TF 4P.9/2002 du 19 mars 2002, consid. 2.
161 ATF 112 II 79, consid. 4.
162 CR CP I- Ziegler / Bergmann, art. 101 n. 7 ss ; BSK StGB I-Zurbrugg, art. 101 n. 1 ss.
163 Nouvelle teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2011 (RO 2010 4963).

30 novembre 2008[164] par l'acceptation d'un nouvel art. 123b Cst., a étendu la notion d'imprescriptibilité à des infractions contre l'intégrité sexuelle commis sur des enfants impubères, infractions qui, toutes graves soient-elles, apparaissent toutefois sans commune mesure avec la gravité des crimes visés aux let. a-d de l'art. 101 al. 1 CP. Cette nouvelle norme constitutionnelle a été concrétisée par l'adjonction d'un al. 1 let. e à l'art. 101 CP entré en vigueur le 1er janvier 2013[165].

B. Effet de l'imprescriptibilité de l'action pénale sur la créance civile ?

Lorsque des dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit l'imprescriptibilité, l'art. 60 al. 2 CO n'est pas directement applicable puisqu'il suppose que le droit pénal prévoie une « prescription de plus longue durée » que le droit civil, alors que l'imprescriptibilité signifie l'absence de prescription tout simplement. Suivant l'argument *a minori ad maius*, la doctrine veut appliquer l'art. 60 al. 2 CO *per analogiam* aux cas de l'imprescriptibilité de l'action pénale et admet l'imprescriptibilité des prétentions civiles correspondantes[166]. L'auteur d'un acte punissable imprescriptible doit donc faire face à la responsabilité civile qui en résulte jusqu'à son décès, et ses héritiers qui deviennent débiteurs (solidaires) par succession héritent d'une dette imprescriptible[167].

Qu'en est-il des tiers qui répondent également du dommage causé par l'auteur d'un acte punissable ? Est-ce que l'art. 60 al. 2 CO s'étend-t-il aussi à ces personnes ? Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la prescription de plus longue durée du droit pénal ne trouve aucune application dans la responsabilité de l'employeur pour ses auxiliaires selon l'art. 55 al. 1 CO ou dans la responsabilité du chef de la famille pour les personnes placées sous son autorité (art. 333 al. 1 CC), puisqu'il ne s'agit là pas de normes d'imputation (« *Zurechnungsnormen* »)[168]. En revanche, le Tribunal fédéral admet l'application de l'art. 60 al. 2 CO aux personnes morales qui répondent des actes dommageables commis par leurs organes (art. 55 al. 2 CC)[169]. De plus, le Tribunal

164 RO 2009 471.

165 RO 2012 5951.

166 Dans ce sens FF 2014, p. 242 ; Gauch, Verjährung, p. 248 s. ; cf. à ce sujet également Schöbi, Unverjährbarkeit, p. 519 ss.

167 Cf. à ce sujet la critique et une proposition de solution chez Krauskopf, Personenschäden, p. 128 s., et Krauskopf / Bittel, Adhäsionsprozess, p. 31 ss.

168 ATF 133 III 6, consid. 5.1 ; 122 III 225, consid. 5.

169 ATF 132 III 661, consid. 4.1 ; 125 III 339, consid. 3b ; 122 III 5, consid. 2b ; ATF 118 V 193, consid. 4b ; ATF 112 II 172, consid. II/2c ; ATF 111 II 429, consid. 2d.

fédéral applique la prescription du droit pénal (art. 83 al. 1 LCR) à l'action directe intentée contre l'assureur (art. 65 al. 1 LCR) ou contre le détenteur du véhicule qui répond de la faute du conducteur (art. 58 al. 4 LCR)[170].

Afin d'éviter qu'une dette demeure infiniment imprescriptible, la doctrine propose différentes solutions telles que la limitation de l'imprescriptibilité du vivant de l'auteur de l'acte punissable ou encore la non-application de l'art. 60 al. 2 CO. Aucune de ces solutions ne saurait vraiment convaincre[171]. Jusqu'à aujourd'hui, le Tribunal fédéral n'a pas (encore) eu à résoudre le problème de la créance imprescriptible[172], ce qui laisse tout de même croire qu'elle n'est que d'une portée pratique limitée.

V. Les délais de prescription remis en cause par la CourEDH

A. L'Arrêt de la CourEDH du 11 mars 2014[173]

1. Synthèse de l'arrêt

Dans un arrêt[174] du 11 mars 2014, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), statuant sur deux requêtes dirigées contre la Confédération suisse[175], a condamné la Suisse pour la violation de l'art. 6 § 1 de la CEDH[176] qui garantit le droit à un procès équitable. L'affaire concerne un ouvrier décédé en 2005 d'un mésothéliome pleural malin causé par les contacts qu'il avait eus avec l'amiante dans le cadre de son travail dans les années 1960-1970. La maladie n'avait été décelée qu'en mai 2004. Les tribunaux suisses avaient rejeté les actions en dommages et intérêts de l'épouse et des deux enfants vis-à-vis de l'employeur[177] et de la SUVA[178], ayant considéré celles-ci comme étant prescrites et périmées.

---

170 ATF 125 III 339, consid. 3b; ATF 122 III 225, consid. 5; ATF 118 V 193, consid. 4b; ATF 112 II 79, consid. 3.

171 Même constat par Gauch, Verjährung, p. 249.

172 Cf. p.ex. ATF 132 III 661, consid. 4.2; ATF 126 II 145, consid. 4b.

173 Cf. les commentaires de l'arrêt de Décaillet, REAS, p. 145 ss; Krauskopf, Jusletter, n. 13 ss; Müller, Jusletter, n. 17 ss.

174 « http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141567*#{«itemid»:[«001-141567»]} », consulté le 9 septembre 2015.

175 ACEDH Howald Moor et autres c./ Suisse du 11.03.2014 (req. 52067/10 et 41072/11 (arrêt devenu définitif le 11 juin 2014).

176 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101).

177 ATF 137 III 16 ss.

178 ATF 136 III 187 ss.

La Cour a d'abord constaté que les prétentions des victimes de l'amiante, qui ont été exposées à cette substance jusqu'à son interdiction générale en Suisse en 1989, se sont systématiquement périmées ou prescrites au plus tard dix ans à partir du fait dommageable, c'est-à-dire depuis l'exposition nocive à l'amiante. Au vu de la longue période de latence des maladies liées à une exposition à cette substance, la Cour a conclu que toute action en dommages-intérêts serait *a priori* vouée à l'échec, étant périmée ou prescrite avant même que les victimes de l'amiante aient pu avoir objectivement connaissance de leurs droits. Sur la base de cette conclusion, la Cour a jugé que, dans le cas précis, l'application des délais de péremption ou de prescription a limité l'accès à un tribunal à un point tel que le droit des requérants découlant de l'art. 6 § 1 de la CEDH s'en est trouvé atteint dans sa substance même[179].

Dans son arrêt du 11 mars 2014, la CourEDH ne se contente pas de critiquer le droit de la prescription suisse, mais s'attaque également au projet de révision du droit de la prescription du 29 novembre 2014 qui contient des délais de prescription sensiblement plus longs que ceux du droit en vigueur (cf. ch. II.A.2 let. b ci-dessus). La Cour constate que ce projet de révision « ne prévoit aucune solution équitable – ne serait-ce qu'à titre transitoire, sous la forme d'un ‹ délai de grâce › – au problème posé »[180]. Cette formulation utilisée par la CourEDH ne permet pas de dégager un sens clair de la critique : concerne-t-elle les délais de prescription ou uniquement l'absence (déplorée) d'une solution transitoire prenant en compte les cas de dommages liés à l'amiante qui sont déjà prescrits à l'heure actuelle ?

2. *Conséquences en droit suisse et réformes en cours*

Le Tribunal fédéral a bien pris connaissance de l'arrêt de la CourEDH du 11 mars 2014. Eu égard à la révision du droit de la prescription actuellement en cours, le Tribunal fédéral a manifestement opté pour l'attentisme[181] ; il a suspendu les dossiers liés à l'amiante au motif qu'il faut attendre la révision de la loi[182]. Du côté de Berne, l'arrêt de la CourEDH du 11 mars 2014 a été largement thématisé lors des délibérations du projet de révision du droit de la prescription[183], aussi en ce qui concerne le problème des cas de dommages

179 Cf. ACEDH HowaldMoor et autres c./ Suisse du 11.03.2014 (req. 52067/10 et 41072/11), § 74 ss.

180 Cf. ACEDH HowaldMoor et autres c./ Suisse du 11.03.2014 (req. 52067/10 et 41072/11), § 75.

181 BO CN 2014, p. 1761: « Das Bundesgericht hat übrigens mitgeteilt, dass es die Fälle des EGMR nicht neu beurteilt, sondern unsere laufenden Gesetzgebungsarbeiten abwartet ».

182 Cf. p. ex. arrêt du TF 4A_554/2014 du 8 avril 2014 : « Das Verfahren wird sistiert bis zum Entscheid der eidgenössischen Räte über die Anträge des Bundesrates in der Botschaft vom 29. November 2013 über die Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) ».

183 Cf. BO CN 2014, p. 1760 ss.

causés par l'amiante qui se sont déjà prescrits ou qui se prescriront avant qu'un nouveau droit de la prescription entre en vigueur[184]. Le Conseil national s'est prononcé contre une rétroactivité des nouvelles règles en matière de prescription et a rejeté une proposition de la minorité d'étendre l'application du nouveau droit de la prescription aux cas déjà prescrits sous le droit en vigueur, pour autant que la prescription ne soit pas encore acquise sous le nouveau droit[185]. Pour le surplus, il a adopté le projet de révision avec quelques modifications (cf. ch. II.A.2 let. b ci-dessus). Le 11 février 2015, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats est entrée en matière sur le projet de révision des règles sur la prescription civile (13.100)[186].

B. Cet arrêt a-t-il des conséquences en droit pénal ?

La problématique abordée par l'arrêt de la CourEDH Moor est susceptible d'avoir un écho en droit pénal, face à des conséquences analogues. En effet, comme mentionné précédemment[187], la détermination du *dies a quo* de la prescription pour les infractions matérielles selon l'art. 98 let. a CP a pour conséquence que l'action pénale peut être prescrite avant même la survenance du résultat. Cette conséquence a d'ailleurs été expressément examinée par le Tribunal fédéral[188] dans le cadre de l'affaire de l'amiante portée à Strasbourg et déclarée conforme, notamment au regard du droit d'accès au juge garanti par l'art. 6 § 1 CEDH, en raison notamment du fait que cette garantie conventionnelle ne permet pas à un lésé de revendiquer un droit au prononcé d'une sanction pénale contre un tiers[189]. C'est cette dernière affirmation, au demeurant correcte, ne permet pas d'appliquer directement le raisonnement tenu dans l'Arrêt Moor au système de la prescription pénale.

Toutefois, la prescription peut aussi être considérée comme un obstacle aux investigations effectives requises par l'art. 2 CEDH, en cas de mort par la force. Ce grief n'a pas été examiné par les juges de Strasbourg ayant affirmé la non-conformité du système de la prescription absolue décennale du droit civil. Le Tribunal fédéral[190] en a été saisi pour des homicides par négligence se prescrivant par sept ans et a rejeté ce grief pour plusieurs motifs, qualifiant au passage le délai de sept ans de « pas particulièrement bref »[191]. Dès lors, dans

184 Cf. p.ex. BO CN 2014, p. 1765 et 1775.
185 BO CN 2014, p. 1790 ss.
186 « http://www.parlament.ch/f/mm/2015/Pages/mm-rk-s-2015-02-11.aspx », consulté le 9 septembre 2015.
187 Cf. II, let. B, ch. 3.
188 ATF 134 IV 297.
189 ATF 134 IV 297, consid. 4.2.5.
190 ATF 134 IV 297 consid. 4.2.5 ; arrêt du TF 6B_7/2014 du 21 juillet 2014, consid. 4.
191 ATF 134 IV 297, consid. 4.2.4.

un scénario, certes exceptionnel comme l'est celui de l'amiante où les conséquences de la contamination sont susceptibles de se manifester des décennies plus tard, il n'est pas impossible de considérer que l'art. 98 let. a CP viole l'art. 2 CEDH, dans la mesure où ce système présente exactement les même conséquences que celles constatées dans l'arrêt Moor[192], à savoir l'échéance de la prescription « …avant même que le lésé ne sache qu'il est atteint ».

VI. L'interruption de la prescription civile en procédure pénale par…

A. …la constitution de partie plaignante

Toute personne titulaire du bien juridique protégé par l'infraction et directement touchée dans ses droits a le statut de lésé (art. 115 al. 1 CPP) et peut, à ce titre, se constituer partie plaignante (art. 118-119 CPP). La loi étend cette faculté à certaines personnes ne présentant pas nécessairement la qualité de lésé direct, à l'instar de celui qui a la qualité pour déposer plainte (art. 115 al. 2 CPP), le proche de la victime (art. 117 al. 3 CPP), les proches du lésé décédé ou le tiers subrogé (art. 121 CPP).

La constitution de partie plaignante peut être faite, au choix du déclarant, en tant que demandeur au pénal et/ou au civil (art. 118 al. 1 et 119 al. 2 CPP). Seule la partie plaignante constituée au civil détient la qualité pour agir à ce titre et, partant, peut saisir le juge pénal de conclusions civiles[193]. La déclaration de constitution de partie plaignante doit être adressée à une autorité de poursuite pénale et doit intervenir au plus tard avant la clôture de la procédure préliminaire (art. 118 al. 3 CPP). Enfin, cette déclaration se limite à l'exposé de la volonté de participer à la procédure au civil et/ou au pénal et ne doit pas (mais peut) contenir de conclusions civiles chiffrées, étant rappelé que ces dernières peuvent être prises jusque dans la phase de jugement, lors des plaidoiries (art. 123 CPP). On notera enfin qu'il découle de l'art. 122 al. 3 CPP que l'action civile est pendante dès la constitution de partie plaignante au civil, le cas échéant non chiffrée[194].

La prescription civile n'est interrompue que lorsque le lésé déclare se constituer partie plaignante au sens de l'art. 119 al. 2 let. b CPP (à ce sujet cf. let. B ci-dessous), alors que la seule constitution de partie plaignante au pénal ne saurait affecter le cours de la prescription de l'action civile.

192 Cf. notamment § 74.
193 Jeanneret / Kuhn, n. 7035 et 16075.
194 Jeanneret / Kuhn, n. 16078.

B. …la prise de conclusions civiles par adhésion

Comme mentionné précédemment, la partie plaignante au civil peut prendre des conclusions civiles chiffrées depuis sa constitution de partie plaignante dans la phase de la procédure préliminaire (art. 118 et 123 al. 1 CPP), jusqu'aux plaidoiries qui clôturent la phase de jugement (art. 123 al. 2 et 346 CPP).

La prescription civile est interrompue dès l'instant où le lésé fait valoir des conclusions civiles en vertu de l'art. 119 al. 2 let. b CPP (art. 122 al. 3 CPP), même si les conclusions civiles ne sont pas encore chiffrées et motivées[195]. Dès le moment où le lésé chiffre sa demande en dommages-intérêts en cours de procédure, l'effet interruptif (art. 135 CO) et suspensif (art. 138 al. 1 CO) de la prescription est limité au montant chiffré[196]. Le lésé qui a articulé une somme qui s'avère par la suite être insuffisante (par rapport au dommage effectif) supporte donc le risque que le délai de prescription qui a continué de courir pour le montant qui dépasse la somme chiffrée court sans interruption ou suspension jusqu'à son échéance. A noter que la prescription interrompue par l'action civile ne recommence à courir que lorsque la juridiction saisie clôt la procédure (art. 138 al. 1 CO).

C. …le sort des conclusions civiles : jugement au fond ou renvoi au juge civil

En principe, lorsque la partie plaignante a valablement saisi le juge pénal de conclusions civiles, celui-ci est tenu de statuer sur celles-ci, indépendamment de toute valeur litigieuse (art. 124 al. 1 CPP), tant en cas de condamnation que d'acquittement (art. 126 al. 1 CPP).

Toutefois, dans certaines hypothèses énumérées à l'art. 126 al. 2 CPP, l'autorité pénale peut ne pas statuer sur le fond des prétentions dont elle est saisie et renvoyer la cause au juge civil ; tel est le cas lorsque la procédure se termine par une ordonnance de classement ou une ordonnance pénale, lorsque les conclusions civiles sont insuffisamment motivées, lorsque les sûretés requises n'ont pas été constituées ou encore, en cas d'acquittement lorsque les faits n'ont pas été suffisamment établis. L'art. 126 al. 3 CPP permet encore un renvoi partiel de la cause au juge civil, lorsque, confronté à des conclusions civiles complexes, le juge statue sur le principe de l'action

195 Dans ce sens arrêt du TF 6B_321/2014 du 7 juillet 2014, consid. 1.3 ; cf. également Krauskopf / Bittel, Adhäsionsprozess, p. 32 ss ; Macaluso, Action civile, p. 184 s. ; *contra* : Jeanneret, Action civile, p. 117 s. ; Lieber, Kommentar, Art. 122 N 9 ; Schmid, Handbuch, n. 706.

196 ATF 133 III 675, consid. 2.3.2 (avec d'autres indications) ; cf. également arrêt du TF 5A_741/2013 du 3 avril 2014, consid. 5.1 ; arrêt du TF 4A_543/2013 du 13 février 2014, consid. 4.2.

civile et renvoie la partie plaignante à agir au civil s'agissant du montant du dommage.

Le renvoi au juge civil n'a aucun effet de droit matériel et n'implique pas une transmission d'office du dossier par le tribunal pénal mais une saisine du juge civil compétent, selon les règles de la procédure civile, laissée à la libre appréciation de la partie plaignante[197]. A noter que la litispendance pourra rétroagir au jour de la déclaration faite devant l'autorité pénale en application de l'art. 122 al. 3 CPP, si la partie plaignante saisit le juge civil dans le mois qui suit la décision de renvoi à agir au civil[198].

Pour ce qui est de la prescription de l'action civile, le jugement au fond du juge pénal fait démarrer une prescription de dix ans (art. 137 al. 2 CO), peu importe quelle était la durée du délai de prescription de l'action civile[199]. Si le juge pénal ne statue que sur le principe de l'action civile et renvoie la partie plaignante à agir au civil s'agissant du montant du dommage (art. 126 al. 3 CPP), la prescription recommence à courir en vertu de l'art. 138 al. 1 CO, mais le délai de prescription est désormais de dix ans (art. 137 al. 1 CO). En revanche, lorsque le juge pénal renvoie la partie plaignante à agir par la voie civile, l'effet suspensif de l'art. 138 al. 1 CO cesse et le délai de prescription se remet à courir sans aucune modification de sa durée puisque, à défaut de jugement constatant la créance, l'art. 137 al. 2 CO ne s'applique pas[200].

VII. Conclusion

Parvenu au terme de ce parcours sur le chemin de la prescription où le droit pénal et le droit civil s'entremêlent, deux constats essentiels peuvent être mis en exergue. La préoccupation première et, au demeurant, légitime du législateur, lorsqu'il a créé les liens qui existent entre la prescription civile et pénale, consiste à éviter que la créance en réparation de celui qui a été lésé par une infraction pénale puisse se prescrire avant l'échéance de la prescription de l'action pénale. Le second constat est une tendance toujours plus marquée, tant dans le processus législatif que jurisprudentiel, à introduire des instruments tendant à éloigner l'échéance de la prescription. Une telle tendance marque un centre de gravité porté en direction de la protection du droit des lésés, respectivement de la lutte contre l'impunité, aux dépens, toutefois, de la sécurité juridique et du droit à l'oubli.

197 CR CPP-Jeandin / Matz, art. 126 n. 17, Jeanneret / Kuhn, n. 16082 ; Schmid, Handbuch, n. 712.
198 CR CPP-Jeandin / Matz, art. 126 n. 17.
199 Cf. à ce sujet CR CO I-Pichonnaz, art. 137 n. 4.
200 Krauskopf / Bittel, Adhäsionsprozess, p. 34.

Liste des ouvrages cités

Berti Stephen V., « Verjährung vertraglicher Schadenersatzansprüche », in : Leistungsstörungen, Koller [Hrsg.], Saint-Gall 2008, p. 15-28 (cité : Berti, Verjährung).

Brehm Roland, *Commentaire ad art. 41 ss CO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, T. VI/1/3/1,* 4e éd., Berne 2013 (cité : BK-Brehm).

Chappuis Christine, « La péremption en droit de la responsabilité civile », in : Werro Franz (édit.), Le temps dans la responsabilité civile, Berne 2007, p. 107-138 (cité : Chappuis, Péremption).

Chappuis Benoît / Werro Franz, « Délais de prescription et dommages différés : réflexions sur l'ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763 », in : REAS 2011, p. 139-149 (cité : Chappuis / Werro, Prescription).

Décaillet Thierry, « Le droit suisse prive-t-il vraiment les victimes de dommages différés de la possibilité de faire valoir leurs prétentions en justice ? », in : REAS 2014, 145 ss (cité : Décaillet, REAS).

Denys Christian, « Prescription de l'action pénale, les nouveaux art. 70, 71, 109 et 333 al. 5 CP », in : SJ 2003 II, p. 49-66 (cité : Denys, SJ 2003 II).

Dupuis Michel / Geller Bernard / Monnier Gilles / Moreillon Laurent / Piguet Christophe / Bettex Christian / Stoll Daniel (édit.), *Petit commentaire, Code Pénal*, Bâle 2012 (cité : Dupuis et al., Commentaire).

Frischknecht Tom, « Zur Eidgenössischen Volksinitiative : für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern »,in : RPS 2008, p. 434-454 (cité : Frischknecht, RPS 2008).

Gauch Peter, « Verjährungsverzicht : Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist », in : RSJ 2006, p. 533-540 et 561-566 (cité : Gauch, RSJ).

Gauch Peter, « Verjährungsunsicherheit. Ein Beitrag zur Verjährung privatrechtlicher Forderungen », in : Riemer-Kafka Gabriela / Rumo-Jungo Alexandra (édit.), *Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer*, Berne 2010, p. 239-252 (cité : Gauch, Verjährung).

Husmann David / Aliotta Massimo, « Zeit heilt nicht alle Wunden – Zur verjährungsrechtlichen Problematik bei Personenschäden durch Asbest », in : REAS 2010, p. 128-134 (cité : Husmann / Aliotta, REAS 2010).

Jaggi Emanuel, « Ist der Strafbefehl ein erstinstanzliches Urteil im Sinne von Art. 70 abs. 3 StGB ? », in : RPS 2006, p. 437-454 (cité : Jaggi, RPS 2006).

Jeanneret Yvan, Les procédures spéciales dans le Code de procédure pénale suisse, in Pfister-Liechti Renate (éd.), La procédure pénale fédérale, Berne 2010, p. 137-195 (cité : Jeanneret, procédures spéciales).

Jeanneret Yvan, « L'action civile au pénal », in : Bohnet François (édit.), *Quelques actions en paiement*, Neuchâtel 2009, p. 95-164 (cité : Jeanneret, L'action civile).

Jeanneret Yvan / Kuhn André, *Précis de procédure pénale*, Berne 2013 (cité : Jeanneret / Kuhn).

Krauskopf Frédéric, « EMRK-widriges Verjährungsrecht ! – Die Schweiz muss die Verjährung im Schadensrecht überdenken », in : Jusletter du 23 mars 2014 (cité : Krauskopf, Jusletter).

Krauskopf Frédéric, « Les délais de prescription selon le « CO 2020 » : description et analyse », in : REAS 2013, p. 367-372 (cité : Krauskopf, REAS).

Krauskopf Frédéric, « Die Verjährung der haftpflichtrechtlichen Ansprüche wegen Personenschäden », in :Weber Stephan (édit.), *Personen-Schaden-Forum 2011*, Zurich 2011, p. 113-151 (cité : Krauskopf, Personenschäden).

Krauskopf Frédéric, « La prescription en pleine mutation, Quelques réflexions sur la prescription de l'action en dommages-intérêts », in : SJ 2011 II, p. 1-28 (cité : Krauskopf, SJ).

Krauskopf Frédéric, « Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung (Anwaltshaftung) », in : REAS 2009, p. 273-277 (cité : Krauskopf, Verjährung).

Krauskopf Frédéric / Bittel Emmanuel, « Der Adhäsionsprozess aus der Sicht des Haftpflichtrechts – Grundlagen und Gedanken zu Strategie und Taktik », in : Kren Kostkiewicz Jolanta / Alexander Markus / Rodriguez Rodrigo, *Schnittstellen zwischen Zivilprozess und Strafverfahren*, Bern 2014, p. 21-43 (cité : Krauskopf / Bittel, Adhäsionsprozess).

Kuhn André / Jeanneret Yvan (édit.), *Commentaire romand, Procédure pénale*, Bâle 2011 (cité : CR CPP-[Nom de l'auteur]).

Lieber Viktor, « Art. 121 und Art. 122 StPO », in : Donatsch Andreas / Hansjakob Thomas / Lieber Viktor (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich/Bâle/Genève 2010 (cité : Lieber, Kommentar).

Macaluso Alain / Garbaski Andrew, « Commentaire de l'arrêt du 21 juillet 2014 dans la cause X. contre Ministère public central du canton de Vaud- 6B_7/2014 », in : forumpoenale 6/2014, p. 322 (cité : Macaluso / Garbarski).

Macaluso Alain, *L'action civile dans le procès pénal régi par le nouveau CPC*, in : Werro Franz / Pichonnaz Pascal, *Le procès en responsabilité civile*, Berne 2011, p. 175-195 (cité : Macaluso, Action civile).

Müller Christoph, « Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt die Schweiz wegen der absoluten Verjährung der Ansprüche von Asbestopfern – Kommentar des Entscheids Howald Moor et autres c. Suisse vom 11. März 2014 », in : Jusletter du 24 mars 2014 (cité : Müller, Jusletter).

Niggli Marcel Alexander / Herr Marianne / Wiprächtiger Hans (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, Bâle 2014 (cité : BSK StPO-[Nom de l'auteur]).

Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Basler Kommentar, Strafrecht I, Bâle 2013* (cité : BSK StGB-[Nom de l'auteur]).

Pichonnaz Pascal, « L'avant-projet de révision de la prescription, Réflexions sur l'avant-projet de modification du Code des obligations », in : Werro Franz / Probst Thomas (édit.), *Journées du droit de la circulation routière 2012*, Berne 2012, p. 145-168 (cité : Pichonnaz, Réflexions).

Pichonnaz Pascal, « La renonciation à la prescription selon le projet de réforme du droit de la prescription », in : REAS 2014, p. 84-88 (cité : Pichonnaz, REAS 2014).

Pichonnaz Pascal, « La renonciation à la prescription : une appréciation des réformes proposées par l'avant-projet de révision de la prescription », in : REAS 2012, p. 79-84 (cité : Pichonnaz, REAS 2012).

Pichonnaz Pascal, « La prescription de l'action en dommages-intérêts : Un besoin de réforme », in : Werro Franz (édit.), *Le temps dans la responsabilité civile*, Berne 2007, p. 71-106 (cité : Pichonnaz, Besoin de réforme).

Riedo Christof / Zurbrügg Matthias, « Der Jetlag dauert an oder Neue Unwägbarkeiten im Recht der strafrechlichen Verjährung, Bemerkungen zu BGE 134 IV 328 », in : PJA 2009, p. 372-380 (cité : Riedo / Zurbrügg, PJA 2009).

Roth Robert / Moreillon Laurent (édit.), *Commentaire romand, Code pénal I*, Bâle 2009 (cité : CR CP-[Nom de l'auteur]).

Schmid Niklaus, *Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts*, Zurich 2013 (cité : Schmid, Handbuch).

Schöbi Felix, « Unverjährbarkeit, Die Bedeutung von Art. 123b BV für das Haftpflichtrecht », in : Fuhrer Stephan (édit.), *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen*, Zurich 2010, p. 519-529 (cité : Schöbi, Unverjährbarkeit).

Schubarth Martin, « Erlöschen der Strafgewalt zufolge Verjährung – Konsequenzen für die Rechtsnatur der Verjährung und für Fragen der Ausliefreung », in : RPS 2011, p. 66-78 (Schubarth, RPS 2011).

Schubarth Martin, « Das neue Recht der strafrechlichen Verjährung », in : RPS 2002, p. 321-339 (cité : Schubarth, RPS 2002).

Seiler Philippe, *Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung*, thèse Saint-Gall, Zurich 2011 (cité : Seiler, Verjährung).

Stratenwerth Günter / Jenny Guido / Bommer Felix, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I,* Bern 2010 (cité : Stratenwerth / Jenny / Bommer).

Thévenaz Alain, « La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription », in : Gauch Peter / Werro Franz / Pichonnaz Pascal (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zurich 2008, p. 448 ss (cité : Thévenaz).

Thévenoz Luc / Werro Franz, *Commentaire romand du Code des obligations,* 2e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO-[Nom de l'auteur]).

Trechsel Stefan / Pieth Mark, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Paxiskommentar,* Zürich/St-Gallen 2012 (cité : Trechsel / Pieth).

Werro Franz, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 2011 (cité : Werro, RC).

Werro Franz, « La responsabilité civile à la croisée des chemins », in : RDS 2003 II, p. 372 ss (cité : Werro, RDS 2003).

Widmer Pierre, « Le dies a (qui pro) quo dans la prescription subsidiaire », in : REAS 2014, p. 69 ss (cité : Widmer, REAS 2014).

Widmer Lüchinger Corinne, « Die Verjährung bei Asbestschäden, Eine Standortbestimmung nach dem EGMR-Entscheid Howald Moor et autres c. Suisse », in : ZBJV 2014, p. 460-480 (cité : Widmer Lüchinger, Verjährung).

Zimmermann Reinhard / Kleinschmidt Jens, « Verjährung : Grundgedanken und Besonderheiten bei Ansprüchen auf Schadensersatz », in : Wiegand Wolfgang / Koller Thomas / Walter Hans Peter (édit.), *Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, Berne 2009, p. 861-925 (cité : Zimmermann / Kleindschmidt, Verjährung).

La tactique de l'avocat : quelle action pour quelles conséquences ? (volet civil)

François Bellanger*

Table des matières

I. Introduction 175
II. Le coût de la procédure 176
III. La maîtrise de la procédure et la gestion des délais 177
IV. L'opposabilité à des tiers 178
V. L'établissement des faits 179
VI. Conclusions 181

I. Introduction

Le choix entre une procédure civile ou pénale est parfois délicat. La procédure civile est la voie usuelle pour obtenir l'exécution d'obligations, notamment le paiement de créances. Toutefois, lorsque ces obligations sont liées à des infractions pénales, le créancier peut préférer initier une procédure pénale plutôt que d'engager une procédure civile, ou mener les deux en parallèle.

La présente contribution vise à mettre en évidence certaines caractéristiques importantes d'une procédure civile pour permettre l'évaluation de leurs avantages et inconvénients par rapport à une procédure pénale. Dans cette perspective, j'aborderai successivement divers éléments à prendre en compte pour le choix entre le civil et le pénal, soit le coût de la procédure (II.), la maîtrise de la procédure et la gestion des délais (III.), l'opposabilité à des tiers (IV.), l'établissement des faits (V.), avant de conclure (VI.).

Ce rapport se limite à exposer le point de vue du praticien confronté au choix entre les deux procédures en se référant aux bases légales pertinentes du Code de procédure civile du 19 décembre 2008[1]. Il n'a pas pour objectif d'exposer ou soutenir une théorie juridique ou encore de faire œuvre de

* Avocat, professeur à l'Université de Genève.

1 « CPC » ; RS 272.

doctrine. Il s'agit uniquement de remarques pratiques destinées à être le pendant du volet pénal traité par Me Vincent Jeanneret, de façon à permettre au lecteur d'apprécier les avantages ou désavantages d'une procédure civile par rapport à une procédure pénale.

II. Le coût de la procédure

Un paramètre très important à prendre en considération avant de choisir la voie civile est le coût de la procédure.

Selon l'article 19 al. 1 de la Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012[2], dans les procédures dont la gratuité n'est pas prévue par la loi, les juridictions prélèvent des frais de justice, lesquels comprennent des frais et des émoluments forfaitaires en couverture de leurs prestations.

Les frais correspondent aux coûts effectifs des actes concernés conformément à l'article 19 al. 2 LaCC. Pour ce motif, ces frais sont rapidement un problème majeur pour les parties. Ils interviennent en fonction du déroulement de la procédure et des actes qui sont accomplis. Il pourra s'agir, par exemple, du défraiement d'un interprète ou d'un témoin.

L'émolument est la source première de préoccupation des éventuels plaideurs car l'article 19 al. 3 LaCC prévoit que ces émoluments sont calculés en fonction de la valeur litigieuse, s'il y a lieu, de l'ampleur et de la difficulté de la cause. Cette disposition énonce qu'ils sont fixés, en règle générale, entre 100 F et 200 F pour l'émolument de conciliation ou entre 200 F et 100 000 F pour l'émolument de décision dans les autres causes lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 10 000 000 F, respectivement entre 100 000 F et 200 000 F lorsque la valeur litigieuse excède ce montant. De plus, à teneur de l'article 19 al. 4 LaCC, si des motifs particuliers le justifient, ces émoluments peuvent être majorés, mais au plus jusqu'au double de leurs montants.

Le Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010[3] précise ces dispositions. Il énonce à son article 17 les fourchettes admises pour l'émolument forfaitaire de décision, soit de 200 F à 2000 F jusqu'à 10 000 F de valeur litigieuse, de 1000 F à 3000 F pour une valeur litigieuse de 10 001 F à 30 000 F, de 2000 F à 8000 F si la valeur litigieuse est comprise entre de 30 001 F à 100 000 F, de 5000 F à 30 000 F pour une valeur litigieuse de 100 001 F à 1 000 000 F, de 20 000 F à 100 000 F lorsque la valeur litigieuse est

2 « LaCC » ; RS/GE E 1 05.
3 « RTFMC » ; RS/GE E 1 05.10.

supérieure à 1 000 001 F mais inférieure ou également à 10 000 000 F, enfin de 100 000 F à 200 000 F dès que la valeur litigieuse dépasse 10 000 000 F.

En conséquence, l'émolument de décision est élevé. Il rend la justice civile onéreuse pour le justiciable lambda et parfois difficilement accessible. Ce coût peut constituer une barrière à l'accès pour le demandeur dont le montant des avoirs exclut l'octroi de l'assistance juridique, tout en ne permettant pas d'avancer les frais nécessaires pour la procédure.

En outre, la partie dont les conclusions sont en tout ou partie rejetées s'expose à devoir payer des dépens à la partie adverse. Leur montant est déterminé par les articles 84 et 85 RTFMC. Ils sont, par exemple, de 19 400 F plus 2% de la valeur litigieuse dépassant 300 000 F lorsque la valeur litigieuse est comprise entre 300 001 F et 600 000 F.

Le risque de devoir payer des dépens en cas d'échec partiel ou total du procès doit également être pris en considération dans l'appréciation des risques économiques de la procédure et donc de son coût. Même si, contrairement à l'émolument forfaitaire de décision, l'avance des dépens n'est pas demandée, ce montant peut devoir être payé à l'issue de la procédure.

Ce coût actuel ou potentiel de la procédure civile est un paramètre essentiel pour les demandeurs éventuels. Il constitue un élément important de différenciation par rapport à la procédure pénale.

III. La maîtrise de la procédure et la gestion des délais

Sous l'empire du CPC, la procédure civile fait l'objet d'un déroulement assez prévisible. Il est donc possible de planifier une éventuelle procédure en estimant la durée des différentes étapes. A la différence d'une procédure pénale, les parties à la procédure civile conservent une maîtrise de celle-ci. Elles peuvent, par exemple, passer un accord et mettre un terme à la procédure. Le demandeur a également la faculté de renoncer unilatéralement à son action conformément à l'article 65 CPC.

Dans certaines circonstances, l'article 125 CPC autorise le juge civil à « simplifier le procès », notamment en limitant la procédure à des questions ou des conclusions déterminées (let. a), cela notamment dans la perspective de régler séparément certaines des prétentions en cause, par une décision partielle, ou de régler séparément certaines questions de fait ou de droit par une décision incidente selon l'article 237 CPC, en ordonnant la division de causes (let. b) ou la jonction de causes connexes (let. c), ou encore en renvoyant la demande reconventionnelle à une procédure séparée (let. d). La

procédure civile permet donc une certaine flexibilité de nature à réduire le temps nécessaire à sa conduite.

De plus, le CPC permet aujourd'hui de disposer de procédures « accélérées ». Il existe la procédure simplifiée selon les articles 244 et suivants CPC pour les litiges patrimoniaux d'une valeur inférieure à 30 000 F ou les litiges prévus par la loi, comme par exemple la loi sur l'égalité du 24 mars 1995[4]. Est également souvent appliquée la procédure sommaire pour « cas clair » selon l'article 248 let. b CPC. Ces procédures permettent d'obtenir un résultat rapide dans des situations ne nécessitant pas des opérations aussi complètes que celles existant dans la procédure ordinaire.

Du point de vue temporel, la procédure civile assure l'avantage non seulement de la maîtrise de sa durée mais aussi d'une assez grande prévisibilité du temps nécessaire pour sa conduite. Le droit pénal n'offre clairement pas les mêmes possibilités.

IV. L'opposabilité à des tiers

La procédure civile permet également une évolution du cercle des parties à la procédure en fonction des dénonciations d'instance ou interventions. Les modes de la dénonciation, de l'appel en cause ou de l'intervention sont particulièrement utiles lorsque des responsabilités sont liées.

L'article 78 al. 1 CPC autorise une partie à dénoncer l'instance à un tiers lorsqu'elle estime, pour le cas où elle succomberait, qu'elle pourrait faire valoir des prétentions contre lui ou être l'objet de prétentions de sa part. Selon l'article 78 al. 2 CPC, le tiers dénoncé peut à son tour dénoncer l'instance. Ce tiers a ainsi la possibilité de participer au procès, mais n'en a pas l'obligation (art. 79 CPC). S'il ne participe pas, le résultat du litige lui sera toutefois opposable conformément aux articles 77 et 80 CPC.

De plus, l'article 81 CPC autorise l'appel en cause d'un tiers si l'appelant entend prendre des conclusions récursoires contre l'appelé en cause pour le cas où il succomberait. Dans ce cas, la prétention de l'appelant en cause est connexe avec les conclusions principales. Contrairement à la dénonciation d'instance, l'appelé en cause ne peut à son tour appeler un tiers en cause.

Enfin, les articles 73 et 74 CPC organisent le mécanisme de l'intervention d'un tiers à la procédure.

L'article 73 régit l'intervention principale, qui est considérée comme une véritable demande et doit, pour ce motif, satisfaire aux conditions générales

4 « LEg » ; RS 151.1.

de recevabilité énoncées à l'article 59 CPC. Cette intervention principale permet au tiers de participer au procès pour y faire valoir un droit propre, excluant en tout ou en partie les conclusions des parties en cause. L'intervenant principal participe à la procédure dans son intérêt propre et n'a aucun intérêt particulier à ce que l'une ou l'autre partie succombe. En revanche, si l'intervenant principal vise exclusivement à soutenir l'une des parties au procès, son intervention est irrecevable.

L'article 74 CPC prévoit l'intervention accessoire, par laquelle le tiers ne prend pas de conclusions indépendantes mais vient soutenir celles de la partie au procès qu'il a intérêt à voir triompher.

V. L'établissement des faits

La question de l'établissement des faits est centrale dans une procédure civile. Les parties ne disposent en effet souvent pas de tous les éléments de fait pertinents. La force d'une procédure dépend de la possibilité d'obtenir des informations ou documents en possession de l'autre partie ou de tiers. Dans le canton de Genève, avant l'avènement du CPC, l'ancienne loi de procédure civile du 10 avril 1987[5] était fondée sur le principe de la maxime des débats avec pour conséquence qu'il était quasiment impossible d'obtenir des éléments de l'autre partie et, *a fortiori*, de tiers. Le manque de moyens des parties pour forcer la production de documents rendait la procédure civile peu intéressante lorsque des investigations étaient nécessaires. La procédure pénale était alors sensiblement plus attrayante.

Avec le CPC, la situation a diamétralement changé. En effet, si la procédure civile reste *a priori* soumise à la maxime des débats, la portée de ce principe devient plus limitée, voire s'efface dans de nombreux cas devant la maxime d'office. Cette situation est notamment illustrée par l'obligation de collaboration des parties et les devoirs des témoins.

Selon l'article 160 al. 1 CPC, les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves. Ils ont en particulier l'obligation de faire une déposition conforme à la vérité en qualité de partie ou de témoin (let. a), de produire les titres requis, à l'exception des documents concernant des contacts entre une partie ou un tiers et un avocat autorisé à les représenter à titre professionnel (let. b) ou encore de tolérer un examen de leur personne ou une inspection de leurs biens par un expert (let. c).

5 « aLPC ».

Dans les limites fixées par l'article 160 CPC, les parties peuvent et doivent donc s'exprimer. Elles sont exposées à deux formes d'audition : l'interrogatoire selon l'article 191 CPC, qui est la forme usuelle, et la déposition prévue par l'article 192 CPC. Ce mode est applicable à la partie réticente à répondre aux questions ou dont les réponses laissent présumer qu'elle ne déclarerait pas la vérité. L'article 192 al. 1 CPC autorise ainsi le tribunal à contraindre, sous la menace de sanctions pénales, les deux parties ou l'une d'entre elles à faire une déposition. Dans ce cas, l'article 192 al. 2 prévoit que les parties sont exhortées au préalable à répondre conformément à la vérité. La déposition apparaît donc comme une forme d'interrogatoire très proche de celui qui pourrait exister en procédure pénale.

Dans le même sens, les parties doivent produire les pièces qui sont pertinentes, soit les pièces utiles pour établir les faits nécessaires à la résolution du litige. Le tribunal peut ordonner la production de telles pièces, notamment si l'autre partie le demande.

Les motifs de refus d'une partie sont limités. Selon l'article 163 al. 1 CPC, une partie peut refuser de collaborer uniquement, d'une part, lorsque l'administration des preuves pourrait exposer un de ses proches au sens de l'article 165 CPC à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité civile et, d'autre part, lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'article 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937[6]. Au surplus, l'article 163 al. 2 CPC autorise les dépositaires d'autres secrets protégés par la loi à refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Si l'un de ces motifs est réalisé, le refus de collaborer devient légitime au sens de l'article 162 CPC et le tribunal ne peut donc inférer de celui-ci que le fait allégué est prouvé. A l'inverse, si le refus n'est pas justifié, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves conformément à l'article 164 CPC.

En conséquence, une partie ne peut plus s'abstenir de révéler des informations ou fournir des documents, sous peine de violer son obligation de collaborer.

Les tiers sont soumis à la même obligation de collaborer que les parties dans la mesure où ils sont visés par l'article 160 CPC au même titre que les parties. En revanche, les tiers bénéficient de droits de refus plus étendus que les parties. L'article 165 CPC instaure un droit de refus absolu pour les conjoints, partenaires ou parents. L'article 166 CPC prévoit lui un droit de refus restreint dans différentes hypothèses visant les situations dans lesquelles le tiers s'exposerait à s'incriminer lui-même ou un de ses proches, ou encore celles dans lesquelles un secret protégé serait violé.

6 « CP » ; RS 311.0.

En conséquence, la marge de manœuvre des parties pour réunir les faits pertinents est désormais très grande en procédure civile. Elle permet de forcer les parties comme les tiers à collaborer dans de très nombreux cas. A notre avis, dans les procédures pour lesquelles les investigations ne dépassent pas nos frontières, le juge civil dispose maintenant de moyens quasi-équivalents au magistrat pénal. La différence majeure entre les recherches pouvant être effectuées par ces magistrats dépend de l'existence de secrets protégés ou non.

VI. Conclusions

Le choix de la voie civile ou pénale reste un éternel débat.

Les affinités de l'avocat chargé d'apprécier la situation et de proposer à son mandant la procédure déterminent souvent l'option retenue, les avocats pénalistes ou civilistes préférant naturellement le chemin procédural correspondant à leur spécialité. Au-delà de cette approche plutôt subjective, voire instinctive, plusieurs paramètres permettent de faire un choix objectif.

Comme nous l'avons indiqué au début de cet exposé, la question des coûts peut jouer un rôle déterminant. En effet, le montant des émoluments et frais en procédure civile peut être un obstacle rédhibitoire pour les plaideurs.

Si cette question financière peut être écartée, la procédure civile permet aujourd'hui d'établir les faits de manière presque aussi efficace que la procédure pénale. Cette dernière a perdu avec le CPC un avantage important. Il ne s'agit plus désormais d'un critère déterminant dans la majorité des cas.

La procédure civile permet au justiciable de garder le contrôle sur la géométrie et les délais de la procédure. Ce point est essentiel, car, dans la plupart des cas, la procédure pénale échappe au plaignant : c'est une machine qui fonctionne selon ses propres règles et à son rythme. L'expérience montre régulièrement que les procédures pénales démarrent souvent sur les chapeaux de roues, de manière très intense, puis, plus ou moins rapidement, tournent au ralenti. Dans les affaires complexes, nombreuses sont les procédures qui durent plusieurs années. Il est donc très difficile de faire des prévisions sur le déroulement de la procédure. En outre, plus la procédure dure, plus les coûts liés à la représentation par des avocats augmentent. Les parties arrivent ainsi souvent épuisées, tant sur le plan personnel que matériel, au terme de la procédure. A l'inverse, en matière civile, le rythme prévisible de la procédure comme le contrôle exercé par les parties sur celle-ci permettent d'arriver à un résultat plus rapide.

En outre, les parties peuvent mettre un terme à une procédure civile, notamment en transigeant (cf. art. 241 CPC). Elles n'ont pas cette faculté dans la procédure pénale. C'est un point important, car l'ouverture de la procédure pénale crée souvent une rupture irréversible entre les parties. A l'inverse, le début d'une procédure civile tend généralement les relations entre les parties mais des discussions peuvent continuer. Un accord peut donc intervenir à tout moment et mettre un terme à la procédure.

Les risques et profits sont donc beaucoup plus facilement mesurables en procédure civile, ce qui doit inciter à favoriser celle-ci, sauf si le caractère pénal des faits est clairement prépondérant et justifie le choix de la procédure pénale.

La tactique de l'avocat : quelle action, ou quel choix de procédure, dans quelles circonstances ? (volet pénal)

Vincent Jeanneret*

Table des matières

I. Introduction 183
II. Des éléments à prendre en compte 185
III. Rappel des caractéristiques principales de la procédure pénale 185
IV. Brève analyse 188
V. De quelques spécificités 188
A. Expertise pénale vs expertise civile 188
B. La suspension 190
C. La litispendance 190
D. La procédure simplifiée 191
VI. Stratégie et tactique 192
A. Quel choix opérer ? 192
B. Garder la maîtrise de la procédure 193
C. Maîtrise des risques 193
D. Maîtrise du champ procédural 194
VII. Conclusions 194
VIII. Bibliographie sélective 195

I. Introduction

Le droit est connu pour ne pas être une science exacte. Que dire de la procédure qui doit assurer la mise en œuvre du droit de fond ? La procédure est sans doute le domaine du droit où la règle normative est la plus immédiate dans son application et les conséquences qu'elle peut emporter. Mais sans doute aussi la moins prévisible, tant les magistrats qui sont en charge d'une procédure ont-ils très souvent tendance à chercher dans le droit procédural une issue qui leur permet de ne pas se confronter au droit de fond.

* Avocat.

C'est aussi un espace juridique à plusieurs dimensions, où les bifurcations et les obstacles sont nombreux, pour le justiciable comme pour le praticien. Gagner ou succomber procéduralement emporte très généralement une conséquence définitive au niveau du droit de fond. Et bien souvent une victoire procédurale intermédiaire est annonciatrice d'un dénouement positif. Mais pas toujours, fort heureusement.

Celui qui maîtrise les arcanes de la procédure peut parfois l'emporter indépendamment du mérite de ses arguments de fond. Et inversement aucune cause n'est d'emblée perdue pour celui qui sait amener la partie adverse à commettre des erreurs de nature procédurale, ou simplement à tirer parti de celles-ci.

La stratégie doit ici être distinguée de la tactique, ce que le titre de la présente contribution et de la conférence qui l'a précédée ne révèle pas. La stratégie vise les décisions les plus fondamentales qui permettent d'atteindre le but que l'on s'est fixé. La tactique intervient à chaque fois qu'il faut prendre une décision dans le souci de suivre la mise en œuvre de la stratégie. Parfois la décision uniquement tactique pourrait donner l'impression de ne pas être cohérente avec la stratégie. Le suivi d'une série de décisions tactiques permet en revanche de vérifier que l'on s'inscrit toujours dans l'option stratégique initiale.

La prise d'une décision tactique ou l'évolution de la situation résultant de certaines étapes procédurales peut aussi fournir l'occasion de revoir ou reconsidérer certains choix stratégiques.

Tout ceci pour dire que cette brève contribution traitera tant de la stratégie que de la tactique. Il appartiendra au lecteur de déterminer ce qui relève de l'une ou de l'autre, tant il est vrai que parfois il devient difficile de séparer l'une de l'autre.

Dans un séminaire consacré à la confrontation des responsabilités pénales et civiles, nous avons tout naturellement voulu faire porter notre examen sur le choix auquel est confronté presque tout praticien entre procédure pénale et civile, ou la combinaison des deux, pour autant que ce choix s'offre, ce qui nous le rappellerons une fois pour toutes, suppose que l'on soit dans un contexte de poursuite d'une éventuelle infraction, soit la commission d'un crime, d'un délit ou d'une contravention.

C'est donc volontairement que nous ne traiterons pas des cas plus complexes qui pourraient voir le droit public, notamment administratif, faire en outre irruption. Nous ne nous immiscerons pas davantage dans les questions de droit du travail ou du bail qui posent des questions procédurales plus complexes encore, compte tenu des juridictions spécialisées qui traitent de leur contentieux.

La partie consacrée à la procédure civile fait l'objet d'une contribution spécifique du Professeur François Bellanger. La présente contribution se limitera à la procédure pénale, mais conservera quelques parties mixtes lorsqu'il incombe au plaideur de choisir entre le civil ou le pénal.

II. Des éléments à prendre en compte

Les critères qui nous semblent devoir être pris en compte lors du choix entre procédure pénale et procédure civile sont les suivants :

- Que recherche le client ?
- De quels moyens dispose-t-il (ce qui va de pair avec une analyse rapide du coût des procédures envisagées) ?
- Quelle est l'exposition du client ou de son entourage ?
- Doit-on s'attendre à des aspects médiatiques ? Faut-il les craindre ou en tirer bénéfice ?
- De quelle procédure peut-on attendre efficience et rythme procédural soutenu ? Encore plus, peut-on maitriser d'une manière ou d'une autre le calendrier de la procédure ?
- Quelle procédure laisse présager davantage d'embûches ?
- Degré de complexité de la procédure ? Un caractère multi-juridictionnel, souvent synonyme de transfrontalier ?
- Passage aisé d'une procédure à l'autre, soit en règle générale, du pénal au civil ?
- Quelle procédure permet la meilleure perspective de recouvrement ?
- Quelle procédure permet davantage de trouver une solution négociée et peut-elle s'imposer procéduralement du seul fait de la volonté des parties en cause ?

III. Rappel des caractéristiques principales de la procédure pénale

Il nous a paru important de dresser un rapide catalogue de certaines distinctions principales de la procédure pénale, sans prétendre ni à l'exhaustivité, ni aux détails. Pour la simplicité de la démonstration, l'on retiendra qu'il s'agit d'un cas de responsabilité civile, dans le cadre duquel tant une procédure civile qu'une procédure pénale sont envisageables.

– La mise en œuvre de l'action pénale, sous réserve de cas spécifiques, peut intervenir d'office, sur dénonciation ou sur plainte. Le lésé ne maîtrise donc pas forcément l'ouverture d'une telle procédure qui peut parfaitement intervenir sans son concours.
– Le plaignant ne peut être admis à participer à la procédure que s'il justifie d'un dommage direct découlant de l'infraction dénoncée, ce qui restreint le cercle des élus. Bien plus, la direction de la procédure peut décider de contester d'emblée le statut de lésé du plaignant, qui devra commencer par recourir, généralement sans obtenir d'effet suspensif, ce qui implique que la procédure peut initialement se dérouler sans lui.
– Les moyens de preuve et les pouvoirs d'investigation des autorités de poursuite et d'instruction pénale sont impressionnants. Nul besoin de les citer tous, ils vont des auditions du prévenu à celles des témoins, de la nomination d'un expert à la production de pièces. Mais l'intrusion du Procureur dans la sphère privée peut aller fort loin. Ainsi, le Ministère public peut-il enregistrer des appels téléphoniques, des conversations. Il peut aussi perquisitionner tout endroit dans lequel il pense trouver des moyens de preuve, procéder à des fouilles de personnes ou faire procéder à l'examen d'une personne. Il peut faire procéder à l'examen d'un cadavre ou demander au Tribunal des mesures de contrainte de faire procéder à des analyses ADN.
– La direction de la procédure peut également séquestrer des objets et des valeurs patrimoniales, ce de manière à couvrir les frais de procédure et les indemnités à verser, de même que les peines pécuniaires et les amendes. De fait le Procureur peut ainsi réduire le prévenu au minimum vital (art. 268 ch. 3 CPP[1]).
– L'on notera cependant que le législateur a astreint la direction de la procédure à n'avoir recours à des mesures de contrainte (art. 196 CPP) que dans le strict respect du principe de la proportionnalité et en fonction de la gravité de l'infraction. A l'endroit de personnes non prévenues, ces mesures de contrainte devront être exercées avec une retenue particulière (art. 197 CPC[2]).
– La détention provisoire peut indirectement constituer un moyen de pression formidable sur la partie adverse, même si le plaignant n'intervient pas au niveau du placement en détention provisoire, et des modalités de la mise en liberté du prévenu. La mise en liberté peut dépendre du versement d'une caution dont le montant sera notamment fixé en fonction de la gravité de l'infraction commise et de sa situation personnelle.

1 Code de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0.
2 Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

- La direction de la procédure peut, outre le blocage des comptes bancaires, solliciter le tribunal des mesures de contrainte d'ordonner la mise en en place d'une surveillance bancaire des comptes des personnes soupçonnées (art. 284 et 285 CPP), qui interviendra à l'insu des personnes concernées.
- L'autorité pénale peut agir également à l'étranger et effectuer dans le cadre de commissions rogatoires un certain nombre d'actes d'instruction et obtenir la saisie d'objets ou de valeurs patrimoniales.
- D'une manière générale, le plaignant n'est pas l'acteur principal. Dès lors que l'action publique est mise en œuvre, le contentieux perd son côté « privé ». Les autorités pénales de poursuite, d'instruction et de jugement ont pour mission première de prendre en compte l'intérêt public et non l'intérêt privé du plaignant. Corollaire de ce qui précède, les plaignant et prévenu ne peuvent mettre fin à la procédure pénale de leur propre chef. Et s'il peut exister des solutions parfois souples, comme le recours à l'art. 53 CP, force est d'admettre qu'un accord ne pourra être imposé à l'autorité pénale qui pourrait vouloir continuer une procédure même si le plaignant a été indemnisé par le prévenu. L'on pourra souhaiter par exemple trouver un terrain d'entente qui débouche soit sur une ordonnance pénale soit sur une procédure simplifiée, mais plus difficilement sur un classement. Tout dépendra en définitive du cas d'espèce et de l'intérêt public à poursuivre certaines infractions pour lesquelles le lésé aura admis avoir été indemnisé.
- La procédure pénale permet au plaignant de tirer profit d'une confiscation et/ou d'une créance compensatrice qui pourront ensuite lui être profitables, sous certaines conditions, dans le cadre d'une allocation au lésé. Ainsi, le jugement pénal peut signifier une indemnisation quasi immédiate du lésé au moyen des avoirs saisis qui seront confisqués.
- Contrairement à la procédure civile qui prévoit des phases bien délimitées, au-delà desquelles par exemple la production de pièces n'est pas possible sauf rares exceptions (art. 229 CPC), la procédure pénale est plus souple et davantage en mouvement. Elle permet de réagir et de solliciter en continu l'administration de nouvelles preuves et la production de pièces. Elle se révèle ainsi procéduralement moins contraignante pour le lésé, mais aussi pour le prévenu.
- Le plaignant ne verse pas d'émolument, sauf éventuelles demandes d'avances de frais dans des cas spécifiques. En cela, la procédure pénale est très généralement moins coûteuse que la procédure civile, où en fonction des conclusions prises, les sommes à verser d'avance peuvent se révéler conséquentes, à chaque instance.

IV. Brève analyse

A priori, le recours à la procédure pénale est largement plus profitable pour qui cherche des pièces et moyens de preuve qu'il ne possède pas encore et dont il a très peu de chances que la production soit ordonnée par le juge civil.

De même, les moyens de contrainte directs ou indirects sont beaucoup plus contraignants sur la personne du prévenu au pénal que sur le défendeur au civil.

Il n'en reste pas moins qu'il n'est pas rare de se heurter au pénal à la réticence du Procureur d'instruire une procédure dont les aspects civils paraissent prépondérants par rapport à l'intérêt public. Cela arrive, quand bien même l'art. 313 CPP assigne au Procureur la mission d'administrer les preuves nécessaires pour statuer sur les conclusions civiles, dans la mesure où cela ne retarde pas notablement la procédure.

Il convient de prendre en compte une série de facteurs précis et topiques en fonction du cas d'espèce, lorsqu'on doit faire le choix entre la procédure civile et la procédure pénale. En particulier, l'on a souvent tendance à sous-estimer les mérites d'une procédure civile, si les preuves sont aisément disponibles, respectivement si la cause est assez claire et que les éléments de nature pénale sont peu convaincants. En effet, un échec au pénal entraine nécessairement un affaiblissement de la prétention civile. De surcroit, la majeure partie des infractions pénales exige la démonstration de la conscience et volonté de l'auteur (y compris le dol éventuel), alors que la plupart des cas de responsabilité civile ne nécessite que la démonstration d'une négligence.

V. De quelques spécificités

Nous avons voulu brièvement attirer l'attention des praticiens sur quelques spécificités de l'une ou l'autre procédure ou des points de comparaison entre deux institutions similaires existant dans les deux procédures.

A. Expertise pénale vs expertise civile

La question que nous nous sommes posée revenait à nous demander s'il y avait intérêt à solliciter une expertise dans l'une plutôt que dans l'autre procédure.

A priori, les droits des parties sont garantis de manière très proche dans l'un et l'autre code de procédure. Dit autrement, le caractère contradictoire semble assuré, que l'expert soit mis en œuvre au civil ou au pénal.

Sans doute la lecture comparative des art. 182 à 191 CPP d'une part et des art. 183 à 189 CPC d'autre part laisse-t-elle au praticien le sentiment que l'expert pénal fait l'objet d'un encadrement normatif plus dense que l'expert civil. Il semble que la possibilité d'obtenir un complément d'expertise soit régie similairement au pénal au civil et au pénal, à lire les art. 189 CPP et 188 CPC.

En revanche, l'on voit que les investigations de l'expert sont davantage réglementées au pénal qu'au civil. Dans le premier cas, l'expert peut y procéder sans autre et au besoin se faire assister par la police pour obtenir la comparution de personnes. Alors qu'au civil cette dernière faculté ne semble pas être offerte à l'expert, qui doit par ailleurs être prêt à renouveler ses investigations conformément aux règles de procédures relatives à l'administration des preuves.

Enfin, l'expert pénal mis en œuvre par la direction de la procédure peut voir son mandat révoqué en tout temps si « l'intérêt de la cause le justifie », ce qui est une notion hautement imprécise. Rien de tel n'existe dans le CPC, qui ne connaît que la cause du non-respect par l'expert du délai prescrit, pour permettre au juge de mettre un terme à son mandat.

Une dernière question à laquelle il paraît difficile de répondre abstraitement : l'expertise civile peut-elle être utilisable comme telle dans la procédure pénale et inversement ?

A notre avis, ce n'est que si toutes les parties à la procédure y consentent, que cette « importation » d'une procédure vers une autre nous paraît possible. Et encore faut-il que le juge civil se prononce favorablement pour que cette expertise soit admise. Idem à notre sens pour la procédure pénale dans le cadre de laquelle la direction de la procédure indiquera par ordonnance que l'expertise civile vaudra expertise pénale au sens des art. 182 CPP. Et il faudra que les réponses de l'expert soient parfaitement topiques par rapport aux attentes des parties, et couvrent des questions importantes pour la procédure dans laquelle cette expertise est « importée ». Ce n'est pas évident, si l'on sait que dans le cadre de la poursuite pénale, certains ministères publics travaillent avec des masques contenant des questions types posées à l'expert. De même, le recours à des expertises « civiles » qui ne répondraient pas aux questions types pourraient amener le Procureur à refuser d'admettre de telles expertises ne répondant pas précisément à ses questions.

Dans certains cas, l'on pourrait imaginer que le juge civil ou la direction de la procédure entendent obtenir l'avis d'un nouvel expert, par exemple en complément des questions déjà répondues par le premier expert. Certaines

conclusions de cette expertise «importée» pourraient alors simplement être validées par un nouvel expert, dont la mission prévoirait de prendre position sur la première expertise, et de répondre à de nouvelles questions.

B. La suspension

En procédure civile, le juge pourra, en se fondant sur l'art. 126 CPC ordonner la suspension de la procédure si des motifs d'opportunité le commandent. Est notamment considéré comme un motif de suspension le sort d'un autre procès. Cela peut être une procédure pénale. Le juge est en général peu enclin à suspendre une procédure civile si la procédure pénale n'en est qu'à ses premiers balbutiements. Il le fera en revanche si les preuves qui sont administrées ou en voie d'administration sont effectivement importantes pour le sort de sa procédure, et que cette suspension signifie à terme économie de procédure.

Une telle faculté de suspendre est également donnée au Ministère public dans le cadre de la procédure pénale. L'art. 314 CPP mentionne expressément quatre hypothèses distinctes, dont celle visée à la lettre b, à savoir «l'issue de la procédure pénale dépend d'un autre procès dont il paraît indiqué d'attendre la fin». Le Procureur doit cependant vérifier avec diligence s'il existe des preuves qui pourraient disparaître et les administrer avant que de suspendre.

Dans l'un et l'autre cas, la loi donne à celui qui conduit la procédure une large marge d'appréciation. Le plaideur avisé pourra vouloir profiter de l'avance obtenue dans l'une des deux procédures parallèles pour faire suspendre l'autre. Et donc il tentera de faire avancer plus vite celle dans laquelle il fonde le plus d'espoir, respectivement celle qui lui permettra d'obtenir davantage de moyens de preuve. A noter que le fait de soulever l'incident puis de le purger procéduralement permettra souvent de contribuer davantage encore à faire prendre de l'avance à la procédure en faveur de laquelle l'on demande la suspension. Et qu'en tout état de cause ce «décalage» pourrait permettre tactiquement de mieux anticiper l'administration des preuves dans celle qui prendra du retard.

C. La litispendance

L'art. 59 CPC prévoit que le Tribunal n'entre pas en matière si le litige fait l'objet d'une litispendance préexistante. Les art. 62 et 64 CPC traitent de la litispendance et notamment du début et des effets de celle-ci.

La partie plaignante qui entend faire valoir des droits au civil doit le déclarer au sens des art. 118 et 119 CPP. Le plaignant peut se limiter à vouloir obtenir la poursuite et la condamnation de la personne pénalement responsable de l'infraction. Il peut en outre vouloir agir civilement contre elle. Mais ce n'est que lorsqu'il prend des conclusions chiffrées, au plus tard lors de la plaidoirie de première instance, que l'instance civile est liée devant l'autorité pénale (art. 122 ch. 3 CPP et 13 ch. 2 CPP). Toutefois, le juge pénal peut pour plusieurs raisons renvoyer le plaignant à agir devant le juge civil. De manière intéressante, le CPP ne mentionne pas l'irrecevabilité des conclusions civiles de par le dépôt antérieur d'une demande civile, même si à notre sens cette litispendance devra être prise en compte par le juge pénal qui ne pourra que déclarer ces conclusions civiles irrecevables.

L'art. 122 ch. 4 CPP précise que si le plaignant retire son action civile avant la clôture des débats de première instance, il peut à nouveau faire valoir ses conclusions civiles par la voie civile.

Cette possibilité offerte au plaignant de prendre ou non des conclusions civiles jusqu'à la dernière minute du procès de première instance devra être appréciée par l'avocat, en tenant compte du résultat probable sur le plan pénal. Le juge pénal peut en effet lui allouer des conclusions civiles sans percevoir d'émolument, mais en l'astreignant au préalable sur demande du prévenu au paiement d'une caution au sens de 125 CPP. Mais clairement le Tribunal sera enclin à ne pas donner suite à des conclusions civiles en cas d'acquittement ou si les conclusions ne sont pas chiffrées de manière assez précise.

Le bénéfice de cette « voie directe » est important pour le plaignant ou la victime, notamment en matière d'économie de procédure et d'émoluments. En contrepartie, le fait d'agir dans la précipitation et sans avoir bien motivé le fondement de sa prétention civile peut avoir de lourdes conséquences et affaiblir la position de plaignant demandeur dans le cadre d'une procédure civile future.

L'on retient de ce qui précède que l'option stratégique la meilleure pour une partie plaignante consiste sans doute à ne pas introduire au civil tant qu'il existe une probabilité raisonnablement élevée d'obtenir une condamnation civile par le juge pénal. Il sied de garder cette faculté ouverte le plus longtemps possible sans prendre de conclusions civiles chiffrées.

D. La procédure simplifiée

Cette institution connue de certains anciens codes de procédure cantonaux est l'une des grandes innovations du code de procédure pénale. Elle permet

synthétiquement au prévenu, de passer à des aveux dans un ou des procès-verbaux qui ne pourront être utilisés à son encontre que dans le cadre d'une procédure simplifiée. Deux obstacles doivent encore être franchis ensuite.

D'abord, les parties devront donner leur accord à un acte d'accusation qui devra contenir, *inter alia*, le règlement des prétentions de la partie plaignante et la quotité de la peine.

La partie plaignante peut refuser purement et simplement, et sans avoir à se justifier, la solution proposée par le Ministère public. Ainsi la partie plaignante peut-elle conditionner à la reconnaissance de ses prétentions civiles (ainsi d'ailleurs que de ses indemnités) son accord avec la procédure simplifiée.

Ensuite, le juge pénal du fond doit décider d'avaliser ou non cet acte d'accusation. Il a le choix binaire d'accepter ou de refuser, sa décision valant jugement notamment pour les prétentions civiles du plaignant. Cette solution comporte donc de nombreux avantages pour le plaignant dont l'avocat dispose d'une arme absolue, à savoir la possibilité de s'opposer à la solution simplifiée, ce qui favorise sa position dans une négociation portant sur les aspects civils et d'indemnisation de son client.

Une question non encore résolue est celle de l'utilisation qui pourrait être faite des procès-verbaux de déclarations du prévenu en procédure simplifiée. L'art. 362 ch. 4 CPP interdit leur utilisation dans la procédure pénale ordinaire. Mais il ne proscrit pas leur utilisation dans une procédure civile ultérieure. L'on pourrait dès lors concevoir qu'ils puissent être utilisés non pas au pénal, mais dans le cadre d'une procédure civile subséquente.

VI. Stratégie et tactique

A. Quel choix opérer ?

Difficile, voire très difficile, le choix initial de porter le contentieux devant le pénal ou le civil, ne relève pas toujours de la seule initiative du lésé, assisté de son conseil.

D'abord, d'autres lésés peuvent faire leur propre choix sans attendre celui de votre client.

Ensuite, la procédure pénale peut être ouverte d'office, sans attendre le dépôt d'une plainte.

Il n'est pas exclu d'ailleurs que la partie adverse tente d'attirer le lésé sur un terrain pénal ou civil, que ce soit par une plainte ou dénonciation pénale

nécessitant une réponse de même nature. Ou par une action en constatation de droit qui ouvrirait le terrain à une demande reconventionnelle, pour autant que la condition posée par l'art. 224 al. 1 CPC soit réalisée.

Ce choix doit donc être évalué en fonction de plusieurs impératifs, tout en étant conscient que plusieurs passerelles existent entre les procédures civile et pénale, et que certaines options peuvent être revisitées.

B. Garder la maîtrise de la procédure

Le choix susvisé peut en particulier signifier la perte partielle ou totale de maîtrise de la procédure. Elle sera partielle au civil. Elle sera totale ou quasi totale au pénal.

Une procédure civile engagée par le dépôt de la demande ne peut être retirée qu'avec l'accord de la partie adverse ou en s'exposant au paiement des frais fixés par le Tribunal.

Une procédure pénale, une fois ouverte, ne peut être terminée que par une ordonnance de classement ou un jugement. L'accord du plaignant n'est pas nécessité, sauf, comme vu ci-dessus dans le cas de la procédure simplifiée. Et encore, si la procédure simplifiée échoue, l'on peut aisément basculer vers une procédure de jugement ordinaire dans laquelle le prévenu ne conteste pas les faits, mais seulement les prétentions civiles du plaignant et dans laquelle le Ministère public maintient la quotité de la peine demandée en procédure simplifiée.

La procédure pénale peut donc parfaitement se poursuivre indépendamment de la volonté ou des décisions procédurales du plaignant.

Force est d'admettre que si la maîtrise d'une procédure est une condition *sine qua non* pour le lésé, alors la voie pénale ne doit pas être choisie.

C. Maîtrise des risques

Le dépôt d'une plainte pénale expose son auteur à une poursuite pour dénonciation calomnieuse (art. 303 CPS[3]). En pratique cette infraction n'est que très rarement mise en œuvre jusqu'au jugement, les éléments constitutifs étant très rarement réalisés. Mais l'existence d'une telle menace potentielle décourage parfois certains lésés qui n'ont pas envie de devoir justifier après coup du contenu de leur plainte par rapport à leur connaissance effective de l'état

3 Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

de fait dénoncé. Savoir que si la procédure est classée ou que la personne visée est acquittée vous amènera nécessairement à devoir vous justifier en effraie plus d'un.

Inversement aucun risque similaire n'existe pour le demandeur téméraire, sous réserve d'une amende procédurale prévue à l'art. 128 CPC, dont la quotité modeste n'a pas véritablement d'effet dissuasif.

Si le lésé ne veut prendre que des risques minimaux en termes d'exposition personnelle, alors la procédure civile est plus indolore.

D. Maîtrise du champ procédural

La procédure civile a ceci de simple qu'elle circonscrit de manière stricte le champ des débats. Seuls les faits contestés donnent lieu à l'administration des preuves. Et le pouvoir d'investigation du juge et des parties demeure, malgré certaines améliorations apportées par le CPC, limité.

Inversement, la procédure pénale implique de rechercher la vérité et de ne pas se limiter aux allégués des parties. Un Procureur peut légitimement vouloir aller au-delà des versions du lésé et du prévenu. Il peut être amené à découvrir d'autres pans d'une affaire, en apparence simple.

Le Procureur peut parfaitement, sur la base d'éléments de fait découverts en cours de procédure, retenir la responsabilité pénale de personnes non mises en cause par le lésé.

Si le lésé a donc mauvaise conscience sur certains sujets ou ne peut se permettre de voir évoquées certaines questions, le choix de la procédure civile s'imposera.

En revanche si le lésé n'a rien à se reprocher et qu'il est convaincu de n'avoir qu'une vue très partielle des faits qui pourraient lui permettre de fonder une prétention de nature civile, mais qu'il sait ou suppose que plusieurs infractions ont été commises, alors il favorisera le choix de la procédure pénale, qui lui permettra des développements même dans des directions initialement non prévues.

VII. Conclusions

Certains plaideurs vivent encore sous le schéma relativement simpliste que les preuves se trouvent au pénal et que le cas se plaide au final au civil.

C'est peut-être encore vrai dans de nombreux cas. Mais il y a lieu de faire entrer dans l'équation complexe qui permet de déterminer quelle stratégie procédurale mettre en œuvre plusieurs autres paramètres, et d'anticiper la réaction des magistrats qui seront saisis, et qui, en fonction de leur formation, compétence, vécu et personnalité pourront déjouer les pronostics les plus sûrs.

Ainsi doit-on ne pas ignorer que certaines affaires peuvent fort bien se traiter entièrement au civil et dans des délais très raisonnables désormais, le CPC donnant au juge civil des armes qui lui permettent de faire progresser la procédure rapidement.

Inversement, le fait de suivre une stratégie purement pénale emporte également de nombreux avantages, notamment en matière de collecte de preuves et s'agissant des coûts.

Nous avons tenté, sur quelques pages, d'esquisser les motifs qui doivent conduire les uns et les autres à ne pas oublier certains critères pour utilement décider du choix procédural. C'est forcément en passant sous silence de nombreuses autres questions.

En se souvenant qu'en matière procédurale comme dans bien d'autres domaines, « *what is obvious is obvioulsy wrong* ».

VIII. Bibliographie sélective

Legum Barton *et al.*, International Litigation Strategies and Practice, American Bar Association, Chicago 2005.

Michel Jean-Cédric, Etre efficace en Justice – Principes et techniques à l'usage des avocats (et de leurs clients), Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2011.

Derniers ouvrages parus

Collection Genevoise

http://www.unige.ch/droit/CG.html

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (éd.) *2015*
Responsabilité civile - responsabilité pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (éd.) *2013*
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (éd.) *2011*
La preuve en droit de la responsabilité civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (éd.) *2009*
La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger Bénédict *2009*
La responsabilité aquilienne au 19e siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Collection générale

Dan Adrian *2015*
Le délit de commission par omission – éléments de droit suisse et comparé

Kaveh Mirfakhraei *2014*
Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive

Sigrist, Alexandra *2013*
Les pouvoirs de la police : le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios *2012*
Confiscation internationale : instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel *2012*
L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc *2011*
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula *2011*
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung

Alberini, Adrien *2010*
Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution

Bernard, Frédéric *2010*
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe *2010*
Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

Rémy Wyler / Anne Meier / Sylvain Marchand (éd.) *2015*
Regards croisés en droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert

François Bellanger / Jacques de Werra (éd.) *2012*
Genève au confluent du droit interne et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) *2011*
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février 2011 par la Faculté de droit et la Fondation Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) *2010*
Emouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

Trigo Trindade Rita / Peter Henry / Bovet Christian (éd.) *2009*
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Baddeley, Margareta / Foëx Bénédict / Leuba Audrey / Papaux Van Delden Marie-Laure (éd.) *2014*
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï

Marchand Sylvain *2012*
Droit de la consommation

Baddeley, Margareta / Foëx Bénédict / Leuba Audrey / Papaux Van Delden Marie-Laure (éd.) *2012*
Le droit civil dans le contexte international
Journée de droit civil 2011

Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédict (éd.) *2009*
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François / Chappuis, Christine *2008*
Droit de l'association
3e édition

Droit et Histoire

Mettral Dubois Véronique *2015*
L'œuvre politique de James Fazy (1794-1878) et son apport à l'avènement des droits fondamentaux à Genève
Sources doctrinales et contexte historique

Dufour, Alfred / Quastana, François / Monnier, Victor (Éd.) *2013*
Rousseau, le droit et l'histoire des institutions
Actes du colloque international pour le tricentenaire de la naissance de Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) organisé à Genève, les 12, 13 et 14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (Éd.) *2011*
La Savoie, ses relations avec Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion du 150e anniversaire de l'Annexion de la Savoie à la France organisées à Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno *2011*
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht / Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) *2010*
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Monnier Victor / Quastana François (éd.) *2009*
Paoli, la Révolution Corse et les Lumières
Actes du colloque international organisé à Genève, le 7 décembre 2007

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (Éd.) *2011*
La Savoie, ses relations avec Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion du 150e anniversaire de l'Annexion de la Savoie à la France organisées à Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno *2011*
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht / Le contrat en droit civil européen

Droit de la propriété

Foëx, Bénédict (éd.) *2013*
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédict (éd.) *2012*
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédict (éd.) *2012*
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1er janvier 2012

Foëx, Bénédict (éd.) *2011*
Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de propriété

Foëx Bénédict / Hottelier Michel *2009*
La garantie de la propriété à l'aube du XXIe siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine

Droit international

McGregor Eleanor *2015*
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement

Reymond Michel *2015*
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet

Palaco Caballero de María Flor *2015*
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu

Romano Gian Paolo *2014*
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse

Granges Mathieu *2014*
Les intérêts moratoires en arbitrage international

Grignon Julia *2014*
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

Bulak Begüm *2014*
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

Johannot-Gradis Christiane *2013*
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?

Chatton, Gregor T. *2013*
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels

Ludwiczka, Maria *2013*
La délégation internationale de la compétence pénale

Petry, Roswitha *2013*
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations

Redalié, Lorenzo *2013*
La conduite des hostilités dans les conflicts armés asymétriques : un défi au droit humanitaire

Tran, Laurent *2013*
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes

Daboné, Zakaria *2012*
Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques

Lessène, Ghislain Patrick *2012*
Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention
L'exemple de l'Afrique subsaharienne francophone

Michalak, Katarzyna *2012*
La protection du handicapé mental en droit de la sécurité sociale
Etude de droit international et comparé (droit européen, polonais et suisse)