

Le recours interne dans la solidarité imparfaite

Alborz Tolou*

Dans quelle mesure le juge peut-il se détacher de la hiérarchie qu'institue l'art. 51 al. 2 CO entre les différents responsables? Le Tribunal fédéral admet que le juge peut exceptionnellement user de son pouvoir d'appréciation pour répartir les parts de responsabilité entre les différents responsables d'une manière différente que celle prévue par la loi. Son approche est d'autant plus restrictive qu'elle met en cause une assurance dommages. Dans cette configuration, il existe un seul arrêt dans lequel le Tribunal fédéral s'écarter de l'art. 51 al. 2 CO. Malgré les nombreuses critiques de la doctrine à l'égard de sa position, le Tribunal fédéral a récemment refusé de changer sa jurisprudence (ATF 137 III 352). Il maintient aussi la pratique *Gini/Durlemann* qui empêche l'assureur dommages de se retourner contre un responsable solidaire dont la faute est légère. Après une analyse critique de cinq arrêts du Tribunal fédéral et un exposé des différentes positions doctrinales sur cette question, nous prenons position pour une approche qui consacre une large place au pouvoir d'appréciation du juge et qui refuse de mettre l'assureur dommages au même niveau qu'un responsable.

Introduction

En responsabilité civile, il y a solidarité passive lorsque plusieurs personnes sont appelées à répondre d'un même préjudice.¹ Le lésé ne doit pas être désavantagé du fait de la pluralité des respon-

Inwiefern darf der Richter von der in Art. 51 Abs. 2 OR festgesetzten Reihenfolge abweichen? Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Richter ausnahmsweise in Ausübung seines Ermessens die Haftungsquoten abweichend von dieser Bestimmung aufteilen darf. Diese Herangehensweise ist umso restriktiver, als eine Schadensversicherung involviert ist. In einer solchen Konstellation wich das Bundesgericht nur einmal von Art. 51. Abs. 2 OR ab. Trotz den zahlreichen kritischen Stimmen hat das Bundesgericht eine Praxisänderung vor Kurzem abgelehnt (BGE 137 III 352). Es hielt auch an seiner Rechtsprechung *Gini/Durlemann* fest, die dem Schadensversicherer einen Regress gegen den Solidarverantwortlichen, dem leichtes Verschulden vorgeworfen werden kann, nicht erlaubt. Nach einer kritischen Analyse von fünf Bundesgerichtsentscheiden und einer Darstellung der relevanten Lehrmeinungen wird dazu Stellung genommen; nach Auffassung der Autoren ist dem Richter ein grösserer Ermessensspielraum einzuräumen und die Gleichstellung des Schadensversicherers mit einem Verantwortlichen abzulehnen.

sables.² La loi lui offre ainsi la possibilité de rechercher la personne de son choix pour tout ou partie de son dommage (cpr. art. 144 al. 1 CO).³ On admet que le lésé dispose d'un concours d'actions.⁴ Il ne doit toutefois pas être avantagé par cette situation.⁵

* Assistant à la Chaire de droit des obligations et de droit privé européen, Université de Fribourg.

¹ ROLAND BREHM, CO 50 N 4, dans *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht – Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, *Berner Kommentar*, 4^e éd., Berne 2013 (BK-BREHM); CHRISTIAN HEIERLI/ANTON K. SCHNYDER, art. 50 N 1, dans *Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand* (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1–529 OR*, *Basler Kommentar*, 5^e éd., Bâle 2011 (BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER); FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011, N 1594. Sur le préjudice, qui doit s'entendre comme incluant le dommage et le tort moral, cf. not. WERRO (n. 1), N 41 et ATF 131 III 26, c. 12.1. Sur la distinction entre la solidarité active et la solidarité passive, cf. PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012, N 1600 et 1651.

² ATF 127 III 453, c. 8b; ATF 117 II 50, c. 5b; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, N 1404; WERRO (n. 1), N 1595; FRANZ WERRO, Intro art. 50–51 N 2, dans *Luc Thévenoz/Franz Werro* (édit.), *Code des obligations I – Art. 1–529 CO*, *Commentaire Romand*, 2^e éd., Bâle 2012 (CR CO I-WERRO).

³ ATF 112 II 138, c. 4a; BK-BREHM (n. 1), CO 50 N 36; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht – Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5^e éd., Zurich 1995 (OFTINGER/STARK, I), § 10 N 12; Rev (n. 2), N 1404.

⁴ À distinguer du concours de responsabilités qui, dans notre terminologie, ne régit pas la pluralité de responsables, mais la situation où un même comportement remplit les conditions de la responsabilité délictuelle et contractuelle, cf. WERRO (n. 1), N 1562 ss et 1594 ss. Le concours d'actions est aussi parfois rattaché uniquement à la solidarité imparfaite.

⁵ Du même avis: BERNARD CORBOZ, *La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite*, thèse, Genève 1974, 92; CR CO I-WERRO (n. 2), Intro art. 50–51 N 2; WERRO (n. 1), N 1595; *contra* ATF 127 III 453, c. 8b et ATF 117 II 50, c. 5b où le Tribunal fédéral affirme que le

La solidarité passive crée deux catégories de rapports juridiques : les rapports externes, qui visent la relation entre le lésé et les coresponsables, et les rapports internes, qui ont pour objet la relation entre les coresponsables.⁶ Le système de la solidarité passive veut que chaque rapport soit, du point de vue du lésé, indépendant l'un de l'autre, de sorte que ce dernier peut faire valoir ses droits tels qu'ils découlent des rapports externes sans se soucier de leurs effets sur les rapports internes.⁷

À propos du recours interne dans la solidarité imparfaite,⁸ l'art. 51 al. 2 CO dispose que «[l]e dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi». L'objet de cette contribution porte sur le recours interne dans la solidarité imparfaite et plus particulièrement sur la signification qu'il faut donner à l'expression «dans la règle» de l'art. 51 al. 2 CO. Elle entend ainsi analyser les situations dans lesquelles le juge peut s'écarter de la hiérarchie exposée. Afin de ne pas étendre l'étude, nous ne traiterons pas de la question de la prescription de l'action récursoire.⁹

L'analyse du rôle du pouvoir d'appréciation du juge dans l'art. 51 al. 2 CO reposera sur la présentation de certains arrêts importants du Tribunal fédéral (cf. *infra* II.A.). Un exposé des différentes opinions doctrinales (cf. *infra* II.B.), ainsi qu'une prise de position sur la question (cf. *infra* II.C.) suivront cette présentation. Avant de procéder à cette analyse, il est d'abord nécessaire de développer en détail la hiérarchie instaurée par l'art. 51 al. 2 CO (cf. *infra* I.).

I. La répartition du poids de la responsabilité dans la solidarité imparfaite

La solidarité imparfaite vise le cas dans lequel un dommage repose sur l'acte de plusieurs personnes sans qu'une faute commune ne leur soit imputa-

ble.¹⁰ L'art. 51 al. 1 CO parle à ce propos d'un même dommage reposant sur des «causes différentes». Ainsi, deux hypothèses peuvent se présenter¹¹ : soit la responsabilité des auteurs se base sur des fondements de types différents (p. ex. un automobiliste et un piéton sont coresponsables d'un dommage corporel survenu à un autre piéton; cf. *infra* I.A.), soit chacune des responsabilités est basée sur un même type fondement (p. ex. deux auteurs responsables au sens de l'art. 41 CO d'un même dommage sans pour autant avoir commis de faute commune; cf. *infra* I.B.).

A. Une pluralité de responsabilités de nature différente

Avant l'analyse du mécanisme de répartition du poids de la responsabilité prévu par l'art. 51 al. 2 CO (cf. *infra* I.A.2.) et sa relation avec l'art. 72 LCA (cf. *infra* I.A.3.), il convient d'exposer brièvement la genèse de cette norme et de cerner les raisons qui ont poussé le législateur à l'introduire (cf. *infra* I.A.1.).

1. La genèse particulière de l'art. 51 al. 2 CO

L'art. 51 al. 2 CO a été proposé par le Conseil national en 1909 durant les débats parlementaires sur l'introduction du Code des obligations, alors qu'aucune disposition équivalente n'existait dans l'ancien Code des obligations ou dans les différents projets de loi.¹²

La question de l'introduction d'une telle disposition s'est précisément posée durant les discussions sur la responsabilité du propriétaire d'ouvrage au sens de l'actuel art. 58 CO.¹³ Un arrêt du Tribunal fédéral traitant de la répartition du poids de la responsabilité entre un propriétaire d'ouvrage et une assurance accidents à la suite de la mort d'un ouvrier lors des travaux de réparation de l'ouvrage était en cause.¹⁴ En réponse à l'action de la veuve et des enfants

but de la solidarité passive est d'améliorer la situation du lésé. Cf. ég. BK-BREHM (n. 1), CO 50 N 36; OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 10 N 12.

⁶ WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. 1, Berne 2012, N 272; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, tome II, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 3707 et 3736; REY (n. 2), N 1398 s.; WERRO (n. 1), N 1596.

⁷ ATF 133 III 6, c. 5.3.2.

⁸ Sur cette notion, cf. WERRO (n. 1), N 1612.

⁹ Sur cette question, cf. not. CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 19 ss; PASCAL PICHONNAZ, *La prescription de l'action récursoire*, dans Franz Werro (édit.), *La pluralité des responsables – Colloque du droit de la responsabilité civile 2007*, Berne 2009, 155 ss et PASCAL PICHONNAZ/Franz WERRO, *La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite – Commentaire de l'ATF 133 III 6*, BR/DC 2007 48 ss.

¹⁰ Sur la répartition de la responsabilité dans la solidarité parfaite, cf. not. WERRO (n. 1), N 1652.

¹¹ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 49 et 95; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 4; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2927 et 2976; REY (n. 2), N 1509 et 1530; WERRO (n. 1), N 1661.

¹² BSt. CN 1909 516 ss; BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 5a. Pour un historique détaillé de l'art. 51 al. 2 CO, cf. WERNER J. BRÜHLMANN, *Haftung und Rückgriff im Schadenersatzrecht – Die unechte Solidarität und ihre Ausgleichungsverhältnisse nach schweizerischem Recht*, thèse, Berne 1927, 105 ss. Cf. ég. ALFRED HARTMANN, *Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen*, thèse, Berne 1942, 43 ss; THOMAS PROBST, *La solidarité imparfaite*, dans Franz Werro (édit.), *La pluralité des responsables – Colloque du droit de la responsabilité civile 2007*, Berne 2009, 51 ss, 64; PIERRE WIDMER, *Ethos und Adäquanz der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR*, dans *Mélanges Assista 1968-1978*, Genève 1979, 269 ss, 276 ss.

¹³ BSt. CN 1909 516 ss; BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 5a.

¹⁴ ATF 35 II 238 («*Leiterhaken-Fall*»); BSt. CN 1909 520; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, § 11 N 42; PROBST (n. 12), 64.

du défunt contre le propriétaire, le Tribunal fédéral a condamné ce dernier à des dommages-intérêts. L'assurance accidents n'eut quant à elle rien à payer.¹⁵

Trouvant cet arrêt inéquitable, certains conseillers nationaux ont souhaité introduire une preuve libératoire dans la disposition légale concernant la responsabilité du propriétaire d'ouvrage.¹⁶ Afin d'éviter une telle relativisation, HUBER proposa l'introduction de l'art. 51 al. 2 CO.¹⁷ Il fit valoir que le problème ne résidait pas tant dans l'absence de preuve libératoire, mais bien plus dans la répartition de la responsabilité entre un responsable objectif et une assurance.¹⁸ Selon la conception d'HUBER, le pouvoir d'appréciation du juge devait rester le point central de la répartition de la responsabilité entre les coresponsables.¹⁹ L'art. 51 al. 2 CO devait être compris comme une directive adressée au juge.²⁰

L'analyse historique de l'art. 51 al. 2 CO nous montre que cette norme a été introduite afin de tenir compte de circonstances particulières.²¹ Il s'agissait d'une rapide adaptation législative visant à rassurer le Conseil national quant à l'étendue de la responsabilité du propriétaire d'ouvrage.²² Le Tribunal fédéral ne manque pas de rappeler régulièrement la genèse particulière de cette disposition légale.²³

2. L'ordre fixé à l'art. 51 al. 2 CO

L'art. 51 al. 2 CO instaure une hiérarchie des différentes responsabilités en trois lignes. Dans la conception généralement admise, la première ligne concerne la responsabilité fondée sur la faute au sens de l'art. 41 CO, la deuxième ligne traite de la responsabilité fondée sur un contrat et la dernière ligne vise celle fondée sur la loi.²⁴ Le principe est celui de la priorité d'une ligne sur l'autre.²⁵ Ainsi, un responsable de première ligne ne peut exercer de recours

contre un responsable de deuxième ou de troisième ligne. À l'inverse, le responsable de troisième ligne peut se retourner contre les responsables de deuxième et de première ligne. Le responsable de deuxième ligne pourra lui se retourner contre le responsable de première ligne.²⁶

Selon la doctrine majoritaire, doit supporter le préjudice *en première ligne*, celui qui commet un acte illicite fautif au sens de l'art. 41 CO.²⁷ S'ajoute dans cette ligne le responsable objectif qui commet une faute additionnelle.²⁸ Celui-ci ne pourra pas se retourner contre d'autres responsables objectifs ou contre des responsables de deuxième ligne.²⁹ Une personne morale dont ses organes commettent une faute se voit imputer cette faute et entre aussi dans cette première catégorie (art. 55 al. 2 CC).³⁰ L'employeur responsable au sens de l'art. 55 CO n'entre en revanche pas dans cette catégorie, au contraire de l'employé fautif.³¹ Il en est de même du responsable au sens de l'art. 101 CO, dont seul l'auxiliaire fautif est inclus dans la première ligne.³²

En deuxième ligne se trouvent ceux dont la responsabilité découle d'un contrat.³³ Y sont inclus les responsables contractuels au sens de l'art. 97 CO (inexécution ou mauvaise exécution).³⁴ Le débiteur qui répond des fautes de son auxiliaire au sens de l'art. 101 CO entre dans cette catégorie.³⁵ Tel est aussi le cas du responsable au sens des art. 103, 111 et 487

¹⁵ Pour un résumé de l'arrêt, cf. not. PROBST (n. 12), 64.

¹⁶ BSt. CN 1909 736 et 738 (proposition du conseiller MÜRI).

¹⁷ BSt. CN 1909 521; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 42; PROBST (n. 12), 65; WIDMER (n. 12), 276.

¹⁸ BSt. CN 1909 521; PROBST (n. 12), 65.

¹⁹ BSt. CN 1909 522 et 737; HUBERT BUGNON, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, thèse, Fribourg 1982, 63; WIDMER (n. 12), 278.

²⁰ BSt. CN 1909 522 et 737; BUGNON (n. 19), 63; WIDMER (n. 12), 278.

²¹ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 5a; WIDMER (n. 12), 276.

²² Cf. BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 5a; PROBST (n. 12), 65.

²³ Cf. p. ex. ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373; ATF 45 II 638, c. 2, JdT 1920 I 264: « [I]a règle posée à l'art. 51 al. 2 doit son origine, entre autres, précisément à l'art. 58 sur la responsabilité à raison d'un ouvrage, soit à l'une des dispositions qui vont au-delà du principe émis à l'art. 41 ».

²⁴ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 46; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2930; OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 10 N 50; REY (n. 2), N 1511 ss. Pour une approche différente, cf. WERRO (n. 1), N 1662.

²⁵ Cf. CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 10; HENRI DESCHENAUX/PIERRE TERCIER, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 1982, § 36 N 31; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2930; REY (n. 2), N 1510.

²⁶ OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 10 N 50 s.; REY (n. 2), N 1514; WERRO (n. 1), N 1668.

²⁷ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 52; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), CO 51 N 14; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 11; STEPHAN MAZAN, CO 51 N 14, dans Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012 (cité: CHK-MAZAN); REY (n. 2), N 1511; WERRO (n. 1), N 1663. Sur la notion d'acte illicite, cf. not. WERRO (n. 1), N 297 ss.

²⁸ ATF 107 II 489, c. 5b (n.t.); BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 56; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 14; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 11; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2941; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, vol. 2, 2^e éd., Berne 1998, 186; WERRO (n. 1), N 1663.

²⁹ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 56; MAX KELLER/SONJA GABI/KARIN GABI, Haftpflichtrecht, 3^e éd., Bâle 2012, 147 s.; Yael Strub, Der Regress des Schadensversicherers de lege lata – de lege ferenda, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2011, 29.

³⁰ ATF 96 II 172, c. 3, JdT 1972 I 83; BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 53; BUGNON (n. 19), 73.

³¹ Selon la doctrine majoritaire, il entre dans la troisième ligne, cf. BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 53; BUGNON (n. 19), 73; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2845 et 2863; *contra* WERRO (n. 1), N 1663.

³² Selon la doctrine majoritaire, il entre dans la deuxième ligne, cf. BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 53; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2845; REY (n. 2), N 1526; *contra* WERRO (n. 1), N 1663.

³³ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 57; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 15; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 37.

³⁴ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 57; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 15; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, ohne Deliktsrecht, 3^e éd., Berne 2009, § 75 N 162. Sur ces notions, cf. not. TERCIER/PICHONNAZ (n. 1), N 1218 ss.

³⁵ ATF 80 II 247, c. 5; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 37.

al. 2 CO.³⁶ Pour autant, un responsable contractuel dont le comportement constitue aussi un acte illicite fautif au sens de l'art. 41 CO entre dans la première catégorie, de sorte que sa responsabilité est répartie avec les autres coresponsables de première ligne.³⁷ Ainsi, pour que le responsable contractuel au sens de l'art. 97 CO reste dans la deuxième catégorie, il faut que la violation dont il répond ne soit ni une atteinte à un droit absolu ni une violation d'une norme de comportement destinée à protéger le patrimoine du lésé.³⁸ Le dommage à réparer doit dès lors être purement économique.³⁹ Cette deuxième ligne vise aussi les situations où c'est le contrat qui fonde la responsabilité, à savoir lorsqu'une personne doit réparer un dommage parce qu'il s'y est engagé.⁴⁰ Il s'agit pour l'essentiel de l'assureur qui conclut un contrat d'assurance dommages par lequel il s'engage à réparer le dommage survenu auprès du lésé (cf. *infra* I.A.3.).⁴¹

En troisième ligne, on place les personnes dont la responsabilité est fondée sur la loi.⁴² Selon la doctrine majoritaire, on comprend par là toute responsabilité causale, qu'il s'agisse d'une responsabilité objective simple fondée sur un manque de diligence (p. ex. art. 55, 56, 58 CO et art. 333 et 679 CC), d'une responsabilité fondée sur le défaut⁴³ (p. ex. art. 1 LRFP), ou

d'une responsabilité objective aggravée fondée sur le risque (p. ex. art. 58 LCR).⁴⁴

3. La relation particulière avec l'art. 72 al. 1 LCA

L'art. 72 al. 1 LCA dispose que «[l]es prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée». L'assureur dommages est subrogé⁴⁵ dans les droits du lésé à compter du moment où il verse effectivement les prestations prévues par le contrat d'assurance.⁴⁶ L'interprétation de cette disposition et sa relation avec l'art. 51 al. 2 CO ont donné lieu à de nombreux arrêts.⁴⁷

Une controverse porte en premier lieu sur le sens à donner aux «actes illicites» de l'art. 72 al. 1 LCA. Selon la jurisprudence, il faut comprendre ces termes comme un acte fautif au sens de l'art. 41 CO.⁴⁸ C'est aussi la position de la doctrine majoritaire.⁴⁹ Ainsi compris, l'assureur ne peut exercer de droit de recours contre un responsable objectif simple ou aggravé,⁵⁰ à moins que ce dernier n'ait commis de faute additionnelle.⁵¹ Partant, l'assurance bâtiment d'un immeuble qui prend feu à cause de l'exploitation d'une installation électrique située à proximité de cet immeuble ne peut se retourner contre le propriétaire de l'installation électrique.⁵² Le Tribunal fédéral justifie cette solution par le «sentiment d'équité [qui] réclame précisément que l'assureur [qui reçoit des primes] supporte le dommage avant la personne qui, sans qu'il y eût faute de sa part, a causé le dommage».⁵³

³⁶ KOLLER (n. 34), § 75 N 164.

³⁷ ATF 120 II 58, c. 3a, JdT 1994 I 754; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 15. Pour une critique pertinente du concours de responsabilités, cf. WERRO (n. 1), N 1581.

³⁸ Sur ces notions, cf. not. WERRO (n. 1), N 305 et 308.

³⁹ Sur cette notion, cf. not. REY (n. 2), N 329 ss. Ce point reste donc théorique, tant il est difficile d'imaginer une situation où une personne violant une norme de comportement au sens de l'art. 41 CO (et qui entre ainsi dans la première catégorie) provoque un même dommage purement économique qu'un autre auteur qui, certes n'a pas violé cette norme de comportement (soit parce qu'elle ne lui est pas destinée, soit parce qu'il ne l'a simplement pas violé), mais qui a tout de même violé son contrat le liant au lésé de sorte que sa responsabilité contractuelle au sens de l'art. 97 CO est retenue (il serait dans ce cas dans la deuxième ligne).

⁴⁰ BUGNON (n. 19), 76; BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 60; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2847; WERRO (n. 1), N 1665.

⁴¹ ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373; BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 60; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 16; BUGNON (n. 19), 76; DESCHENAUX/TERCIER (n. 25), § 36 N 38; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2981; REY (n. 2), N 1528; *contra* VINCENT BRULHART, La pluralité des responsables: quelques enjeux en droit des assurances, dans Franz Werro (édit.), La pluralité des responsables – Colloque du droit de la responsabilité civile 2007, Berne 2009, 89 ss, 92 s.; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 42; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e éd., Berne 1995, 420; WERRO (n. 1), N 1665.

⁴² Cf. le texte de l'art. 51 al. 2 CO; BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 74; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2985.

⁴³ Dans notre conception, la responsabilité fondée sur le défaut se distingue de la responsabilité objective simple en ce sens que la première ne requiert pas, contrairement à la seconde, de faute objective. Il s'agit pour l'essentiel du défaut de fabrication au sens de l'art. 4 LRFP et de certains cas de défaut de construction au sens de l'art. 58 CO, cf. WERRO (n. 1), N 931.

⁴⁴ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 74; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 39; PROBST (n. 12), 72; *contra* WERRO (n. 1), N 1666.

⁴⁵ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 61; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 3014; REY (n. 2), N 1560; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung – Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich, thèse d'habilitation, Fribourg 1998, N 1090; WERRO (n. 1), N 1703.

⁴⁶ ATF 95 II 333, c. 4, JdT 1970 I 428; WERRO (n. 1), N 1703. À la différence du droit des assurances privées, la subrogation du droit des assurances sociales (art. 72 LPGA) intervient dès la naissance du dommage et non au moment où les prestations compensatoires sont fournies. Sur ce point, cf. WERRO (n. 1), N 1002.

⁴⁷ Cf. p. ex. ATF 137 III 352, JdT 2014 II 373; ATF 132 III 321, JdT 2006 I 447; ATF 120 II 191 (n.t.); ATF 118 II 502, SJ 1993 487; ATF 114 II 342; ATF 93 II 345, JdT 1968 I 526; ATF 80 II 247.

⁴⁸ ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373; ATF 120 II 191, c. 4c (n.t.).

⁴⁹ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 61; DESCHENAUX/TERCIER (n. 25), § 38 N 17; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997, 569 s.; MAURER (n. 41), 420; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, CO 51 N 12, dans Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – V. Band: Das Obligationenrecht – Erster Halbband: Art. 1–183, 2^e éd., Zurich 1929 (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER); REY (n. 2), N 1574. Pour tous les autres, cf. RUMO-JUNGO (n. 45), N 1087 nbp 376.

⁵⁰ ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373; ATF 132 III 321, c. 2.3.2.2, JdT 2006 I 447. Cf. ég. WERRO (n. 1), N 1703 et les réf. citées.

⁵¹ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 56; KELLER (n. 28), 186; REY (n. 2), N 1574; WERRO (n. 1), N 1703.

⁵² ATF 45 II 638, JdT 1920 I 264.

⁵³ ATF 45 II 638, c. 4, JdT 1920 I 264.

Un autre point de discussion concerne la relation entre les art. 72 al. 1 LCA et 51 al. 2 CO.⁵⁴ La doctrine majoritaire⁵⁵ et la jurisprudence⁵⁶ traitent l'assureur dommages comme un responsable contractuel au sens de l'art. 51 al. 2 CO. Il y a concours entre la subrogation de l'art. 72 LCA et le recours de l'art. 51 al. 2 CO.⁵⁷ La pratique *Gini/Durlemann* du Tribunal fédéral durcit la position de l'assureur par rapport à d'autres responsables de deuxième ligne en l'empêchant d'intenter une action en remboursement contre le responsable fautif qui n'a commis qu'une faute légère (cf. *infra* I.B.2.).⁵⁸

La doctrine minoritaire rejette l'application cumulative de ces deux dispositions et retient l'application exclusive de l'art. 72 al. 1 LCA.⁵⁹ Ces auteurs soutiennent que le fait que le lésé soit assuré ne doit pas améliorer la position de l'auteur du dommage.⁶⁰ L'assureur privé répond du dommage, non pas parce qu'il le cause, mais parce qu'il s'y est engagé.⁶¹ L'art. 72 al. 1 LCA doit dès lors être interprété comme visant tout acte générateur de responsabilité civile et permettre ainsi le recours de l'assureur contre un responsable objectif simple ou aggravé.⁶²

⁵⁴ Pour un exposé détaillé, cf. BRULHART (n. 41), 90 ss.

⁵⁵ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 61; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 22; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2956 et 2981; REY (n. 2), N 1574; *contra* BRULHART (n. 41), 93 ss.; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 42; RUMO-JUNGO (n. 45), N 1087; WERRO (n. 1), 1705.

⁵⁶ Cf. p. ex. ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373; ATF 120 II 191, c. 4c (n.t.); ATF 80 II 247, c. 5.

⁵⁷ ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373; ATF 118 II 502, c. 2, SJ 1993 487; ATF 107 II 489, c. 4c (n.t.). Cf. ég. BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 61 et les réf. citées.

⁵⁸ ATF 80 II 247, c. 5 confirmé *dans* ATF 93 II 345, c. 6, JdT 1968 I 526; GION CHRISTIAN CASANOVA, *Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung – Die Regressregelung von Art. 51 OR*, th. Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2010, 147; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2982; MAURER (n. 41), 420; ALEXANDER MÜLLER, *Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers*, thèse, Saint-Gall 2006, 90 ss.; KARL OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. 1, Zurich 1975, 368; REY (n. 2), N 1577; WERRO (n. 1), N 1706.

⁵⁹ VINCENT BRULHART, *Droit des assurances privées*, Berne 2008, N 846; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 41; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 42; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge unter Berücksichtigung des Vorentwurfs für die Haftpflichtrechtsrevision*, RJB 2002 433 ss, 443; RUMO-JUNGO (n. 45), N 1087 ss.; ANDREAS VON TUHR, *Rückgriff des Versicherers nach Art. 51 OR und Art. 72 VVG*, RSJ 1922, 233 ss, 235; WERRO (n. 1), N 1705.

⁶⁰ ALFRED KELLER, *Das Verschulden im Haftpflichtrecht und beim Rückgriff*, RSA 1993 75 ss, 76; OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 11 N 73; RUMO-JUNGO (n. 45), RJB 2002, 444; ROLAND SCHAEER, « Hard cases make bad law » oder OR 51/2 und die regressierende Personalvorsorgeeinrichtung, *recht* 1991 12 ss, 17 s.

⁶¹ BRULHART (n. 59), N 846; RUMO-JUNGO (n. 45), N 1079; WERRO (n. 1), N 1665.

⁶² BRULHART (n. 59), N 846; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 42; MÜLLER (n. 58), 114; RUMO-JUNGO (n. 45), N 1087; RUMO-JUNGO (n. 59), RJB 2002, 445 s.; ANDREA STADELMANN STÖCKLI, *Eine kritische Auseinandersetzung mit der Gini/Durlemann-Rechtsprechung – Plädoyer für eine Praxisänderung*, *dans* Stephan Fuhrer, *Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances – Mélanges à l'occasion de son cinquantième anniversaire*, Zurich/Bâle/Genève 2010, 551 ss, 557 ss.; VON TUHR (n. 59), RSJ 1922, 235; WERRO (n. 1), N 1704.

Certains auteurs s'appuient en plus sur le principe *lex specialis derogat legi generali* pour soutenir cette thèse.⁶³

La position de la doctrine minoritaire est convaincante. Appliquer l'art. 51 al. 2 CO à l'assureur revient à le traiter comme un responsable du dommage qu'il a couvert, alors même qu'il ne le cause pas.⁶⁴ Le fondement de son action récursoire est la cession légale des droits du lésé envers les responsables (art. 72 al. 1 LCA). Les droits que le lésé peut faire valoir contre le responsable passent à l'assureur après la subrogation. Si le lésé a des droits lui permettant d'actionner l'auteur en responsabilité, l'assureur doit être en mesure de le faire une fois titulaire de ces droits.⁶⁵ C'est d'ailleurs ce qui se fait en matière d'assurance RC⁶⁶ et d'assurance sociale.⁶⁷ De plus, le Tribunal fédéral refuse de considérer l'employeur, tenu en vertu de l'art. 324a CO de verser le salaire de son employé incapable de travailler, comme responsable du dommage et lui permet de recourir contre tout responsable, et ce, quel que soit le fondement de la responsabilité.⁶⁸ On ne voit pas pourquoi cette solution ne s'appliquerait pas à l'assureur dommages. Il est vrai que l'introduction de l'art. 51 al. 2 CO visait spécifiquement à l'empêcher de se retourner contre les responsables objectifs (cf. *supra* I.A.1.), mais la situation a passablement évolué depuis 1909 et la multiplication des cas de responsabilités objectives vient remettre en cause la portée de cette règle.⁶⁹

Nous sommes ainsi d'avis que l'art. 72 al. 1 LCA doit s'appliquer de manière exclusive à la relation entre l'assureur subrogé et le(s) responsable(s) du dommage. Il faut comprendre cette disposition en ce sens qu'elle permet le recours de l'assureur contre tout responsable, y compris objectif. Il ne nous semble en revanche pas nécessaire de justifier, comme

⁶³ Cf. BRULHART (n. 59), N 846; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 41; WERRO (n. 1), N 1705.

⁶⁴ BRULHART (n. 59), N 846; BUGNON (n. 19), 10 s.; HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 42; RUMO-JUNGO (n. 45), N 1079; WERRO (n. 1), N 1665.

⁶⁵ Cf. pour l'assureur RC: ATF 130 III 362, c. 5.1; WERRO (n. 1), N 1709.

⁶⁶ ATF 116 II 645, c. 2; cf. ROLAND BREHM, *Le contrat d'assurance RC*, 2^e éd., Bâle 1997, N 686; BRULHART (n. 59), N 846 et les réf. citées; OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 11 N 102; REY (n. 2), N 1561; WERRO (n. 1), N 1709; *contra* FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 3021.

⁶⁷ ATAF, arrêt du 16 octobre 2014, A-7102/2013, c. 2.3.6.3; BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 5a; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 33.

⁶⁸ ATF 126 III 521, c. 2b, JdT 2001 I 162; BRULHART (n. 59), N 843; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2848 et 2953 s.; HANS HAUSHEER/MANUEL JAUN, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000 – Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht*, RJB 2001, 913 ss, 927 ss; MÜLLER (n. 58), 98; RUMO-JUNGO (n. 59), RJB 2002, 445; WERRO (n. 1), N 1667.

⁶⁹ HONSELL/ISENRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 42; CHRISTOPH MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, N 871; STADELMANN STÖCKLI (n. 62), 558.

le font certains auteurs,⁷⁰ l'application exclusive de l'art. 72 al. 1 LCA par le principe de *lex specialis derogat legi generali*, étant donné que nous considérons que l'assureur, en tant qu'il n'est pas responsable du dommage, sort tout simplement du champ d'application de l'art. 51 al. 2 CO.⁷¹

À noter que l'art. 76 al. 2 du projet de révision totale de la LCA prévoit un droit de subrogation de l'assureur non limité aux prétentions fondées sur un acte illicite.⁷² Ce projet de révision totale a cependant été rejeté par le Conseil national et le Conseil des États. En mars 2013, ils ont chargé le Conseil fédéral de préparer une révision partielle de la LCA qui se limite à certains points.⁷³ La subrogation de l'assureur ne semble malheureusement pas faire partie de l'objet de cette révision partielle.

B. Une pluralité de responsabilités de même nature

1. Le renvoi au pouvoir d'appréciation du juge

Lorsqu'on se trouve en présence d'une pluralité de responsabilités entraînant une solidarité imparfaite (plusieurs actes illicites au sens de l'art. 41 CO sans pour autant qu'il n'y ait de faute commune, plusieurs contrats distincts, plusieurs responsabilités objectives simples ou aggravées), les enjeux de la répartition entre les responsables sont similaires à ceux que l'on retient dans la solidarité parfaite.

L'art. 51 al. 1 CO dispose que «[l]orsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie». Cette disposition renvoie à l'art. 50 al. 2 CO.⁷⁴ Prise au sens strict, cette disposition ne viserait que la pluralité de responsabilités de nature différente. Le Tribunal fédéral l'applique cependant à la pluralité de responsabilités de même nature en se basant sur la *ratio legis* de l'art. 51 CO, qui vise à réglementer la solidarité imparfaite dans son ensemble.⁷⁵ L'art. 51 al. 2 CO, qui hiérarchise les différentes responsa-

bilités, ne s'applique en revanche qu'en présence de pluralité de responsabilités de nature différente (cf. *supra* I.A.2.).⁷⁶

Il revient donc au juge de répartir la responsabilité en fonction de son pouvoir d'appréciation (art. 50 al. 2 CO).⁷⁷ Lorsqu'il fixe l'étendue des recours entre les coresponsables, le juge doit se garder de tout schématisme.⁷⁸ Il doit tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier et appliquer les règles du droit et de l'équité.⁷⁹

2. Les circonstances que le juge doit prendre en compte

En cas de *pluralité de responsables aquiliens* (art. 41 CO), le juge doit tenir compte de la gravité de la faute de chacun des coresponsables.⁸⁰ En cas de faute comparable, chaque coresponsable doit supporter une part égale du dommage (cpr. art. 148 al. 1 CO).⁸¹ Le juge peut aussi tenir compte d'autres circonstances du cas particulier, comme les liens de parenté entre un coresponsable et la victime ou l'intérêt à l'acte dommageable.⁸² Il faut aussi tenir compte des exceptions personnelles que le débiteur recherché n'a pas pu faire valoir compte tenu de la sévérité de la jurisprudence du Tribunal fédéral en cette matière.⁸³ Ces exceptions visent pour l'essentiel les circonstances de l'art. 43 al. 1 CO et l'exposition à la gêne (art. 44 al. 2 CO).⁸⁴ Certains auteurs retiennent aussi l'ordre dans lequel les faits domma-

⁷⁰ Cf. p. ex. BRULHART (n. 59), N 846; WERRO (n. 1), N 1705.

⁷¹ Cf. RUMO-JUNGO (n. 59), RJB 2002, 443.

⁷² Cf. STRUB (n. 29), 100 ss en part. 102.

⁷³ Cf. Communiqué du 9 janvier 2014 du Département fédéral des finances relatif à la révision totale de la Loi sur le contrat d'assurance (LCA).

⁷⁴ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 95a; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 20; CHK-MAZAN (n. 27), CO 51 N 20; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 17; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2976; REY (n. 2), N 1530; WERRO (n. 1), N 1674.

⁷⁵ ATF 119 II 127, c. 4a, JdT 1994 I 298; ATF 80 II 247, c. 5; ATF 77 II 243, c. 3, JdT 1952 I 69; BK-BREHM (n. 1), CO 41 N 95; DESCHENAUX/TERCIER (n. 25), § 36 N 25; PROBST (n. 12), 80; REY (n. 2), N 1530; WERRO (n. 1), N 1674. La question de savoir s'il s'agit d'une application analogique ou directe de l'art. 51 al. 1 CO est controversée, cf. BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 95 et les réf. citées.

⁷⁶ ATF 80 II 247, c. 5: «[e]n revanche, l'art. 51 al. 2 CO, qui fixe quel est, en règle générale, l'ordre des responsabilités, n'est pas applicable lorsqu'on ne se trouve pas en présence de causes de caractères différents». Cf. ég. ATF 77 II 243, c. 3, JdT 1952 I 69 et PROBST (n. 12), 80.

⁷⁷ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 95a; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 20; CHK-MAZAN (n. 27), CO 51 N 20; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 17; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2976; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 146; REY (n. 2), N 1530; WERRO (n. 1), N 1674.

⁷⁸ ATF 133 III 6, c. 4.2 (n.p.); ATF 116 II 645, c. 3b.

⁷⁹ BUGNON (n. 19), 64; DESCHENAUX/TERCIER (n. 25), § 36 N 20; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2921; REY (n. 2), N 1504; PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, TDP II/1, Bâle 2009, N 423; WERRO (n. 1), N 1652.

⁸⁰ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 100; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 18; DESCHENAUX/TERCIER (n. 25), § 36 N 25; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2978; KELLER (n. 28), 187; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 147; REY (n. 2), N 1532; WERRO (n. 1), N 1675.

⁸¹ FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2980; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 146; WERRO (n. 1), N 1675.

⁸² BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 101; BUGNON (n. 19), 66 s.; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2979; REY (n. 2), N 1504; WERRO (n. 1), N 1652.

⁸³ BK-BREHM (n. 1), CO 50 N 58; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 50 N 8; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2923; REY (n. 2), N 1505. Cf. ATF 112 II 138, c. 4a où le Tribunal fédéral n'admet l'exception personnelle que lorsque la faute d'un coresponsable fait apparaître celle du responsable recherché comme si peu grave et dans une telle disproportion avec celle du coresponsable qu'il serait manifestement injuste et choquant de faire supporter à l'auteur recherché l'entier du préjudice en application des règles sur la solidarité.

⁸⁴ BK-BREHM (n. 1), CO 50 N 58; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2923; REY (n. 2), N 1505. Sur les circonstances, cf. not. WERRO (n. 1), N 1183.

geables sont intervenus comme facteur de répartition de la responsabilité.⁸⁵

En cas de *pluralité de responsables contractuels*, la situation est pour l'essentiel la même qu'en présence d'une pluralité de responsables aquiliens.⁸⁶ Le juge doit tenir compte de l'importance et de la nature de la relation juridique entre le lésé et un coresponsable.⁸⁷ Le recours de l'assurance dommages fait en revanche l'objet d'un régime particulier. La jurisprudence *Gini/Durlemann* empêche l'assureur de se retourner contre un autre coresponsable contractuel lorsque ce dernier a commis une faute légère.⁸⁸ Cette jurisprudence applicable à l'assureur dommages est à juste titre rejetée par une grande partie de la doctrine.⁸⁹ En effet, de deux choses l'une: ou bien l'assureur est considéré comme responsable de deuxième ligne et il doit pouvoir se retourner contre un responsable qui commet ou se voit imputer une faute légère (cf. *supra* I.A.2.), ou bien l'assureur n'est pas considéré comme responsable au sens de l'art. 51 al. 2 CO, ce que nous soutenons (cf. *supra* I.A.3.), et il doit dès lors pouvoir se retourner contre les autres responsables.

En présence d'une *pluralité de responsables objectifs*, il faut distinguer en fonction du type de responsabilité en cause. En cas de pluralité de responsables objectifs simples, la doctrine est d'avis que, à défaut de circonstances particulières, chaque coresponsable supporte une part égale du dommage (cpr. art. 148 al. 1 CO).⁹⁰ L'importance du comportement d'un des coresponsables sur la survenance du dommage doit en revanche être prise en compte lors de la répartition.⁹¹ En présence d'une responsabilité objective simple en concours avec une responsabilité

objective aggravée, il faut pondérer le manque de diligence et le risque.⁹² La doctrine met à la charge du responsable objectif aggravé une plus grosse part du dommage.⁹³ Lorsque plusieurs responsables objectifs aggravés sont en cause, et qu'aucune loi spéciale ne règle la question,⁹⁴ le juge doit tenir compte de l'étendue et de l'intensité de chacun des risques réalisés par les coresponsables.⁹⁵

II. Le pouvoir d'appréciation du juge dans l'art. 51 al. 2 CO

Le système de répartition de l'art. 51 al. 2 CO n'est pas impératif.⁹⁶ Le texte de l'art. 51 al. 2 CO utilise les termes « dans la règle », soulignant le fait que la loi ne formule qu'une directive. La question de savoir à quel point le juge peut s'écarter de cette directive a fait l'objet de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral.⁹⁷ La question est aussi très controversée en doctrine.⁹⁸

⁸⁵ BUGNON (n. 19), 67 et les réf. citées.

⁸⁶ CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 18; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2980; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 147; REY (n. 2), N 1552; WERRO (n. 1), N 1675.

⁸⁷ FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2980; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 147; REY (n. 2), N 1552.

⁸⁸ ATF 80 II 247, c. 5 confirmé dans ATF 93 II 345, c. 6, JdT 1968 I 526; CASANOVA (n. 58), 147; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2982; CHRISTOPH K. GRABER, art. 72 N 8 s., dans Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Anton K. Schnyder/Pascal Grolimund (édit.), *Versicherungsvertragsgesetz*, Basler Kommentar, Bâle 2012 (BSK VVG-GRABER); MAURER (n. 41), 420; MÜLLER (n. 58), 90 ss; OFTINGER (n. 58), I, 368; REY (n. 2), N 1577; WERRO (n. 1), N 1706.

⁸⁹ Parmi d'autres: BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 127; BSK VVG-GRABER (n. 88), art. 72 N 8 s.; CASANOVA (n. 58), 161; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 42; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2983; MÜLLER (n. 58), 113 s.; OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 11 N 30; STADELMANN STÖCKLI (n. 62), 563; GERHARD STOESSSEL, *Das Durlemann-Dilemma*, dans Stephan Fuhrer/Christine Chappuis, *Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm*, Berne 2012, 435 ss, 437 ss; STRUB (n. 29), 80; WERRO (n. 1), N 1706.

⁹⁰ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 131; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 20; CHK-MAZAN (n. 27), CO 51 N 23; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2985; REY (n. 2), N 1536.

⁹¹ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 131; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2985; REY (n. 2), N 1536.

⁹² BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 133; DESCHENAUX/TERCIER (n. 25), § 36 N 27; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 147; WERRO (n. 1), N 1675.

⁹³ BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 20; CHK-MAZAN (n. 27), CO 51 N 23; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2986; REY (n. 2), N 1537; *contra* BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 134 qui considère que rien ne justifie de mettre une plus grande part de responsabilité au responsable pour le risque dans les rapports internes.

⁹⁴ P. ex. art. 60 al. 2 LCR. Cf. HANS GIGER, art. 60 N 3, dans *Strassenverkehrsgesetz*, 7^e éd., Zurich 2008.

⁹⁵ FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2988; REY (n. 2), N 1549; WERRO (n. 1), N 1675.

⁹⁶ ATF 116 II 645, c. 3b; ATF 115 II 24, c. 3; BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 80; REY (n. 2), N 1517; WERRO (n. 1), N 1668. Cf. ég. ATF 81 II 129, c. 9, JdT 1955 I 525 où le Tribunal fédéral admet qu'il est possible de déroger à l'art. 51 al. 2 CO par une réglementation contractuelle du recours interne entre les coresponsables.

⁹⁷ ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373; ATF 132 III 321, c. 5.1, JdT 2006 I 447; ATF 116 II 645, c. 3b; ATF 115 II 24, c. 3; ATF 114 V 171, c. 3c (n.t.); ATF 96 II 172, c. 2, JdT 1972 I 83; ATF 81 II 129, c. 9, JdT 1955 I 525; ATF 76 II 387, c. 4, JdT 1951 I 571; ATF 67 II 26, c. 4 reproduit dans JdT 1941 I 363; ATF 63 II 143, c. 7, JdT 1937 I 522; ATF 56 II 396, c. 2, JdT 1931 I 211; ATF 50 II 186, c. 4, JdT 1924 I 397; ATF 47 II 408, c. 4, JdT 1922 I 84; ATF 45 II 638, c. 2, JdT 1920 I 264.

⁹⁸ Parmi d'autres: HERMANN BECKER, art. 51 N 4, dans *Berner Kommentar, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen – Art. 1–183*, Berne 1941 (BK-BECKER); BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 80 ss; ROBERT BOSSARD/HANS DAXELHOFFER/BERNARD JAEGER, *Die Bedeutung des Verschuldens im Rahmen von OR 51 II und VVG 72*, dans Roland Schaer/Jean-Louis Duc/Alfred Keller (édit.), *Das Verschulden im Wandel des Privatersicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, 306 ss, 310; BUGNON (n. 19), 63 ss et 71 ss; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 11; CASANOVA (n. 58), 155 ss, 203 ss et 210 ss; CHK-MAZAN (n. 27), CO 51 N 17; CR CO I-WERRO (n. 2), art. 51 N 9 ss; DESCHENAUX/TERCIER (n. 25), § 36 N 22 et 31; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2931 ss; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9^e éd., Zurich 2000, § 26 N 17; HARTMANN (n. 12), 36 et 58 ss; HONSELL/ISENRRING/KESSLER (n. 14), § 11 N 34 et 42; MARC HÜRZELER/NIKOLAUS TAMM/RAFFAELLA BIAGGI, *Personenschadensrecht – Ein Grundriss für Studium und Praxis*, Bâle 2010, N 422; KELLER (n. 28), 188 s.; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 146 ss en part. 148; KOLLER (n. 34), § 75 N 164; CH. MÜLLER (n. 69), N 871; OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 10 N 51 et 65 ss; HANS OSWALD, *Das Regressrecht in der Privat- und Sozialversicherung – Standort und Ausblick*, RSAS 1972 1 ss, 26 s.; PROBST (n. 12), 75 ss; REY (n. 2),

Nous commencerons par exposer l'état actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral en analysant quelques arrêts importants rendus au sujet de l'art. 51 al. 2 CO (cf. *infra* II.A.). Nous présenterons ensuite les différentes opinions de la doctrine (cf. *infra* II.B.). Notre analyse se terminera enfin par une prise de position sur la question (cf. *infra* II.C.).

A. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à de nombreuses reprises sur le sens à donner à l'expression «dans la règle» de l'art. 51 al. 2 CO.⁹⁹ Alors qu'il a très vite admis la possibilité de ne pas suivre le système de lignes instauré par cette norme,¹⁰⁰ il ne s'en est réellement détaché que dans de rares arrêts qui n'ont pour la plupart pas fait l'objet d'une publication au Recueil officiel.¹⁰¹

I. L'évolution jurisprudentielle

Cinq arrêts marquant une évolution dans la position du Tribunal fédéral sont présentés dans un ordre chronologique. Pour chacun d'eux, nous commencerons par résumer les faits et les considérants pertinents avant d'analyser en détail le contenu.

a) *La maison incendiée – ATF 45 II 638, JdT 1920 I 264*

Dans cet arrêt de 1919, le Tribunal fédéral affirme pour la première fois que le juge peut se détacher de la règle de l'art. 51 al. 2 CO, sans pour autant le faire dans le cas d'espèce.

On peut résumer les faits de la manière suivante: à la suite d'un incendie causé par les installations électriques de la société bernoise des forces motrices, une maison d'agriculteur se retrouve complètement détruite. L'agriculteur subit un dommage

matériel.¹⁰² Son assurance mobilière l'indemnise de son dommage et est subrogée dans ses droits contre le tiers responsable (art. 72 al. 1 LCA). L'assurance ouvre action en dommages-intérêts contre la société propriétaire des installations électriques. L'action est fondée en premier lieu sur l'art. 41 CO et, subsidiairement, sur l'art. 58 CO. Des experts mandatés par le Tribunal cantonal déclarent que l'incendie est dû aux installations électriques, mais qu'aucune faute ne peut être reprochée à la société exploitante.

Le Tribunal fédéral affirme en premier lieu qu'en application de l'art. 51 al. 1 CO, renvoyant à l'art. 50 al. 2 CO (cf. *supra* I.B.1.), c'est «au juge qu'il appartient d'apprécier si les personnes responsables ont un droit de recours les unes contre les autres et de fixer, le cas échéant, l'étendue de ce recours».¹⁰³ Il mentionne rapidement le système en cascade de l'art. 51 al. 2 CO. À ce propos, le Tribunal fédéral indique qu'on peut *exceptionnellement* déroger à cette règle «quand les circonstances spéciales du cas concret [sont] de nature à faire passer [la] responsabilité simplement légale avant celle résultant du contrat».¹⁰⁴ Dans le cas d'espèce, et après avoir retenu l'absence de faute de la société exploitante,¹⁰⁵ le Tribunal fédéral refuse de s'écarter de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO et rejette le recours de l'assureur. Il estime que «[l]e sentiment d'équité réclame précisément que l'assureur supporte le dommage avant la personne qui, sans qu'il y eût faute de sa part, a causé le dommage».¹⁰⁶ Il n'existe dès lors pas de motifs justifiant une «dérogação à l'ordre des responsabilités fixé par la loi».¹⁰⁷

Deux points appellent un commentaire. En premier lieu, on remarque que le Tribunal fédéral a commencé son analyse en rappelant que l'art. 51 al. 1 CO renvoie à l'art. 50 al. 2 CO – et donc au pouvoir d'appréciation du juge – pour la fixation de l'étendue de la responsabilité. Pourtant, il précise très vite que la règle en matière de répartition interne dans la solidarité imparfaite est celle de l'art. 51 al. 2 CO, ce qui contredit son propos préalable sur le pouvoir d'appréciation du juge.¹⁰⁸ En second lieu, le Tribunal fédéral définit la faculté du juge d'user de son pouvoir d'appréciation comme une exception à la règle de l'art. 51 al. 2 CO.¹⁰⁹ Cet arrêt pose clairement le système de l'art. 51 al. 2 CO

N 1517; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zurich 2002, N 554; RUMO-JUNGO (n. 45), N 1071 ss; RUMO-JUNGO (n. 59), RJB 2002, 438 ss; ROLAND SCHAEER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichsystemen, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1984, N 837 ss; SCHAEER (n. 60), recht 1991, 12 ss; ANTON K. SCHNYDER/WOLFGANG PORTMANN/MARKUS MÜLLER-CHEN, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, N 523; BEAT SCHÖNENBERGER, CO 51 N 11, dans Heinrich Honsell (édit.), Kurzkomentar Obligationenrecht – Art. 1–529 OR, Bâle 2008 (KUKO-SCHÖNENBERGER); INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6^e éd., Berne 2012, N 88.32; PETER STEIN, Neuordnung des Regresses im Schweizerischen Privatrecht oder Der mobile Leiterhaken, dans Andreas Müller (édit.), Collezione Assista, Genève 1998, 704 ss, 712 s.; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. 1, 3^e éd., Zurich 1979, 468 ss; WERRO (n. 1), N 1668 et 1671 s.; WIDMER (n. 12), 268 ss; ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER (n. 49), CO 51 N 17.

⁹⁹ Cf. N 97.

¹⁰⁰ Déjà dans l'ATF 45 II 638, c. 2, JdT 1920 I 264.

¹⁰¹ TF, arrêt du 5 mai 1987, *Michaud ct Confédération*, RJ 1987, 475 (*Air-Glacier*); TF, arrêt du 29 janvier 1981, *Tonossi c. Gaudin*; TF, ZR 1956 119 n° 59, c. 4; ATF 67 II 26, c. 4, reproduit dans JdT 1941 I 363 (*Grenzfall*); ATF 63 II 143, c. 7, JdT 1937 I 522.

¹⁰² Sur cette notion, cf. not. WERRO (n. 1), N 82 ss.

¹⁰³ ATF 45 II 638, c. 1, JdT 1920 I 264.

¹⁰⁴ ATF 45 II 638, c. 2, JdT 1920 I 264.

¹⁰⁵ ATF 45 II 638, c. 3, JdT 1920 I 264.

¹⁰⁶ ATF 45 II 638, c. 4, JdT 1920 I 264.

¹⁰⁷ ATF 45 II 638, c. 4, JdT 1920 I 264.

¹⁰⁸ ATF 45 II 638, c. 1, JdT 1920 I 264.

¹⁰⁹ ATF 45 II 638, c. 2, JdT 1920 I 264. Ce qu'une partie de la doctrine conteste, cf. *infra* II.B.2.

comme principe, auquel il est exceptionnellement possible d'y déroger, compte tenu des circonstances du cas particulier. Cette position est confirmée dans deux arrêts postérieurs aux faits similaires.¹¹⁰

b) *Les charcutiers zurichois brûlés –*
ATF 63 II 143, JdT 1937 I 522

Il s'agit du seul et unique arrêt où le Tribunal fédéral s'écarte de la règle de l'art. 51 al. 2 CO dans une affaire qui met en cause un assureur dommages.

On peut résumer les faits de la manière suivante: trois ouvriers charcutiers utilisent des abattoirs mis à disposition par la ville de Zurich. Le contrôle des installations est assuré par des employés de la ville. En voulant aider un employé municipal, l'un des ouvriers enlève le couvercle d'une chaudière. Il se produit un jet de vapeur et d'eau bouillante qui atteint les trois ouvriers et leur cause de graves brûlures. Les ouvriers se font indemniser par leur assurance qui se voit subroger dans leur droit. L'assurance attaque en responsabilité la ville de Zurich en sa qualité de propriétaire de l'ouvrage.

Le Tribunal fédéral rappelle qu'en édictant l'art. 51 CO, le législateur cherchait précisément à empêcher l'assureur de se retourner contre le propriétaire d'ouvrage dans ce genre de situation.¹¹¹ Il se détache en revanche rapidement de la genèse de cette norme en affirmant que «ce qui est décisif, ce n'est pas ce que le législateur a voulu, mais ce qui résulte de la loi à la lumière des conceptions générales du droit». ¹¹² Il estime que *l'équité* impose que le propriétaire d'ouvrage réponde du dommage qu'il a causé. Le Tribunal fédéral conclut en indiquant qu'il ne voit pas pourquoi les paiements des primes d'assurances devraient profiter à des tiers dont la responsabilité découle de la loi.¹¹³ Par conséquent, l'action récursoire de l'assureur contre la ville de Zurich est admise.¹¹⁴

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral fait preuve de pragmatisme et n'hésite pas à détacher la règle de l'art. 51 al. 2 CO du but pour laquelle elle a été édictée. Il use ainsi pleinement de son pouvoir d'appréciation pour répartir la responsabilité dans le cas d'espèce. Cette décision est d'autant plus remarquable que dans une affaire très récente, que

nous développerons plus loin (cf. *supra* II.A.1.e.), le Tribunal fédéral adopte une position bien plus restrictive quant à la possibilité d'user du pouvoir d'appréciation.¹¹⁵

c) *La vache qui blesse l'agriculteur –*
ATF 67 II 26, JdT 1941 I 363

Il s'agit d'un autre arrêt où le Tribunal fédéral s'écarte de la répartition de l'art. 51 al. 2 CO et use de son pouvoir d'appréciation pour définir la part que chaque coresponsable doit supporter dans les rapports internes.¹¹⁶

Les faits se résument de la manière suivante: après avoir récolté des pommes de terre avec l'aide de sa famille et un ouvrier, un agriculteur rentre chez lui en compagnie d'une de ses vaches. Sur le chemin du retour, l'agriculteur croise deux autres vaches appartenant à un fermier et qui sont surveillées par un domestique. Soudain, les deux nouvelles vaches se mettent à galoper sur le chemin, entraînant avec elles la vache de l'agriculteur. Dans le tumulte qui suit, l'agriculteur est jeté à terre par l'une des vaches et se casse la jambe et la clavicule. L'agriculteur lésé actionne le détenteur des deux vaches et le domestique chargé de les surveiller en vue d'obtenir la réparation de son dommage corporel. Il fonde son action contre le détenteur des vaches et employeur du domestique sur les art. 55 et 56 CO, alors qu'il agit contre l'hoirie du domestique, entretemps décédé, sur la base de l'art. 41 CO. Le Tribunal cantonal rejette le recours contre l'employeur et détenteur des animaux et admet uniquement le recours contre l'hoirie du domestique. L'agriculteur lésé et l'hoirie du domestique font recours au Tribunal fédéral contre cette décision.

Le Tribunal fédéral rejette d'abord l'action en responsabilité fondée sur l'art. 55 CO contre le détenteur des vaches et employeur du domestique, car il considère que la preuve libératoire a pu être apportée.¹¹⁷ Il retient en revanche la responsabilité du détenteur sur la base de l'art. 56 CO.¹¹⁸ Il reproche aussi au domestique d'avoir fait preuve de négligence dans la surveillance des vaches et le considère comme responsable au sens de l'art. 41 CO.¹¹⁹ L'agriculteur lésé doit supporter un tiers de son dommage en raison de sa faute concomitante

¹¹⁰ ATF 47 II 408, c. 4, JdT 1922 I 84, à nouveau à propos de l'incendie d'une ferme et ATF 56 II 396, c. 2, JdT 1931 I 211, qui concerne un accident entre une personne et un tramway. Dans les deux cas, le Tribunal fédéral rappelle que le juge ne peut qu'exceptionnellement se détacher du principe de l'art. 51 al. 2 CO, avant de refuser de le faire dans le cas d'espèce.

¹¹¹ ATF 63 II 143, c. 7, JdT 1937 I 522.

¹¹² ATF 63 II 143, c. 7, JdT 1937 I 522.

¹¹³ ATF 63 II 143, c. 7, JdT 1937 I 522.

¹¹⁴ ATF 63 II 143, c. 8, JdT 1937 I 522.

¹¹⁵ Cf. ATF 137 III 352, JdT 2014 II 373.

¹¹⁶ Cf. BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 80b.

¹¹⁷ ATF 67 II 26, c. 1 reproduit dans JdT 1941 I 363. Le Tribunal fédéral rappelle que «[c]e sont la plupart du temps les enfants qui, en Valais, mènent les vaches aux champs», de sorte qu'en confiant cette tâche à un domestique âgé de 27 ans, l'employeur a pris tous les soins commandés par les circonstances.

¹¹⁸ ATF 67 II 26, c. 1, reproduit dans JdT 1941 I 363.

¹¹⁹ ATF 67 II 26, c. 3, reproduit dans JdT 1941 I 363.

(art. 44 CO).¹²⁰ Dans les rapports internes, un tiers du dommage est mis à la charge du détenteur de l'animal alors que le dernier tiers est à la charge de l'hoirie du domestique décédé.¹²¹ Dans les rapports externes, ces deux responsables sont dans un rapport de solidarité imparfaite, de sorte que le lésé peut rechercher le responsable de son choix.¹²²

En analysant cet arrêt, on remarque que le Tribunal fédéral s'est totalement détaché de la règle de l'art. 51 al. 2 CO. Sans même dire qu'il s'agit d'une exception, il a usé de son pouvoir d'appréciation pour répartir la responsabilité entre les deux auteurs. À aucun moment il ne mentionne la règle de l'art. 51 al. 2 CO. Si celle-ci avait été appliquée, l'hoirie du domestique décédé aurait dû supporter l'entier du dommage (sous réserve de la faute concomitante du lésé). En effet, en tant que responsable pour faute au sens de l'art. 41 CO, le domestique est placé en première ligne. Le détenteur de l'animal est, selon la doctrine traditionnelle et la jurisprudence, inclus dans la troisième ligne (cf. *supra* I.A.2.). On le voit bien, cette solution aurait été fortement inéquitable et contraire au but de l'art. 56 CO. Il est normal de faire supporter une part du dommage commis par un animal à son détenteur, puisque c'est lui qui tire profit de l'animal.¹²³ Nous ne pouvons qu'approuver la décision du Tribunal fédéral dans cette affaire. Il faut toutefois remarquer que le considérant concernant la solidarité et la répartition du dommage n'a pas été reproduit dans la version publiée de l'arrêt.¹²⁴

d) *L'Air-Glacier – TF, 5.5.1987, Michaud ct. Confédération, RJ 1987 475*

Dans cet arrêt non publié, le Tribunal fédéral s'écarte de la règle de l'art. 51 al. 2 CO et use de son

pouvoir d'appréciation pour répartir la responsabilité dans les rapports internes.¹²⁵

Les faits remontent au mois d'octobre 1982. Dans le cadre d'une campagne de vaccination contre la rage, le Service vétérinaire cantonal du Valais charge la société Air-Glacier SA de jeter par hélicoptère des têtes de poules auxquelles sont fixés des sachets contenant un vaccin antirabique visant à immuniser les renards de la région. Outre le pilote, employé d'Air-Glacier SA, quatre autres personnes sont présentes dans l'hélicoptère. Pour limiter les risques liés au vol à basse altitude, l'équipage dispose de deux cartes à échelle différente, sur lesquelles les câbles de transport inscrits sur les cartes officielles des obstacles à la navigation aérienne ont été reportés. Lors de la mission, l'hélicoptère heurte un câble de téléphérique appartenant à la commune d'Ormont-Dessus (Vaud). L'hélicoptère prend feu et s'écrase. Les cinq passagers périssent dans l'accident. On apprend plus tard que lors de la construction de ce téléphérique, l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) avait demandé à la commune d'Ormont-Dessus de baliser le câble en installant des sphères jaunes. La commune avait obtenu de l'OFAC l'autorisation d'utiliser des plaques de tôle de couleur jaune citron à la place des sphères jaunes, à charge pour elle d'en assurer l'entretien. Lors de l'accident, les câbles ne comptaient plus que quatre balises complètement rouillées qui ne permettaient pas d'apercevoir l'obstacle à temps pour l'éviter. De plus, il s'est avéré que dès 1978, la mention du câble de téléphérique en cause a été supprimée des cartes officielles des obstacles à la navigation suite à une réunion entre l'OFAC et l'Office cantonal des transports et du tourisme du canton de Vaud. Compte tenu de ces faits, les héritiers des cinq passagers dé-

¹²⁰ ATF 67 II 26, c. 4, reproduit dans JdT 1941 I 363. Sur la notion de faute concomitante, cf. not. BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 44 N 7 ss.

¹²¹ ATF 67 II 26, c. 4, reproduit dans JdT 1941 I 363.

¹²² ATF 67 II 26, c. 4, reproduit dans JdT 1941 I 363. Le Tribunal fédéral procède sur ce point à une analyse étonnante. Il impose d'abord un tiers du dommage à la charge exclusive du détenteur de l'animal. Seul le dernier tiers est à supporter en solidarité par le détenteur de l'animal et l'hoirie du domestique décédé. Sur ce dernier tiers, le Tribunal fédéral affirme que si le détenteur de l'animal est recherché par le lésé, il pourra faire un recours contre l'hoirie pour récupérer ce tiers. Ce développement semble confus. En réalité, il faut affirmer que le détenteur de l'animal et l'hoirie du domestique décédé sont solidairement responsables des deux tiers du dommage au niveau externe, et qu'au niveau interne chacun doit répondre du dommage par moitié, de sorte que celui qui paye plus que sa part a droit à un recours contre l'autre pour récupérer le surplus. Cf. BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 80b.

¹²³ Cf. WERRO (n. 1), N 943.

¹²⁴ ATF 67 II 26, c. 3, 4 et 5, reproduit dans JdT 1941 I 363.

¹²⁵ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 80b. Pour un commentaire de l'arrêt, cf. EMIL W. STARK, Zwei neuere Entscheidungen des Bundesgerichtes zur Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR, RJB 1992 221 ss, 223. Depuis l'arrêt de la vache blessant l'agriculteur (cf. *supra* II.A.1.c.), le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer l'art. 51 al. 2 CO dans deux autres arrêts non publiés. Le premier concerne un bailleur de voiture qui actionne un ami de son locataire qui a provoqué de manière fautive un accident. L'assurance du bailleur s'est retournée contre le bailleur après avoir indemnisé la victime. Le bailleur décide d'attaquer le locataire, sur la base du contrat lui interdisant de laisser un tiers utiliser la voiture, et l'ami de celui-ci, qui a provoqué l'accident de manière fautive. Le Tribunal fédéral refuse d'appliquer la règle de l'art. 51 al. 2 CO et rejette le recours contre le conducteur fautif (TF, ZR 1956 115 n° 59, c. 4). Le second arrêt traite d'un participant à une rixe au sortant d'un dancing qui se retourne contre les autres participants et contre le propriétaire de la boîte de nuit. Le Tribunal fédéral use de son pouvoir d'appréciation pour répartir le poids de la responsabilité. Il retient une faute concomitante de 30% à charge du lésé ayant participé à la rixe. Les 70% restant sont mis pour moitié à charge des autres participants ainsi qu'au propriétaire de la boîte de nuit reconnue défectueuse au sens de l'art. 58 CO (TF, arrêt du 29 janvier 1981, *Tonossi c. Gaudin*). Cf. BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 80b.

cédés et la société Air-Glacier SA attaquent en responsabilité la Confédération helvétique, le canton de Vaud et la commune d'Ormont-Dessus.

Le Tribunal fédéral admet la responsabilité de la Confédération et du canton de Vaud sur la base de leur loi respective sur la responsabilité de l'État.¹²⁶ La responsabilité de la commune d'Ormont-Dessus en tant que propriétaire d'ouvrage est aussi retenue (art. 58 CO).¹²⁷ Le Tribunal fédéral qualifie la relation entre les coresponsables de solidarité imparfaite au sens de l'art. 51 CO.¹²⁸ L'arrêt indique que la règle de l'art. 51 al. 2 CO n'est pas impérative et que le juge peut s'en écarter lorsque les circonstances le justifient. Le Tribunal fédéral cite sans prendre position certains auteurs qui estiment que la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO n'est pas adaptée aux responsabilités objectives aggravées.¹²⁹ Il affirme que «[c]ompte tenu des causes de responsabilité qui entrent en jeu ici, il se justifie de faire abstraction de la directive de l'art. 51 al. 2 CO et de répartir les responsabilités en fonction de l'importance que revêtent, par rapport à l'accident qui s'est produit, les facteurs dont répondent les responsables en présence».¹³⁰ Il s'écarte ainsi totalement de l'art. 51 al. 2 CO dans la répartition de la responsabilité entre les coresponsables.

Il convient de s'arrêter sur les raisons qui poussent le Tribunal fédéral à s'écarter de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO et les critères de répartition qu'il utilise pour déterminer les parts de responsabilité. Le Tribunal fédéral justifie le fait de ne pas respecter la «directive»¹³¹ de l'art. 51 al. 2 CO par les «causes de responsabilité qui entrent en jeu». Appliquer la règle de l'art. 51 al. 2 CO à l'état de fait en cause aurait condamné la commune à supporter l'entier du dommage. Cette solution aurait été inéquitable, car elle aurait exonéré sans raison les deux autres auteurs. Concernant les critères de répartition, les juges ont tenu compte de l'impact que les faits générateurs de responsabilité (manque de diligence et risque) ont eu sur le dommage. Il s'agit de la même analyse que celle opérée lors de la pluralité de res-

ponsabilités de même nature (cf. *supra* I.B.2.). Sur les deux points, l'analyse emporte la conviction.

e) *Le client qui tombe dans les escaliers – ATF 137 III 352, JdT 2014 II 373*

Il s'agit du dernier arrêt publié à ce jour en lien avec l'art. 51 al. 2 CO. Dans cette affaire, qui met en cause un propriétaire d'ouvrage à une assurance maladie et à une assurance dommages, le Tribunal fédéral refuse de changer sa jurisprudence relative à l'art. 51 al. 2 CO. Bien que cette décision concerne aussi une assurance maladie, nous nous limiterons aux développements relatifs à l'assurance dommages et à l'art. 72 al. 1 LCA.¹³²

On peut résumer les faits de la manière suivante: un client d'un café trébuche en tentant d'accrocher son manteau à la garde-robe de ce même café. En tombant, il heurte une porte, dévale des escaliers et finit dans la cave du café, grièvement blessé à la jambe. Son dommage corporel est couvert par son assurance maladie et son assurance dommages, qui sont subrogés dans les droits du lésé contre le propriétaire du café (art. 72 al. 1 LPGA et 72 al. 1 LCA). Les assureurs actionnent en responsabilité le propriétaire de l'ouvrage (art. 58 CO). Les tribunaux de première et de deuxième instance donnent raison aux assureurs et le propriétaire de l'ouvrage fait recours au Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler la règle de l'art. 51 al. 2 CO et notamment sa relation avec l'art. 72 al. 1 LCA (cf. *supra* I.A.3.).¹³³ Il rappelle qu'aux yeux du législateur, l'art. 51 al. 2 CO visait précisément à empêcher l'assureur dommages de se retourner contre un responsable objectif. Il ajoute que «[l]es circonstances particulières susceptibles de justifier une dérogation à l'ordre des recours internes tel que prévu à l'art. 51 al. 2 CO ne sont pas davantage établies».¹³⁴ En application du principe de la priorité d'une ligne sur une autre (cf. *supra* I.A.2.), l'assureur dommages (2^e ligne) ne peut dès lors pas se retourner contre le propriétaire d'ouvrage (3^e ligne).

Le Tribunal fédéral s'interroge ensuite sur la pertinence d'un revirement de jurisprudence. Dans un long développement, il expose de manière détaillée les reproches qu'une partie de la doctrine formule à l'égard de sa position.¹³⁵ Ces auteurs considèrent

¹²⁶ TF, arrêt du 5 mai 1987, *Michaud ct. Confédération*, RJ 1987, 475, c. 3a.

¹²⁷ TF, arrêt du 5 mai 1987, *Michaud ct. Confédération*, RJ 1987, 475, c. 4.

¹²⁸ TF, arrêt du 5 mai 1987, *Michaud ct. Confédération*, RJ 1987, 475, c. 5a.

¹²⁹ TF, arrêt du 5 mai 1987, *Michaud ct. Confédération*, RJ 1987, 475, c. 6 et les réf. citées.

¹³⁰ TF, arrêt du 5 mai 1987, *Michaud ct. Confédération*, RJ 1987, 475, c. 6. Dans une décision postérieure, le Tribunal fédéral ira même jusqu'à dire que cet arrêt a posé comme principe que le juge doit s'écarter de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO lorsque les circonstances du cas le justifient, cf. ATF 116 II 645, c. 3b.

¹³¹ Le Tribunal fédéral qualifie la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO de «directive», cf. TF, arrêt du 5 mai 1987, *Michaud ct. Confédération*, RJ 1987, 475, c. 6.

¹³² Les assurances sociales ne sont pas concernées par la répartition de la responsabilité selon l'art. 51 al. 2 CO, de sorte qu'elles peuvent aussi se retourner contre un responsable objectif. Cf. ATAF, arrêt du 16 octobre 2014, A-7102/2013, c. 2.3.6.3.

¹³³ ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373.

¹³⁴ ATF 137 III 352, c. 4.1, JdT 2014 II 373.

¹³⁵ ATF 137 III 352, c. 4.2, JdT 2014 II 373 et les réf. citées.

que cette jurisprudence traite à tort un assureur dommages comme un responsable et qu'elle exonère de manière injustifiée le responsable objectif de toute responsabilité, alors même que l'évolution de la responsabilité civile relativise l'importance du rôle de la faute.¹³⁶ Le Tribunal fédéral va même jusqu'à qualifier cette critique de pertinente.¹³⁷ Il indique pourtant que la règle de l'art. 51 al. 2 CO n'a pas été appliquée que dans «un unique et ancien arrêt», en faisant référence à l'affaire des charcutiers zurichois brûlés (cf. *supra* II.A.1.b.).¹³⁸ Aussi, le Tribunal fédéral mentionne l'art. 76 al. 2 du projet de révision totale de la LCA qui permet à l'assureur de se retourner contre un responsable objectif.¹³⁹ Il estime que la jurisprudence relative à l'art. 51 al. 2 CO respecte la «volonté sans équivoque du législateur» selon laquelle l'assureur dommages ne peut se retourner contre le responsable objectif.¹⁴⁰ Il affirme qu'il n'appartient pas à la jurisprudence de se détacher de cette volonté, même si un certain temps s'est écoulé depuis lors, et cela d'autant plus que le législateur s'est chargé de cette question dans le projet de révision de la LCA.¹⁴¹ Partant, il n'existe pas de motifs suffisants qui justifient un changement de jurisprudence.

Nous ferons trois remarques en lien avec cet arrêt. Tout d'abord, le Tribunal fédéral affirme à tort que l'affaire des charcutiers zurichois (ATF 63 II 143)¹⁴² est la seule et unique décision dans laquelle il s'est écarté de la règle de l'art. 51 al. 2 CO. Comme on l'a vu, d'autres arrêts postérieurs à l'ATF 63 II 143 s'écartent de cette hiérarchie.¹⁴³ Il est en revanche vrai qu'aucune de ces décisions ne mettait en cause un assureur. Cette affirmation démontre que la perception que le Tribunal fédéral a de l'art. 51 al. 2 CO varie en fonction des parties en cause, à tel point qu'il interprète cette norme de manière différente lorsque des assureurs ne participent pas à la procédure.

En outre, nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral a une vision erronée de la *ratio legis* de l'art. 51 al. 2 CO. Il est vrai que cette norme a été édictée précisément en réaction à un arrêt du Tribunal fédéral qui permettait à un assureur dommages de

se retourner contre un responsable objectif.¹⁴⁴ Pour autant, il ressort des débats parlementaires que la conception d'HUBER laissait une large place à l'appréciation du juge. En tant qu'il met le pouvoir d'appréciation au centre de l'analyse, l'ATF 63 II 143 est bien plus pragmatique et conforme à l'art. 51 al. 2 CO que ne l'est l'ATF 137 III 352.

Enfin, le Tribunal fédéral justifie son refus en mentionnant le fait que le projet de révision totale de la LCA permettra à l'assureur dommages de se retourner contre le responsable objectif. En disant cela, il reconnaît en réalité que la situation actuelle n'est pas satisfaisante. Il semble en revanche estimer que ce n'est pas son rôle de la modifier, alors même qu'il l'a déjà fait par le passé et que cette situation résulte en grande partie de l'interprétation qu'il donne de l'art. 51 al. 2 CO. Cette affirmation du Tribunal fédéral donne l'impression qu'il a profité du fait qu'une réforme législative était en court pour ne pas modifier sa jurisprudence. Compte tenu du fait que la révision totale de la LCA a été abandonnée, il serait intéressant de voir si le Tribunal fédéral serait prêt à revenir sur son approche restrictive dans des décisions futures.

2. Une synthèse

Il ressort des arrêts présentés que le Tribunal fédéral considère que la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO est le principe applicable à la répartition de la responsabilité entre les différents auteurs. Il est possible de s'en écarter exceptionnellement lorsque les circonstances l'exigent. On peut à cet égard faire un premier constat : à l'exception d'une affaire,¹⁴⁵ le Tribunal fédéral ne s'est jamais écarté de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO lorsque l'action récursoire était intentée par un assureur dommages. Aussi, son appréciation des exceptions à cette règle change en fonction des parties en cause : alors qu'en présence d'assureur, elles sont interprétées très restrictivement au point où elles ne sont pratiquement jamais admises, le juge s'en détache aisément lorsque des assureurs ne sont pas en cause.

B. La position de la doctrine

La question du sens à donner à l'expression «dans la règle» de l'art. 51 al. 2 CO a fait l'objet de beaucoup d'analyse de la doctrine.¹⁴⁶ D'une manière synthétique, on distingue entre les partisans d'une approche stricte (cf. *infra* II.B.1.) et ceux d'une approche flexible (cf. *infra* II.B.2.).

¹³⁶ ATF 137 III 352, c. 4.2, JdT 2014 II 373. Il mentionne notamment la critique de VON TUHR (n. 59), RSJ 1922, 223 ss.

¹³⁷ ATF 137 III 352, c. 4.2, JdT 2014 II 373.

¹³⁸ Cf. ATF 63 II 143, JdT 1937 I 522.

¹³⁹ ATF 137 III 352, c. 4.3, JdT 2014 II 373.

¹⁴⁰ ATF 137 III 352, c. 4.6, JdT 2014 II 373.

¹⁴¹ ATF 137 III 352, c. 4.6, JdT 2014 II 373.

¹⁴² Cf. *supra* II.A.1.b.

¹⁴³ Cf. not. ATF 67 II 26, JdT 1941 I 363 (cf. *supra* II.A.1.c.). Voir aussi, TF, arrêt du 5 mai 1987, Michaud ct. Confédération, RJ 1987, 475 (cf. *supra* II.A.1.d.); TF, arrêt du 29 janvier 1981, Tonossi c. Gaudin; TF, ZR 1956 115 n° 59, c. 4.

¹⁴⁴ ATF 35 II 238; cf. *supra* I.A.1.

¹⁴⁵ ATF 63 II 143, JdT 1937 I 522; cf. *supra* II.A.1.b.

¹⁴⁶ Cf. *supra* N 98.

1. L'approche stricte

Ces auteurs reprennent pour l'essentiel la jurisprudence du Tribunal fédéral et considèrent qu'en principe, il faut suivre la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO.¹⁴⁷ Le juge peut user de son pouvoir d'appréciation que de manière exceptionnelle.¹⁴⁸ Il faut admettre l'exception de manière restrictive.¹⁴⁹ OFTINGER considère ainsi que le juge doit faire preuve d'une grande retenue lorsqu'il apprécie les exceptions à l'art. 51 al. 2 CO, car cette disposition contient « *ein wohl abgewogenes ethisch fundiertes Prinzip* ». ¹⁵⁰ OSWALD qualifie cette règle de « *Meisterstück* », malgré ses quelques défauts.¹⁵¹ BREHM considère que, de par sa clarté, la règle de l'art. 51 al. 2 CO améliore la sécurité juridique, bien qu'il admette aussi que le juge doit user plus souvent de son pouvoir d'appréciation et qu'il ne doit pas s'enfermer dans cette règle.¹⁵²

2. L'approche flexible

Cette doctrine remet en cause de plusieurs manières la jurisprudence stricte du Tribunal fédéral quant à l'application de l'art. 51 al. 2 CO.¹⁵³ Les raisonnements et propositions se distinguant parfois sur certains points, il s'impose de structurer le développement qui suit en regroupant les auteurs en fonction de leur position.

a) Le contrôle du résultat par le pouvoir d'appréciation

Plusieurs auteurs considèrent que le juge doit suivre les directives de l'art. 51 al. 2 CO aussi longtemps que celles-ci ne mènent pas à un résultat inéquitable dans le cas concret.¹⁵⁴ La hiérarchie de l'art.

51 al. 2 CO ne doit ainsi pas être prise de manière stricte et le juge doit à chaque fois vérifier l'impact de l'application de cette règle dans le cas particulier et s'en détacher lorsque le résultat n'est pas satisfaisant.¹⁵⁵ SCHAER va même jusqu'à qualifier la règle de l'art. 51 al. 2 CO de « *faute fondamentale du législateur* ». ¹⁵⁶

Partant de l'existence des lignes *de lege lata*, WERRO se range à l'idée que celles-ci doivent céder le pas à l'équité, mais, pour améliorer la cohérence du système mis en place qui les consacre, il propose une autre répartition des lignes que celle retenue par le Tribunal fédéral.¹⁵⁷ Il procède à une répartition basée strictement sur le fondement de la responsabilité en cause. Selon cet auteur, entrent dans la première ligne toutes les responsabilités fondées sur un manque de diligence.¹⁵⁸ Cette ligne inclut non seulement les personnes responsables en vertu des art. 41 et 97 CO, mais aussi les responsabilités objectives simples fondées sur un manque de diligence (art. 55, 56, 58 CO et art. 333 et 679 CC),¹⁵⁹ ainsi que le responsable objectif aggravé qui commet une faute additionnelle.¹⁶⁰ La deuxième ligne inclut les responsabilités fondées sur le défaut (art. 1 LRFP et art. 208 al. 2 CO et dans certains cas les art. 58 CO et 679 CC),¹⁶¹ alors que la troisième ligne est réservée aux responsabilités objectives aggravées fondées sur le risque (p. ex. art. 58 LCR) et aux responsables incapables de discernement au sens de l'art. 54 CO.¹⁶² Par la systématique adoptée, cette approche donne plus d'importance au pouvoir d'appréciation du juge, puisqu'elle multiplie les cas de responsabilité de même nature (cf. *supra* I.B.).

b) Le pouvoir d'appréciation comme principe

BUGNON adopte une approche qui se fonde sur l'art. 4 CC.¹⁶³ Selon cet auteur, le pouvoir d'appréciation du juge ne constitue pas un correctif à la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO, mais bien la règle première donnée par la loi.¹⁶⁴ Avec WIDMER,¹⁶⁵ il s'appuie sur la volonté d'HUBER de maintenir le pouvoir

¹⁴⁷ BK-BECKER (n. 98), CO 51 N 4 ss; CHK-MAZAN (n. 27), CO 51 N 17; GUHL/KOLLER (n. 98), § 27 N 17; HARTMANN (n. 12), 36 et 58 ss; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 148; OFTINGER (n. 58), I, 352; OSWALD (n. 98), RSAS 1972, 27; VON TUHR/PETER (n. 98), 468 ss; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (n. 49), CO 51 N 7 ss en part. 17. D'une certaine manière, BK-BREHM (n. 1), CO 80d et 146. Pour tous les autres, cf. CASANOVA (n. 58), 168.

¹⁴⁸ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 80d.

¹⁴⁹ BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 80d.

¹⁵⁰ OFTINGER (n. 58), I, 352. Du même avis: CHK-MAZAN (n. 27), CO 51 N 17; KELLER/GABI/GABI (n. 29), 148; OSWALD (n. 98), RSAS 1972, 26.

¹⁵¹ OSWALD (n. 98), RSAS 1972, 27.

¹⁵² BK-BREHM (n. 1), CO 51 N 146; *contra* PROBST (n. 12), 76 nbp 94, qui considère que l'ordre des recours n'a pas d'influence sur le comportement des coresponsables; CASANOVA (n. 58), 168 considère pour sa part que, de par son incohérence, la règle de l'art. 51 al. 2 CO est une atteinte à la sécurité juridique.

¹⁵³ BOSSARD/DAXELHOFFER/JAEGER (n. 98), 310; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (n. 1), art. 51 N 11; BUGNON (n. 19), 63 ss et 71 ss; CASANOVA (n. 58), 155 ss, 203 ss et 210 ss; DESCHENAUX/TERCIER (n. 25), § 36 N 22 et 31; FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2935; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI (n. 98), N 422; PROBST (n. 12), 75 ss; REY (n. 2), N 1517; RUMO-JUNGO (n. 45), N 1071 ss en part. 1077; RUMO-JUNGO (n. 59), RJB 2002, 438 ss; SCHAER (n. 60), recht 1991, 12 ss; SCHAER (n. 98), N 837 ss; SCHWENZER (n. 98), N 88.32; STEIN (n. 98), 712 s.; WERRO (n. 1), N 1671 ss; WIDMER (n. 12), 276 ss.

¹⁵⁴ FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2935; REY (n. 2), N 1517; WERRO (n. 1), N 1671.

¹⁵⁵ FELLMANN/KOTTMANN (n. 6), N 2935; REY (n. 2), N 1517; WERRO (n. 1), N 1671.

¹⁵⁶ SCHAER (n. 98), N 843.

¹⁵⁷ WERRO (n. 1), N 1663.

¹⁵⁸ WERRO (n. 1), N 1663.

¹⁵⁹ Du même avis, cf. CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 2017; ROBERTO VITO, *Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung?*, PJA 2005, 1323 ss, 1327.

¹⁶⁰ WERRO (n. 1), N 1663.

¹⁶¹ WERRO (n. 1), N 1664.

¹⁶² WERRO (n. 1), N 1666.

¹⁶³ BUGNON (n. 19), 63 ss et 71 ss.

¹⁶⁴ BUGNON (n. 19), 63. Du même avis: KUKO-SCHÖNENBERGER (n. 98), CO 51 N 11; OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 10 N 65; SCHWENZER (n. 98), N 88.32.

¹⁶⁵ WIDMER (n. 12), 278.

d'appréciation du juge comme principe de répartition de la responsabilité lors de l'introduction de cette disposition.¹⁶⁶ Par ailleurs, cet auteur considère que ce n'est pas l'expression « dans la règle » de l'art. 51 al. 2 CO qui laisserait une place au pouvoir d'appréciation du juge, mais bien l'art. 51 al. 1 CO qui renvoie à l'application analogique des règles sur la solidarité parfaite (art. 50 al. 2 CO).¹⁶⁷ Il conteste aussi la manière dont le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine interprètent la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO et estime que cette disposition ne mentionne nulle part une classification en trois catégories.¹⁶⁸

PROBST se rattache pour l'essentiel à la position de BUGNON et considère que la référence générale à l'appréciation du juge, énoncée à l'art. 51 al. 1 CO, constitue le critère de base qui sous-tend toute la disposition.¹⁶⁹ Il reproche au Tribunal fédéral de s'imposer un schéma rigoureux que l'art. 51 al. 2 CO n'exige pas. Cette règle n'est d'ailleurs plus en phase avec la multiplication des responsabilités objectives de notre société moderne.¹⁷⁰ Cet auteur s'appuie aussi sur les propos tenus par HUBER lors de l'introduction de cette disposition montrant la volonté de celui-ci de laisser une grande place au pouvoir d'appréciation du juge. Il souligne les incohérences du principe de l'exclusivité d'une ligne sur une autre avec le système de répartition de la solidarité parfaite et celui de la rencontre de responsabilités.¹⁷¹ Il conclut que l'ordre des recours prévu à l'art. 51 al. 2 CO ne doit pas avoir une portée allant au-delà d'une directive dont s'inspire le juge dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation.¹⁷²

c) *Le partage sectoriel des responsabilités*

Tout en reconnaissant que la règle de l'art. 51 al. 2 CO a le mérite d'être simple, OFTINGER/STARK et WIDMER considèrent que le système de ligne prévu par cette disposition ne tient pas assez compte des différents cas de figure.¹⁷³ Ils estiment que cette règle n'est pas en phase avec la réalité économique et qu'elle est trop favorable au responsable objectif simple et aggravé.¹⁷⁴ OFTINGER/STARK proposent un système de partage sectoriel de la responsabilité en fonction des circonstances, à l'image de ce qui se fait

dans les cas de rencontre de responsabilités.¹⁷⁵ Il faut selon eux prendre en compte toutes les circonstances ayant un impact sur le dommage¹⁷⁶ et les répartir selon des quotes-parts.¹⁷⁷ La taille de la quote-part sera déterminée en fonction de la faute, du risque et du manque de diligence.¹⁷⁸ Le total de ces quotes-parts équivaut à 100%. La compensation des causes est exclue.¹⁷⁹ Une fois fixées, les quotes-parts sont réparties entre les différents coresponsables.

CASANOVA adopte une approche très critique de l'art. 51 al. 2 CO et de l'interprétation qu'en donne le Tribunal fédéral.¹⁸⁰ Il considère que la hiérarchie de cette disposition est incohérente et que sa construction est erronée.¹⁸¹ Selon cet auteur, l'évolution récente de la responsabilité civile ne permet plus de considérer la responsabilité objective comme une exception au système de la responsabilité, mais bien comme un de ses fondements ayant une valeur égale à celle de la faute.¹⁸² Le principe est donc celui de l'équivalence des fondements de la responsabilité civile. Au même titre que le lésé peut exiger la réparation de l'entier de son préjudice au responsable de son choix, le responsable recherché doit pouvoir se retourner contre les coresponsables.¹⁸³ Celui qui est responsable dans les rapports externes, doit l'être dans les rapports internes.¹⁸⁴ Mettre en place une hiérarchie qui considère la faute comme plus grave que le risque résulte d'une conception dépassée de la responsabilité civile qui pénalise l'auteur d'une faute, alors même que le but de la responsabilité civile n'est pas de punir un comportement, mais bien de réparer un préjudice.¹⁸⁵ CASANOVA plaide pour une réduction de la portée des termes de l'art. 51 al. 2 CO par le biais d'une interprétation téléologique.¹⁸⁶ À l'image de STARK, il soutient la méthode du partage sectoriel pour répartir les responsabilités entre les différents auteurs. Cette répartition définitive doit se baser sur les fondements de la responsabilité civile.¹⁸⁷ L'intensité de la faute peut être un critère de répartition interne, aussi longtemps qu'elle n'a

¹⁶⁶ BSt. CN 1909 522 et 737; BUGNON (n. 19), 63.

¹⁶⁷ BUGNON (n. 19), 63 s.

¹⁶⁸ BUGNON (n. 19), 72.

¹⁶⁹ PROBST (n. 12), 75.

¹⁷⁰ PROBST (n. 12), 76.

¹⁷¹ PROBST (n. 12), 77 s.

¹⁷² PROBST (n. 12), 79.

¹⁷³ OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 10 N 51; STARK (n. 125), RJB 1992, 221 ss; WIDMER (n. 12), 292 ss.

¹⁷⁴ OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 10 N 51.

¹⁷⁵ OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 9 N 12 ss et § 10 N 65; WIDMER (n. 12), 293. Du même avis, RUMO-JUNGO (n. 59), RJB 1992, 441. Sur la rencontre de responsabilité, cf. OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 9 N 12 ss et WERRO (n. 1), N 1297 ss.

¹⁷⁶ OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 11 N 12.

¹⁷⁷ OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 9 N 12 ss.

¹⁷⁸ OFTINGER/STARK (n. 3), I, § 9 N 24; WERRO (n. 1), N 1302.

¹⁷⁹ WERRO (n. 1), N 1299 et les réf. citées.

¹⁸⁰ CASANOVA (n. 58), 155 ss, en part. 167.

¹⁸¹ CASANOVA (n. 58), 155 et 210.

¹⁸² CASANOVA (n. 58), 156 s. Du même avis: SCHAEER (n. 98), N 858.

¹⁸³ CASANOVA (n. 58), 167.

¹⁸⁴ CASANOVA (n. 58), 203 et 218.

¹⁸⁵ CASANOVA (n. 58), 159 et 167.

¹⁸⁶ CASANOVA (n. 58), 212 ss.

¹⁸⁷ CASANOVA (n. 58), 205 ss.

pas déjà influencé les rapports externes.¹⁸⁸ En cas de responsabilité objective aggravée, la prise en compte du risque doit se faire de manière abstraite.¹⁸⁹ Le risque et la faute doivent être pris en compte de manière égale, mais peuvent être différenciés en fonction de leur intensité.¹⁹⁰

d) *L'abandon de lege ferenda de la hiérarchie*

Dans l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile, WIDMER/WESSNER ont proposé un abandon de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO (art. 53c AP-RC).¹⁹¹ Ils relèvent que la règle a été introduite «sans profonde réflexion» dans le Code des obligations et qu'elle doit être comprise comme une directive ne liant pas le juge. Ils estiment que rien ne justifie de privilégier les personnes qui répondent objectivement d'un risque face aux responsables pour faute.¹⁹² L'art. 53c al. 1 AP-RC met ainsi à égalité la faute et le risque.¹⁹³

FURRER/KÖRNER ont repris cette solution dans le projet de Code des obligations 2020. L'art. 204 al. 2 CO2020 dispose que «[p]our les dommages-intérêts, la part à prendre en charge se détermine selon le manquement au devoir de chacun et d'après les circonstances». Le système en cascade de l'art. 51 al. 2 CO n'est pas repris, les auteurs le jugeant non adapté au principe de l'égalité des différents faits générateurs de responsabilité civile qui gouverne l'ensemble du projet du Code des obligations 2020.¹⁹⁴

3. *Une synthèse*

L'approche stricte adoptée par le Tribunal fédéral trouve de moins en moins d'écho dans la doctrine, notamment récente. Que ce soit les auteurs qui soutiennent que le juge doit contrôler dans le cas concret le résultat obtenu par l'application de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO (cf. *supra* II.B.2.a.), ceux estimant que le juge doit en premier lieu user de son pouvoir d'appréciation (cf. *supra* II.B.2.b.), ou ceux proposant un partage sectoriel de la responsabilité laissant beaucoup de place au pouvoir d'appréciation du juge (cf. *supra* II.B.2.c.), tous

remettent en cause la rigidité du Tribunal fédéral quant à l'application de cette disposition.

C. *Une prise de position*

La jurisprudence concernant la manière dont la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO lie le juge est inconstante. Le Tribunal fédéral s'est parfois montré très ouvert à l'idée de ne pas suivre cette hiérarchie lé-gale lorsqu'il s'est agi de répartir la responsabilité entre des responsables pour faute et des responsables objectifs, allant même jusqu'à élever le pouvoir d'appréciation du juge au rang de principe.¹⁹⁵ Il a en revanche adopté une position beaucoup plus rigide, et ce même récemment, sur le rôle de son pouvoir d'appréciation lorsque des assureurs étaient en cause.¹⁹⁶

Cette différence d'approche en fonction des parties à la procédure est critiquable. Elle montre que le Tribunal fédéral n'est pas à l'aise lorsqu'il s'agit d'appliquer cette hiérarchie. Le Tribunal fédéral s'estime à tort lié par l'interprétation qu'il donne de la *ratio legis* de l'art. 51 al. 2 CO.

Comme exposé (cf. *supra* I.A.3.), l'assureur dommages ne doit pas être considéré comme un responsable au sens de l'art. 51 al. 2 CO. L'art. 72 al. 1 LCA doit permettre à l'assureur dommages de se retourner contre tout responsable, y compris objectifs. Il faut aussi rejeter la pratique *Gini/Durlemann* du Tribunal fédéral qui empêche l'assureur de se retourner contre un autre coresponsable contractuel lorsque ce dernier a commis une faute légère (cf. *supra* I.B.2.).

Nous sommes ainsi d'avis que l'art. 51 al. 2 CO doit *de lege lata* être interprété comme une directive dont le juge peut s'inspirer lorsqu'il répartit la responsabilité entre les différents auteurs. Notre position rejoint ainsi celle des auteurs qui font reposer la répartition sur le pouvoir d'appréciation du juge (cf. *supra* II.B.2.b.). Le juge doit en premier lieu user de son pouvoir d'appréciation pour répartir la responsabilité entre les différents auteurs. Pour cela, il doit adopter une approche similaire à celle qu'il adopte en cas de pluralité de responsabilités de même nature (cf. *supra* I.A.B.). La hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO doit lui être une simple source d'inspiration.

Comme CASANOVA, nous estimons que chacun des responsables doit supporter une partie du dommage.¹⁹⁷ Le principe de l'exclusivité d'une ligne sur une autre doit dès lors être rejeté.¹⁹⁸ Comme mé-

¹⁸⁸ CASANOVA (n. 58), 206.

¹⁸⁹ CASANOVA (n. 58), 206 s.

¹⁹⁰ CASANOVA (n. 58), 208.

¹⁹¹ PIERRE WIDMER/PIERRE WESSNER, Révision et unification du droit de la responsabilité civile – Rapport explicatif, Berne 2000, 172.

¹⁹² WIDMER/WESSNER (n. 191), 172.

¹⁹³ L'art. 53c al. 1 AP-RC dispose : « Entre personnes coresponsables, la réparation sera répartie en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui sont imputables à chacune d'elles ».

¹⁹⁴ ANDREAS FURRER/ALEXANDRA KÖRNER, art. 204 N 2, in Claire Huguenin/Reto M. Hilty (édit.), Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zurich 2013 (cité : CO2020-FURRER/KÖRNER).

¹⁹⁵ ATF 116 II 645, c. 3b.

¹⁹⁶ ATF 137 III 352, JdT 2014 II 373.

¹⁹⁷ CASANOVA (n. 58), 218.

¹⁹⁸ CASANOVA (n. 58), 218.

thode de répartition, nous soutenons une approche sectorielle (cf. *supra* II.B.2.c.), où la faute et le risque, tels que mentionnés à l'art. 51 al. 2 CO, constituent des critères à prendre en compte par le juge. C'est d'ailleurs ce qui se fait en matière d'accident de la circulation routière, où l'art. 60 al. 2/1^{re} phr. LCR laisse au juge le soin de répartir le dommage entre le détenteur et le non-détenteur d'après les circonstances du cas particulier.¹⁹⁹ La doctrine allemande adopte aussi une approche similaire.²⁰⁰ Alors que le § 840 BGB contient une hiérarchie qui se rapproche de celle de l'art. 51 al. 2 CO, la doctrine majoritaire estime que la répartition de la responsabilité doit tenir compte de la participation de chaque auteur dans la survenance du dommage.²⁰¹ Ces auteurs préconisent une application analogique du § 254 BGB, ce qui conduit à évaluer la responsabilité de chaque auteur compte tenu des circonstances du cas particulier et du fondement de leur responsabilité.²⁰²

Le projet de réforme du Code des obligations 2020 offre une solution *de lege ferenda* convaincante. Il maintient la distinction entre la solidarité parfaite et imparfaite dans les rapports externes (art. 200 al. 2 CO2020), mais en supprime les conséquences au niveau interne (art. 204 CO2020). Un régime unifié de répartition des responsabilités est appliqué à toutes les formes de solidarité passive.²⁰³ Comme on l'a vu (cf. *supra* II.B.2.d.), l'art. 204 al. 2 CO2020 fixe le principe de la répartition de la responsabilité par le juge compte tenu des circonstances du cas particulier et de la gravité de chacun des faits générateurs de responsabilité.²⁰⁴ Cette approche va dans le sens des solutions adoptées dans les différents projets de codification européens et internationaux (art. 11.1.9 Principes UNIDROIT ; art. 10:105 al. 2 PECL ; art. 9:102 al. 2 PETL ; art. III-4.106 al. 2 DCFR).

Conclusion

Il ressort des arrêts présentés que le Tribunal fédéral considère que la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO est le principe applicable à la répartition de la responsabilité entre les différents auteurs, auquel il est excep-

tionnellement possible de déroger lorsque l'équité l'exige (cf. *supra* II.A.2.). Ces exceptions sont interprétées très restrictivement lorsque l'action en remboursement est intentée par une assurance dommages. Le Tribunal fédéral se détache en revanche plus facilement de cette hiérarchie lorsque la procédure ne met pas en cause des assureurs.

Dans sa majorité, la doctrine critique la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. *supra* II.B.2.). Les auteurs lui reprochent en général d'être trop rigide dans l'application de l'art. 51 al. 2 CO. Telle qu'exposée (cf. *supra* II.C.), notre position met le pouvoir d'appréciation du juge au centre de l'analyse de la répartition de la responsabilité entre les différents auteurs. Nous sommes d'avis que l'art. 51 al. 2 CO donne une simple indication dont le juge peut s'inspirer lorsqu'il évalue les différentes responsabilités.

La solidarité est un problème complexe, mais central de la responsabilité civile. Il est indispensable qu'elle s'adapte aux évolutions de la responsabilité civile. La multiplication des cas de responsabilités objectives simples et aggravées remet en cause l'idée que la faute est le fondement premier de la responsabilité civile. Il revient désormais au Tribunal fédéral de concrétiser cette évolution dans l'interprétation qu'il donne de la loi.

¹⁹⁹ Cf. WERRO (n. 1), N 1712.

²⁰⁰ Pour un exposé du système de la répartition de la responsabilité en droit allemand, cf. CASANOVA (n. 58), 178 ss.

²⁰¹ KLAUS VIEWEG, § 840 N 80, dans J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 840–853 (Unerlaubte Handlungen 5), Berlin 2007 (STAUDINGER/VIEWEG).

²⁰² ULRICH NOACK, § 426 N 97 ss, dans J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432 (Erläss, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubiger), Berlin 2005 ; STAUDINGER/VIEWEG (n. 205), § 840 N 79 ss.

²⁰³ CO2020-FURRER/KÖRNER (n. 194), art. 204 N 2.

²⁰⁴ CO2020-FURRER/KÖRNER (n. 194), art. 204 N 2.