

Franz Werro / Pascal Pichonnaz
Editeurs

Colloque du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états
Sans le dommage corporel ni le tort moral



Stämpfli Editions

Colloque du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états

Sans le dommage corporel ni le tort moral

Edité par

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg et au
Georgetown University Law Center, Washington, DC

et

Pascal Pichonnaz

Professeur à l'Université de Fribourg

Colloque
du droit de la responsabilité civile 2013
Université de Fribourg

Le dommage dans tous ses états
Sans le dommage corporel ni le tort moral

Vincent Brulhart
Blaise Carron
Benoît Chappuis
Yann Férolles
Alexandre Guyaz
Pascal Pichonnaz
Muriel Vautier Eigenmann
Franz Werro

Sous la direction de
Franz Werro et Pascal Pichonnaz



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Bern

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>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Réalisation intégrale:

Stämpfli Publications SA, Berne

Printed in Switzerland

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie
www.staempfliverlag.com.

ISBN Print 978-3-7272-3035-6

ISBN Judocu 978-3-0354-1054-9

ISBN E-Book 978-3-7272-5810-7

© Stämpfli Editions SA Bern

L'indemnisation des mesures préventives

Benoît Chappuis*, Dr en droit, avocat à Genève
Professeur titulaire aux Universités de Genève et Fribourg

Introduction : la problématique des mesures préventives	156
I. La problématique des mesures préventives et de leur indemnisation	159
A. <i>La notion de mesures préventives</i>	159
1. En droit commun	159
2. Les dispositions légales spécifiques	161
B. <i>La problématique de l'indemnisation</i>	162
1. La naissance du dommage en tant que point de départ de l'indemnisation civile	162
2. Le moment de la naissance du dommage	162
3. L'impact du moment de la naissance du dommage sur l'indemnisation des mesures préventives	164
C. <i>La jurisprudence relative aux mesures préventives</i>	165
1. La jurisprudence civile	165
2. La jurisprudence en droits réels	167
3. La jurisprudence pénale	168
II. Une analyse des principes théoriques relatifs à l'indemnisation des mesures préventives	172
A. <i>Les objections principales</i>	172
1. La position de la doctrine	172
2. L'existence d'un dommage	173
3. La mesure préventive en tant que dépense voulue par la victime	175
4. Le lien de causalité : la question de la causalité hypothétique ..	176

* La présente étude se fonde dans une large mesure sur l'analyse contenue dans le livre publié par l'auteur en 2007, *Le moment du dommage. Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, thèse Fribourg, Zurich 2007. Il y sera largement renvoyé pour l'exposé détaillé de certaines notions.

L'auteur remercie M. Alborz Tolou, titulaire d'un bachelors en droit et sous-assistant à l'Université de Fribourg, pour l'aide qu'il lui a apportée dans la rédaction de cette étude. Il remercie également le Professeur Arnaud Perrier, médecin chef du service de médecine interne générale des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG), qui a bien voulu vérifier la pertinence des exemples médicaux donnés au ch. II.A.4.b).

B. <i>Les conséquences juridiques liées au comportement du lésé</i>	179
1. Les principes à prendre en considération	180
2. L'application des principes aux mesures préventives	182
C. <i>Les perspectives face à la fonction réparatrice de la responsabilité civile</i>	186
Conclusion	189
Bibliographie	191

Introduction : la problématique des mesures préventives

Il est des situations dans lesquelles la victime d'un fait générateur de responsabilité ne subit pas immédiatement un dommage. Peut-être ne subira-t-elle d'ailleurs jamais de dommage, le résultat de ce fait restant au stade d'une menace latente. Réagissant à l'accident ou à l'attaque qui l'a frappée, la victime peut être amenée à prendre des mesures destinées à éviter que les effets dommageables redoutés ne surviennent. Si, cela fait, elle demande à l'auteur du fait générateur de responsabilité le remboursement des frais engendrés par ces mesures, la victime va se heurter à diverses difficultés juridiques dont la moindre n'est pas le fait que, aussi longtemps qu'il n'existe pas encore de dommage, les conditions d'une responsabilité délictuelle ne semblent pas être réunies. Souvent, une indemnisation paraît *a priori* exclue pour ce seul motif déjà.

Cette situation est insatisfaisante particulièrement en raison du fait que le coût des mesures prises préventivement peut se révéler largement inférieur à celui que la réparation du dommage aurait entraîné si la victime l'avait laissé survenir. Cette dernière est donc parfois punie pour avoir voulu limiter les dégâts et les frais qui en résulteraient.

Il est d'autres situations dans lesquelles un particulier prend des mesures de protection non seulement avant l'apparition des effets dommageables d'un fait générateur de responsabilité, mais avant même la survenance de ce dernier. Sur la base d'expériences passées – personnelles ou celles de tiers –, il craint une atteinte future à ses intérêts personnels. Ce type de mesures de protection n'entre pas, selon la doctrine unanime, dans le champ des charges pouvant être indemnisées par un tiers.

L'indemnisation des mesures préventives pose des difficultés théoriques aussi importantes que leur fréquence semble rare en pratique. C'est d'ailleurs là une première source d'étonnement et de réflexion. Comment se fait-il qu'un comportement qui semble naturel et banal – prendre des mesures préventives afin d'éviter d'être atteint par un dommage – ne donne pratiquement pas matière à des décisions judiciaires ? Est-ce à dire que cela n'arrive jamais ou que, si cela survient, l'indemnisation des frais encourus ne soulève généralement aucune difficulté ? Est-ce parce les victimes ne demandent pas à être indemnisées ? Aucune de ces propositions ne semble à elle seule convaincante de sorte que le phénomène demeure largement inexpliqué. Reste alors à se demander si la présente contribution n'est pas consacrée à un non-sujet.

Pour répondre à cette question, il faut songer à des situations pratiques qui pourraient se présenter. On peut mentionner les quelques exemples suivants :

- Un actionnaire d'une société anonyme recapitalise cette dernière pour éviter une faillite, suite à des manquements allégués reprochés aux administrateurs¹. Une telle intervention peut être nécessaire indépendamment de la possibilité que l'actionnaire aurait d'actionner les responsables en paiement de dommages-intérêts en faveur de la société au sens de l'art. 756 CO. Le résultat d'une telle action interviendrait en effet en tout état trop tard pour sauver la société de la faillite, si même les organes recherchés en responsabilité avaient les moyens financiers suffisants. L'actionnaire décide donc d'assainir et de recapitaliser la société pour maintenir cette dernière en vie. Peut-il demander le remboursement de cette intervention de sauvetage directement aux administrateurs fautifs, alors que son droit d'actionnaire lésé ne serait né qu'après la faillite, conformément à l'art. 757 CO ?
- Une personne est victime d'une tentative d'extorsion (art. 156 CP). Menaçant de révéler des faits gênants, le maître chanteur veut obtenir de sa victime le paiement d'une forte somme d'argent. Avec l'assistance d'un avocat et d'un détective privé, la personne menacée parvient à déjouer le plan ourdi par le maître chanteur et à le dénoncer aux autorités pénales. L'acte illicite en est donc resté au stade de la tentative. La victime peut-elle demander le remboursement des frais

¹ Pour un tel exemple, cf. TF, 6B_496/2012 et TF, 6B_503/2012, c. 5.

d'avocat et de détective alors que l'acte illicite n'est pas arrivé à son terme ?

- Le propriétaire d'une maison est inquiet des travaux entrepris par son voisin. Le creusement des fondations et son impact sur la nappe phréatique semblent mettre en danger la stabilité du terrain du propriétaire, ce qu'un expert confirme : il est à craindre, dans le futur, des mouvements de terrain et des risques pour la maison. Le propriétaire entreprend des travaux d'assainissement pour éviter une telle évolution. Peut-il en demander le remboursement au voisin ou aurait-il dû attendre l'apparition effective des mouvements de terrain et leurs effets sur la stabilité de la maison² ?
- Les voisins d'un fonds, sur lequel des drogués viennent commercer et se piquer, prennent des mesures de protection pour éviter que leurs commerces ne périssent en raison de ce voisinage insalubre³. Peuvent-ils demander au propriétaire du fonds voisin en question de supporter les coûts engendrés par ces mesures ?
- Le propriétaire d'un parking privé, lassé par les automobilistes qui y laissent leur voiture sans droit, prend des mesures de surveillance et les facture aux conducteurs fautifs sous forme d'« amendes » privées représentant un dommage forfaitairement calculé⁴.
- Le propriétaire d'un grand magasin installe des mesures de surveillance pour lutter contre le vol à l'étalage et exige des personnes surprises en flagrant délit de vol le paiement d'une somme forfaitaire censée représenter une participation aux frais de surveillance⁵.

² Pour un tel exemple, ATF 117 II 259, JdT 1992 I 559.

³ ATF 119 II 411, JdT 1995 I 349.

⁴ Pour une analyse d'une telle situation, TF, 6S.77/2003.

⁵ Pour une analyse au regard du droit allemand, ROBERTO, Schadensrecht, p. 243 ss.

I. La problématique des mesures préventives et de leur indemnisation

A. La notion de mesures préventives

1. *En droit commun*

A quelques exceptions près (*infra* I.A.2), la notion de mesures préventives n'est pas une notion juridique qui résulterait d'une disposition spécifique de loi. Elle repose sur le constat de fait que certaines personnes prennent des mesures destinées à prévenir l'apparition d'un dommage. Lorsqu'aucune norme spécifique ne les régit, la question de leur indemnisation éventuelle trouve sa réponse dans l'application des normes générales de la responsabilité.

La notion de mesures préventives n'est, de surcroît, pas univoque. Il ressort des quelques exemples donnés en introduction qu'elle désigne différentes sortes de mesures se distinguant les unes des autres principalement par le moment auquel elles sont prises par rapport au fait générateur de responsabilité.

On distingue ainsi :

- Les mesures prises avant la survenance de tout fait générateur de responsabilité ; la personne qui prend ces mesures n'a pas été victime d'un acte illicite mais il en craint la survenance (par ex. des mesures contre le vol). On parle généralement dans ce cas de mesures préventives anticipées⁶.
- Les mesures prises après la survenance d'un fait générateur de responsabilité qui n'a pas encore eu d'effets dommageables sur la victime et son patrimoine ; l'acte illicite a déjà été commis mais ses effets dommageables ne sont pas encore survenus. L'intervention de la victime est destinée à empêcher l'apparition de ceux-ci, à tout le moins à les limiter.

Lorsqu'elle traite de la question, la doctrine évoque le plus souvent les dépenses faites avant tout fait générateur de responsabilité, tels l'installation d'une alarme dans un dépôt de marchandises et le recours

⁶ B. CHAPPUIS, *Moment*, N 438 ; ACHTARI, N 212.

aux services d'un détective afin de prévenir les vols⁷. La personne qui prend ces mesures n'a subi aucune attaque, mais craint la survenance de cette dernière. Une telle façon de procéder se rencontre fréquemment dans le domaine du commerce de détail (lutte contre le vol à l'étalage), des transports publics (lutte contre les passagers clandestins) ou de la protection de la propriété privée (lutte contre les intrusions illicites).

Ce type de petite délinquance est très fréquent. Les statistiques de l'OFC indiquent qu'en 2012, il y a eu 18'383 cas de vols à l'étalage signalés à la justice, étant précisé que ce chiffre est inférieur à la réalité puisque certains cantons connaissent des procédures simplifiées pour ce type d'affaires⁸. En outre, cette statistique ne tient naturellement pas compte des vols qui ne sont pas signalés à la justice. La modicité financière de chacune des atteintes individuelles ne doit pas conduire à occulter le fait que leur total a un coût économique non négligeable. Il ressort des déclarations faites à la presse par de grandes chaînes de distribution suisses que les pertes oscilleraient entre 0.5% et 2% du chiffre d'affaires. Si l'indemnisation que les commerçants cherchent parfois à obtenir de la part des personnes surprises en flagrant délit est minime pour chaque cas individuel, le phénomène général représente des montants très élevés. Le *Center for retail research* dans son *Global Retail Theft Barometer 2011*⁹, évaluait à USD 868 millions les pertes engendrées en Suisse par la criminalité dans le commerce de détail (des consommateurs, des employés, du crime organisé, etc.). Les statistiques européennes contenues dans cette analyse font apparaître que plus de 30% de ces pertes proviennent des coûts engendrés par la surveillance et la prévention.

Ces quelques indications chiffrées répondent à la première question posée en introduction relative à l'éventuelle non-existence du sujet de la présente contribution : si le phénomène occupe peu les tribunaux, il n'en reste pas moins bien réel et fort coûteux. Le sentiment d'insécurité – réel ou supposé – qui règne à l'heure actuelle pousse commerçants et particuliers à multiplier les systèmes de prévention et de détection ; on ne saurait donc exclure, pour ce motif déjà, que la question gagne du terrain devant les tribunaux.

⁷ Cf. particulièrement, ROBERTO, *Schadensrecht*, p. 237 ss, qui consacre un chapitre entier à cette question, notamment aux solutions données en droits allemand et américain.

⁸ www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/02/key/02/06.html.

⁹ www.retailresearch.org/grtb_currentsurvey.php.

2. *Les dispositions légales spécifiques*

Il est un certain nombre de lois spéciales qui instituent des devoirs de prévention d'un dommage et qui en définissent et règlent la notion, les conditions et l'indemnisation de manière plus ou moins précise.

On peut citer :

- L'art. 59 LPE¹⁰ qui dispose, en conformité avec le principe de causalité mentionné à l'art. 2 LPE, que « les frais provoqués par des mesures que les autorités prennent pour empêcher une atteinte imminente, ainsi que pour en déterminer l'existence et y remédier, sont mis à la charge de celui qui en est la cause ».
- Les art. 2 al. 1 let. c et 4 LRCN¹¹ qui mettent à la charge des exploitants d'installations nucléaires les coûts des mesures prises par l'autorité pour écarter ou réduire un danger nucléaire imminent.
- L'art. 14 LOA¹² qui met à la charge de l'exploitant d'un ouvrage d'accumulation (barrage) les coûts provoqués par les mesures ordonnées par les autorités afin de prévenir ou de réduire un danger imminent.
- L'art. 20 LTV¹³ qui met à la charge du voyageur sans titre de transport le manque à gagner ainsi que les frais qu'il occasionne.

Ces dispositions, peu nombreuses, sont édictées en relation avec des tâches d'intérêt public (transports, protection de l'environnement, etc.) ou des activités présentant des risques particuliers pour le public (barrages, énergie nucléaire) qui requièrent, dans certaines circonstances, des interventions préventives des autorités dont le coût doit être attribué à l'une ou l'autre personne intéressée par l'activité en cause.

¹⁰ Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE), RS 814.01.

¹¹ Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN), RS 732.44.

¹² Loi fédérale du 1^{er} octobre 2010 sur les ouvrages d'accumulation (LOA), RS 721.101.

¹³ Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV), RS 745.1.

B. La problématique de l'indemnisation

1. La naissance du dommage en tant que point de départ de l'indemnisation civile

Les mesures préventives, quelle que soit l'acception que l'on retienne de cette notion, interviennent en tout état avant la survenance de l'effet dommageable d'un fait générateur de responsabilité. Il faut donc en priorité s'interroger sur le moment auquel un dommage prend naissance dans le système de responsabilité civile suisse.

2. Le moment de la naissance du dommage

Le dommage se définit comme étant la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit¹⁴. Déterminer le moment de la naissance du dommage, c'est donc établir quand le patrimoine de la victime a été atteint. Pour ce faire, il faut retenir le principe selon lequel c'est au jour où le patrimoine de la victime est concrètement affecté par les effets du fait générateur de responsabilité que le dommage apparaît.

Ce moment varie significativement selon la façon dont l'effet dommageable se manifeste. Il n'y a en effet pas toujours concomitance entre la survenance du fait générateur de responsabilité et l'apparition de ses effets dommageables¹⁵. Ces derniers peuvent être instantanés, retardés, de durée ou encore répétitifs¹⁶. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est préférable de parler d'un fait générateur de responsabilité que d'un acte dommageable car l'acte n'est pas toujours immédiatement dommageable.

Les façons selon lesquelles le dommage se manifeste dans le patrimoine de la victime sont elles aussi variées : le dommage peut être tant matériel que juridique et consister en une perte effective, en un gain manqué, en une diminution des actifs ou encore en une augmentation des passifs.

¹⁴ ATF 129 III 331, c. 2.1, JdT 2003 I 629 et les arrêts cités.

¹⁵ Sur la problématique de la prescription en cas de dommage différé, cf. B. CHAPPUIS/WERRO, REAS 2011 139 ss.

¹⁶ B. CHAPPUIS, Moment, N 38 ss et 436.

La question du moment du dommage est aisée à résoudre lorsque le lésé perd un objet dont il est propriétaire : sa voiture est détruite dans un accident, sa maison est intégralement incendiée. Le patrimoine du lésé est immédiatement et définitivement affecté par la destruction de l'objet. Il y a concomitance entre l'acte et l'apparition de ses effets. Ces derniers sont d'autre part simples à analyser et le moment auquel ils se manifestent ne laisse en principe pas place au doute¹⁷.

La situation n'est cependant pas toujours aussi simple. La question se présente notamment sous un jour différent lorsque le dommage consiste en une augmentation des passifs dans le patrimoine de la victime. La théorie de la différence conduit à retenir une notion purement comptable du patrimoine, de sorte que ce n'est pas l'état des liquidités de la victime qui est déterminant, mais bien le résultat de son bilan patrimonial¹⁸. Ce qui importe, c'est de savoir si le lésé voit son actif diminué par la disparition de l'un de ses éléments ou son passif alourdi par une dette nouvelle. En revanche, il est indifférent de savoir si le lésé a effectivement payé une dette résultant du fait générateur de responsabilité pour que celle-ci constitue un dommage réparable :

- un artiste, blessé dans un accident, doit annuler une tournée de concerts et doit à l'organisateur de la tournée un dédit en raison de sa défection.
- un marchand d'art doit des dommages-intérêts à l'acquéreur d'une œuvre qu'il n'a pu lui livrer suite à un vol survenu dans sa galerie.

Le paiement effectif par le lésé de la dette qu'il a envers un tiers est sans pertinence : le dommage survient à la naissance de l'obligation dans le patrimoine du lésé. Il survient dès que le bilan du lésé montre une diminution¹⁹. Par exemple, les frais liés à l'intervention d'un avocat avant l'ouverture d'un procès civil, frais qui constituent un dommage réparable selon le droit de la responsabilité civile²⁰. Le Tribunal fédéral a considéré qu'« il est indifférent que la recourante se soit ou non acquittée de la note

¹⁷ B. CHAPPUIS, Moment, N 44.

¹⁸ KELLER, II, p. 26.

¹⁹ ATF 116 II 441, c. 3aa, JdT 1991 I 166 : « Ein Schaden ist daher nicht erst entstanden, wenn der Geschädigte einen Verlust seines Barvermögens erleidet, vielmehr reicht bereits die Beeinträchtigung seines Bilanzvermögens aus (BGE 64 II 138). Ebenso tritt bei einer Vermehrung der Passiven der Schaden bereits mit dem Entstehen der Verbindlichkeit und nicht erst mit deren Erfüllung ein ».

²⁰ ATF 117 II 394, c. 3a, JdT 1992 I 550 ; ATF 97 II 259, c. 5b, SJ 1972 353.

d'honoraires de son conseil ou qu'elle ne l'ait fait que partiellement. Elle est juridiquement la débitrice du montant réclamé par son avocat et cette dette constitue un élément de son dommage »²¹.

Ainsi, lorsque le dommage réside dans la naissance d'une dette dans le patrimoine du lésé, le dommage survient dès l'instant que naît la prétention du tiers créancier, sans égard à la question de savoir si ce dernier fera effectivement valoir sa prétention et si le lésé s'en acquittera finalement²².

Le dommage peut être un processus évolutif dans le temps de sorte qu'il est parfois difficile de distinguer, d'une part, un acte générateur de responsabilité dont la survenance a pris fin alors que ses effets perdurent et, d'autre part, un acte dont la survenance s'étale dans le temps. On peut trouver la preuve de la difficulté à faire cette distinction dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ce dernier a fait la différence entre la situation dans laquelle une pollution de la nappe phréatique avait perduré plus de dix ans, mais avec des nuisances toujours renouvelées²³, et celle dans laquelle des travaux en sous-sol, achevés à un moment précis de sorte que l'événement générateur de responsabilité devait être considéré comme terminé, avaient provoqué ultérieurement l'abaissement de la nappe phréatique²⁴. Les difficultés mises en évidence dans la jurisprudence concernent essentiellement la fin du fait générateur de responsabilité et, partant, le *dies a quo*, du délai de prescription²⁵. Elles illustrent cependant bien combien imprécises peuvent être les limites temporelles du dommage qui sont pourtant déterminantes pour savoir si les coûts découlant pour la victime de l'apparition de ce dernier sont indemnisables.

3. *L'impact du moment de la naissance du dommage sur l'indemnisation des mesures préventives*

La doctrine considère généralement que les dépenses faites avant la survenance du fait générateur de responsabilité civile pour prévenir les effets dommageables de ce dernier (*vorsorgliche Aufwendungen*) ne répondent

²¹ TF, 2P.165/2005 ; TF, 2A.419/2005, c. 6.3.

²² Sous l'angle de la prescription, le dommage n'est réputé réalisé (*abgeschlossen*) qu'au moment où il s'est manifesté complètement, ATF 92 II 1, c. 3 ; ATF 89 II 402, c. 2b ; ATF 74 II 30, c. 1c.

²³ ATF 81 II 439, c. 2, JdT 1956 I 261.

²⁴ ATF 127 III 257, c. 2a/bb, SJ 2002 I 113.

²⁵ B. CHAPPUIS, Moment, N 43 et 435.

pas à la définition classique du dommage²⁶ et n'entrent ainsi pas dans sa composition²⁷ : un dommage est réparable pour autant qu'il existe²⁸. Celui qui a pris des mesures avant son apparition ne peut pas prétendre à être indemnisé.

Cette position a en tout cas pour elle la logique juridique, à tout le moins en apparence : l'existence d'un dommage étant une condition de la responsabilité civile, cette dernière n'est pas engagée si la condition du dommage fait défaut du fait que ce dernier n'est pas encore apparu.

Cette conception doit cependant être analysée plus en détail :

- Il faut, premièrement, se demander si les deux différents types de mesures préventives distinguées ci-dessus (*supra* I.A.1) sont régis par des règles identiques ou si leurs particularités conduisent à des traitements différenciés.
- Deuxièmement, les motifs juridiques qui fondent le refus de l'indemnisation des coûts des mesures préventives ne sont pas unanimes.
- Troisièmement, certains des principes généraux de la responsabilité – notamment l'influence de la faute concomitante du lésé – sont susceptibles de remettre en cause le résultat auquel conduit l'analyse classique de la question.

Le point de départ de cette analyse repose sur la jurisprudence rendue en la matière. Même rare, elle est en effet riche d'enseignements.

C. La jurisprudence relative aux mesures préventives

1. La jurisprudence civile

La jurisprudence civile dédiée spécifiquement à la question des mesures préventives est quasi inexistante et seules de très rares décisions permettent de dégager les principes arrêtés par le Tribunal fédéral en la matière.

²⁶ CR WERRO, N 7 ad art. 41 CO ; WERRO, Croisée des chemins, p. 260 ; WERRO, DC, p.182.

²⁷ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 N 20.

²⁸ KELLER, II, p. 29 ; OFTINGER/STARK, I, § 2 N 62.

La première décision qui retiendra l'attention a trait à des mesures prises par la victime après la survenance d'un acte illicite, mais avant l'apparition de ses effets dommageables. L'acheteur d'une maison avait pris des mesures pour éviter qu'un talus qui menaçait de s'effondrer n'atteignît la maison qu'il avait achetée²⁹. Il tenait le vendeur, entrepreneur général qui avait construit la maison pour son compte, pour responsable de cette situation. La responsabilité contractuelle de ce dernier fut cependant niée par les tribunaux en raison d'une clause d'exclusion contenue dans le contrat. Toutefois, le lésé faisait également valoir que le vendeur et entrepreneur général avait commis un acte illicite pour avoir violé l'art. 229 CP (« violation des règles de l'art de construire ») qui punit celui qui, intentionnellement (al. 1) ou par négligence (al. 2), aura enfreint les règles de l'art en dirigeant ou en exécutant une construction ou une démolition et aura par-là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes. Il s'agissait donc pour la victime d'empêcher la survenance future des effets dommageables d'un acte illicite déjà commis, à savoir la violation des règles de construction.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas arrêté longtemps sur cette question dans la mesure où d'autres motifs l'ont amené à rejeter la prétention du demandeur. Il a néanmoins refusé de façon expresse le dédommagement des mesures préventives prises par l'acheteur sur la base de l'art. 41 CO en raison du fait que cette disposition « *bildet [...] keine genügende Grundlage um die Kosten einer solchen präventiven Schadensabwehr auf einen Dritten abzuwälzen* »³⁰. De tout l'arrêt, c'est la seule phrase consacrée spécifiquement à l'indemnisation des mesures préventives, le Tribunal fédéral ne développant ni n'indiquant le fondement juridique de la règle ainsi posée. Pour le surplus, les juges fédéraux ont considéré que l'art. 229 CP, norme invoquée pour fonder l'illicéité civile, ne protégeait que la vie et l'intégrité corporelle de sorte qu'un dommage porté à la seule propriété n'entraînait pas dans la sphère de protection de cette disposition pénale. L'illicéité du comportement du vendeur, entrepreneur général, était ainsi exclue de ce fait, ce qui excluait en tout état une indemnisation³¹.

Un arrêt valaisan a également fait sienne la conception du Tribunal fédéral en confirmant que les mesures préventives ne donnent pas droit à répara-

²⁹ ATF 117 II 259, JdT 1992 I 550.

³⁰ ATF 117 II 259, c. 3, JdT 1992 I 550.

³¹ Pour une critique du raisonnement du Tribunal fédéral concernant l'illicéité, cf. WERRO, Croisée des chemins, p. 261.

tion en droit suisse : « *Les dépenses faites avant la survenance du dommage dans un but de prévention de l'atteinte (dépenses provisionnelles) ne sont pas indemnisables* »³². Le fondement de cette décision réside dans le constat de l'absence de lien de causalité entre les frais encourus et le fait générateur de responsabilité.

2. *La jurisprudence en droits réels*

La problématique de l'indemnisation des mesures préventives se présente sous un jour particulier lorsque l'atteinte dont une personne veut se prémunir préventivement émane du propriétaire d'un immeuble. La solution est donnée par l'art. 679 CC qui régit la responsabilité du propriétaire, lorsque celui-ci excède son droit de propriété. L'art. 679 al. 1 CC dispose que « celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit, peut actionner ce propriétaire pour qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts ».

C'est sur cette base que le Tribunal fédéral a tenu le Canton de Bâle-Ville, qui avait laissé des drogués se piquer et trafiquer sur un terrain et dans des immeubles dont il était propriétaire, pour responsable des conséquences économiques éprouvées par des commerçants voisins qui avaient cherché à se protéger³³. Lassés de l'inaction du propriétaire, les commerçants avaient pris des mesures pour se protéger des effets de ce voisinage gênant, telles que l'engagement des gardes privés ou la mise en place d'installations d'éclairage des abords de leurs magasins. Les juges ont considéré que, sans que cela n'entraînât des coûts excessifs ou déraisonnables, des mesures auraient pu être prises par le propriétaire pour empêcher ces émissions excessives (patrouilles de police, personnel de surveillance des bâtiments, etc.)³⁴. Le Tribunal fédéral a, en conséquence, condamné le Canton de Bâle-Ville à rembourser aux commerçants l'intégralité des frais engagés pour prévenir les conséquences des émissions excessives provenant du fonds propriété du Canton de Bâle-Ville³⁵.

³² TC, RVJ 2004 156.

³³ ATF 119 II 411, JdT 1995 I 349.

³⁴ ATF 119 II 411, JdT 1995 I 349.

³⁵ Sur cette question, WERRO, Responsabilité civile, N 792 ss ; sur la demande préventive du lésé, BSK-REY/STREBEL, N 18 ad art. 679 CC ; sur l'omission du propriétaire, STEINAUER, N 1911a.

Dans ce cas, les mesures préventives anticipées du lésé ont donc été tenues pour indemnisables³⁶. Cette solution positive découle sans doute du caractère particulier de l'indemnisation des immissions excessives qui est plus généreuse que celle retenue en droit commun de la responsabilité civile³⁷.

3. *La jurisprudence pénale*

Il est fréquent en pratique que des commerçants ou des particuliers fassent figurer à l'entrée de leur magasin ou propriété un avis selon lequel, en cas de vol ou d'autre comportement illicite, plainte pénale sera déposée alors que des frais d'un montant fixe seront prélevés. Une affaire de ce genre a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral. Le propriétaire d'un parking avait exigé d'un automobiliste garé sans droit le paiement d'une somme de CHF 30.-, moyennant quoi il renonçait à déposer une plainte pénale, la contravention étant passible d'une peine de CHF 500.-. L'automobiliste avait déposé plainte pour contrainte (art. 181 CP), subsidiairement chantage (art. 156 CP). Le Tribunal fédéral a considéré qu'aucune infraction n'était réalisée, cela pour des motifs largement fondés sur le droit civil³⁸. Ils retiendront donc notre attention ici.

Le Tribunal fédéral constate tout d'abord qu'il n'a jamais eu l'occasion de trancher cette question spécifique, sauf pour avoir confirmé antérieurement, de façon sommaire, une décision lucernoise³⁹. Il rend donc une décision assez richement motivée, ce qui rend étonnant le fait que l'arrêt n'a pas été publié.

Le Tribunal fédéral fonde ensuite son raisonnement sur sa jurisprudence antérieure relative à la question générale de la contrainte : « une contrainte est illicite lorsque le moyen ou le but est contraire au droit ou lorsque le moyen est disproportionné pour atteindre le but visé ou encore lorsqu'un

³⁶ Cf. ACHTARI, N 220, qui retient que les mesures prises par les commerçants étaient des mesures préventives entreprises alors que le fait générateur de responsabilité était déjà survenu. Il ne s'agirait pas, selon cet auteur, de mesures préventives anticipées. Il est exact que l'on peut hésiter sur la question puisque que les émissions excessives du fonds voisin existaient déjà au moment où les commerçants avaient pris des mesures de protection.

³⁷ WERRO, Responsabilité civile, N 790 et 792.

³⁸ TF, 6S.77/2003.

³⁹ OGer, LGVE 1999 I Nr. 50.

moyen de contrainte conforme au droit utilisé pour atteindre un but légitime constitue, au vu des circonstances, un moyen de pression abusif ou contraire aux bonnes mœurs; cette dernière hypothèse est en particulier réalisée lorsqu'il n'y a pas de rapport entre l'objet de la menace et l'exigence formulée »⁴⁰. Il constate alors que le montant de CHF 30.- exigé par le propriétaire du parking est proportionné au but recherché et en relation avec ce dernier.

La seule question qui lui reste à résoudre est celle de savoir si ce comportement est en lui-même licite, c'est-à-dire si l'indemnisation recherchée repose sur une base légale, de droit civil ou de droit public.

Une base légale expresse n'existe que pour les passagers sans titre valable dans les transports publics (passager clandestin ; *Schwarzfahrer*). Le Tribunal fédéral se réfère à l'art. 16 LTP⁴¹, disposition qui n'existe plus aujourd'hui. La LTP a en effet été abrogée le 1^{er} janvier 2010 pour être remplacée par la LTV⁴² dont l'art. 20 (« Voyageurs sans titre de transport ») dispose que :

«¹ Le voyageur qui ne peut présenter un titre de transport valable doit attester de son identité et payer le prix de sa course ainsi qu'un supplément. S'il ne paie pas immédiatement, il est appelé à fournir des sûretés. A défaut, il peut être exclu du transport.

² Les tarifs fixent le montant du supplément. Ils règlent les cas de dispense ou de restitution.

³ Le montant du supplément est fixé en fonction des facteurs suivants:

a. le manque à gagner qu'occasionnent les voyageurs sans titre de transport valable;

b. les frais que le voyageur occasionne. (...) ».

Le passager clandestin peut donc être contraint de payer un supplément qui s'ajoute au prix de la course. Le but de cette disposition est de faire supporter aux resquilleurs les coûts que représente leur surveillance par

⁴⁰ ATF 122 IV 322, c. 2a, JdT 1998 IV 109.

⁴¹ Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur les transports publics (LTP), RS 742.40.

⁴² Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV), RS 745.1.

l'entreprise ; pour cette dernière, l'opération doit être neutre sur le plan des coûts⁴³.

Hormis le cas du passager clandestin, il n'existe pas de base légale spécifique qui s'appliquerait aux autres situations de mesures préventives. Le Tribunal fédéral est donc amené à conduire son raisonnement sur la base des principes généraux et constate qu'il existe deux fondements légaux à une réparation du dommage dans de telles circonstances⁴⁴ :

- L'action en réparation du dommage pour le trouble à la possession (art. 928 al. 2 CC) ;
- L'action en réparation des frais de défense. Ces derniers ne peuvent être indemnisés par les dépens fixés par le tribunal que pour autant qu'ils soient consécutifs à une défense menée dans une procédure judiciaire. En revanche, ils constituent une partie du dommage civil de la victime lorsqu'ils ont trait aux frais qui ont précédé l'ouverture de la procédure⁴⁵.

Le Tribunal fédéral souligne cependant que la somme réclamée par le propriétaire lésé ne peut que correspondre au dommage effectivement subi dans le cas concret en raison du comportement illicite du responsable (tels les dépenses personnelles, frais de papier, frais de port, etc.). Cette conception est en accord avec le principe systématiquement rappelé par le Tribunal fédéral selon lequel « le dommage doit en principe être déterminé de façon concrète dans chaque espèce »⁴⁶. Les juges fédéraux d'ajouter que « le calcul du dommage doit se faire selon la méthode subjective ou relative, laquelle se fonde sur le dommage concret et effectif subi (...). Autrement dit, c'est l'intérêt concret et particulier du lésé à maintenir intact son patrimoine qui est pris en considération »⁴⁷.

Il ne saurait en revanche être question d'entrer en matière sur une indemnisation forfaitaire qui consisterait à faire supporter au responsable une part du coût découlant de l'instauration de mesures générales de surveil-

⁴³ Message complémentaire du Conseil fédéral sur la réforme des chemins de fer 2 (révision des actes normatifs concernant les transports publics) du 9 mars 2007, FF 2007 2556.

⁴⁴ TF, 6S.77/2003, c. 4.2.

⁴⁵ ATF 133 II 361, c. 4.1 ; TF, 4A_646/2011 ; TF, 4A_506/2012 ; TF, 4A_532/2012, c. 4.2 ; TF, 4A_282/2009, c. 4.

⁴⁶ ATF 99 II 214, c. 3a.

⁴⁷ TF, 4C.184/2005.

lance. On ne peut notamment concevoir une indemnisation forfaitaire des frais relatifs aux démarches effectuées par le propriétaire (*Umtriebsentschädigung*)⁴⁸.

Cette approche stricte et classique de la notion de dommage n'empêche cependant pas le Tribunal fédéral de rappeler que, lorsqu'il n'est pas possible de calculer le dommage de manière précise, le juge peut faire usage de l'art. 42 al. 2 CO et le déterminer en équité⁴⁹. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral se montre souple dans l'application de cette disposition légale, rappelant un ancien arrêt dans lequel il s'était fondé sur l'art. 42 al. 2 CO pour fixer le montant des frais provoqués par l'évasion d'un détenu, frais dont l'Etat demandait le remboursement⁵⁰. Compte tenu de la modicité des frais réclamés (CHF 20.- pour l'alarme et CHF 52.80 pour les recherches), le Tribunal fédéral avait admis qu'il était possible de se contenter d'une approximation du montant du dommage.

Cette manière de procéder dans les affaires de peu d'importance tranche avec la rigueur dont le Tribunal fédéral fait généralement preuve quant aux conditions d'application de l'art 42 al. 2 CO⁵¹ : les preuves du dommage doivent faire défaut ou leur administration ne peut pas être raisonnablement exigée du lésé. La jurisprudence rappelle régulièrement que l'art. 42 al. 2 CO ne constitue pas une solution de facilité pour le plaideur qui omet d'apporter des preuves⁵². Il faut que la partie à laquelle le fardeau de la preuve incombe fournisse au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments permettant l'évaluation *ex aequo et bono* du montant du dommage⁵³. Le juge ne peut recourir à l'évaluation équitable du dommage qu'à la condition que la partie qui supporte le fardeau de la preuve ait fourni tous les éléments de fait pertinents. Les parties ne peuvent se contenter d'approximations et s'en remettre au pouvoir d'appréciation du juge⁵⁴.

⁴⁸ TF, 6S.77/2003, c. 4.2 *in fine*.

⁴⁹ TF, 6S.77/2003, c. 4.4.

⁵⁰ ATF 106 IV 378, c. 6.

⁵¹ ATF 131 III 360, c. 5.1 ; TF, 4C.412/2004.

⁵² CHAIX, N 22.

⁵³ ATF 131 III 12, SJ 2005 I 113 ; ATF 131 III 360, c. 6.1 ; ATF 120 II 296, c. 3c ; ATF 113 II 323, c. 9c, JdT 1988 I 699 ; ATF 105 II 87, c. 3, JdT 1980 I 17 ; ATF 98 II 34, c. 2, JdT 1972 I 459 ; ATF 97 II 216, c. 1, JdT 1972 I 466.

⁵⁴ Pour une présentation générale de la question, B. CHAPPUIS, Moment, N 312 ss et les références citées.

II. Une analyse des principes théoriques relatifs à l'indemnisation des mesures préventives

A. Les objections principales

1. *La position de la doctrine*

La doctrine majoritaire rejette toute idée d'indemnisation des dépenses préventives⁵⁵ (*supra* I.B.3). Certains auteurs déduisent notamment de l'arrêt du Tribunal fédéral mentionné ci-dessus relatif au talus instable⁵⁶ que la réparation de mesures préventives n'est pas possible en droit positif suisse, sans discuter de quelque façon la pertinence de la solution retenue par les juges fédéraux⁵⁷. Or, on l'a vu, le Tribunal fédéral se contente, sur la question des dépenses préventives, d'une formule lapidaire, le cœur de l'analyse étant la question de l'illicéité du comportement. Seul Werro met en évidence le fait que la véritable raison pour laquelle le Tribunal fédéral a refusé toute réparation dans l'arrêt susmentionné consiste en l'absence d'illicéité du comportement du défendeur et non pas l'absence de dommage⁵⁸, ajoutant que cette façon de voir est d'ailleurs contestable au regard des faits de la cause⁵⁹. L'arrêt du Tribunal fédéral, dans sa brièveté, ne constitue en tout cas pas une décision de principe à laquelle il faudrait attribuer une portée définitive.

Parmi les arguments développés par la doctrine pour rejeter l'indemnisation des mesures préventives – au nombre desquels l'absence d'une atteinte dommageable déjà survenue, objection mentionnée ci-dessus – ce sont le caractère volontaire de la dépense consentie par la victime ainsi que l'absence de lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et les dépenses dont le remboursement est recherché qui sont le plus souvent mentionnés. C'est à ces arguments qu'il faut maintenant se consacrer.

⁵⁵ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 N 20 ; ROBERTO, *Schadensrecht*, p. 237, plus particulièrement, p. 245 ss ; BENHAMOU, N 473.

⁵⁶ Cf. ATF 117 II 259, JdT 1992 I 559.

⁵⁷ BK-BREHM, N 94a ad art. 41 CO ; PICHONNAZ, p. 111.

⁵⁸ WERRO, *Croisée des chemins*, p. 260.

⁵⁹ WERRO, DC, p.182.

2. *L'existence d'un dommage*

a) La position de la doctrine : l'absence d'un dommage à réparer

Le droit de la responsabilité civile, dont le but premier tend à la réparation du préjudice souffert par le lésé, suppose l'existence d'un dommage⁶⁰. Il s'ensuit qu'une indemnisation ne saurait à première vue entrer en ligne de compte tant et aussi longtemps qu'un dommage n'est pas effectivement apparu⁶¹.

Dès lors qu'on ne peut concevoir réparer un dommage qui n'existe pas, on peut vouloir en conclure que, *a fortiori*, il ne peut être question d'indemniser les dépenses faites en vue de prévenir un dommage qui n'existe pas encore.

b) Une analyse critique

Cette objection est plus apparente que réelle, à tout le moins pour les mesures préventives destinées à empêcher la survenance d'un dommage non encore apparu suite à un fait générateur de responsabilité déjà intervenu. On ne doit en effet pas ignorer dans la réflexion la question du moment de la survenance des effets dommageables par rapport au fait générateur de responsabilité lui-même. Il faut préférer la notion de fait générateur de responsabilité à celle, imprécise, d'acte dommageable qui ne distingue pas la cause et l'effet et, précisément, parce que l'apparition des effets dommageables dans le temps est extrêmement variable⁶².

Cela pousse à s'interroger sur la cohérence du traitement juridique donné aux mesures qui sont prises par le lésé avant ou après la survenance du fait générateur de responsabilité. La conception largement admise selon laquelle toute mesure préventive ne serait, de manière générale, pas indemnisable repose sur l'absence d'une distinction claire entre le moment de la survenance du fait générateur de responsabilité et celui de ses effets. On trouve ainsi, sous la plume de SCHWENZER⁶³ et de GUHL⁶⁴ la mention des dépenses faites « *vor dem schädigenden Ereignis* ». On vise ici à la fois le

⁶⁰ KELLER, II, p. 29 ; OFTINGER/STARK, I, § 2 N 62.

⁶¹ OFTINGER/STARK, I, § 2, N 62.

⁶² B. CHAPPUIS, Moment, N 7 et 26.

⁶³ SCHWENZER, N 15.09.

⁶⁴ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 N 20.

fait générateur de responsabilité (« *Ereignis* ») et son effet dommageable (« *schädigenden* »). On trouve également les termes de « *vor dem Schadensfall* » qui évoquent également le moment de la survenance d'un fait dommageable⁶⁵. ROBERTO, qui recourt à ces termes dans l'un de ses ouvrages, parle dans un autre⁶⁶ des dépenses faites « *vor der Schädigung* » qu'il oppose à celles intervenues « *nach einer schädigenden Handlung* », tous vocables qui visent tant l'acte générateur de responsabilité que ses effets dommageables, sans distinguer selon qu'ils sont concomitants ou successifs. Reste donc indécis la situation de l'acte illicite déjà commis qui n'a pas encore eu d'effets dommageables, situation qui se rapproche du cas jugé par le Tribunal fédéral, bien que celui-ci ait finalement conclu à l'absence d'acte illicite dans le cas d'espèce⁶⁷.

En réalité, le fait qu'un fait générateur de responsabilité n'ait pas un effet immédiat ne signifie pas pour autant qu'il n'ait pas d'effet dommageable dans le futur et, partant, qu'il n'existe pas de dommage réparable. On doit notamment garder à l'esprit que le principe de la réparation du dommage futur est incontesté dans le droit de la responsabilité⁶⁸. Pour être réparable, le dommage futur doit avoir un degré suffisant de prévisibilité (« *mit hinreichender Sicherheit voraussehbar künftiges Ausmass* »⁶⁹) et ne pas se réduire à une simple hypothèse⁷⁰. Si cette condition est réalisée, la victime peut réclamer la réparation de son atteinte future.

La question qui se pose finalement n'est pas tant celle du dommage que celle du lien de causalité dont l'analyse peut être compliquée par le décalage chronologique existant entre l'apparition du coût des mesures préventives entreprises et celle des effets dommageables du fait générateur de responsabilité. Il est renvoyé au chapitre spécifiquement dédié à cette question (cf. *infra* II.A.4.).

⁶⁵ ROBERTO, Schadensrecht, p. 237.

⁶⁶ ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 29.57 ss.

⁶⁷ Cf. ATF 117 II 259, JdT 1992 I 550 ; cf. *supra* I.C.1.

⁶⁸ B. CHAPPUIS, Moment, N 587 ss, en particulier N 593 ss concernant l'évolution de la jurisprudence.

⁶⁹ ATF 116 II 441, c. 3aa, JdT 1991 I 166.

⁷⁰ TF, 4C.114/2006, c. 5.3.2.

3. *La mesure préventive en tant que dépense voulue par la victime*

a) L'objection soulevée par la doctrine : la dépense volontaire

Les mesures préventives ne constitueraient pas un dommage puisqu'elles auraient été faites volontairement⁷¹. La conception classique du dommage retient en effet que la diminution du patrimoine que subit la victime doit être intervenue involontairement pour constituer un dommage réparable⁷².

b) Une analyse critique

Cette conception classique du dommage, qui met au nombre des conditions d'existence de ce dernier son caractère involontaire, est toutefois discutable. Le caractère volontaire d'une dépense n'est en réalité pas un critère de distinction satisfaisant dans le droit de la responsabilité civile⁷³ : ce qui est déterminant c'est que, du fait générateur de responsabilité résulte pour la victime un inconvénient qui, lui, n'est pas volontaire⁷⁴. Pour illustrer le propos, il faut prendre les deux exemples suivants :

- L'effet dommageable peut atteindre directement et irrémédiablement le patrimoine de la victime : par le fait d'un tiers, un tableau est détruit, une maison est intégralement détruite par le feu. Aucune réparation ne peut être envisagée ; le bien est définitivement perdu. Dans une telle situation, on peut certes affirmer que le dommage est involontaire. La définition classique ne soulève pas de difficulté.
- L'effet dommageable atteint la victime ou l'un de ses biens de telle manière qu'une réparation peut être effectuée⁷⁵ : le tableau est déchiré et la maison partiellement détruite par le feu. L'un et l'autre peuvent être remis en état. Si le propriétaire décide de le faire, il va faire des dépenses volontaires – personne ne l'oblige à réparer son bien – qui

⁷¹ WERRO, Croisée des chemins, p. 260.

⁷² GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 N 19 ; B. CHAPPUIS, Moment, N 59.

⁷³ PETITPIERRE, pp. 67 *in fine* et 68 ; B. CHAPPUIS, Moment, N 63.

⁷⁴ PETITPIERRE, pp. 67 *in fine* et 68.

⁷⁵ L'indemnité reçue par la personne lésée ne doit cependant pas impérativement être affectée à la réparation de la chose endommagée, réparation dont les coûts servent à calculer le montant du dommage. La victime peut en effet renoncer à réparer la chose endommagée et affecter l'indemnité reçue à d'autres buts. Il s'agit de la problématique dite des coûts fictifs ; sur cette question, B. CHAPPUIS, Moment, N 475 ss et ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 29.01 ss.

n'en sont pas moins indemnisables. La dépense est volontaire, mais elle est destinée à réparer un inconvénient qui, lui, est involontaire. Il en va de même avec les atteintes portées à la santé. Cette dernière n'a pas de valeur patrimoniale en elle-même, de sorte qu'une lésion corporelle ne constitue pas un dommage au sens du droit des obligations. Ce qui constitue un dommage réparable est les frais que la victime doit engager pour se soigner⁷⁶.

Si l'atteinte subie par la victime est volontaire, c'est que cette dernière y a consenti ; c'est alors la condition de l'illicéité qui fait défaut en vertu du principe *volenti non fit iniuria*⁷⁷.

La pertinence du critère du caractère involontaire est précisément remise en cause concernant la question des dépenses préventives⁷⁸.

4. *Le lien de causalité : la question de la causalité hypothétique*

a) L'objection soulevée par la doctrine : l'absence de lien de causalité

Un des arguments invoqués contre l'indemnisation des mesures préventives réside dans le fait que le lien de causalité entre l'acte illicite et les dépenses exposées par la victime ferait défaut⁷⁹. Le rapport de causalité naturelle – qui postule que l'acte illicite doit être une condition *sine qua non* de la survenance du dommage⁸⁰ – semble en effet impliquer que, pour qu'un dommage soit réputé avoir été causé par un fait générateur de responsabilité, il faut que ce dernier précède dans le temps le résultat qu'il est censé avoir causé. Tel est aussi le cas du lien de causalité adéquate qui ne peut *a fortiori* exister en l'absence de causalité naturelle⁸¹.

b) Une analyse critique

Cette analyse paraît constituer une objection de taille à l'indemnisation des mesures préventives qui interviennent avant la survenance du fait

⁷⁶ B. CHAPPUIS, Moment, N 515.

⁷⁷ B. CHAPPUIS, Moment, N 62.

⁷⁸ B. CHAPPUIS, Moment, N 59.

⁷⁹ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 10 N 19 et 20 ; SCHWENZER, N 15.09.

⁸⁰ WERRO, Responsabilité civile, N 192.

⁸¹ WERRO, Responsabilité civile, N 233.

générateur de responsabilité. Cette conception, reposant sur l'absence de lien de causalité, est en effet largement développée dans l'analyse des mesures préventives anticipées, celles entreprises avant la survenance de l'acte illicite, telles les mesures d'alarmes installées dans un dépôt de marchandises. C'est ainsi qu'on trouve une telle analyse faite par Roberto sous le titre explicite de « *Überwindung der Kausalitätproblematik* »⁸².

Il n'est pas contestable que le fait générateur de responsabilité n'étant pas encore survenu, il ne peut en aucun cas constituer la cause de quelque dommage que ce soit. Pour ce motif, l'objection paraît insurmontable pour les mesures préventives anticipées.

L'objection soulevée par la doctrine perd en revanche son acuité lorsqu'elle est mise en relation avec les mesures prises postérieurement à la survenance du fait générateur de responsabilité, mais avant la naissance de ses effets dommageables (*supra* I.A.1). Dans ce cas, ce ne sont que les effets qui sont retardés de sorte que l'on peut sans difficulté considérer – pour les raisons qui vont être examinées ci-après – qu'un lien de causalité existe entre le fait générateur de responsabilité et les coûts engagés par la victime pour empêcher ou limiter les effets dommageables.

Le droit de la responsabilité civile connaît déjà des situations dans lesquelles la victime est indemnisée alors que son dommage n'est, dans les faits, pas le résultat d'un fait générateur de responsabilité d'un tiers. C'est le cas de la responsabilité en cas d'omission : une omission n'est en effet jamais la cause directe d'un dommage puisque, par nature, elle n'est pas susceptible de modifier le cours naturel des choses⁸³. Ce n'est que par le biais de la causalité hypothétique que l'on parvient à rendre responsable une personne qui n'a pas agi, alors que l'ordre juridique met à sa charge un devoir d'agir. L'existence d'un tel lien de causalité hypothétique ne doit être admise que lorsqu'il est hautement vraisemblable que le dommage ne serait pas survenu si le débiteur avait agi correctement et en conformité avec son devoir⁸⁴. Cette conception n'est pas contestée en doctrine et c'est ainsi qu'il est unanimement admis qu'une indemnisation peut être accordée à la victime alors que le lien de causalité est purement théorique.

⁸² ROBERTO, *Schadensrecht*, p. 245.

⁸³ WERRO, *Responsabilité civile*, N 206.

⁸⁴ ATF 133 III 81 ; 129 III 129, c. 8 ; 124 III 155, c. 3d. ; 121 III 358, c. 5, JdT 1996 I 66 ; 127 III 357, c. 2c, JdT 2002 I 192 ; 127 III 357, c. 1a, JdT 2002 I 192 ; 115 II 440, c. 6a ; TF, 4A_760/2011, c. 3.2 ; TF, 4C.229/2000.

Cela est particulièrement vrai dans le domaine médical où nombre de dommages sont causés par des omissions⁸⁵.

Le même raisonnement peut être adopté pour les mesures préventives. S'il est hautement vraisemblable que le fait générateur de responsabilité, dont les conséquences dommageables ne sont pas encore apparues, aura de telles conséquences, les mesures préventives que prend la victime pour les empêcher doivent être considérées comme étant en lien de causalité avec l'acte illicite. On peut illustrer le propos de la façon suivante : une personne est mordue par un chien et est blessée. Elle dispose d'une prétention en indemnisation contre le propriétaire de l'animal sur la base de l'art. 56 CO. Elle pourra notamment se faire rembourser les coûts entraînés par les soins apportés pour refermer la blessure (points de suture, etc.). La situation peut cependant être infiniment plus grave, s'il est établi que le chien est enragé ; le blessé doit alors impérativement recevoir un traitement antirabique sans tarder. Si ce traitement n'est pas entrepris durant la période d'incubation – qui peut durer plusieurs semaines – la victime ira vers une mort certaine, aucun traitement n'existant une fois que la maladie est déclarée. Il ne viendra cependant l'idée à personne de contester le droit de la victime d'être remboursée des frais engendrés par le traitement antirabique, pourtant entrepris avant que la maladie ne soit déclarée. L'inexorabilité de cette dernière en l'absence de traitement préventif a pour conséquence que l'on considère sans discussion que les coûts du traitement destiné à empêcher sa survenance sont en lien de causalité avec le fait générateur de responsabilité. On peut tenir le même raisonnement avec la personne, victime d'un viol perpétré par une personne séropositive, qui recevrait une trithérapie préventive dont il est généralement considéré qu'elle doit être entreprise dans les quarante-huit heures qui suivent l'acte sexuel non protégé.

La situation est plus délicate à analyser lorsque la victime ne parvient pas à établir, dans le temps nécessaire sur le plan médical, si le chien était effectivement enragé ou si l'auteur du viol était effectivement séropositif. La mesure préventive – le vaccin antirabique ou la trithérapie – est entreprise en raison d'une précaution médicalement hautement recommandée. En son absence, le patient courrait en effet des risques majeurs pour sa santé, voire sa vie, sans pour autant que ces derniers soient certains. Cela dépend d'un facteur qui ne peut être établi : l'état infectieux dont souffrait

⁸⁵ Par exemple, TF, 4A_760/2011, c. 3.2 et 6B_649/2008.

l'agresseur. Il n'en reste pas moins qu'en prenant ce traitement médical préventif, la victime se conforme aux strictes recommandations des autorités médicales dans ce genre de situation. On ne voit dès lors pas qu'il soit contestable qu'il s'agisse d'une conséquence du fait générateur de responsabilité, dont les coûts sont en lien de causalité avec ce dernier. La victime peut en demander réparation.

Un lien de causalité, similaire au lien de causalité hypothétique, doit en conséquence être reconnu chaque fois qu'il est hautement vraisemblable que le fait générateur de responsabilité aura des conséquences dommageables qui ne sont pas encore apparues et qu'il est possible d'éviter en prenant les mesures adéquates. La même conclusion doit être admise lorsqu'il ne peut être établi que le fait générateur aura des conséquences dommageables mais que des mesures doivent être prises avant l'apparition de ces dernières pour empêcher leur survenance.

B. Les conséquences juridiques liées au comportement du lésé

L'indemnisation des mesures préventives ne constitue pas une question isolée, déconnectée des principes généraux de la responsabilité civile. Son analyse doit s'inscrire dans le respect de ces derniers. Dans la mesure où une action préventive prise par la personne lésée consiste en une action volontaire de cette dernière pour limiter son dommage, les objections avancées par la doctrine pour refuser l'indemnisation des mesures préventives doivent être mises en rapport avec les principes juridiques régissant les conséquences du comportement propre de la victime dans la survenance du dommage.

Les deux notions qui doivent être prises en considération sont la faute concomitante du lésé et l'obligation faite à ce dernier de diminuer son dommage. Bien que proches, ces deux notions ne se confondent pas⁸⁶. En particulier, le devoir de diminuer le dommage ne prend naissance qu'après la survenance du fait générateur de responsabilité alors que la faute concomitante, lorsque le lésé concourt à la survenance du dommage, peut préexister au fait générateur de responsabilité⁸⁷.

⁸⁶ Sur les critères de distinction, ACHTARI, N 232-236.

⁸⁷ ACHTARI, N 232.

1. Les principes à prendre en considération

a) L'obligation de diminuer le dommage

L'obligation du lésé de diminuer son dommage est en réalité une incombance⁸⁸. Elle joue un rôle important dans le processus d'indemnisation. Elle impose au lésé de maintenir son dommage aussi bas que possible⁸⁹. Si cette incombance n'est pas prévue de manière générale par la loi⁹⁰, on en trouve cependant la mention à l'art. 42 al. 2 CO qui dispose qu'il faut tenir compte « des mesures prises par la partie lésée » pour déterminer le montant exact du dommage lorsqu'il ne peut être établi. Cette référence à l'art. 42 al. 2 CO est cependant jugée inappropriée par certains auteurs qui considèrent que l'incombance du lésé de réduire son dommage intervient au stade de la fixation de l'indemnité, qui est une phase subséquente à celle qui consiste à déterminer le montant du dommage⁹¹. Cette dernière conception s'en tient à un partage strict en deux phases du raisonnement juridique, phases dont on sait cependant qu'elles ne sont en réalité pas séparées de façon étanche⁹² et que le passage de l'une à l'autre est notamment affecté par les choix que la victime fait quant au mode d'indemnisation qu'elle réclame⁹³.

En tout état, l'incombance du lésé de réduire son dommage découle des règles de la bonne foi⁹⁴ et n'est contestée ni en doctrine ni en jurisprudence. La jurisprudence est d'ailleurs relativement sévère quant aux me-

⁸⁸ ACHTARI, N 163 ; WERRO, Responsabilité civile, N 1256 ; OFTINGER/STARK, I, § 6 N 37 n. 54 ; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 39.14 ; LUTERBACHER, N 181. Sur la notion d'incombance, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 292.

⁸⁹ ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 30.14.

⁹⁰ OFTINGER/STARK, I § 6 N 37 n. 54 ; LUTERBACHER, N 173.

⁹¹ CHAIX, N 26 ; DESCHENAUX/TERCIER, § 21 N 26 ; *contra* : PICHONNAZ, p. 111 ; WERRO, Responsabilité civile, N 1263 et ACHTARI, N 535 ss, qui considèrent que l'analyse de la violation de cette incombance intervient au niveau de la fixation de l'indemnité pour le dommage actuel et au niveau du calcul du dommage pour le dommage futur.

⁹² B. CHAPPUIS, Moment, N 388.

⁹³ ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 28.04. Pour un exposé de la controverse, ACHTARI, N 43-44.

⁹⁴ WERRO, Responsabilité civile, N 1256 ; LUTERBACHER, N 185 ; ACHTARI, N 35.

sures que le lésé doit prendre⁹⁵. Ce dernier doit entreprendre ce que l'on peut raisonnablement attendre de lui selon les règles de la bonne foi⁹⁶.

Il est généralement admis que les mesures prises par le lésé pour limiter son dommage – une fois celui-ci survenu – ou celles destinées à le diminuer, à éviter qu'il ne s'étende ou encore celles prises pour sauver des biens menacés sont indemnisables selon les règles du droit de la responsabilité civile⁹⁷. OFTINGER/STARK, qui évoquent à cet égard la construction d'un toit provisoire pour protéger un bâtiment⁹⁸, rangent également dans ce type de mesures le fait, pour le lésé, de devoir brûler à grands frais des boues dépurantes rendues inutilisables par une pollution⁹⁹.

b) La faute concomitante

La faute concomitante est le manque de diligence du lésé quant à la défense de ses propres intérêts¹⁰⁰. Quand elle aboutit à la survenance ou à l'aggravation du dommage, et qu'elle n'est pas grave au point d'interrompre le lien de causalité adéquate entre le comportement de l'auteur de l'acte illicite et le dommage, la faute concomitante est un facteur de réduction de l'indemnité¹⁰¹. L'art. 44 al. 1 CO dispose que « [l]e juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur ».

La faute du lésé doit s'inscrire dans le rapport de causalité naturelle et adéquate avec la survenance ou l'augmentation du dommage¹⁰². En tant que faute, elle nécessite la capacité de discernement de son auteur. Le Tribunal fédéral apprécie avec moins de sévérité la faute d'un enfant que

⁹⁵ Cf. B. CHAPPUIS, *Moment*, N 453.

⁹⁶ ATF 132 III 359, c. 4.3, JdT 2006 I 295 ; WERRO, *Responsabilité civile*, N 1264 ; ACHTARI, N 192 ; OFTINGER/STARK, I, § 6 N 40 ; LUTERBACHER, N 185.

⁹⁷ KELLER, II, pp. 29-30.

⁹⁸ OFTINGER/STARK, I, § 6 N 377.

⁹⁹ OFTINGER/STARK, I, § 6 N 377 n. 586.

¹⁰⁰ WERRO, *Responsabilité civile*, N 1221 ; C. CHAPPUIS, p. 31 ; ACHTARI, N 230.

¹⁰¹ C. CHAPPUIS, p. 33 ; WERRO, *Responsabilité civile*, N 1224.

¹⁰² ATF 126 III 192, c. 2d.

celle d'un adulte¹⁰³. La faute légère de la victime exclut en principe la réduction de l'indemnité¹⁰⁴.

2. *L'application des principes aux mesures préventives*

a) L'obligation de diminuer le dommage et la faute concomitante

Si la discussion de l'indemnisation des mesures préventives doit être mise en parallèle avec les mesures que le lésé prend pour diminuer son dommage, c'est parce qu'elles ont de nombreuses similitudes. Ces mesures sont en effet de même nature – elles sont entreprises par le créancier, de sa propre initiative – et visent le même but – protéger le patrimoine des effets d'un acte illicite. Seul le moment auquel elles sont entreprises – tantôt avant tantôt après l'apparition des effets dommageables – les distingue. Il n'est pas toujours aisé de distinguer les mesures préventives proprement dites des actes entrepris par le lésé en vertu de son incombance de limiter le dommage qu'il subit¹⁰⁵. Il est d'ailleurs révélateur que ces deux questions soient fréquemment traitées concomitamment¹⁰⁶.

La distinction faite ci-dessus entre les différentes mesures préventives se révèle décisive dans le présent contexte :

(1) Les mesures prises avant la survenance du fait générateur de responsabilité

Même s'il existe une variété considérable de situations quant au moment où le fait générateur de responsabilité survient et quant à celui où ses effets apparaissent, ce serait repousser au-delà de ses limites le système de responsabilité civile que de faire entrer dans le dommage les mesures préventives anticipées, soit celles qui sont entreprises avant tout fait générateur de responsabilité. Entreprises par un particulier, par exemple dans le cadre de la gestion de son entreprise, elles le sont alors qu'aucune menace concrète et imminente ne vise ses biens. Même lorsqu'une telle me-

¹⁰³ TF, 4C.278/1999, c. 2, SJ 2001 I 110 ; ATF 123 III 306.

¹⁰⁴ ATF 132 III 249, c. 3.5, JdT 2006 I 468.

¹⁰⁵ ACHTARI, N 221.

¹⁰⁶ SCHWENZER, N 15.09 et 15.10 ; KELLER, II, pp.29-30. C'est dans le cadre de l'obligation de diminuer le dommage qu'une partie de la doctrine allemande range la question des mesures préventives ; cf. ROBERTO, Schadensrecht, p. 239.

nace paraît possible, voire probable un jour ou l'autre, elle ne s'est pas encore concrétisée sous la forme d'un acte ou d'une omission d'un tiers.

L'art. 41 CO ne peut donc, par définition, constituer une base légale pour une telle indemnisation, ses conditions n'étant pas réalisées (*supra* II.A.4.b.). L'obligation de diminuer le dommage n'a pas pour objet d'empêcher la survenance de l'acte dommageable lui-même, mais d'empêcher ou de limiter les conséquences patrimoniales défavorables d'un tel acte¹⁰⁷. Il est exact que celui qui empêche la commission d'un fait générateur de responsabilité empêche, conséquemment, la survenance du dommage que ce dernier aurait pu provoquer. Il n'en reste pas moins que cette intervention sort du cadre de la responsabilité civile.

On peut évidemment se poser la question de l'opportunité de la couverture de tels frais *de lege ferenda*. Ce n'est pas sans raison que l'on se demandera s'il est juste que celui qui a pris le soin, au sein de son entreprise, d'entretenir un parc de véhicules suffisant pour disposer d'un véhicule de remplacement en cas d'indisponibilité du véhicule principal suite à un accident, ne soit pas indemnisé pour les coûts engendrés par cette prévoyance, alors que celui qui ne dispose pas d'un tel véhicule de remplacement peut, quant à lui, réclamer les frais de location d'un véhicule de remplacement à titre de dommage au sens de l'art. 41 CO. La question mérite d'être posée sur un plan économique¹⁰⁸ mais ne peut recevoir une réponse affirmative en droit positif pour les motifs qui viennent d'être évoqués.

- (i) Les mesures prises après la survenance du fait générateur de responsabilité

Il en va autrement des mesures prises pour parer aux effets probables ou certains d'un acte illicite déjà commis mais n'ayant pas encore développé des effets dommageables. La survenance du fait générateur de responsabilité – qu'il s'agisse d'une omission ou d'une commission – déclenche l'applicabilité de l'art. 41 CO. En reprenant l'exemple jugé par le Tribunal fédéral en rapport avec le talus instable¹⁰⁹, il faut opposer les deux états de fait suivants et en apprécier les conséquences juridiques selon que le pro-

¹⁰⁷ LUTERBACHER, N 182.

¹⁰⁸ Pour une analyse de la question, ROBERTO, *Schadensrecht*, p. 237 ss.

¹⁰⁹ Cf. ATF 117 II 259, JdT 1992 I 559.

priétaire agit ou n'agit pas pour écarter le danger : le propriétaire peut découvrir que les travaux exécutés sur le fonds voisin sont susceptibles de porter atteinte à la stabilité de son terrain. Il peut également réaliser que lesdits travaux ont déjà atteint la stabilité de son terrain. Autrement dit, le propriétaire peut le découvrir avant la survenance de l'effet dommageable ou après celle-ci.

Si, alors qu'il a découvert les risques provoqués par les travaux voisins, le propriétaire fait immédiatement appel à un spécialiste afin d'assainir et renforcer son propre terrain, évitant ainsi totalement la survenance des effets dommageables, la prise en charge de cette intervention lui serait refusée dans la mesure où il ne s'agit que de mesures préventives anticipées. Dans l'autre hypothèse, s'il découvre les effets nocifs des travaux parce qu'ils ont déjà atteint concrètement son propre terrain (glissements, fissures, etc.), les mesures qu'il prendra pour sauvegarder son bien-fonds lui seront remboursées au titre de la réparation du dommage. Même si quelques jours seulement peuvent séparer ces deux comportements, identiques dans leurs données de fait et leurs conséquences de fait pour le propriétaire qui sauvegarde son bien, les conséquences juridiques divergent complètement.

Dans l'hypothèse où le même propriétaire reste cette fois-ci inactif et laisse sa maison être entraînée par un glissement de terrain, la situation juridique est la suivante :

- Si des signes concrets indiquent que le terrain est en train de glisser, le lésé a le devoir de tout faire pour diminuer son dommage. S'il ne prend pas les mesures adéquates pour ce faire, on lui reprochera une faute concomitante et son indemnisation s'en trouvera réduite, voire même supprimée (art. 44 al. 1 CO).
- Si le propriétaire découvre le risque avant qu'il ne se manifeste de façon concrète et reste inactif, la situation est différente. En se référant à la définition généralement admise de la faute concomitante, à savoir le fait pour le lésé d'omettre de prendre les mesures raisonnables aptes à empêcher la survenance ou l'aggravation du dommage¹¹⁰, il ne fait guère de doute qu'une telle faute lui sera également reprochée. Il est en effet admis qu'une faute concomitante peut intervenir avant, pendant ou postérieurement au fait générateur de responsabilité¹¹¹. OFTIN-

¹¹⁰ ATF 107 Ib 155, c. 2b ; WERRO, Responsabilité civile, N 1221.

¹¹¹ OFTINGER/STARK, I, § 5 N 138 ; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 28.16 ss.

GER/STARK¹¹² citent expressément, au rang des fautes concomitantes du lésé, le fait pour ce dernier de prévoir la survenance de son dommage et de ne pas agir en conséquence de cette prévision et d'assumer ce risque. A suivre l'opinion selon laquelle les dépenses préventives ne sont pas indemnisables, on en arriverait ainsi au résultat absolument paradoxal selon lequel le propriétaire agissant avant la survenance des effets dommageables, mais après le fait générateur de responsabilité civile, par des mesures préventives efficaces, ne serait pas indemnisé du coût de ces dernières, quand bien même il a l'incombrance de prendre de telles mesures, alors qu'en l'absence de ces dernières, on retiendrait une faute concomitante conduisant à la réduction de l'indemnité. Le droit ne peut parvenir à un tel résultat qui est à la fois contraire à la cohérence du système et choquant dans son résultat.

Il faut donc retenir qu'une personne est lésée aussitôt qu'elle est victime d'un acte illicite même si celui-ci n'a pas encore déployé ses effets dommageables. Dès cet instant, elle peut et même doit prendre les mesures appropriées pour prévenir la survenance du dommage ou en limiter l'étendue. Le coût de ces mesures fait partie en principe du dommage qu'éprouve la victime de l'acte illicite. Reste évidemment entière la question du caractère approprié et proportionné des mesures préventives entreprises.

Cette solution est en harmonie avec la conception générale de la réparation du dommage qui veut que l'on répare non seulement le dommage actuel mais également le dommage futur (*supra* II.A.2.b)¹¹³. Au moment où le juge rend sa décision, il se prononce sur l'indemnisation de tout le dommage subi par le lésé, y compris la partie du dommage qui n'est pas encore survenue à ce jour : c'est dire que l'on indemnise un dommage qui n'existe pas encore, pour autant qu'il soit prévisible¹¹⁴. Le même raisonnement peut être transposé aux mesures préventives : si le lésé peut – il en a même l'incombrance – prendre les mesures propres à diminuer son dommage actuel, il peut également le faire pour le dommage futur prévisible résultant d'un fait générateur de responsabilité déjà survenu. Les mesures prises pour prévenir ou atténuer ce dommage futur doivent être tenues pour indemnisables.

¹¹² OFTINGER/STARK, I, § 5 N 148.

¹¹³ Sur le dommage futur, cf. B. CHAPPUIS, Moment, N 587 ss.

¹¹⁴ ATF 116 II 441, c. 3aa, JdT 1991 I 166.

Il faut observer que cette conception est aussi en harmonie avec le droit des assurances, dont l'art. 61 LCA dispose que « [l]ors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur et s'y conformer (al. 1); [s]i l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2) ». Le Tribunal fédéral a souligné que « l'obligation de sauvetage qui en découle naît au moment de la réalisation du cas d'assurance, c'est-à-dire dès que le danger redouté se réalise à l'égard de l'objet assuré [...], soit, en matière d'assurance-accident, dès que la force extérieure s'est exercée sur la personne assurée, même si l'on ignore encore quelles suites auront les lésions subies par cette dernière [...] »¹¹⁵.

C. Les perspectives face à la fonction réparatrice de la responsabilité civile

Si le régime d'indemnisation des mesures préventives ne paraît pas actuellement pleinement satisfaisant, il ne faut sans doute pas s'attendre à de changements substantiels de portée générale. Quelques développements législatifs récents montrent certes que la question est prise en considération dans des domaines spécifiques. On se souviendra de l'art. 14 LOA – qui dispose que l'exploitant d'un ouvrage d'accumulation répond des impenses résultant des mesures ordonnées par les autorités afin de prévenir ou de réduire un danger imminent – ou de l'art. 20 LTV (*supra* I.A.2). Le droit commun en est dépourvu et le projet de le modifier a été abandonné. Or l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile prévoyait un art. 45 f AP qui disposait que « le dommage réparable comprend aussi les frais résultant de mesures prises de bonne foi par la personne lésée pour prévenir une atteinte imminente ou pour atténuer les conséquences d'une atteinte actuelle ou survenue ». Cette innovation est saluée comme un ajout utile, précisément en ce qu'elle évite l'objection du caractère volontaire de la dépense préventive, obstacle considéré comme dirimant à l'admission d'un dommage au sens classique du terme¹¹⁶.

¹¹⁵ TF, 5C.55/2005, c. 2.2 et les réf. citées ; cf. ACHTARI, N 219.

¹¹⁶ Cf. WERRO, Croisée des chemins, p. 260, qui expose cette théorie sans toutefois l'approuver.

La fonction essentielle du droit de la responsabilité civile suisse est celle de réparer le dommage concret que subit le lésé¹¹⁷. Le but réparateur poursuivi par le droit de la responsabilité civile suisse a d'ailleurs été réaffirmé avec force dans le cadre des travaux de l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile où l'on peut lire que « la Commission d'étude a tenu à professer et à réaffirmer, comme point de départ fondamental, l'idée que le droit de la responsabilité civile a pour but prioritaire d'assurer la réparation socialement adéquate des dommages »¹¹⁸ et les auteurs du rapport de poser le principe non ambigu selon lequel « 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 »¹¹⁹.

Pour autant, une appréciation stricte de cette fonction peut parfois se heurter à des situations où, bien qu'il n'y ait pas de dommage ou que celui-ci soit difficile à évaluer, il s'impose d'octroyer des dommages-intérêts à la victime. On peut mentionner par exemple la problématique du « petit tort moral » en lien notamment avec le préjudice résultant des vacances gâchées, dont d'aucuns considèrent que la notion sort du cadre de la définition classique du tort moral au sens des art. 47 et 49 CO et qu'elle devrait plutôt être analysée en tant qu'une forme de diminution de bien-être inclus dans la notion de dommage de l'art. 41 CO¹²⁰. D'autres entorses à la fonction strictement réparatrice de la responsabilité civile se manifestent notamment dans le domaine des droits d'auteur. Pris au sens strict, le dommage qui découle de la violation d'un droit d'auteur consisterait essentiellement en la redevance pour utilisation qui n'aurait pas été payée, ce qui aurait pour conséquence que l'auteur de l'atteinte subirait le même traitement que la personne qui a correctement payé ses redevances¹²¹. Cette solution n'est pas adéquate et c'est la raison pour laquelle les sociétés de gestion de droit d'auteur sanctionnent la violation du droit d'auteur par un doublement des redevances, ce que le Tribunal fédéral assimile à une forme de peine conventionnelle, admissible en cas de relation contrac-

¹¹⁷ WERRO, Responsabilité civile, N 2.

¹¹⁸ WIDMER/WESSNER, pp. 19-20.

¹¹⁹ Voir cependant FORSTMOSER/VOGT, § 21 N 138 sur la pénalisation du droit privé.

¹²⁰ WERRO, Responsabilité civile, N 179 ; cf. ég. ZINGG, passim.

¹²¹ BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, N 13 ad art. 62.

tuelle¹²², mais illicite en responsabilité extracontractuelle, en raison de son caractère punitif¹²³.

La limitation à une fonction exclusivement réparatrice assignée au droit de la responsabilité civile, est aujourd'hui critiquée par les auteurs, représentants d'un courant tout à fait minoritaire, qui privilégient une approche économique du droit et qui mettent en avant le rôle préventif que le droit de la responsabilité civile pourrait jouer, notamment si le coût de la prévention était inférieur à l'indemnisation à laquelle l'auteur d'un comportement dommageable serait tenu¹²⁴. Le fait de savoir que les dommages-intérêts auxquels elles pourraient être condamnées seraient en tout état supérieurs aux coûts investis dans des mesures de prévention aurait pour effet d'encourager les personnes, dont l'activité est susceptible de provoquer des dommages, à prendre lesdites mesures. Cette approche est particulièrement développée dans les pays anglo-américains où la réflexion économique joue un rôle important depuis longtemps. Il y a déjà de nombreuses décennies que le juge américain LEARNED HAND avait mis au point une formule selon laquelle la responsabilité dépend de savoir si le poids des mesures de prévention adéquates est inférieur au dommage multiplié par la probabilité que le fait générateur de responsabilité survienne¹²⁵. En d'autres termes, le standard de conduite dépend d'une analyse des risques à la lumière de la valeur sociale de l'intérêt menacé par rapport à la probabilité de la survenance d'un dommage et à l'importance de ce dernier¹²⁶.

Les tenants actuels de cette théorie la justifient en soutenant qu'en rendant le lésant responsable des coûts qu'il a provoqués on l'encourage à prendre les précautions nécessaires pour prévenir de tels coûts, à moins que ceux que représentent les précautions à prendre surpassent ceux qui sont causés

¹²² TF, sic ! 1998 33, c. 5b/dd ss ; BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, N 13 ad art. 62.

¹²³ ATF 122 III 463, JdT 1997 I 250 ; BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, N 13 ad art. 62.

¹²⁴ TRIGO TRINDADE, p. 96 ; cf. également ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 02.71 ss, concernant la fonction de prévention en relation avec l'analyse économique du droit de la responsabilité civile, de même que BURROWS, p. 20 ss.

¹²⁵ Conway v O'Brien, 2d Circ. 1940 et United States v Caroll Towing Co., 2d Circ. 1947 ; PROSSER/KEETON, p. 173 ; cf. BIERI, RSJ 2007 291-292, pour une présentation de la formule et sa comparaison avec la pratique des tribunaux suisses.

¹²⁶ PROSSER/KEETON, p. 173.

à la victime¹²⁷. Cela dit, une tendance moderne insiste en Suisse également sur l'aspect préventif que peut jouer le droit de la responsabilité civile. En responsabilisant les personnes, on les pousse à accomplir leur tâche au mieux ; partant, on prévient les comportements dommageables dus à des conduites insuffisamment diligentes¹²⁸.

Conclusion

Le tour d'horizon auquel il vient d'être procédé montre que la question de l'indemnisation des mesures préventives se présente sous un jour bigarré : la solution juridique est donc à tout le moins incertaine. Si le rejet du principe théorique de l'indemnisation des mesures préventives est unanimement acquis en doctrine, il est cependant probable que des comportements préventifs passent pratiquement inaperçus et donnent régulièrement matière à indemnisation, sans qu'une véritable discussion n'intervienne. On pense en particulier à certains traitements médicaux prophylactiques qui doivent être entrepris conformément aux règles de l'art pour que la santé de la victime ne soit pas mise en péril après une exposition à un risque. En tout état, il résulte des développements précédents que les mesures préventives anticipées ne sont pas indemnissables (*supra* II.A.4.B).

L'abandon de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile a fait disparaître la possibilité de disposer prochainement dans le droit commun d'une norme qui règle l'indemnisation des mesures préventives. Quelques lois spéciales instituent cependant l'obligation de prise en charge de telles mesures, ce qui montre que cette approche s'impose de plus en plus comme une solution nécessaire dans le système législatif. À ce titre, il convient d'ajouter que l'extension de la notion classique du dommage proposée à l'art. 47 CO 2020 du projet relatif à une nouvelle partie générale du code des obligations, en tant qu'il définit le dommage

¹²⁷ BURROWS, p. 39 : « By making a defendant responsible for costs he has caused, it encourages him to take precautions to prevent those costs unless the costs of the precautions outweigh the costs caused to the claimant. »

¹²⁸ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, p. 21. Sur le rôle du droit sur le fonctionnement de la société et les comportements individuels, FORSTMOSER/VOGT, § 6, en particulier N 154 ss.

comme une perte patrimoniale ou une autre perte, pourrait ouvrir la porte à une indemnisation des mesures préventives¹²⁹.

Force est de considérer que la voie mériterait d'être explorée de manière plus générale : le vieil adage selon lequel « il vaut mieux prévenir que guérir » n'a sans doute jamais été d'une telle actualité. En effet, la prévention est un concept qui règne aujourd'hui dans tous les domaines. Que soit la santé, la sécurité ou l'environnement, il est peu de sujets qui, à l'heure actuelle, échappent à cette évolution¹³⁰. Notre époque est également celle d'une prise de conscience de ce que les ressources naturelles ne sont pas inépuisables, de ce que les comportements individuels plus économes et réfléchis contribuent au bien commun, de ce que la réparation ne devrait n'être que l'*ultima ratio*, lorsque les efforts déployés en amont se sont révélés inefficaces.

Le droit de la responsabilité civile n'a certes qu'un rôle limité à jouer dans cette redéfinition des comportements encouragés par la société : son rôle essentiellement réparateur en fait en effet un instrument qui est et qui restera sans doute subsidiaire. Cela ne doit cependant pas empêcher l'interprète de la loi de la lire d'une manière qui s'adapte à l'évolution de la société, ce que le Tribunal fédéral a réussi à faire dans plusieurs domaines de la réparation du dommage¹³¹. A cet égard, admettre l'indemnisation des mesures prises par la victime pour prévenir les effets dommageables d'un fait générateur de responsabilité déjà survenu ne bouleverserait en rien le système de la responsabilité civile et apporterait une solution non seulement équitable mais qui répondrait également au bon sens : il est vain d'attendre la survenance d'un dommage lorsqu'elle est évitable. Si l'on exige de la victime qu'elle ne contribue pas à son propre dommage en le laissant survenir sans même tenter de l'empêcher, il faut également lui reconnaître un droit à l'indemnisation pour les mesures raisonnables qu'elle a prises pour ce faire.

¹²⁹ FELLMANN/MÜLLER/WERRO, N 3 ss ad art. 47 CO 2020.

¹³⁰ On en trouve de nombreuses mentions dans la jurisprudence récente. A titre d'exemples, on peut mentionner la prévention du harcèlement sexuel sur le lieu de travail (TF, 4A_510/2010), la prévention de la culture et du trafic de chanvre (ATF 138 I 435), la prévention de la marginalisation des chômeurs (ATF 134 I 269), la prévention de la transmission incontrôlée de données personnelles en matière d'assurance maladie (TF, 1C_44/2008) ou encore la prévention de l'ivresse au volant (TF, 6A.25/2006).

¹³¹ B. CHAPPUIS, Dommages irréparables, en particulier N 130 ss.

Bibliographie

- ACHTARI Annick, *Le devoir du lésé de minimiser son dommage – Etude en droit des obligations*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008.
- ATIYAH Patrick S., *The damages lottery*, Oxford 1997.
- BARRELET Denis/WILLI Egloff, *Le nouveau droit d'auteur – Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^{ème} éd., Berne 2008.
- BENHAMOU YANIV, *Dommages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle. Etude de la méthode des redevances en droit suisse et comparé*, thèse, Genève 2013.
- BIERI LAURENT, *Une introduction à l'analyse économique du droit*, PJA 2008 153 ss.
- BIERI LAURENT, *La réforme de la responsabilité civile des détenteurs de chiens. Une perspective juridique et économique*, RSJ 2009 49 ss.
- BIERI LAURENT, *La faute au sens de l'article 41 CO. Plaidoyer pour une reconnaissance explicite de la « règle de Hand »*, RSJ 2007 289 ss.
- BREHM Roland, Commentaire ad art. 41 ss CO, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, t. VI/1/3/1, 3^{ème} éd., Berne 2006 (cité : BK-BREHM).
- BURROWS Andrew, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3^{ème} éd., Oxford 2004.
- CHAIX François, *La fixation du dommage par le juge (art. 42 al. 2 CO)*, in C. Chappuis/B. Winiger (édit.), *Le préjudice – Une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005, p. 39 ss.
- CHAPPUIS Benoît, *De la notion de dommage par l'étude de quelques dommages dits irréparables. Réflexion sur la théorie de la différence*, SJ 2010 II 165 (cité : B. CHAPPUIS, Dommages irréparables).
- CHAPPUIS Benoît, *Le moment du dommage – Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007 (cité : B. CHAPPUIS, Moment).
- CHAPPUIS Benoît/WERRO Franz, *Délais de prescription et dommages différés : réflexions sur l'ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763*, REAS 2011 139.

- CHAPPUIS Christine, *La faute concomitante de la victime*, in F. Werro (édit.), *La fixation de l'indemnité – Colloque du droit de la responsabilité civile 2003*, Berne 2004, p. 29 ss (cité : C. CHAPPUIS).
- DEAKIN Simon/ANGUS Johnston/MARKESINIS Basil, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7^{ème} éd., Oxford 2012.
- DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 1982.
- FELLMANN Walter/MÜLLER Christoph/WERRO Franz, *Article 47 CO 2020*, in C. Huguenin/R. M. Hilty (édit.), *Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zurich 2013.
- FORSTMOSER Peter/VOGT Hans-Ueli, *Einführung in das Recht*, Berne 2012.
- GUHL Theo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton K./DRUEY Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9^{ème} éd., Zurich 2000.
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas, *Zivilgesetzbuch II – Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Commentaire bâlois*, 4^{ème} éd., Bâle 2011 (cité : BSK-AUTEUR).
- KELLER Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht*, vol. II, Berne 1998.
- LUTERBACHER Thierry, *Die Schadenminderungspflicht – Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Zurich/Bâle/Genève 2005.
- OFTINGER Karl/STARK Emil. W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht – Allgemeiner Teil*, vol. I, 5^{ème} éd., Zurich 1995.
- PETITPIERRE Gilles, *Le préjudice patrimonial et le tort moral: vers de nouvelles frontières?*, in C. Chappuis/B. Winiger (édit.), *Le préjudice – Une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005, p. 63 ss.
- PICHONNAZ Pascal, *Le devoir du lésé de diminuer son dommage*, in F. Werro (édit.), *La fixation de l'indemnité – Colloque du droit de la responsabilité civile 2003*, Berne 2004, p. 109 ss.
- PROSSER William L./KEETON W. Page/DOBBS Dan B./KEETON Robert E./OWEN David G. (édit.), *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, 5^{ème} éd., St. Paul 1984.

- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.
- ROBERTO Vito, *Haftpflichtrecht*, Berne 2002 (cité : ROBERTO, Haftpflichtrecht).
- ROBERTO Vito, *Schadensrecht*, Bâle 1997 (cité : ROBERTO, Schadensrecht).
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 6^{ème} éd., Berne 2012.
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, t. II, 4^{ème} éd., Berne 2012.
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2012.
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Code des obligations I, Commentaire romand*, Bâle 2012 (cité : CR-AUTEUR).
- TRIGO TRINDADE Rita, *Mort d'homme – invalidité et analyse économique du droit*, in C. Chappuis/B. Winiger (édit.), *Le préjudice – Une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005, p. 93 ss.
- VON DER CRONE Hans Caspar/CARBONARA Antonio/HUNZIKER Silvia, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, Bâle 2006.
- WERRO Franz, in C. Chappuis/F. Werro (édit.), *La responsabilité civile : à la croisée des chemins*, SSJ 2003 260 ss (cité : WERRO, Croisée des chemins).
- WERRO Franz, *KGr.*, *RVJ 2004 156*, note de jurisprudence, DC 2004 182 (cité : WERRO, DC).
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 2011 (cité : WERRO, Responsabilité civile).
- WIDMER Pierre/WESSNER Pierre, *Rapport explicatif au sujet de l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*, Berne 2000.
- ZINGG Nicolas, *La réparation des vacances gâchées en droit suisse – Vers une redéfinition du préjudice réparable au regard de la jurisprudence européenne*, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2012.