

# Délais de prescription et dommages différés : réflexions sur l'ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763

Benoît Chappuis\* et Franz Werro\*\*

Le Tribunal fédéral vient de trancher une affaire dans laquelle se posait la question de la prescription de l'action en dommages-intérêts en relation avec la survenance de dommages dits tardifs (*die Spätschäden*)<sup>1</sup>. Cette décision a permis au Tribunal fédéral d'examiner une nouvelle fois les diverses opinions doctrinales sur la fixation du *dies a quo* du délai de prescription décennale ainsi que de rappeler la situation actuelle résultant du droit positif suisse. Rendu en matière contractuelle, cet arrêt a dégagé des principes qui sont cependant transposables en matière de responsabilité extracontractuelle<sup>2</sup>. L'actualité de la question – qui justifie le présent commentaire – vient non seulement de cette décision mais également d'une motion parlementaire, déposée le 11 octobre 2007, demandant la prolongation des délais de prescription en matière de responsabilité civile. Le Conseil fédéral est actuellement chargé de rédiger un projet de loi dans ce sens, projet qu'il pourrait mettre en consultation cette année encore<sup>3</sup>.

## I. L'état de fait de l'arrêt

Alors qu'il travaillait pour la fabrique de machines Z. (aujourd'hui Y. SA) en qualité de monteur sur turbines, le demandeur X. fut exposé à de la poussière d'amiante. La période d'exposition s'étendit de 1966 à 1978. Au début de l'année 2004, on diagnostiqua chez le demandeur une tumeur maligne de la plèvre, tumeur qui devait entraîner le décès de ce dernier quelque temps plus tard, soit le 10 novembre 2005. Auparavant, X. avait déposé une demande en paiement par devant la juridiction des prud'hommes de première instance,

concluant à ce que Y. SA soit condamnée à lui verser CHF 212'906.–, à titre de dommages-intérêts et tort moral. La première instance ne fit pas droit à cette demande, estimant que les prétentions qui étaient réclamées étaient prescrites.

La dernière instance cantonale rejeta l'appel formé par les deux filles du demandeur, lesquelles lui avaient succédé dans la procédure. Sur recours de ces dernières, le Tribunal fédéral confirma la décision cantonale.

## II. Les considérants de l'arrêt

La question que le Tribunal fédéral avait à examiner était celle de savoir si la demande en paiement était ou non atteinte par la prescription. Les recourantes faisaient grief à la cour cantonale d'avoir admis à tort que le point de départ du délai de prescription de dix ans de l'art. 127 CO coïncidait, en matière de violation positive d'une obligation contractuelle, avec la violation de ladite obligation et non avec la survenance du dommage. A suivre le raisonnement des recourantes, la période d'exposition à de la poussière d'amiante ne saurait avoir constitué le *dies a quo* du délai de prescription. Ce qui était décisif était bien plutôt le moment où on avait diagnostiqué la maladie de leur père. Partant, la tumeur cancéreuse s'étant déclarée au début de l'année 2004, la demande en paiement introduite en 2005 n'était pas prescrite.

Le Tribunal fédéral a rejeté cette argumentation. Il a tout d'abord rappelé que l'art. 130 al. 1 CO faisait débiter le délai de prescription dès l'exigibilité de la créance. La naissance du droit pour le créancier d'exiger réparation de son dommage n'était pas soumise à la condition que celui-là puisse reconnaître et déterminer les conséquences de la violation de l'obligation (et donc son dommage). Ce qui était décisif était bien plutôt le moment où l'auteur du dommage avait porté atteinte à l'intégrité physique de l'autre partie en violation de ses obligations (« *im Zeitpunkt, in dem der Schuldner pflichtwidrigerweise auf den Leib des andern einwirkt* »)<sup>4</sup>.

Le Tribunal fédéral n'a pas suivi l'opinion d'une partie de la doctrine qui est d'avis que seule la survenance du dommage causé par une violation positive du contrat doit faire naître l'exigibilité de la prétention en dommages-intérêts et, partant, constituer le point de départ du délai de prescription<sup>5</sup>. En effet, les juges fédéraux ont considéré qu'une telle conception reviendrait à vider de son sens l'institution de la prescription en permettant au lésé, en cas de dommage supplémentaire, de faire valoir indéfiniment de nouvelles prétentions

\* Docteur en droit, avocat, Lenz & Staehelin, professeur titulaire à l'Université de Genève, chargé de cours à l'Université de Fribourg.

\*\* Docteur en droit, professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, Washington, D.C.

Les auteurs remercient M<sup>e</sup> Béatrice Hurni, avocate et assistante à la Faculté de droit de Fribourg, et M<sup>e</sup> Damien Oppliger, avocat stagiaire, pour leur assistance dans la rédaction de cet article.

<sup>1</sup> ATF 137 III 16, arrêt du 16 novembre 2010.

<sup>2</sup> Cf. ATF 136 II 187, qui, en cette matière a posé la même règle que l'arrêt ici commenté.

<sup>3</sup> Motion parlementaire 07.3763 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national; cf. rapport de la Commission du 30 avril 2010.

<sup>4</sup> Consid. 2.3.

<sup>5</sup> BSK-WIEGAND, CO 97 N 52 et références citées.

en dommages-intérêts. Par ailleurs, cela mettrait le lésé dans l'impossibilité d'exiger la réparation de son dommage futur, faute d'exigibilité, et le contraindrait à introduire à différents intervalles de nouvelles actions pour réclamer la réparation du dommage au fur et à mesure que ce dernier se développe. Le Tribunal a estimé qu'une telle pratique ne serait pas judicieuse et guère praticable («*Dies erscheint nicht sinnvoll und wäre praktisch kaum durchführbar*»)<sup>6</sup>.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait aucune raison de s'écarter de la jurisprudence en la matière<sup>7</sup> et d'attendre la survenance du dommage pour procéder à sa liquidation. Partant, la période d'exposition à de la poussière d'amiante ayant eu lieu de 1966 à 1978, cette violation contractuelle était atteinte par la prescription au moment où la demande en paiement avait été introduite.

Le Tribunal fédéral a conclu en rappelant que le législateur suisse a certes admis que certains dommages peuvent survenir des années après l'événement dommageable et a prévu des délais de prescription de trente ans dans certaines lois spéciales<sup>8</sup>. En revanche, il n'a pas opté pour une prolongation générale des délais de prescription pour tous les dommages tardifs. En conséquence, les dommages causés par l'amiante, bien que pouvant survenir entre quinze et quarante-cinq ans après une exposition prolongée, restent soumis au délai de prescription décennale. A cet égard, il a estimé que le recours était infondé<sup>9</sup>.

### III. Le commentaire de l'arrêt

La décision du Tribunal fédéral n'apporte pas d'éléments réellement nouveaux par rapport à la jurisprudence antérieure. Elle n'en est pas moins importante précisément en ce qu'elle manifeste la claire volonté du Tribunal fédéral de ne pas modifier par la voie prétorienne la situation actuelle, pourtant jugée insatisfaisante par de nombreux auteurs. La décision appelle dès lors les quelques commentaires suivants.

#### A. La manifestation du dommage dans le temps

Pour apprécier la portée de cet arrêt, un bref rappel s'impose préalablement concernant, d'une part, la question des différentes formes de l'apparition dans le temps d'un fait générateur de responsabilité et, d'autre part, celle de l'apparition des effets de celui-ci. Il est en effet important de garder à l'esprit qu'un fait géné-

rateur de responsabilité peut être soit instantané soit au contraire s'étaler dans le temps. En outre, ce fait générateur de responsabilité peut avoir des effets dommageables qui se manifesteront de manière différente dans le temps: ils pourront être immédiats ou différés ou encore être de courte durée, durables ou permanents. Il importe, on va le voir, de bien considérer ces différentes manifestations dans le temps car, même à retenir, en accord avec la jurisprudence, que c'est le moment où l'acte générateur de responsabilité s'est produit qui fait courir le délai de prescription absolu, l'analyse du mode d'apparition du dommage est essentielle, précisément pour déterminer à quel moment ce dernier est survenu<sup>10</sup>.

Quand le fait générateur de responsabilité est de durée, il peut prendre la forme d'une action ou d'une abstention continue. Il n'est alors pas constitué par une chaîne d'actes différents, mais bien par une seule situation qui ne s'interrompt pas. La pollution d'un site naturel ou d'un immeuble, des années durant, constituera un acte de durée. L'acte (ou l'abstention) est unique et ininterrompu. Dans un ancien arrêt, le Tribunal fédéral avait eu à connaître d'une affaire où des eaux souterraines voisines d'une usine avaient été contaminées au fil du temps par du sulfate provenant de bassins non étanches de l'usine. Ces immissions de sulfate avaient continué à se produire et à se propager dans les terrains bien après l'arrêt d'exploitation des bassins incriminés. Le Tribunal fédéral a en conséquence considéré que l'effet dommageable de l'exploitation ne s'était pas terminé au moment de l'arrêt de celle-ci. Dans cette mesure, l'événement générateur de responsabilité n'était pas achevé au moment de l'arrêt de l'utilisation des bassins, soit plus de dix ans avant l'apparition du dommage, mais durait encore. Le délai de prescription absolu n'était ainsi pas atteint au moment où fut intenté le procès<sup>11</sup>. Autrement dit, la prescription ne court pas tant et aussi longtemps que dure l'effet dommageable; elle ne peut commencer à courir que lorsqu'on est en présence d'un acte accompli et terminé. Les propriétaires de l'usine incriminée durent donc répondre, sans faute de leur part, d'un excès de leur droit de propriété qui avait duré plus de dix ans après l'arrêt de l'exploitation des bassins en cause.

Selon le Tribunal fédéral, on doit distinguer cette situation de l'événement dommageable répétitif, soit la situation dans laquelle plusieurs actes successifs surviennent, concourant à la survenance d'un dommage.

<sup>6</sup> Consid. 2.4.1.

<sup>7</sup> ATF 106 II 134, consid. 2d.

<sup>8</sup> Art. 10 LRCN; art. 40 LRaP.

<sup>9</sup> Consid. 2.4.4.

<sup>10</sup> Pour une présentation de ces questions, cf. CHAPPUIS, Le moment du dommage: analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, thèse Fribourg, Zurich 2007 (cité: thèse), N 25 ss.

<sup>11</sup> ATF 81 II 439, consid. 3 = JdT 1956 I 261; pour une présentation de cette décision, cf. CHAPPUIS, thèse (cité n. 9), N 35.

Telle était la situation d'un propriétaire victime des conséquences dommageables que des constructions successives de divers bâtiments sur des terrains voisins avaient causées à son propre terrain. Le propriétaire déposa la demande plusieurs années après l'achèvement des constructions<sup>12</sup>. Le Tribunal fédéral considéra que la construction des bâtiments à la base de l'affaissement du niveau de la nappe phréatique devait être considérée comme un fait générateur de responsabilité unique et terminé. Par ailleurs, il précisa qu'une distinction devait être faite entre le fait dommageable au sens de l'art. 60 al. 1 CO – constitué par lesdits travaux – et les effets dommageables découlant de l'affaissement qui, quant à lui, allait en augmentant; ceux-ci devaient être considérés comme le développement du dommage découlant de l'acte initial<sup>13</sup>. La majorité des prétentions en dommages-intérêts du propriétaire furent dès lors écartées parce que prescrites, les constructions datant de plus de dix ans (art. 60 CO). Le Tribunal fédéral souligna que cet état de fait n'était pas comparable avec celui de l'arrêt antérieur susmentionné<sup>14</sup>. Dans ce dernier, les atteintes à la nappe phréatique avaient sans cesse été renouvelées par de nouvelles nuisances alors que, dans la nouvelle affaire, il y avait lieu de considérer que le fait générateur de responsabilité avait cessé mais que ses effets avaient continué à se développer dans le temps. Pour parvenir à ce résultat, le Tribunal fédéral releva certes les différences entre les faits à la base des deux affaires qui justifiaient selon lui une approche juridique différente. Il n'en ajouta pas moins qu'il laissait indécise la question de savoir si les principes qu'il avait dégagés dans la décision antérieure devaient être intégralement maintenus ou non. Il n'est donc pas certain que le caractère quasi imprescriptible des prétentions reconnu dans l'ancienne décision demeure, après le prononcé de la seconde décision<sup>15</sup>.

Il faut enfin mentionner une troisième catégorie, celle de l'effet retardé ou différé, qui intéressait le Tribunal fédéral dans l'affaire ici commentée. A cet égard, il importe de garder à l'esprit que le fait que l'effet soit différé n'implique pas forcément que le fait générateur de responsabilité soit inconnu de la victime. Ainsi, le choc d'une voiture contre un arbre est un fait instantané qui, lorsqu'il ne détruit pas le végétal immédia-

tement, peut le fragiliser à terme. Il se peut ainsi que l'arbre ne doive être abattu que des années après le fait générateur de responsabilité. Même si son inévitable survenance est immédiatement connue, le dommage ne se réalise cependant que dans le futur<sup>16</sup>. La jurisprudence et la doctrine s'accordent à considérer que la victime peut demander la réparation du dommage futur, y compris dans un contexte contractuel, pour autant qu'il soit suffisamment prévisible. Il ne doit pas s'agir d'une simple possibilité; la réalité de l'atteinte doit être proche de la certitude: «*Die Zusprechung von Schadenersatz setzt voraus, dass der Eintritt des geltend gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint*»<sup>17</sup>. Ainsi, si le dommage futur est indemnisable, le dommage qui ne serait qu'hypothétique ne l'est en revanche pas<sup>18</sup>.

Il arrive en revanche fréquemment que l'acte générateur de responsabilité à effet différé passe inaperçu pendant de nombreuses années. Une telle situation se rencontre notamment en matière de dommage causé à l'environnement, qui est le résultat d'un processus évolutif et diffus dont la constatation prend des années<sup>19</sup>. Si aucun effet dommageable ne se produit avant l'échéance du délai de prescription, le droit de la victime à la réparation risque d'être paralysé si l'auteur de l'acte illicite invoque la prescription.

## B. Les délais de prescription

### 1. Les délais ordinaires

En matière extracontractuelle, le délai ordinaire de prescription est celui de l'art. 60 CO, soit 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. Pour les autres actions, le délai est fixé à l'art. 127 CO, soit dix ans à compter du jour où l'obligation est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO). On peut, il faut en conclure que, si le moment de la connaissance du dommage par la victime joue un rôle dans la computation du délai relatif d'un an de l'art. 60 CO, il reste sans effet sur celle du délai absolu

<sup>12</sup> ATF 127 III 257 = SJ 2002 I 113.

<sup>13</sup> ATF 127 III 257, consid. 2b = SJ 2002 I 113.

<sup>14</sup> ATF 81 II 439.

<sup>15</sup> Pour une analyse des relations entre les deux arrêts, cf. CHAPPUIS, thèse (citée n. 9), N 36 ss et CHAPPUIS, Le dommage environnemental: un état des lieux, in: Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités. Travaux de la Journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 11 juin 2008, CEDIDAC n° 82, Lausanne 2009 (cité: dommage environnemental), IV, A, 1.

<sup>16</sup> ATF 127 III 73 = SJ 2001 I 397 = JdT 2001 I 495. Concernant la jurisprudence relative aux arbres, CHAPPUIS, thèse (citée n. 9), N 140 ss et références citées.

<sup>17</sup> TF, 4C.114/2006, consid. 5.1, arrêt du 30 août 2006; 4C.184/2005, arrêt du 4 mai 2006; ATF 122 III 219, consid. 3a; ATF 116 II 441, consid. 3aa; ATF 99 II 226, consid. 3b; CR-WERRRO, CO 42 N 18; CHAPPUIS, thèse (citée n. 9), N 278; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 1997, p. 473.

<sup>18</sup> TF, 4C.114/2006, consid. 5.1, arrêt du 30 août 2006; ATF 129 III 18 c. 2.4; ATF 82 II 401.

<sup>19</sup> DUPONT, Le dommage écologique, le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, thèse Genève 2005, N 726 ss; CHAPPUIS, thèse (citée n. 9), N 47 ss et CHAPPUIS, Dommage écologique (citée n. 14), IV, A, 3.

de dix ans, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle. Il est à noter que c'est également cette solution qui est retenue en matière de prétentions élevées contre la Confédération<sup>20</sup>.

Il s'ensuit que, dans les cas où l'effet dommageable d'un fait générateur de responsabilité met plus de dix ans à apparaître, l'action en dommages-intérêts sera prescrite avant que la victime n'ait même su qu'elle en disposait. C'est la solution à laquelle le Tribunal fédéral est parvenu dans l'arrêt ici commenté.

### 2. *Les délais des lois spéciales*

Des lois spéciales instituent des délais plus longs, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé dans son arrêt. Il en va ainsi lorsque la nature de l'activité en cause – dont les risques sont connus – a amené le législateur à prendre en compte le fait que l'apparition du dommage pourrait ne se révéler que tardivement. Tel est le cas de l'énergie nucléaire, raison pour laquelle l'art. 10 al. 1 LRCN dispose que la victime doit agir dans les trente ans qui suivent l'événement dommageable, étant précisé que, lorsque le dommage est dû à une influence prolongée, ce délai court à partir du moment où elle cesse<sup>21</sup>.

De manière similaire, la Loi sur la radioprotection (LRaP), destinée à protéger l'homme et l'environnement contre les dangers dus aux rayonnements ionisants, institue à son art. 40, qui se réfère à la LRCN, un délai de prescription de trois ans à compter de la date à laquelle le lésé a eu connaissance du dommage et de la personne civilement responsable et de trente ans à compter du moment où l'événement a cessé.

La Loi sur le génie génétique a aussi introduit un délai de trente ans en matière de dommage causé par des organismes génétiquement modifiés (art. 32 LGG), le délai courant soit dès que l'événement dommageable s'est produit ou a cessé de se produire, soit dès que les organismes génétiquement modifiés ont été mis en circulation. Le législateur a proposé cette solution en se fondant sur le fait que l'état de la science ne permet pas de détecter les risques liés à la modification du patrimoine génétique d'organismes et qu'on ne peut pas exclure qu'elle pourrait se révéler dangereuse à terme. On relèvera en outre que le législateur a pris le soin de préciser, à l'art. 30 al. 4 LGG, que le responsable répond également des risques de défauts que l'état des connaissances scientifiques et de la technique n'a pas permis de détecter au moment de la mise en circula-

tion de l'organisme concerné, ceux que l'on désigne de risques de développement ou risques imprévisibles<sup>22</sup>.

Ces extensions sont cependant des exceptions. Ainsi, la loi sur la responsabilité pour le fait des produits (LRFP) ne contient quant à elle n'a pas étendu le délai absolu de prescription. En revanche, elle a allongé le délai relatif à trois ans à compter de la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur (art. 9 LRFP). A la place du délai absolu de dix ans –, elle a imposé un délai de péremption – à compter de la date à laquelle le producteur a mis en circulation le produit qui a causé le dommage<sup>23</sup>. En outre, à l'instar de la plupart des lois de transposition de la directive européenne en cette matière, la LRFP n'a pas introduit à la charge du producteur une responsabilité pour les risques de développement. Selon l'article 5 al. 1 let. e LRFP, le producteur n'est en effet pas responsable s'il prouve «que l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut»<sup>24</sup>.

### 3. *Les courants minoritaires*

Le fait que la connaissance de son dommage par le lésé ne joue aucun rôle dans la détermination du délai absolu de prescription peut paraître choquant puisque le lésé, dans l'ignorance de ses droits, n'est pas à même d'interrompre la prescription paralysant son droit. De l'avis de la doctrine dominante, c'est le prix à payer à la sécurité du droit<sup>25</sup>, le législateur ayant d'ailleurs édicté cette réglementation en connaissance de cause<sup>26</sup>. Cette solution semble particulièrement insatisfaisante lorsque l'effet dommageable apparaît de façon différée<sup>27</sup>. La problématique n'est pas nouvelle: on se souviendra de la personne exposée à des radiations ionisantes de 1944 à 1956 et qui ne subit les premières manifestations dommageables à sa santé, clairement

<sup>20</sup> ATF 126 II 145, consid. 2b.

<sup>21</sup> Pour une brève présentation du régime de responsabilité institué par la LRCN, cf. CHAPPUIS, *Dommage environnemental* (cité n. 14), III, B, 1, f.

<sup>22</sup> Pour une brève présentation du régime de responsabilité institué par la LGG, cf. CHAPPUIS, *Dommage environnemental* (cité n. 14), III, B, 1, b.

<sup>23</sup> WERRO, *La responsabilité civile*, Berne 2005, N 832; WERRO/CHAULMONTET, *Konsumentenschutz im Privatrecht, Produkthaftpflicht, Traité de droit privé suisse*, Bâle 2008, 453 ss; sur la péremption spécialement, cf. WERRO, *La péremption dans la loi sur la responsabilité du fait des produits : une limitation des droits du lésé par rapport au droit commun de la responsabilité du fabricant ?* in *Droit de la consommation, Liber amicorum Bernd Stauder*, Baden-Baden, 2006, p. 567 ss, passim.

<sup>24</sup> Cf. TF, 4A\_16/2011; WERRO, *La responsabilité civile* (cité n. 22), N 804 ss.

<sup>25</sup> OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil*, 4<sup>e</sup> édition, Zurich 1987, II/1, § 16, N 366; ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002, N 570; HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4<sup>e</sup> édition, Zurich 2005, § 12, N 4; REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4<sup>e</sup> édition, Zurich 2008, N 1634.

<sup>26</sup> ATF 106 II 134, consid. 2c.

<sup>27</sup> ROBERTO (cité n. 24), N 571; WERRO, *La responsabilité civile* (cité n. 22), N 1452.

attribuées à cette exposition, qu'en 1972, moment auquel ses prétentions étaient déjà prescrites<sup>28</sup>. C'est en réaction à cette situation de fait, qu'un courant de doctrine minoritaire a émis l'idée qu'il serait juste de faire partir le délai de prescription dès la première manifestation objective de la lésion subie<sup>29</sup>. Pour certains, une interprétation téléologique du droit de la responsabilité civile, dont le but n'est pas de punir le lésant mais d'indemniser au mieux le lésé, pourrait plaider en faveur de l'admission du jour de la connaissance du dommage comme *dies a quo* du délai absolu de prescription.

Merz se demandait ainsi si le texte légal interdisait véritablement une interprétation permettant à un lésé, qui n'avait aucun moyen de connaître l'existence de son droit, de le faire valoir dans des limites temporelles commençant à courir au jour de la prise de connaissance du dommage<sup>30</sup>. A cet égard il remarquait, concernant le point de départ du délai de prescription absolu, que si le droit allemand et le droit autrichien connaissent une règle aussi rigoureuse que celle du droit suisse telle qu'interprétée par le Tribunal fédéral, le délai de prescription y est trois fois plus long. Dans ces deux pays, la position du créancier est donc très sensiblement renforcée – en comparaison avec la situation prévalant en Suisse – par l'allongement des délais. Poursuivant sa comparaison avec les systèmes juridiques voisins, il relevait ensuite que la France, l'Italie et l'Angleterre (sur la question de l'évolution des droits anglais et français, cf. infra III.B.4) faisaient partir leurs délais de prescription de la survenance du dommage<sup>31</sup>. Le créancier y était donc protégé non par de longs délais mais par un point de départ de la prescription qui peut être assez tardif.

Brehm quant à lui considère en revanche que le droit positif s'oppose pour l'heure, de par le texte même de l'art. 60 al. 1 CO, à ce qu'un tel point de départ soit retenu<sup>32</sup>. Le texte légal suggère en effet que c'est le jour de la survenance du fait générateur de responsabilité qui constitue le *dies a quo*. Si la version allemande («*vom Tage der schädigenden Handlung*») et

française («*dès le jour où le fait dommageable s'est produit*») sont identiques et indiquent que le délai de prescription absolu court dès le fait dommageable, la version italienne comporte en revanche une légère différence de formulation puisqu'il prévoit que le délai se calcule «*dal giorno dell'atto che ha causato il danno*». Le texte légal n'est cependant pas clair au point qu'il interdirait l'interprétation que Brehm semble trouver équitable et conforme au but du droit de la responsabilité civile. Ce texte comporte en effet en lui-même l'idée que l'acte générateur de responsabilité a causé un dommage. Or, aussi longtemps que ce dernier n'a pas provoqué un dommage constatable, on ne peut affirmer que le fait est dommageable et, partant, que la prescription court<sup>33</sup>.

La prudence manifestée par le Tribunal fédéral s'explique sans doute par le contexte politique actuel, sur lequel il sera revenu ci-après (cf. infra 5). Il n'en demeure pas moins qu'elle clôt de manière un peu abrupte un débat important, sans que les arguments contraires, développés depuis des décennies par la doctrine, n'aient réellement été pris en compte. L'idée qu'une victime d'un acte illicite hautement dommageable, voire mortel, ne sache jamais avoir été titulaire d'une prétention en réparation avant que cette dernière ait été prescrite heurte le sens de justice et doit conduire à s'interroger sur la pertinence de cette solution.

#### 4. Les solutions étrangères

Pour l'intérêt de la discussion, il vaut la peine d'évoquer brièvement les solutions retenues par les droits français et anglais, à côté des exemples des droits allemand et autrichien donnés par Merz (cf. supra III.B.3).

Ainsi, en matière de prescription frappant les actions découlant de la responsabilité civile, le droit français privilégie la survenance du dommage et la connaissance que le lésé a de son droit ou, selon les termes

<sup>28</sup> ATF 106 II 134.

<sup>29</sup> DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2<sup>e</sup> édition, Berne 1982, §20, N31; WERRO, La responsabilité civile (cité n. 22), N1452; CR-WERRO, CO 60 N25; REY (cité n. 24), N1636, juge l'argument de la tendance minoritaire digne de considération («*in beachtenswertes funktionnelles Argument*»). Pour une présentation générale cf. ég. FOURNIER, La prescription de l'action en dommages-intérêts: une réflexion sur la relation délit-contrat en droit privé, au regard notamment de l'avant-projet de modification et d'unification du droit de la responsabilité civile, Fribourg 2009, passim.

<sup>30</sup> MERZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1980, Obligationenrecht, ZBJV 118 (1982), 137.

<sup>31</sup> MERZ (cité n. 29), 137.

<sup>32</sup> BK-BREHM, CO 60 N 64a.

<sup>33</sup> L'interprétation téléologique proposée par Brehm aurait pu se voir opposer le fait qu'elle entrerait en conflit avec l'idée qui prévalait alors, tant en doctrine (BSK-DÄPPEN, Vorbemerkungen zu art. 127–142 CO, N 1; REY cité n. 24, N 1587) qu'en jurisprudence (ATF 90 II 437, consid. 8), selon laquelle la prescription était destinée à protéger en priorité l'intérêt public. Cette objection n'aurait plus cours aujourd'hui, puisque le Tribunal fédéral s'est récemment rangé (TF, 4C.368/2005 et 4C.370/2005, consid. 5.3.5, arrêt du 26 septembre 2006) à l'avis exprimé en doctrine (CR-PICHONNAZ, CO 127 N 2) selon lequel les intérêts du lésant constituent la justification principale de la prescription, remarquant pertinemment que l'on ne peut pas concevoir que l'intérêt public soit en jeu alors que le juge n'a pas le pouvoir de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (art. 142 CO). Le débat doit toutefois être considéré comme clos tant il est aujourd'hui clair que le Tribunal fédéral, pour l'avoir répété une nouvelle fois, n'entend pas entrer en matière dans la prise en compte de ces solutions propres à étendre la protection du lésé.

de la Cour de cassation : « La prescription d'une action en responsabilité ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance »<sup>34</sup>. La loi du 17 juin 2008 réformant le droit civil de la prescription n'a pas changé cette approche puisque le nouvel art. 2224 du Code civil prévoit que le point de départ de la prescription extinctive est « le jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer »<sup>35</sup>.

Le droit anglais, quant à lui, a connu, au cours des dernières décennies des solutions variables qui illustrent la difficulté qu'il y a à trouver une solution satisfaisante au problème du *dies a quo*. La règle de base en matière de *torts* est que la prescription commence à courir dès la naissance pour le lésé de la cause d'une action (*a cause of action*). Le moment de l'apparition de cette dernière est régi par le principe suivant : « *The cause of action accrues when the damage first starts to occur, and there will be no new cause of action unless a fresh causative factor is involved or a different kind of damage is sustained* »<sup>36</sup>.

Le cas qui illustre cette règle est en tout point similaire à celui mentionné ci-dessus de la personne exposée à des radiations ionisantes dont les premières manifestations dommageables ne furent détectées que de nombreuses années après<sup>37</sup>. Pour avoir inhalé des poussières toxiques pendant des années sur son lieu de travail, un employé contracta une grave maladie pulmonaire. La destruction des poumons provoquée par cette inhalation progressa pendant de nombreuses années, sans que l'employé n'en soit conscient. L'employeur changea le système de production, qui était l'origine des poussières toxiques, plus de six ans avant que l'employé ne dépose sa demande en justice. La période de prescription régissant ce type de prétention étant de six ans, les juges constatèrent que l'action était prescrite. Ils retinrent que le dommage initial porté aux poumons constituait le moment de la naissance de la cause de l'action et que ce moment remontait à une période atteinte par la prescription<sup>38</sup>.

Ce qu'il y a de remarquable dans cette décision anglaise est qu'elle fixe précisément le *dies a quo* au moment que la doctrine minoritaire suisse considère comme juste pour faire partir le délai de prescription, soit la première manifestation objective de la lésion

subie, c'est-à-dire le moment où le lésé peut prendre connaissance des effets du fait dommageable<sup>39</sup>, solution qui vient précisément d'être rejetée une nouvelle fois par le Tribunal fédéral.

##### 5. *Le contexte politique actuel*

La décision du Tribunal fédéral s'inscrit dans un contexte politique qu'il faut rappeler et qui explique sans doute le fait que les juges fédéraux n'aient pas voulu s'immiscer dans un débat qui est maintenant porté au niveau parlementaire. Il y a maintenant plusieurs années que l'on avait compris que l'Avant-projet de modification de la responsabilité civile serait abandonné à l'issue de la procédure de consultation. La chose est officielle depuis début 2009 ; le Conseil fédéral a en effet officiellement communiqué sa décision de ne pas poursuivre le projet, envoyé en consultation en 2000. Selon lui, cette dernière aurait « mis en évidence l'impossibilité de trouver un consensus sur la plupart des nouvelles règles proposées »<sup>40</sup>. Cet abandon n'est pas sans conséquence sur la question de l'évolution du traitement de la prescription puisque le délai ordinaire était, dans l'Avant-projet, porté à trois ans dès la connaissance du dommage et le délai, dit absolu, à vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire (art. 55 de l'Avant-projet). Les auteurs de l'Avant-projet considéraient que le substantiel allongement des délais qu'ils proposaient « désamorcerait la plupart des problèmes pratiques découlant de la réglementation en vigueur »<sup>41</sup>. Ce dernier avis était contestable en ce que leurs auteurs avaient renoncé à attribuer à la connaissance de son dommage par la victime quelque portée que ce soit, ce qui était sans doute regrettable<sup>42</sup>. Il n'en demeure pas moins que la solution de l'Avant-projet offrait en tout cas l'embryon d'une solution. Cette dernière est aujourd'hui abandonnée.

Cela dit, le Conseil fédéral ne s'est pas contenté de renoncer à cet Avant-projet. Répondant à un mandat du Parlement, il a en effet chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) de préparer un projet d'allongement des délais de prescription en matière de responsabilité civile. Il faisait ainsi suite à une motion parlementaire intitulée « Délais de prescription en matière de responsabilité civile » (07.3763)<sup>43</sup>. Ayant ac-

<sup>34</sup> Cass. Soc., 18 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 598 ; JCP G, 1992.IV.635.

<sup>35</sup> MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 4<sup>e</sup> édition, Paris 2009, N 1214, p. 681.

<sup>36</sup> MARKESNIS/DEAKIN, Tort law, 6<sup>e</sup> édition, Oxford 2008, p. 929.

<sup>37</sup> ATF 106 II 134.

<sup>38</sup> Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd [1963] AC 758.

<sup>39</sup> DESCHENAUX/TERCIER (cité n. 28), § 20, N 31 ; WERRO, La responsabilité civile (cité n. 22), N 1452 ; CR-WERRO, CO 60 N 25.

<sup>40</sup> Communiqué du DFJP du 21 janvier 2009.

<sup>41</sup> WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif au sujet de l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile, p. 35-36.

<sup>42</sup> WERRO, Quelques remarques sur l'Avant-Projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, REAS 2002, 22 s.

<sup>43</sup> Motion CAJ-CN (06.404), BOCN, 12 mars 2008 (07.3763) ; BOCE, 2 juin 2008.

cepté cette motion, le Conseil fédéral s'est déclaré lui aussi convaincu de la nécessité de prendre des mesures, puisqu'il peut arriver que le droit à des dommages-intérêts soit paralysé par le délai de prescription absolu, avant que la victime ne remarque le dommage qui lui a été causé, si celui-ci met longtemps à se manifester, à l'exemple d'une pathologie causée par l'amiante. Le Conseil fédéral a également fait sien l'avis généralement exprimé selon lequel le délai relatif dont dispose la victime pour intenter une action, qui est d'un an à compter du jour où elle a eu connaissance du dommage, serait lui aussi trop court. Point important à relever, le projet en préparation inclura également une harmonisation des délais de prescription en matière contractuelle et extracontractuelle, ce qui est évidemment essentiel.

### C. La prolongation des délais de prescription : la panacée ?

#### 1. La question de l'apparition des effets dommageables

Que la situation actuelle soit insatisfaisante, nul ne se semble en disconvenir. Le remède à apporter n'est pourtant pas simple à trouver. A cet égard, on doit souligner que, s'il est heureux que le Parlement se soit saisi de la question et ait pris l'initiative de provoquer un changement législatif, on peut cependant s'interroger sur l'étendue réelle de la modification législative projetée<sup>44</sup>. Il faudrait en effet se garder de se concentrer exclusivement sur l'allongement des délais de prescription, ce qui serait trop limitatif pour atteindre le but visé.

Premièrement, le simple allongement du délai absolu n'est pas forcément la solution unique au problème puisqu'elle ne tient pas compte du moment auquel le dommage se manifeste. Si l'on recourt à cette seule mesure, on table simplement sur le fait que le dommage interviendra dans la période allongée de la prescription. Il est donc essentiel que les nouvelles dispositions prennent en compte les avis critiques de la doctrine minoritaire et rejoignent ainsi la solution anglaise évoquée ci-dessus : le moment de la première apparition objective du dommage doit être appelé à jouer un rôle déterminant dans le nouveau système. C'est en effet de cette manière que l'on pourra le mieux protéger les légitimes intérêts de la victime. Le communiqué du DFJP semble aller dans la bonne voie, lorsqu'il souligne expressément que l'allongement du délai absolu n'est pas le seul point en discussion, le DFJP mentionnant à cet égard expressément le moment où la victime a connaissance de l'atteinte dommageable.

Deuxièmement, il n'est pas certain – nous allons le voir ci-après (cf. infra III.D.3) – que l'allongement des délais de prescription et la modification de leur point de départ suffisent à répondre à tous les besoins d'une société envahie en permanence de technologies nouvelles dont les risques seront totalement ou partiellement méconnus pendant des années, voire des décennies.

#### 2. Les difficultés pratiques liées à l'allongement des délais de prescription

L'allongement et la modification du point de départ des délais de prescription ne vont pas sans créer des difficultés pratiques qui ne sont pas minces. Les parlementaires qui ont soutenu la motion l'ont bien compris et ne les ont pas sous-estimées, particulièrement celles liées à la preuve<sup>45</sup>. Que ce soit la victime ou l'auteur du fait dommageable, les parties au litige n'auront sans doute conservé que peu de documents d'un temps par trop reculé. A cet égard, il faudrait se demander s'il ne serait pas nécessaire d'allonger, parallèlement au délai de prescription, celui durant lequel les livres, les pièces comptables et la correspondance doivent être conservés, en vertu de l'art. 962 al. 1 CO<sup>46</sup>. Quant aux témoins, ils auront pour les uns disparu et pour les autres perdu la mémoire précise des événements. Sur ce point, il n'est guère de remèdes qui puissent être imaginés.

Une autre difficulté à laquelle la victime pourra être confrontée est celle qui est liée à l'établissement du lien de causalité. On admet certes majoritairement que l'écoulement du temps reste sans effet sur le lien de causalité<sup>47</sup>. Un fait qui est la cause d'un état donné ne cesse en effet pas de l'être du seul fait que le temps passe. En revanche, la survenance probable de faits nouveaux qui auront pu contribuer à l'évolution ou à l'aggravation de l'effet dommageable, particulièrement lorsque la victime est atteinte dans sa santé, rendra plus difficile l'établissement du lien de causalité<sup>48</sup>. Si le décès intervient plusieurs années après un accident provoqué par le lésant, le principe de la responsabilité de ce dernier n'est pas remis en cause tant et aussi longtemps que le lien de causalité peut être établi ; cependant, plus le temps aura passé entre les deux événements, plus ce lien sera difficile à prouver,

<sup>44</sup> Pour des considérations critiques, cf. également KRAUSKOPF, La prescription en pleine mutation. Quelques réflexions sur la prescription de l'action en dommages-intérêts, SJ 2011 II 1, 3.

<sup>45</sup> Dans ce sens, le Conseiller national Christian LÜSCHER, BOCN, 12 mars 2008, ainsi que le Conseiller aux Etats Luc RECORDON, BOCE, 2 juin 2008.

<sup>46</sup> CHAPPUIS, Quelques réflexions d'un praticien sur l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, in : La réforme du droit de la responsabilité civile, éd. par Bénédict Foëx et Franz Werro, 2004, p. 123 ss, 138.

<sup>47</sup> KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, 6<sup>e</sup> édition, Berne 2001, I, p. 82 ; BK-BREHM, CO 41, N 127.

<sup>48</sup> OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, 5<sup>e</sup> édition, Zurich 1995, I, § 3, N 27.

de par la survenance d'événements nouveaux qui ont pu à leur tour être l'une des causes ayant contribué au dommage éprouvé par la victime<sup>49</sup>.

Enfin, le cas ne sera pas rare dans lequel l'auteur du fait dommageable aura disparu ou ne sera plus financièrement en mesure de faire face aux dommages qu'il a causés. Un tel exemple se rencontre avec la grave pollution au cyanure et au chlore du sous-sol de l'Etat américain du Montana, en raison de l'exploitation de mines d'or depuis le 19<sup>ème</sup> siècle. Des décennies après la fin de cette dernière, les sociétés responsables soit ont disparu soit ont perdu presque toute substance<sup>50</sup>. Il est, dans ces conditions, totalement illusoire de vouloir s'en prendre à l'auteur de l'acte dommageable, seule la collectivité publique pouvant alors faire face à la situation.

En conclusion, pour souhaitable qu'il soit, l'aménagement et l'allongement des délais de prescription ne constitueront pas, à eux seuls, la solution idéale pour les atteintes dommageables longtemps différées. Par ailleurs, s'il est en principe conforme au postulat de justice qu'on fasse partir le délai de prescription au moment de la première manifestation objective de la lésion subie, il faudra déterminer dans quels cas cette solution est excessive ou impraticable, notamment en relation avec les risques imprévisibles ou incertains.

#### **D. Les effets dommageables différés, un problème de société ?**

##### *1. La problématique des risques imprévisibles, des risques incertains et le principe de précaution*

Les progrès scientifiques et techniques n'ont cessé de grandir en nombre au cours du 20<sup>ème</sup> siècle. Dans le même temps, les risques se sont multipliés au même rythme, et ce de manière d'autant plus redoutable que certains d'entre eux étaient inconnus au moment où ils ont commencé à se propager. Force est de constater que de nouvelles techniques permettent des exploits, souvent impressionnants, mais sans que l'on sache toujours à quels dangers ces derniers nous exposent.

Face à la multiplication des risques, les législateurs, historiquement partis du principe de la responsabilité pour faute, se sont efforcés d'adopter des lois spéciales contenant des normes de responsabilités fondées sur le risque reconnu. Ils l'ont fait systématiquement, au point qu'on s'est demandé – à juste titre – s'il ne faudrait pas permettre au juge de les introduire là où le législateur les aurait oubliées. L'Avant-projet de réforme

de la responsabilité civile (aujourd'hui abandonné, cf. supra III.B.5) avait ainsi prévu de faire adopter l'idée d'une clause générale de responsabilité à raison du risque (art. 50 AP)<sup>51</sup>.

Conçue avant tout pour pallier l'inertie du législateur face à des risques connus, cette norme n'aurait peut-être pas permis de faire réparer les dommages résultant de risques imprévisibles. Les auteurs de l'Avant-projet avaient même exprimé l'avis que cette norme n'était pas destinée à couvrir de tels risques<sup>52</sup>. On peut se demander pourtant si ce n'est pas précisément pour les activités dont les risques étaient inconnus qu'il aurait fallu prévoir une obligation de réparer en généralisant la règle adoptée en matière d'organismes génétiquement modifiés.

Adopter une telle règle aurait au demeurant contre-carré les limites de la règle tout aussi générale posée par la LRFP pour les produits défectueux (art. 5 al. 1 lit. 2 LRFP) que nous avons évoquée et qui exclut la responsabilité du producteur pour les risques de développement. A voir les oppositions et débats politiques européens en cette matière, il ne fait guère de doute que l'adoption d'une telle règle aurait été très certainement vouée à l'échec en Suisse. L'exemple de nos voisins montre que les exceptions au principe de non responsabilité pour risques inconnus en Europe sont restées ponctuelles : à l'exception du Luxembourg et de la Finlande, qui ont consacré le principe contraire, l'Allemagne n'a admis de responsabilité pour risques imprévisibles que pour les produits pharmaceutiques, l'Espagne, que pour les produits alimentaires, et la France, que pour les produits humains<sup>53</sup>.

A cet égard, il convient de relever que même si le risque inconnu peut ne pas faire obstacle au principe de la responsabilité du fabricant de produits dans les pays cités, rien n'y a été fait pour pallier le risque de dommages différés. La péremption des droits de la victime intervient dix ans après la mise en circulation du produit, sans égard au fait que la prescription de trois ans court à compter de la date à laquelle la victime au eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur. Avec ces règles, nombreuses seront les victimes à ne pas pouvoir obtenir la réparation des dommages imprévisibles. Que le moment déterminant pour juger si la réalisation du risque de développement est décelable soit celui de

<sup>49</sup> CHAPPUIS, thèse (cité n. 9), N 263 ss; KELLER (cité n. 46), p. 76.

<sup>50</sup> DIAMOND, Collapse: How Societies Choose to Fail or Succeed, New York 2005, p. 39 ss.

<sup>51</sup> A ce sujet, C. CHAPPUIS/WERRO, La responsabilité civile : à la croisée des chemins, in Rapports et Communications, Schweizerischer Juristentag 2003, RDS 122 (2003), vol. 3, p. 348 ss; WERRO, Responsabilité civile, N 27 ss.

<sup>52</sup> WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif (cité n. 40), 142.

<sup>53</sup> WERRO/PALMER/HAHN, in Werro/Palmer (éds.), The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law, Durham/Bruxelles/Berne 2004, p. 442 s.



la mise en circulation du produit ayant effectivement causé le dommage, et non celui de la mise en circulation du premier produit d'une même série<sup>54</sup>, ne viendra que peu souvent en aide à la victime.

La question qui se pose par ailleurs est celle de savoir comment le droit de la responsabilité civile peut faire face à des risques qui, sans être imprévisibles, ne sont pas encore avérés. C'est la question des risques incertains qui entourent par exemple les téléphones portables ou d'autres produits dont les défauts sont redoutés, mais pas acquis. Ici aussi, les mécanismes classiques du droit privé semblent atteindre leurs limites, même si certains préconisent l'adoption d'une règle permettant à la victime de rechercher celui qui n'a pas pris les mesures de précaution adéquates pour pallier le risque appréhendé (sur cette question, cf. infra III.D.3). Jusqu'à ce jour, ce principe de précaution a été développé au plan international, mais en dehors du domaine de la responsabilité civile<sup>55</sup>. Dans sa définition actuelle, ce principe imposerait à l'Etat seul de prendre des mesures préventives, lorsqu'il subsiste une incertitude scientifique quant à l'existence d'un danger ou d'un risque<sup>56</sup>.

## 2. *Le principe de précaution dans la jurisprudence suisse*

Quelle que soit sa portée, le principe de précaution n'a pas encore trouvé sa consécration dans la jurisprudence suisse<sup>57</sup>. Le Tribunal fédéral en a toutefois évoqué l'existence dans un récent arrêt qu'il a rendu dans le différend opposant le département fédéral des finances à de nombreux agriculteurs suisses<sup>58</sup>; ces derniers faisaient valoir des pertes importantes dues selon eux à de mauvaises décisions et à des mesures inappropriées prises par les autorités pendant la crise de

la maladie de la vache folle, mesures qui avaient fait chuter les ventes de viande.

Après un premier arrêt du Tribunal fédéral qui avait reconnu le caractère protecteur de la Loi sur les épizooties (LFE)<sup>59</sup>, le Tribunal fédéral en a rendu un second pour juger d'une éventuelle responsabilité de l'Etat<sup>60</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a cependant rejeté les prétentions des demandeurs. Il a considéré que toutes les mesures ordonnées par les autorités avaient été conformes au droit et qu'on ne pouvait reprocher à l'administration, qui jouissait d'un large pouvoir d'appréciation, d'avoir agi comme elle l'avait fait<sup>61</sup>.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a déclaré ne pas devoir décider de la portée exacte du principe de précaution<sup>62</sup>. Il a toutefois souligné que l'art. 9 LFE en était la concrétisation<sup>63</sup>. L'affirmation ne convainc pas. Le principe de précaution exige que l'Etat prenne des mesures quand le risque est incertain, ce que l'art. 9 LFE n'exige précisément pas. En relevant que «la responsabilité de la Confédération doit s'examiner en fonction de la situation régnant au moment déterminant – en particulier sur le plan des connaissances scientifiques», le Tribunal fédéral a respecté le prescrit de l'art. 9 LFE et il n'a pas fait autre chose que juger de la question classique d'une omission illicite. En retenant que le comportement de l'administration fédérale devait être examiné, selon les critères de la proportionnalité, à la lumière de la situation et des connaissances scientifiques au moment de l'action – respectivement de l'omission –, il n'a pas mis en œuvre le principe de précaution<sup>64</sup>. Au vu de ces considérations, il faut même se demander si cet arrêt ne revient pas en réalité à rejeter ledit principe.

Malgré la reconnaissance du caractère protecteur de la LFE, il est possible que le fait qu'il n'y ait eu en l'espèce que des dommages purement économiques ait joué un rôle décisif dans le rejet de la responsabilité. Aurait-on jugé de la même manière si les demandeurs avaient été les victimes de dommages corporels? On

<sup>54</sup> WERRO, La responsabilité civile (cité n. 22), N 807 et les références citées.

<sup>55</sup> A propos de la question de savoir si le principe de précaution devrait être introduit en droit de la responsabilité en France, cf. KOURILSKY/VINEY, Le principe de précaution. Rapport au premier Ministre, Paris 1999, p. 94 ss; MAZEAUD, Responsabilité civile et principe de précaution, in La responsabilité civile à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle, Juris-Classeur 2001, N° 6<sup>bis</sup> Hors série), Paris 2001, p. 72 ss; THIBERGE, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?), RTDC 1999, 581 ss.

<sup>56</sup> Le principe de précaution est applicable dans les cas dans lesquels les preuves scientifiques ne suffisent pas, ne donnent aucune conclusion univoque ou sont peu claires, mais dans lesquels il y a toutefois, en raison d'une évaluation préalable et scientifique des risques, une crainte fondée que les conséquences potentiellement dangereuses pour l'environnement et la santé humaine, de la faune et de la flore, soient incompatibles avec le haut niveau de protection de la communauté, KOM (2000) I, p. 12.

<sup>57</sup> WERRO, Die öffentliche Staatshaftung aus der Sicht des Privatrechters: die Sorgfaltspflichtverletzung des Beamten als einziger Haftungsgrund?, in: Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Berne, 2006/2007, p. 125.

<sup>58</sup> ATF 132 II 305; ATF 126 II 63.

<sup>59</sup> ATF 126 II 63, consid. 3a. Sur le caractère protecteur de la norme exigé pour permettre la réparation des préjudices purement économiques, cf. WERRO, La responsabilité civile (cité note 22), N. 292 ss.

<sup>60</sup> Décision de la commission fédérale de recours en matière de responsabilité de l'Etat (CRR 2002-007).

<sup>61</sup> ATF 132 II 305, consid. 4.4.

<sup>62</sup> ATF 132 II 305, consid. 4.3. Cf. également 2A.321/2004, consid. 5.3; TF, 1A.202/2004, consid. 2, arrêt du 3 juin 2005.

<sup>63</sup> L'art. 9 LFE dispose que la Confédération et les cantons prennent toutes les mesures qui, d'après l'état de la science et de l'expérience, paraissent propres à empêcher l'apparition et la propagation d'une épizootie.

<sup>64</sup> ATF 132 II 305, consid. 4.4, où cela est énoncé clairement: « Comme l'ont retenu les premiers juges, la responsabilité de la Confédération doit s'examiner en fonction de la situation régnant au moment déterminant – en particulier sur le plan des connaissances scientifiques –, soit lorsque les omissions prétendument illicites ont été commises. »

relèvera cependant qu'avec l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral, une demande d'indemnisation pour de tels préjudices qui surviendraient à l'avenir est exclue, même si la consommation de viande n'a pas encore fait son effet. La question qu'on peut toutefois se poser à cet égard est celle de savoir s'il est légitime de faire une distinction entre les éventuelles victimes de viande de vache folle et celles d'organismes génétiquement modifiés (cf. supra III.B.2).

### 3. *Le rôle de la responsabilité civile et des délais de prescription*

Face à ces risques plus ou moins maîtrisés, il convient encore une fois de s'interroger sur le rôle que la responsabilité civile peut jouer et sur celui qui est attribué au délai de prescription.

La question de l'allongement de la prescription de prétentions en dommages-intérêts s'est fréquemment posée en cas d'atteinte à la santé, tout spécialement durant les dernières décennies en relation avec les cancers atteignant les personnes ayant été soumises à une exposition à l'amiante. Il s'agit de situations d'emploi, licite et à large échelle dans la société, d'une technique ou d'un matériau dont l'évolution du savoir scientifique révèle ultérieurement la dangerosité. Il faut se demander, dans une telle situation, si l'on peut simplement songer à allonger le délai de prescription, laissant les parties faire face seules aux difficultés de la cause, le demandeur avec ses difficultés de preuve, le défendeur avec le poids d'une responsabilité éventuelle pour une technique que nul ne blâmait à l'époque de son emploi; c'est la problématique des risques imprévisibles à laquelle il a été fait allusion ci-dessus (cf. supra III.D.I). A cet égard, il y a lieu de répéter la distinction suivante. Il est des techniques dont on sait les dangers mais que l'on accepte en raison de leur importance sociale, au terme d'un choix politique. C'est le cas de l'énergie atomique: nul n'en ignore les risques mais elle est majoritairement considérée comme nécessaire à l'approvisionnement énergétique de la Suisse. C'est ce qui a amené le législateur, non seulement à allonger le délai de prescription (cf. supra III.B.2), mais également à prévoir, en matière de dommage différé, que la Confédération couvrirait, pour un montant maximum d'un milliard de francs, les dommages d'origine nucléaire dont la réparation ne peut plus être réclamée à la personne responsable parce que le délai de trente ans est écoulé (art. 13 LRCN).

Il est d'autres techniques dont, d'une part, on recherche l'emploi et, d'autre part, on suspecte sérieusement qu'elles pourraient impliquer des risques sans que l'on soit pourtant en mesure de les déterminer avec précision. C'est la situation qui prévaut actuellement en matière d'organismes génétiquement modifiés au

sujet de l'innocuité desquels un intense débat s'est instauré. Dans ce cas, le législateur a non seulement pris le soin d'instaurer une responsabilité expresse pour les risques encore inconnus (cf. supra III.B.2), mais il en a également rendu responsable la Confédération, les cantons et les communes (art. 30 al. 10 LGG).

Il est enfin toutes les autres techniques utilisées actuellement dont on admet pour l'instant qu'elles sont sans risques et pour lesquelles, partant, il n'existe aucune loi spéciale. On songera par exemple aux téléphones portables dont l'emploi est maintenant permanent, quotidien et planétaire, auxquels il a déjà été fait allusion ci-dessus (cf. supra III.D.1). Si quelques voix se font entendre régulièrement pour dénoncer les risques liés à leur emploi, l'OMS a pourtant officiellement considéré, en 2010, qu'aucune étude sérieuse ne parvenait à établir un lien entre les ondes des téléphones portables et l'apparition de cancers chez leurs utilisateurs<sup>65</sup>. De même, une étude du Fonds national suisse de la recherche scientifique, intitulée «Rayonnement non ionisant. Environnement et santé»<sup>66</sup>, est-elle parvenue à la conclusion, en mai 2011, qu'on ne pouvait établir de rapport de cause à effet entre une exposition quotidienne aux rayonnements des téléphones portables et la santé<sup>67</sup>. Si, dans deux ou trois décennies, cette appréciation devait changer et qu'il était finalement établi que l'usage de téléphones portables est effectivement dangereux pour la santé, on imagine difficilement comment traiter les demandes en dommages-intérêts émanant des personnes ayant utilisé des téléphones de marques diverses pendant vingt ou trente ans. Elles n'auront sans doute pas gardé les moyens de preuve établissant quels modèles elles auront utilisés et pendant quelle période. Faudra-t-il admettre une responsabilité solidaire de tous les producteurs de téléphones dont le demandeur alléguera qu'il a utilisé les produits, sans plus se soucier de l'établissement d'un quelconque lien de causalité? Pour de telles situations, il semble en tout cas insuffisant de considérer qu'un simple allongement des délais de prescription résoudra le problème.

Admettre le point de départ de ces délais au moment de la première manifestation objective de la lésion risque de ne pas être d'une grande aide non plus. Il y a là une question de société – celui de l'emploi de plus en plus large de produits faisant recours à une technologie avancée dont la grande majorité de la population est friande et dépendante – dont il n'est pas certain que les seules règles classiques de la responsabilité civile viendront à bout.

<sup>65</sup> OMS, Aide-mémoire n. 193, révisé en mai 2010.

<sup>66</sup> PNR 57.

<sup>67</sup> [www.snf.ch/f/actuel/actu-science/pages/default.aspx?newsid=2372&webid=04f828bf-8cd5-4edd-818c-cf6af9adcf50](http://www.snf.ch/f/actuel/actu-science/pages/default.aspx?newsid=2372&webid=04f828bf-8cd5-4edd-818c-cf6af9adcf50).

Il existe actuellement, dans le commerce du matériel électronique et électroménager, un système de taxes anticipées de recyclage que tout acheteur d'un appareil électroménager doit payer au moment de l'achat afin de financer l'évacuation du produit, au jour de sa mise hors d'usage. Un tel système a été mis au point par l'Association économique suisse de la bureautique, de l'informatique, de la télématique et de l'organisation (Swico) et de la Fondation pour la gestion et la récupération des déchets en Suisse (S.EN.S) relatives au prélèvement de taxes de recyclage anticipées<sup>68</sup>. C'est un système similaire qui a été mis sur pied pour l'élimination de produits tels que les piles et les emballages de boissons. Ne serait-ce pas là une voie à laquelle il faudrait songer par analogie de façon qu'un fonds d'indemnisation – financé par les producteurs ou les consommateurs, voire les deux – permettent à la collectivité publique de prendre en charge, à certaines conditions, les conséquences dommageables de l'utilisation généralisée dans la société de technologies qui, sur le long terme, se révéleraient nocives? La multiplication de taxes nouvelles est, il est vrai, un sujet politiquement sensible. Peut-être vaudrait-il néanmoins la peine d'instaurer un tel débat dans ce contexte, plutôt que d'ouvrir – comme seul remède – la voie à de futurs procès en responsabilité qui pourraient parfois se révéler décevants pour les uns ou trop lourds à supporter financièrement pour les autres.

<sup>68</sup> Ce système a donné lieu à une enquête de la Comco qui s'est conclue sans suite en mars 2005.

## HWS-Distorsionstrauma: Beweiswert eines unfalldynamischen/biomechanischen Gutachtens

**Urteil des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011**

**Bruno Häfliger\***

### I. Sachverhalt

Am 28. Mai 1991 fuhr A. bei einer Autobahnausfahrt auf den von B. (Beschwerdeführer) gelenkten PW auf. B. klagte beim Amtsgericht auf Schadenersatz und Genugtuung. Das Amtsgericht hörte Zeugen an und befand, dass der Beschwerdeführer nach dem Unfallereignis öfter ein schweres Motorrad gefahren, Arbeiten an eigenen Fahrzeugen ausgeführt habe und Wasserski gefahren sei. Deshalb veranlasste das Amtsgericht keine weiteren Beweiserhebungen zum Kausalzusammenhang und wies die Klage ab. Auf Appellation hin hatte das Obergericht des Kantons Luzern den damaligen Chefarzt der MEDAS Zentralschweiz, welche im IV-Verfahren ein polydisziplinäres Gutachten erstattet hatte, als sachverständigen Zeugen vernommen. Die Diagnose im Gutachten lautete auf «Status nach Distorsionstrauma der HWS am 28.05.1991 mit Cervikalsyndrom und linksseitige Cervikobrachialgien, Kopfschmerzen vom Spannungstyp/migräniforme Kopfschmerzen, leichten neuropsychologischen Defiziten». Es wurde eine Arbeitsunfähigkeit von 65% attestiert. Der Chefarzt hatte als sachverständiger Zeuge vor Obergericht zur Diagnose und Arbeitsunfähigkeit in Kenntnis der erwähnten Tätigkeiten des Beschwerdeführers Stellung zu nehmen. Der Zeuge hielt an der Diagnose gemäss MEDAS-Gutachten fest, reduzierte den Grad der Arbeitsunfähigkeit in Kenntnis der Umstände aber auf 35%. Gestützt auf diese Angaben nahm das Obergericht an, dass der Beschwerdeführer nach wie vor unter Beschwerden leide, die in einem Zusammenhang mit dem Unfallereignis vom 28. Mai 1991 stehen könnten. Weitere Abklärungen seien unumgänglich. Das Obergericht wies das Amtsgericht an, ein unfalltechnisches/biomechanisches Gutachten einzuholen.

Das verkehrstechnische Gutachten ergab einen Delta-V-Wert von 5,4 bis maximal 8,7 km/h. Gemäss dem biomechanischen Gutachten konnten die Beschwerden und Befunde aus biomechanischer Sicht durch die Kol-

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Luzern.