

# **La responsabilité fondée sur la confiance pour les renseignements donnés : définition de l'institution et cas d'application**

Mémoire de maîtrise universitaire en droit

présenté à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique  
de l'Université de Lausanne par

**Alessandro Pastore**

sous la direction du

**Professeur Edgar Philippin**

Semestre de printemps 2023

## Table des matières

<b>Table des abréviations</b> .....	III
<b>Bibliographie</b> .....	V
<b>I. Introduction</b> .....	1
<b>II. La responsabilité fondée sur la confiance</b> .....	2
A. Sa naissance et son histoire en Suisse .....	2
B. La définition, le fondement et la nature .....	3
1. La définition .....	3
2. Le fondement .....	3
3. La nature .....	4
C. Les conditions .....	5
1. La relation juridique particulière – « die rechtliche Sonderverbindung » .....	5
a. La définition .....	5
b. Les critiques doctrinales .....	7
2. L'éveil d'une confiance légitime et digne de protection .....	8
a. La définition .....	8
b. La clause d'exclusion de confiance .....	10
3. La déception de la confiance éveillée de manière contraire à la loyauté .....	11
4. Le dommage .....	12
a. Généralités .....	12
b. Le type de dommage concerné par la responsabilité fondée sur la confiance .....	13
c. Le caractère « involontaire » de la diminution du patrimoine .....	14
5. Le rapport de causalité .....	15
6. La faute .....	15
<b>III. Trois situations de potentielle application de la responsabilité fondée sur la confiance pour les renseignements donnés</b> .....	15
A. Le rapport de Due Diligence .....	16
1. La définition et le contexte .....	16
2. Les différentes personnes concernées .....	17
3. L'éventuel rôle subsidiaire de la responsabilité fondée sur la confiance .....	18
4. L'application des conditions au rapport de Due Diligence .....	18
a. La relation juridique particulière – « die rechtliche Sonderverbindung » .....	18
b. L'éveil d'une confiance légitime et digne de protection .....	21
c. La déception de la confiance éveillée d'une manière contraire à la loyauté ..	24
d. Le dommage .....	24
e. Le rapport de causalité naturelle et adéquate .....	26
f. La faute .....	27
5. Le résultat et les autres voies envisageables .....	28
B. La société mère et ses « enfants » .....	29
1. La définition et le contexte .....	29
2. Les différentes personnes concernées .....	30
3. L'éventuel rôle subsidiaire de la responsabilité fondée sur la confiance .....	30
4. L'application des conditions à la société mère .....	30
a. La relation juridique particulière – « die rechtliche Sonderverbindung » .....	30

---

b.	L'éveil d'une confiance légitime et digne de protection .....	32
c.	La déception de la confiance éveillée d'une manière contraire à la loyauté ..	33
d.	Le dommage.....	34
e.	Le rapport de causalité naturelle et adéquate .....	34
f.	La faute.....	35
5.	Le résultat et les autres voies envisageables .....	36
<b>C.</b>	<b>Le certificat de travail .....</b>	<b>37</b>
1.	La définition et le contexte .....	37
2.	Les différentes personnes concernées .....	39
3.	L'éventuel rôle subsidiaire de la responsabilité fondée sur la confiance .....	39
4.	L'application des conditions au certificat de travail .....	41
a.	La relation juridique particulière – « die rechtliche Sonderverbindung » .....	41
b.	L'éveil d'une confiance légitime et digne de protection .....	42
c.	La déception de la confiance éveillée d'une manière contraire à la loyauté ..	44
d.	Le dommage.....	44
e.	Le rapport de causalité naturelle et adéquate .....	46
f.	La faute.....	47
5.	Le résultat et les autres voies envisageables .....	47
<b>IV.</b>	<b>Le résumé des différents cas d'application .....</b>	<b>48</b>
<b>V.</b>	<b>Conclusion : la prudence comme seule certitude .....</b>	<b>50</b>

## **Table des abréviations**

al.	alinéa(s)
ArbR	<i>Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht</i> (communications de l'Institut de droit du travail suisse)
art.	article(s)
Art.	<i>Artikel</i> (article[s])
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
c.	contre
CC	Code civil, du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	<i>confer</i> (voir/se référer à)
CO	Code des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
éd.	édition
édit./édits	éditeur/éditeurs
et al.	autre(s)
i.S.	<i>im Sinne</i> (au sens)
JdT	Journal des Tribunaux
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
let.	lettre
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, du 3 octobre 2003 (RS 221.301)
LIMF	Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, du 19 juin 2015 (RS 958.1)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000 (RS 935.61)
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958 (RS 170.32)
LTI	Loi fédérale sur les titres intermédiés, du 3 octobre 2008 (RS 957.1)
M&A	<i>Mergers &amp; Acquisitions</i> (fusions et acquisitions)
n	numéro(s)
n.b.p.	note de bas de page
ORAb	Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse, du 20 novembre 2013 (RS 221.331), abrogée le 1 <sup>er</sup> janvier 2023
p.	page

---

PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
RDAF	Revue de droit Administratif et de droit Fiscal
RFC	responsabilité fondée sur la confiance
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RS	Recueil systématique suisse
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
s.	suivant(e)
SJ	Semaine judiciaire
ss	suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
TREX	<i>Der Treuhandexperte</i> (l'expert fiduciaire)
vol.	volume(s)

## **Bibliographie**

- AMSTUTZ Marc/WATTER Rolf, « Bundesgericht. I. Zivilabteilung. 15.11.1994. Wibrü Holding AG c. Swissair Beteiligungen AG (BGE 120 II 331 ff.). Berufung », PJA 1995, pp. 502-508.
- BÄRTSCHI Harald, *Verabsolutierte Relativität. Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen*, thèse, Zurich 2009.
- BECK René, *Responsabilité civile I. Droit de la responsabilité civile. Histoire, évolution, fonction et bases du droit de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2017.
- BECKER Joëlle, « Avis d'experts. La responsabilité des experts et sa limitation au regard du droit suisse » in : *Risques et périls dans l'attribution des œuvres d'art : de la pratique des experts aux aspects juridiques* (Bandle Anne Laure/Elsig Frédéric, édits), Genève 2018, pp. 29-48
- BERGER Bernhard, *Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung : dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers*, thèse, Berne 2000.
- BLUM Olivier, « Rechtliche Aspekte der Due Diligence. Rechte, Pflichten und Obliegenheiten der Parteien im Zusammenhang mit der Unternehmensprüfung », *l'expert-comptable suisse* 2006, pp. 233-236.
- BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich/Genève 2022.
- BRECHBÜHL Beat, *Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen*, thèse, Berne 1998.
- BUCHER Eugen, « Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann. BGE vom 7.1.1999 ("Monte Rosa-Fall") ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung », *recht* 2001, pp. 65-81.
- « Vertrauenshaftung : Was ? Woher ? Wohin ? », in : *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht. Festschrift für Hans Peter Walter* (Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang, édits), Berne 2005, pp. 231-261.
- BURG Benedict/VON DER CRONE Hans Caspar, « Vertrauenshaftung im Konzern. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 i.S. A-Bank AG, B-Bank, C-Bank, D-Bank, E-Bank GmbH (Beschwerdeführerinnen) gegen F-Bank AG (Beschwerdegegnerin) », *RSDA* 2010, pp. 417-426.
- CHAPPUIS Benoît, *Le moment du dommage. Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, thèse Fribourg, Zurich 2007.
- CHAPPUIS Christine, « La responsabilité fondée sur la confiance », *SJ* 1997, pp. 165-176.
- CHAPUIS Olivier, *Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat. Le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs accessoires découlant d'un contrat et notamment à la violation des devoirs de protection*, thèse Neuchâtel, Bâle 2005.
- CORBOZ Bernard/AUBRY GIRARDIN Florence, « Art.754 CO », in : *Commentaire romand. Code des obligations II. Art. 530-1186 CO, Art.120-141 LIMF, ORAb, avec introductions à la LFus et la LTI* (Tercier Pierre/Amstutz Marc/Trigo Trindade Rita, édits), 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017.
- DRUEY Jean Nicolas, « Misstrauen in die Vertrauenshaftung ? Nochmals zum "Konzernvertrauen" », *RSDA* 2001, pp. 190-194.

- « Vertrauenshaftung – eine Revolution ? », in : *Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer* (Honsell Heinrich/Zäch Roger/Hasenböhler Franz/Harrer Friedrich/Rhinow René, édits), Bâle et al. 2004, pp. 347-370.
- EMMENEGGER Susan, « Haftungsbeschränkung und Haftungsausschluss im Vertrauenskontext », RJB 2005, pp. 537-548.
- ENZLER Alex, *Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch*, thèse, Zurich 2012.
- FEHLMANN Regula, *Vertrauenshaftung. Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage*, thèse, Saint-Gall 2002.
- FEIT Michael, *Die Haftung des Anwalts gegenüber Dritten für eine Third Party Legal Opinion*, thèse, Zurich 2007.
- FISCHER Stephan, *Arbeitszeugnis. Beurteilung und Durchsetzung. Handbuch für die Praxis*, Zurich et Saint-Gall 2016.
- FOËX Benedict, « L'article 841 CC : un précurseur ? », in : *Journée de la responsabilité civile 2000. La responsabilité fondée sur la confiance. Vertrauenshaftung* (Chappuis Christine/Winiger Bénédicte, édits), Zurich 2001, pp. 143-146.
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, *OR AT. Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 11<sup>e</sup> éd., Zurich 2020.
- GONZENBACH Reiner, « Senkrechtstart oder Bruchlandung ? Unvertraute Vertrauenshaftung aus "Konzernvertrauen" », *recht* 1995, pp. 117-130.
- HAUSHEER Heinz/JAUN Manuel, « Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998 », RJB 1999, pp. 401-418.
- HIRSCH Alain, « La responsabilité des experts envers les tiers », in : *Journée de la responsabilité civile 2000. La responsabilité fondée sur la confiance. Vertrauenshaftung* (Chappuis Christine/Winiger Bénédicte, édits), Zurich 2001, pp. 77-89.
- HOCH CLASSEN Mariel/HSU Peter Ch./ROTH PELLANDA Katja, « Due Diligence und Vertrag », in : *Vertrauen. Vertrag. Verantwortung. Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag* (von der Crone Hans Caspar/Dedeyan Daniel, édits), Zurich et al. 2007, pp. 323-349.
- HOFSTETTER Karl, « Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht », PJA 1998, pp. 261-268.
- HONSELL Heinrich/ISENRING Bernhard/KESSLER Martin, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2013.
- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2019.
- JANSSEN Susanne, *Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers*, thèse, Zurich 1996.
- JAUN Manuel, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung*, Berne 2007.
- KÄLIN Oliver, « Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für unwahre Arbeitszeugnisse », TREX 2007, pp. 150-152.
- KLEIN Jean-Philippe, « Responsabilité de la banque pour renseignements inexacts au sujet d'un gérant externe », RSDA 2013, pp. 220-231.
- KUNZ Peter Viktor, « Klarstellungen zur Konzernhaftung. Bundesgerichtsentscheid 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 », *recht* 2011, pp. 41-48.
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, thèse, Zurich 2007.

- « La responsabilité précontractuelle et le lutteur déçu (ATF 121 III 350) », in : *Colloque du droit de la responsabilité civile 2022 Université de Fribourg. La responsabilité civile en arrêts et une nouveauté législative de taille* (Werro Franz/Pichonnaz Pascal, édits), Berne 2022, pp. 91-122.
- KUZMIC Kristina, *Haftung aus « Konzernvertrauen »*. *Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht*, thèse, Zurich 1998.
- LOSER Peter, « Konkretisierung der Vertrauenshaftung », *recht* 1999, pp. 73-92.
- « Vertrauenshaftung, Schutz des Vertrauens auf Honoraransprüche bzw. Leistungserbringung ausserhalb von Verträgen ? », *PJA* 2008, pp. 1171-1176.
- MARCHAND Sylvain, « Responsabilité fondée sur la confiance : vie et mort d'un ornithorynque juridique », in : *Journée de la responsabilité civile 2000. La responsabilité fondée sur la confiance. Vertrauenshaftung* (Chappuis Christine/Winiger Bénédicte, édits), Zurich 2001, pp. 163-176.
- MARTIN ANTIPAS Françoise, « Certificats de travail », in : *Les certificats dans les relations de travail. Certificat de travail et certificat de salaire, Certificat médical et expertise médicale, Aspects de droit pénal* (Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal, édits), Genève et Zurich 2018, pp. 1-46.
- MEYER Simon, *Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf. Begriff, Rechtsbeziehungen, Haftung*, thèse, Zurich 2013.
- MORIN Ariane, *La responsabilité fondée sur la confiance. Étude critique des fondements d'une innovation controversée*, thèse, Genève 2002.
- « Les caractéristiques de la responsabilité fondée sur la confiance. Note à propos des ATF 128 III 324 et 130 III 345 », *JdT* 2005 I, pp. 41-61.
- MOSE Martin, *Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers*, thèse, Berne 1998.
- MÜLLER Christoph, *Berner Kommentar. Art.1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Berne 2018.
- MÜLLER Roland/THALMANN Philipp/FAVRE Christian, *Le certificat de travail en question*, Bâle 2014.
- ORDOLLI Geneviève, « Art. 330a CO », in : *Commentaire Romand. Code des obligations I. Art. 1-529 CO* (Thévenoz Luc/Werro Franz, édits), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021.
- PETITPIERRE Giles, « Le préjudice patrimonial et le tort moral : vers de nouvelles frontières ? », in : *Journée de la responsabilité civile 2004. Le préjudice. Une notion en devenir* (Chappuis Christine/Winiger Bénédicte, édits), Genève 2005, pp. 63-74.
- PFENNINGER Markus/GIGER Gjon, « Die Verantwortlichkeit des Anwalts für Third Party Legal Opinions », *RSDA* 2005, pp. 1-12.
- PORTMANN Wolfgang/PRZEZAK Przemyslaw, « Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten für fehlerhafte Arbeitszeugnisse. Delikts- oder Vertrauenshaftung ? », *ArbR* 2012, pp. 13-45.
- PORTMANN Wolfgang/RUDOLPH Roger, « Art. 330a OR », in : *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529* (Widmer Lüchinger Corinne/Oser David, édits), 7<sup>e</sup> éd., Bâle 2020
- REHBINDER Manfred/STÖCKLI Jean-Fritz, *Der arbeitsvertrag. Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, Berne 2010 (Berner Kommentar, vol. VI/2/2/1).



- REY Heinz, « Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung », in : *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag* (Forstmoser Peter/Giger Hans/Heini Anton/Schlupe Walter R., édits), Zurich 1989, pp. 231-243.
- RISCH Thomas, *Die Haftung aus Konzernvertrauen. Die Haftung des herrschenden Unternehmens aus Konzernvertrauen für konzernspezifische Handlungen und Erklärungen*, thèse Berne, Balzers 2009.
- ROBERTO Vito, « Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens », PJA 1999, pp. 511-523.
- ROBERTO Vito/KUZNIAR Nadia, « Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung », PJA 2019, pp. 1105-1111.
- SCHENKER Urs, « Die Haftung des Beraters bei M&A Transaktionen », in : *Mergers & Acquisitions XII* (Tschäni Rudolf, édit.), Zurich 2010, pp. 183-213 (cit. SCHENKER (2010-XII)).
- « Vendor Due Diligence », in : *Mergers & Acquisitions XIII* (Tschäni Rudolf, édit.), Zurich 2010, pp. 240-287 (cit. SCHENKER (2010-XIII)).
  - *Unternehmenskauf*, 2016 Berne.
- SCHÖNENBERGER Beat, *Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten. Eine rechtsvergleichende Studie*, thèse, Bâle et al. 1999.
- SOMMER Ueli, « Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts ? », PJA 2006, pp. 1031-1041.
- STAEHELIN Adrian, *Obligationenrecht. Der Arbeitsvertrag. Art. 319-330a OR*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2006 (Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, vol. V/2c).
- STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian/ RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 2012.
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Genève et Zurich 2019.
- THÉVENOZ LUC, « Intro. art. 97-109 CO », in : *Commentaire Romand. Code des obligations I. Art. 1-529 CO* (Thévenoz Luc/Werro Franz, édits), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021.
- TSCHÄNI Rudolf/DIEM Hans-Jakob/WOLF Matthias, *M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich et al. 2021.
- VASELLA David, *Die Haftung von Ratingagenturen. Ein Beitrag zur Expertenhaftung*, thèse, Zurich 2011.
- VISCHER Frank/MÜLLER Roland M., *Der Arbeitsvertrag*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2014.
- VERDE Michel, « Haftung für Arbeitszeugnis, Empfehlungsschreiben, Referenzauskunft und Referenzschreiben », recht 2010, pp. 144-161.
- VON DER CRONE Hans Caspar, *Aktienrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2020.
- VON TUHR Andreas/PETER Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. I, 3<sup>e</sup> éd., 1984 Zurich.
- WALTER Hans Peter, « Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages », RJB 1996, pp. 273-295.
- WERRO Franz, « Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung. Braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung ? », recht 2003, pp. 12-25.
- WESSNER Pierre, « La responsabilité fondée sur la confiance : une fausse bonne idée », in : *Quelques actions en responsabilité* (Bohnet François, édit.), Neuchâtel 2008, pp. 39-74.

- WICK Markus, « Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht. Versuch einer kurzen Orientierung nach dem Swissair-Entscheid », PJA 1995, pp. 1270-1282.
- WIEGAND Wolfgang, « Vertrauensentsprechung », in : *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag* (Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Peter Walter Hans, édits.), Berne 2009, pp. 819-838.
- WOLF Matthias, « Reliance Letters », in : *Mergers & Acquisitions XII* (Tschäni Rudolf, édit.), Zurich 2010, pp. 119-137.
- WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2019.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT Corinne, « Einl. vor Art. 1 ff. », in : *Basler Kommentar. Obligationrecht I. Art. 1-529* (Widmer Lüchinger Corinne/Oser David, édits.), 7<sup>e</sup> éd., Bâle 2020.
- Zirlick Beat, *Freizeichnung von der Deliktshaftung. Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich*, Berne 2003.

## I. Introduction

La confiance, ce terme si général et en même temps si complexe, mériterait à elle seule une analyse qui n'aurait que très peu de chances de parvenir à l'exhaustivité. Nous nous bornerons alors à esquisser dans les prochaines lignes une brève image de cette notion pour tenter d'en comprendre l'essence, le rôle et les implications.

La confiance, base essentielle de toute société, a pour but de permettre la cohabitation et la réunion d'individus autour de valeurs communes. Il est dès lors inévitable que l'ordre juridique, cadrant les relations entre les différents membres de la société, en tienne compte<sup>1</sup>. La confiance est intrinsèquement liée aux notions d'insécurité et de risque. En effet, là où la sécurité règne, nul besoin de faire confiance n'existe. Celle-ci apparaît uniquement lorsqu'une incertitude impose à une personne de prendre le risque de s'abandonner dans les déclarations ou les comportements d'un tiers. C'est autour de ce constat que le présent travail va s'articuler. Il conviendra de rechercher la protection que mérite de recevoir la prise d'un tel risque. Nul doute ne fait qu'une protection minimale soit nécessaire. En l'absence totale de protection, les personnes n'oseraient plus accorder leur confiance à autrui, ce qui conduirait inexorablement et pour notre plus grand malheur à la destruction de la société. À l'opposé, une trop grande protection instaurerait un régime de crainte chez les personnes, souhaitant éviter que leur moindre geste soit puni, ce qui conduirait également à la perte de la société.

La confiance apparaît donc à la fois comme la base nécessaire à l'existence de la société et comme une de ses plus grandes menaces. Entre ces frontières étroites, c'est aux Hommes de droit que revient la lourde tâche de concrétiser la protection que mérite de recevoir la confiance afin d'aboutir à une solution socialement acceptable qui favorise les interactions entre les individus.

Le présent travail vise à présenter l'application de la responsabilité fondée sur la confiance en cas de fourniture de renseignements à des tiers.

Afin de parvenir à ce résultat, nous procéderons tout d'abord à une description générale de l'institution et plus particulièrement de ses conditions (*cf. infra* titre II). Dans un deuxième temps, nous analyserons en détail l'application de ses différentes conditions à trois cas dans lesquels une personne fournit un renseignement à un ou plusieurs tiers pour déterminer si son application est possible ou s'il convient de recourir à d'autres bases juridiques (*cf. infra* titre III). Finalement, nous résumerons les apprentissages tirés des trois cas d'analyse et nous émettrons quelques remarques sur le futur qu'il convient d'accorder à la responsabilité fondée sur la confiance (*cf. infra* titre IV).

---

<sup>1</sup> WALTER (1996), p. 273.

## II. La responsabilité fondée sur la confiance

### A. Sa naissance et son histoire en Suisse

La responsabilité fondée sur la confiance s'est premièrement développée dans la littérature allemande<sup>2</sup>. Un des premiers auteurs germaniques à en avoir expressément parlé a été Claus-Wilhelm Canaris en 1971 dans sa thèse d'habilitation « *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* » qui avait pour but de combler la lacune existant dans le droit de la responsabilité civile allemand<sup>3</sup>.

Jeudi 15 novembre 1994. C'est la date choisie par le Tribunal fédéral pour appliquer pour la première fois en Suisse la responsabilité fondée sur la confiance dans un arrêt « *Swissair* »<sup>4</sup>, devenu depuis célèbre. Cette affaire opposait la compagnie *Wibru Holding AG* (demanderesse) à la société *Swissair Beteiligungen AG* (défenderesse). En juillet 1988, la demanderesse avait investi de l'argent dans la société *IGR Holding SA*, appartenant à la défenderesse. À titre de garantie, elle s'était fiée à la publicité d'*IGR* qui insistait sur le lien qui la rattachait à *Swissair*. La demanderesse et la défenderesse n'ont cependant jamais été liées par un quelconque contrat. Plus tard, la défenderesse a vendu sa société fille à un tiers, sans que la défenderesse en soit suffisamment informée. À la faillite d'*IGR*, la demanderesse a perdu son investissement et a alors décidé d'attaquer *Swissair* en raison de la confiance qu'elle avait placée dans son soutien. Les juges de Mon-Repos ont donné raison à la demanderesse, estimant que la confiance créée puis déçue par la défenderesse justifiait qu'elle soit tenue de réparer le préjudice subi par la demanderesse.

L'année suivante, le Tribunal fédéral a appliqué à nouveau la responsabilité fondée sur la confiance dans l'arrêt « *Grossen* » pour condamner à réparation une fédération sportive, dont le comportement contradictoire et de mauvaise foi avait causé des pertes économiques pour un sportif qui s'était fié à ses indications<sup>5</sup>. Par la suite, le Tribunal fédéral n'a en revanche pratiquement plus reconnu de prétentions basées sur la responsabilité fondée sur la confiance. Cette institution a certes encore été analysée à plusieurs reprises mais le TF s'est limité à en régler des spécificités, comme la prescription<sup>6</sup>, à nier son application<sup>7</sup> ou à reconnaître une responsabilité basée sur une autre source d'obligation<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22d ; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 100 ; ROBERTO/KUZNIAR (2019), p. 1106 ; TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1289 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 328 ; WESSNER (2008), n° 1 ; FEIT (2007), n° 281 ; HOFSTETTER (1998), p. 264 ; WICK (1995), p. 1270.

<sup>3</sup> ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 100 ; ROBERTO/KUZNIAR (2019), p. 1106 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 328 ; WESSNER (2008), nos 18 s. ; BUCHER (2005), p. 250 ; HOFSTETTER (1998), p. 264 ; MOSER (1998), pp. 76 ss.

<sup>4</sup> ATF 120 II 331, JdT 1995 I 360.

<sup>5</sup> ATF 121 III 350, JdT 1996 I 187.

<sup>6</sup> ATF 134 III 390, JdT 2010 I 143.

<sup>7</sup> ATF 142 III 84 ; 133 III 449 ; 130 III 345 ; 124 III 297.

<sup>8</sup> ATF 131 III 377, c. 4.3, JdT 2005 I 612.

## B. La définition, le fondement et la nature

### 1. *La définition*

La responsabilité fondée sur la confiance peut être définie comme « la protection de tout un chacun qui, au cours de la préparation, de la réalisation ou de l'exécution d'actes juridiques, se fie de manière légitime à des déclarations, des comportements, des circonstances ou des indices »<sup>9</sup> de tiers lorsqu'il est par la suite déçu dans sa confiance et qu'il subit un dommage. Elle a pour conséquence juridique d'obliger le responsable à réparer le dommage causé au lésé par la trahison de la confiance éveillée<sup>10</sup>. La prétention du lésé vise donc à obtenir la réparation de son « *Erhaltungsinteresse* », c'est-à-dire son intérêt au maintien de sa situation<sup>11</sup>.

### 2. *Le fondement*

La responsabilité fondée sur la confiance est une création jurisprudentielle qui ne trouve aucun fondement en droit positif suisse<sup>12</sup>. En effet, la loi ne prévoit que deux types généraux de responsabilité, à savoir la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) et la responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO). Il s'agit de la généralisation de la *culpa in contrahendo*<sup>13</sup>. La RFC a été créée pour pallier les inconvénients de la définition stricte de l'illicéité en lien avec les dommages purement économiques.

Ne s'inscrivant ni dans l'une ni dans l'autre des responsabilités codifiées, la responsabilité fondée sur la confiance doit son existence au droit prétorien au sens de l'article 1 alinéa 2 du Code civil suisse<sup>14</sup>. Pour qu'une telle création soit autorisée, il faut nécessairement que la loi présente une lacune devant être comblée par les tribunaux<sup>15</sup>. Une lacune de la loi existe lorsqu'aucune règle, légale ou coutumière, ne permet au juge de trancher une

<sup>9</sup> WIEGAND (2009), p. 819.

<sup>10</sup> ATF 128 III 324, c. 2.5 ; 123 III 220, c. 4e ; 120 II 331, c. 5a ; KUONEN (2022), p. 96 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982k ; HUGUENIN (2019), n°s 1712 s. ; TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1290 ; BÄRTSCHI (2009), p. 357 ; WESSNER (2008), n° 2 ; FEIT (2007), n° 280 ; CHAPUIS (2005), p. 50 ; MORIN (2005), pp. 41 s. ; Werro (2003), p. 13 ; MORIN (2002), p. 21 ; LOSER (1999), p. 74 ; BRECHBÜHL (1998), p. 107 ; MOSER (1998), p. 74 ; WICK (1995), p. 1270.

<sup>11</sup> ATF 124 III 363, c. 5b, JdT 1999 I 402 ; HUGUENIN (2019), n° 1759 ; MORIN (2002), p. 18 ; MOSER (1998), pp. 188 ss.

<sup>12</sup> KUONEN (2022), p. 97 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22d ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982c ; WESSNER (2008), n° 2 ; FEIT (2007), n° 281 ; KUONEN (2007), n° 1217 ; BUCHER (2005), p. 235 ; Pour un autre avis, voir : CHAPUIS (2005), p. 57 ; LOSER (1999), pp. 76 s. qui trouvent le fondement de la RFC dans la loi.

<sup>13</sup> ATF 133 III 449, c. 4.1 ; 130 III 345, c. 2.1 ; 123 III 220, c. 4e ; 121 III 350, c. 6c ; 120 II 331, c. 5a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982c ; HUGUENIN (2019), n° 1738 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 327 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 421 ; BÄRTSCHI (2009), pp. 357 et 362 ; WESSNER (2008), n°s 3 ss ; FEIT (2007), n° 282 ; KUONEN (2007), n° 1149 ; SOMMER (2006), p. 1035 ; BUCHER (2005), p. 244 ; BUCHER (2001), pp. 73 s. ; LOSER (1999), p. 85 ; ROBERTO (1999), p. 518 ; SCHÖNENBERGER (1999), p. 132.

<sup>14</sup> KUONEN (2022), p. 98 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982e ; REY (1989), p. 241.

<sup>15</sup> KUONEN (2022), p. 98 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982l ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22d ; WESSNER (2008), n° 39 ; BERGER (2000), p. 89 ; HAUSHEER/JAUN (1999), pp. 407 s. ; MOSER (1998), pp. 125 ss ; CHAPPUIS (1997), p. 169 s.

question. Lorsqu'il constate une telle lacune, le juge doit alors se prononcer « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » (art. 1 al. 2 CC).

La création de la responsabilité fondée sur la confiance par le Tribunal fédéral implique que ce dernier a considéré le système de responsabilité du code des obligations comme n'étant pas exhaustif, ce qui est loin de faire l'unanimité. En effet, bon nombre d'auteurs sont d'avis que l'Assemblée fédérale a été exhaustive dans son travail et que le Tribunal fédéral a, par l'adoption de la responsabilité fondée sur la confiance, fait une utilisation injustifiée du droit prétorien<sup>16</sup>. Le TF devrait se limiter à l'application du système de responsabilité dualiste qui est exhaustif ainsi qu'à celle du principe *casum sentit dominus*, prescrivant que tout dommage ne devant pas être réparé sur la base d'un contrat ou d'un acte illicite doit être supporté par le lésé<sup>17</sup>. Cette approche nous semble convaincante car les deux types de responsabilité permettent d'appréhender les différentes situations de contact, voulues et non voulues, entre personnes. Il est incorrect de dire que le juge ne dispose pas de règles pour résoudre les « cas de RFC ». En effet, il a à sa disposition les règles classiques de responsabilité mais arrive simplement au constat que les différentes conditions ne sont pas remplies. Il n'y a dès lors aucune raison de créer des voies supplémentaires.

### 3. La nature

Comme indiqué, la responsabilité fondée sur la confiance n'est ni une responsabilité contractuelle ni une responsabilité délictuelle. Elle se situe entre ces deux institutions, sans se rattacher exclusivement à l'une ou à l'autre<sup>18</sup>. Il s'agit donc d'une responsabilité du troisième type<sup>19</sup>. Pour reprendre l'excellente analogie du Professeur Marchand, la RFC doit être considérée comme un « ornithorynque juridique »<sup>20</sup>. Cet animal hybride, au fondement pour le moins incertain, voire douteux, est loin de ravir et satisfaire tous les juristes. En effet, bon nombre d'auteurs y voient un grand risque d'insécurité juridique<sup>21</sup>.

S'agissant d'une institution indépendante, il convient de s'intéresser également au régime qui lui est applicable. La réponse est à nouveau loin de faire l'unanimité. Une grande partie de la doctrine opte pour l'application du régime contractuel en justifiant ce choix par la

<sup>16</sup> KUONEN (2022), p. 98 ; JAUN (2008), p. 480 ; WESSNER (2008), n° 40 ; MORIN (2005), pp. 58 s. ; MORIN (2002), p. 162 ; HAUSHEER/JAUN (1999), p. 405 ; CHAPPUIS (1997), pp. 165 ss ; WICK (1995), p. 1279.

<sup>17</sup> KUONEN (2022), p. 98 ; WESSNER (2008), n° 40 ; KUONEN (2007), n° 1174 ; DRUEY (2004), pp. 353 ss ; CHAPPUIS (1997), p. 170.

<sup>18</sup> ATF 131 III 377, c. 3, JdT 2005 I 612.

<sup>19</sup> BÖCKLI (2022), § 16 n° 131 ; KUONEN (2022), p. 96 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22d ; BÄRTSCHI (2009), p. 362 ; WESSNER (2008), n° 2 ; KUONEN (2007), n° 1149 ; CHAPUIS (2005), p. 57 ; WERRO (2003), p. 14.

<sup>20</sup> MARCHAND (2001), pp. 163 ss.

<sup>21</sup> KUONEN (2022), p. 104 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n° 22 ; WESSNER (2008), nos 62 ss ; SOMMER (2006), pp. 1038 s. ; BUCHER (2005), p. 235 ; DRUEY (2004), pp. 366 s. ; BUCHER (2001), p. 78 ; DRUEY (2001), pp. 190 ss ; FOËX (2001), p. 143 ; MARCHAND (2001), p. 172 ; AMSTUTZ/WATTER (1995), pp. 504 et 508 ; GONZENBACH (1995), p. 117 ; WICK (1995), pp. 1278 ss.

proximité de la RFC au contrat (art. 97 ss CO)<sup>22</sup>. D'autres auteurs prônent au contraire l'application du régime délictuel (art. 41 ss CO)<sup>23</sup>. Étant indépendante, certains auteurs suggèrent l'application d'un régime variable, permettant de retenir dans certains cas les règles contractuelles, dans d'autres cas celles délictuelles, voire un mélange de ces différentes règles<sup>24</sup>. Pour ce qui est du Tribunal fédéral, il semble considérer que la responsabilité fondée sur la confiance est soumise à un régime mixte, solution calquée sur le régime retenu par la jurisprudence actuelle pour la responsabilité précontractuelle. Néanmoins, il n'a pour l'instant réglé expressément que le régime de la prescription applicable à la RFC, en retenant celui délictuel (art. 60 CO)<sup>25</sup>.

### C. Les conditions

Le présent titre revêt une importance capitale. En effet, les prochaines pages vont être dédiées à l'analyse des conditions devant être remplies pour retenir l'application de la responsabilité fondée sur la confiance. Celles-ci sont au nombre de six, même s'il est possible de retrouver dans la doctrine des configurations légèrement différentes mais identiques quant au fond. Si certaines de ces conditions sont spécifiques à la RFC, d'autres se retrouvent également dans les responsabilités contractuelles et délictuelles. À titre liminaire, il convient de préciser que le Tribunal fédéral procède à une interprétation stricte dans l'analyse des conditions de la RFC, notamment afin de ne pas vider de sa substance l'institution juridique du contrat dont elle est subsidiaire<sup>26</sup>.

#### 1. *La relation juridique particulière – « die rechtliche Sonderverbindung »*

##### a. *La définition*

La première condition est l'existence d'une relation juridique particulière entre le lésé et le responsable<sup>27</sup>. Cette relation spéciale « naît du comportement, conscient ou juridiquement imputable, de la personne recherchée. En revanche, une rencontre

<sup>22</sup> THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22g ; HUGUENIN (2019), n°s 1727 ss et 1761 ; BÄRTSCHI (2009), pp. 372 s. ; FEIT (2007), n° 369 ; MORIN (2002), pp. 11 ss ; ROBERTO (1999), p. 517 ; CHAPPUIS (1997), p. 171 ; WALTER (1996), pp. 282 s.

<sup>23</sup> TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1292 ; JAUN (2008), p. 487 ; BUCHER (2005), pp. 245 et 254 ss qui propose cependant d'appliquer la prescription décennale.

<sup>24</sup> KUONEN (2022), p. 105 ; SOMMER (2006), 1038 ; HAUSHEER/JAUN (1999), pp. 409 ss ; BRECHBÜHL (1998), pp. 53 s.

<sup>25</sup> ATF 141 V 127, c. 2 ; 134 III 390, c. 4.3.3.

<sup>26</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 133 III 449, c. 4.1 ; 124 III 297 c. 6a ; 123 III 220, c. 4e ; 121 III 350, c. 6c ; BÖCKLI (2022), § 16 n° 131 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982e ; ZELLWEGER-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101f ; TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1290 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 337 ; LOSER (2008), p. 1173 ; WESSNER (2008), n° 15 ; SOMMER (2006), p. 1038 ; AMSTUTZ/WATTER (1995), p. 503.

<sup>27</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 130 III 345, c. 2.2 ; 120 II 331, c. 5a ; KUONEN (2022), pp. 99 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982f ; ZELLWEGER-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101 ; HUGUENIN (2019), n°s 1739 ss ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; KLEIN (2013), p. 226 ; BÄRTSCHI (2009), p. 357 ; WESSNER (2008), n°s 27 ss ; SOMMER (2006), p. 1035 ; REY (1989), pp. 232 s.

fortuite et non voulue, [...], ne crée pas une relation spéciale de ce genre »<sup>28</sup>. Il s'agit d'un véritable « rapport spécial de confiance et de fidélité »<sup>29</sup>.

Même si certains utilisent le terme de « responsabilité contactuelle »<sup>30</sup> pour décrire la responsabilité fondée sur la confiance, il est primordial de souligner qu'il n'est pas nécessaire que le responsable et le lésé entrent directement en contact. Pour que cette relation spéciale soit établie, il suffit que le responsable ait pu se rendre compte que son comportement pouvait amener des tiers identifiables à prendre des décisions dommageables<sup>31</sup>. Il est essentiel que le tiers soit identifiable pour le responsable. À défaut, l'existence de la relation juridique particulière doit être niée. Autrement, « la responsabilité fondée sur la confiance deviendrait une responsabilité envers toute personne prenant fortuitement connaissance de [l'information], ce qui correspondrait à une responsabilité envers quiconque (*erga omnes*) »<sup>32</sup>. La relation doit donc être suffisamment étroite pour être considérée particulière<sup>33</sup>. L'intensité du rapport se révèle alors déterminante pour l'existence de la relation juridique particulière, celui-ci devant occuper un « statut juridique intermédiaire » qui surmonte la simple relation de fait sans pour autant se hisser au niveau du contrat<sup>34</sup>. Une relation juridique particulière existe en principe lorsque le lésé et le responsable, sans être liés contractuellement, agissent dans un environnement proche ou se trouvent dans une relation de proximité par le biais d'un tiers commun<sup>35</sup>.

L'existence d'une relation juridique particulière donne naissance à des obligations de protection et d'information résultant de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)<sup>36</sup>, quand bien

<sup>28</sup> ATF 130 III 345, c. 2.2, JdT 2004 I 207 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22g ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982c ; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101d ss ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; VASELLA (2011), n° 822 ; WESSNER (2008), n° 27 ; FEIT (2007), n° 299 ; SOMMER (2006), p. 1035 ; MORIN (2002), p. 14 ; WALTER (1996), p. 294.

<sup>29</sup> ATF 121 III 350, c. 6c, JdT 1996 I 187 ; KUONEN (2022), p. 101.

<sup>30</sup> FoÈx (2000), p. 143 qui reprend ce terme utilisé par le Professeur Bruno Schmidlin lors de sa présentation orale au cours de la Journée de la responsabilité civile 2000 pour parler de la RFC.

<sup>31</sup> ATF 130 III 345, c. 2.2, JdT 2004 I 207 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22g ; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101e ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; BECK (2017), p. 141 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n° 24a ; VASELLA (2011), n° 775 ; BÄRTSCHI (2009), pp. 365 et 369 ; JAUN (2008), p. 486 ; FEIT (2007), n° 299 ; CHAPUIS (2005), p. 53 ; FEHLMANN (2002), pp. 171 s. ; LOSER (1999), p. 88 ; SCHÖNENBERGER (1999), p. 136 ; WALTER (1996), p. 294 ; REY (1989), pp. 236 ss ; Pour un autre avis, voir : SOMMER (2006), p. 1036 ; HOFSTETTER (1998), p. 264 ; MOSER (1998), pp. 168 ss ; WICK (1995), p. 1279.

<sup>32</sup> ATF 130 III 345, c. 3.2 ; JdT 2004 I 207 ; HUGUENIN (2019), n° 1739 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; VASELLA (2011), n° 825 ss ; MOSER (1998), p. 168.

<sup>33</sup> ATF 130 III 345, c. 2.2, JdT 2004 I 207 ; KUONEN (2022), p. 102 ; KLEIN (2013), p. 226 ; BÄRTSCHI (2009), p. 366 ; MORIN (2005), p. 43 ; WERRO (2003), p. 15 ; FEHLMANN (2002), p. 171 ; BERGER (2000), p. 75 ; MOSER (1998), p. 158.

<sup>34</sup> KUONEN (2022), p. 102 ; VASELLA (2011), n° 777 ; BÄRTSCHI (2009), pp. 357 et 366 ; SOMMER (2006), p. 1036 ; CHAPUIS (2005), p. 50 ; WERRO (2003), p. 15 ; FEHLMANN (2002), p. 203 s. ; BERGER (2000), p. 75 ; Pour un autre avis sur l'importance de l'intensité du rapport, voir : FEIT (2007), n° 312.

<sup>35</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982f ; HUGUENIN (2019), n° 1739 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; BÄRTSCHI (2009), p. 357 ; FEIT (2007), n° 299 ; FEHLMANN (2002), p. 171.

<sup>36</sup> ATF 130 III 345, c. 2.2, JdT 2004 I 207 ; KUONEN (2022), p. 103 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22g ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982f ; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101i ; HUGUENIN (2019), n° 1740 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; BECK (2017), p. 141 ;



même il n'existe aucun contrat liant les parties. Dans plusieurs arrêts rédigés en allemand, le Tribunal fédéral précise que, pour que ces obligations naissent, les parties doivent être « in eine rechtliche Sonderverbindung zueinander getreten »<sup>37</sup>, soit littéralement « entrées dans une relation juridique particulière ». Comme le relevait à juste titre la Professeure Claire Huguenin, cette formulation est malheureuse car elle donne l'impression que la relation repose en réalité sur une base contractuelle<sup>38</sup>.

*b. Les critiques doctrinales*

Cette première condition est loin de faire l'unanimité en doctrine. Une partie importante est d'avis que la notion de rapport juridique particulier est un « concept vide de sens et excessivement vague » qui a pour seule conséquence la création de grandes incertitudes quant à la délimitation des relations entrant dans cette définition, ce qui risque de conduire à une application excessive de la responsabilité fondée sur la confiance<sup>39</sup>. Ce rapport doit exister entre le lésé et le responsable, sans pour autant qu'il s'agisse d'un contrat. Toutefois, sa qualification de « juridique » pose problème. En effet, une norme légale l'instituant comme telle est nécessaire pour qu'une relation puisse être qualifiée de juridique, ce qui n'est précisément pas le cas pour la RFC<sup>40</sup>. Le lien entre le responsable et le lésé se retrouve alors élevé au rang de rapport de droit sans qu'une base convaincante ne prévoit une telle élévation.

Pour finir, la détermination précise des parties concernées par le rapport juridique spécial est également pointée du doigt. Celle-ci n'est que très rarement possible car, contrairement à des situations contractuelles ou précontractuelles, la responsabilité fondée sur la confiance a vocation à s'appliquer même lorsque le lésé et le responsable n'ont jamais été en contact direct<sup>41</sup>. Le responsable se retrouve à devoir identifier un cercle de potentiels lésés, parmi lesquels figurent des personnes qu'il ne connaît pas et dont il n'a aucune idée de l'existence mais qu'il est tenu d'informer et de protéger. L'incohérence d'une telle attente paraît évidente à sa simple lecture.

---

SOMMER (2006), p. 1036 ; MORIN (2005), p. 45 ; MORIN (2002), p. 11 ; BERGER (2000), p. 75 ; HOFSTETTER (1998), p. 264.

<sup>37</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 134 III 390, c. 4.3.2 ; 130 III 345, c. 2.2.

<sup>38</sup> HUGUENIN (2019), n° 1740.

<sup>39</sup> KUONEN (2022), pp. 107 ss ; HUGUENIN (2019), n°s 1744 s. ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 349 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n° 22 ; SOMMER (2006), p. 1035 ; CHAPUIS (2005), p. 51 ; MORIN (2002), pp. 163 s. ; MARCHAND (2001), p. 168 ; ROBERTO (1999), p. 520 ; Pour un autre avis, voir : BUCHER (2005), p. 260.

<sup>40</sup> KUONEN (2022), p. 108 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 349 ; MARCHAND (2001), p. 169.

<sup>41</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 130 III 345, c. 2.2 ; 120 II 331, c. 5a ; KUONEN (2022), p. 110.

## 2. L'éveil d'une confiance légitime et digne de protection

### a. La définition

La deuxième condition est l'existence d'une confiance légitime et digne de protection éveillée par la relation juridique particulière<sup>42</sup>. Cette confiance placée par le lésé dans le comportement du responsable doit être la raison qui l'a poussé à prendre la ou les décisions dommageables<sup>43</sup>. Par son comportement, le responsable doit avoir suscité des attentes suffisamment concrètes et déterminées chez le lésé<sup>44</sup>. En outre, il est nécessaire que le responsable se soit rendu compte ou ait pu se rendre compte que son comportement était propre à fonder la confiance de tiers<sup>45</sup>. Dans nos cas, le comportement en question sera toujours la fourniture de renseignements et d'informations. Les lésés auront alors constamment placé leur confiance dans l'existence d'une situation, de fait ou de droit, passée, présente ou future, telle que décrite par le responsable<sup>46</sup>.

Pour mériter une protection, la confiance doit être objectivement légitime<sup>47</sup>. Le lésé ne doit donc pas être la « victime de sa propre imprévoyance ou des risques usuels dans les affaires »<sup>48</sup>. Sa confiance doit au contraire avoir été abusée pour mériter d'être protégée<sup>49</sup>. Il ne mérite pas de protection s'il s'est rendu compte ou pouvait se rendre compte, en faisant preuve de la diligence adéquate, que sa confiance manquait de fondement<sup>50</sup>. La responsabilité fondée sur la confiance n'a en effet pas pour vocation de protéger la « confiance aveugle »<sup>51</sup>. Pour déterminer si des

<sup>42</sup> THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22h ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 340 ; FEIT (2007), n°s 319 ss ; SOMMER (2006), p. 1037.

<sup>43</sup> THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22h ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982g ; HUGUENIN (2019), n° 1751 ; KLEIN (2013), p. 220 ; VASELLA (2011), n° 831 ; BÄRTSCHI (2009), p. 371 ; FEIT (2007), n° 319 ; MORIN (2005), p. 45 ; FEHLMANN (2002), pp. 180 s. ; MOSER (1998), p. 186.

<sup>44</sup> ATF 130 III 345, c. 2.1 ; 128 III 324, c. 2.2, JdT 2005 I 35 ; KUONEN (2022), p. 104 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982g ; ZELLWEGER-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101g ; HUGUENIN (2019), n° 1750 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 340 ; VASELLA (2011), n° 777 ; BÄRTSCHI (2009), p. 368 ; WESSNER (2008), n° 27 ; MORIN (2005), p. 45 ; CHAPUIS (2005), p. 52 ; DRUEY (2004), p. 348 ; FEHLMANN (2002), p. 170 ; MORIN (2002), p. 13 ; CHAPPUIS (1997), p. 172.

<sup>45</sup> ATF 128 III 324, c. 2.2 ; HUGUENIN (2019), n° 1750 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 340 ; VASELLA (2011), n°s 775 s. ; FEHLMANN (2002), p. 169 ; BUCHER (2001), p. 79 ; WALTER (1996), p. 294.

<sup>46</sup> KUONEN (2022), p. 103 ; VON DER CRONE (2020), n° 2251 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 422 ; MORIN (2005), pp. 45 s.

<sup>47</sup> ZELLWEGER-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101h ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 340 ; MORIN (2005), p. 46 ; FEHLMANN (2002), p. 170.

<sup>48</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 133 III 449, c. 4.1 ; 124 III 297, c. 6a ; 120 II 331, c. 5a ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22h ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982g ; ZELLWEGER-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101h ; HUGUENIN (2019), n° 1752 ; TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1290 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n°s 340 s. ; VASELLA (2011), n°s 833 ss ; MORIN (2005), p. 46.

<sup>49</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 133 III 449, c. 4.1 ; 124 III 297, c. 6a ; 120 II 331, c. 5a.

<sup>50</sup> MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 340 ; FEIT (2007), n° 320.

<sup>51</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 133 III 449, c. 4.1 ; 124 III 297, c. 6a ; 120 II 331, c. 5a ; KUONEN (2022), p. 104 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22h ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982g ; ZELLWEGER-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101h ; HUGUENIN (2019), n° 1752 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 340 ; MOSER (1998), p. 159.

attentes légitimes ont été créées et si elles méritent d'être protégées, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances concrètes<sup>52</sup>.

À ce titre, il est particulièrement important de mentionner que le Tribunal fédéral considère, depuis 2007, que « l'attente qu'une personne accomplisse une prestation sans y être obligée contractuellement n'est en principe pas digne d'être protégée, car l'on peut raisonnablement attendre de la personne qui fait confiance qu'elle s'assure de l'exécution de la prestation en concluant un contrat »<sup>53</sup>. Par cette exclusion, Mon-Repos s'assure que l'institution juridique du contrat ne soit pas vidée de sa substance<sup>54</sup>. Toutefois, la protection de la confiance dans l'exécution spontanée d'une prestation est exceptionnellement admise « lorsque la conclusion d'un contrat n'est effectivement pas possible en raison des rapports de force existants ou de la dépendance de la personne qui fait confiance et que dans le même temps l'on ne peut raisonnablement pas exiger de celle-ci qu'elle renonce à l'affaire, respectivement à la relation commerciale »<sup>55</sup>. Cette condition de l'impossibilité de conclure un contrat est de nos jours présentée par certains auteurs comme une condition à part entière de la responsabilité fondée sur la confiance, portant le nombre total des conditions à sept<sup>56</sup>. Cet ajout résulte de l'utilisation de la part du Tribunal fédéral, malheureuse à notre sens, du terme de « *kumulative Voraussetzung für eine Vertrauenshaftung* »<sup>57</sup>. Nous considérons qu'il ne convient pas d'élever cette exigence à ce niveau. Il s'agit certes d'un aspect important mais qui se limite au caractère légitime de la confiance. Il ne doit dès lors pas être traité comme une condition à proprement parler de la RFC mais comme une composante permettant de déterminer si la confiance éveillée est digne de protection. Au demeurant, cette exigence est critiquée par une partie de la doctrine qui la considère contradictoire au motif que celui qui fait confiance ne va pas se protéger par un contrat et celui qui ne fait pas confiance ne pourra pas invoquer la RFC<sup>58</sup>. Bien que ce raisonnement ne soit pas totalement dénué de sens, il convient de saluer ce critère additionnel qui permet de refuser une protection indue à ceux qui se sont fiés par paresse.

<sup>52</sup> ATF 120 II 331, c. 5.a, JdT 1995 I 360 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982g ; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101h ; BECK (2017), p. 142 ; VASELLA (2011), n° 834 ; FEIT (2007), n° 319.

<sup>53</sup> ATF 133 III 449, c. 4.1, JdT 2008 I 325 ; LOSER (2008), pp. 1173 s.

<sup>54</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 133 III 449, c. 4.1 ; 124 III 297 c. 6a ; 123 III 220, c. 4e ; 121 III 350, c. 6c ; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101f ; TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1290 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 337 ; LOSER (2008), p. 1174.

<sup>55</sup> ATF 133 III 449, c. 4.1, JdT 2008 I 325 ; BÖCKLI (2022), § 16 n° 131 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22h ; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101h ; HUGUENIN (2019), n° 1747 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 341.

<sup>56</sup> HUGUENIN (2019), n° 1747 ss ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 338 et 341 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 34.

<sup>57</sup> TF, arrêt 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 5.4.1.

<sup>58</sup> HUGUENIN (2019), n° 1749 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 341 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 426.

b. *La clause d'exclusion de confiance*

Afin d'éviter que l'information fournie à un tiers entraîne plus tard sa responsabilité, le responsable a un intérêt à exclure expressément que son comportement crée une confiance légitime et digne de protection<sup>59</sup>. Il y a deux types d'exclusion concevables :

- L'exonération contractuelle<sup>60</sup> : le responsable et le lésé s'accordent pour exclure la responsabilité du premier. Dès lors, ils sont liés par un contrat qui porte exclusivement sur ce point ;
- La déclaration unilatérale de déresponsabilisation<sup>61</sup> : cette clause agit comme un élément contraire à la formation d'une confiance légitime chez le lésé. Elle influence donc directement la deuxième condition de la RFC. Une telle clause peut avoir deux conséquences :
  - o La destruction de la confiance<sup>62</sup> : la confiance n'est plus légitime, de sorte que la deuxième condition fait défaut. Cela permet d'exclure purement et simplement l'application de la RFC ;
  - o La réduction de la confiance<sup>63</sup> : la clause n'est pas suffisante pour délégitimer totalement la confiance. Néanmoins, elle doit être analysée comme un facteur de réduction de la responsabilité (art. 43 s. ou 99 al. 2 CO). La RFC reste alors applicable mais l'étendue de la réparation sera réduite.

À notre sens, toute déclaration tendant à exclure la confiance suscitée par un renseignement fourni doit obligatoirement conduire au rejet de la légitimité de la confiance. S'agissant de la motivation de cette affirmation, les deux alternatives nous paraissent envisageables :

- L'exonération contractuelle<sup>64</sup> : un accord contractuel existe lorsque le destinataire d'une offre l'accepte expressément mais également tacitement. En effet, une offre est réputée tacitement acceptée lorsqu'elle n'a pas été refusée dans un délai convenable et que son auteur ne devait pas, en raison

<sup>59</sup> HUGUENIN (2019), n° 1753 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 340.

<sup>60</sup> EMMENEGGER (2020), pp. 540 s. ; SCHENKER (2016), p. 88 ; MEYER (2013), n° 408 ; VASELLA (2011), n°s 875 ss ; FEIT (2007), n°s 464 ss ; ZIRLICK (2003), pp. 106 ss ; MOSER (1998), pp. 208 s. ; Pour un autre avis, voir : HOFSTETTER (1998), p. 268.

<sup>61</sup> EMMENEGGER (2020), p. 541 ; SCHENKER (2016), p. 88 ; MEYER (2013), n°s 409 et 414 ; KLEIN (2013), p. 229 ; VASELLA (2011), n°s 870 ss ; BÄRTSCHI (2009), p. 460 ; FEIT (2007), n°s 470 ss ; ZIRLICK (2003), pp. 99 ss ; MOSER (1998), pp. 208 ss.

<sup>62</sup> EMMENEGGER (2020), pp. 547 s. ; ZIRLICK (2003), pp. 100 ss ; FEHLMANN (2002), p. 191 s. ; HIRSCH (2001), p. 86 qui applique à la destruction les limites de l'art. 100 CO ; MOSER (1998), pp. 209 ss.

<sup>63</sup> EMMENEGGER (2020), p. 547 ; KLEIN (2013), pp. 229 s. qui considère l'effet réducteur de la clause quasi-nul ; ZIRLICK (2003), pp. 101 s. ; FEHLMANN (2002), pp. 191 s.

<sup>64</sup> ZIRLICK (2003), pp. 110 ss ; Pour un autre avis, voir : KLEIN (2013), p. 229 ; MEYER (2013), n°s 408 ss.

de la nature spéciale de l'affaire ou des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse (art. 6 CO). Dans nos cas de RFC, le destinataire sera très souvent un tiers que l'auteur ne connaît pas. Ainsi, lorsque ce dernier écrit dans son document que les informations contenues ne peuvent fonder aucune confiance, il lui est impossible de vérifier l'acceptation expresse de cette offre. Nous estimons qu'il faille en déduire que le destinataire, prenant connaissance de cette clause, doit obligatoirement informer l'auteur qu'il refuse d'être lié par celle-ci<sup>65</sup>. S'il utilise en revanche les informations sans manifester son opposition, il accepte alors tacitement la clause. À ce titre, nous relevons d'ailleurs que l'utilisation sur une longue période et sans réserve de prestations faites en l'absence d'un contrat est considérée comme une circonstance permettant de retenir une acceptation tacite<sup>66</sup> ;

- La déclaration unilatérale de déresponsabilisation : elle doit être considérée comme une information parmi les autres. Le lecteur doit donc tenir compte de cette clause qui a pour conséquence de créer le doute quant à la fiabilité des autres informations. Elle apparaît en quelque sorte comme la base fondant la confiance du destinataire à ne pas faire confiance.

### 3. *La déception de la confiance éveillée de manière contraire à la loyauté*

La troisième condition est la violation de la confiance légitime et digne de protection par le biais d'un comportement contraire à la bonne foi (art. 2 CC)<sup>67</sup>. Un comportement sera considéré de mauvaise foi lorsque le responsable n'aura pas fait preuve de la diligence que le lésé était en droit d'attendre de lui<sup>68</sup>. Cette condition permettrait de rattacher la responsabilité fondée sur la confiance à l'article 2 alinéa 1 CC, en renvoyant notamment à l'idée d'interdiction d'abus de droit<sup>69</sup>. C'est d'ailleurs la répression de ce comportement déloyal qui donnerait à la RFC sa légitimation juridico-politique afin de garantir une protection personnelle et institutionnelle<sup>70</sup>. L'idée sous-jacente réside dans le fait que ce comportement est contraire aux valeurs de l'ordre juridique suisse et ne doit pas rester

<sup>65</sup> Pour un autre avis, voir : MEYER (2013), n°414 qui effectue le même constat d'impossibilité de prendre connaissance du refus mais qui en déduit le rejet d'une acceptation tacite ; VASELLA (2011), n°s 877 s.

<sup>66</sup> ATF 119 II 147, c. 5, JdT 1994 I 205 où le TF dit que la réception par le propriétaire du loyer implique une acceptation tacite du contrat de bail à loyer.

<sup>67</sup> ATF 120 II 331, c. 5a ; KUONEN (2022), p. 104 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22i ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982h ; HUGUENIN (2019), n° 1756 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 342 ; VASELLA (2011), n° 779 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 421 ; BÄRTSCHI (2009), p. 369 ; FEIT (2007), n° 323 ; SOMMER (2006), p. 1037 ; FEHLMANN (2002), p. 180 ; MOSER (1998), p. 181.

<sup>68</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2265 ; MEYER (2013), n° 330 ; ENZLER (2012), n° 286 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 36 ; VASELLA (2011), n° 837 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 424 ; FEIT (2007), n° 325 ; MOSER (1998), p. 184.

<sup>69</sup> THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22i ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982h.

<sup>70</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n°s 982c et 982h ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 342 ; LOSER (2008), pp. 1172 s. ; CHAPUIS (2005), pp. 53 s. ; LOSER (1999), p. 76 ; CHAPPUIS (1997), p. 173 ; WALTER (1996), p. 295.

impuni<sup>71</sup>. La répression peut dans certains cas prendre la forme d'une manifestation de l'interdiction de « *venire contra factum proprium* »<sup>72</sup>. Pour déterminer si un comportement est contraire à la bonne foi, il faut tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce<sup>73</sup>.

#### 4. Le dommage

##### a. Généralités

La quatrième condition est le dommage<sup>74</sup>. En effet, le responsable peut être tenu à réparation uniquement s'il existe quelque chose à réparer. Le Tribunal fédéral définit le dommage comme « la diminution involontaire de la fortune nette »<sup>75</sup>. Il se calcule selon la théorie de la différence, c'est-à-dire qu'il correspond à la « différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit »<sup>76</sup>. Il peut se présenter « sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif »<sup>77</sup>.

Comme pour la responsabilité délictuelle et la culpa in contrahendo, la responsabilité fondée sur la confiance vise à réparer l'intérêt négatif du lésé, ce qui a pour conséquence de le replacer dans la situation qui aurait été la sienne si l'événement dommageable, à savoir la déception de sa confiance, n'avait pas eu lieu<sup>78</sup>. Dans le contexte de la RFC, le Tribunal fédéral parle parfois du « *Erhaltungsinteresse* »<sup>79</sup>, c'est-à-dire l'intérêt du lésé au maintien de sa situation.

<sup>71</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 133 III 449, c. 4.1 ; 120 II 331, c. 5a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982c ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 327 ; MOSER (1998), p. 116.

<sup>72</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982h ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 342 ; MORIN (2005), p. 46.

<sup>73</sup> ATF 120 II 331, c. 5a, JdT 1995 I 360 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22h ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982h ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 342 ; CHAPUIS (2005), p. 54.

<sup>74</sup> THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22j ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982g ; HUGUENIN (2019), n° 1758 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 338 ; WESSNER (2008), n° 26.

<sup>75</sup> ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; 132 III 359, c. 4 ; 129 III 331, c. 2.1 ; 127 III 73, c. 4a ; HUGUENIN (2019), n° 112 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 1 n° 27 ; VASELLA (2011), n° 399 ; MOSER (1998), p. 187.

<sup>76</sup> ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; 132 III 359, c. 4 ; 129 III 331, c. 2.1 ; 127 III 73, c. 4a ; HUGUENIN (2019), n° 112 ; TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1296 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 1 n° 28 ; VASELLA (2011), n° 399 ; MOSER (1998), pp. 187 s.

<sup>77</sup> ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; 132 III 359, c. 4 ; 129 III 331, c. 2.1 ; 127 III 73, c. 4a ; HUGUENIN (2019), n° 112 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 1 n° 27.

<sup>78</sup> ATF 124 III 363, c. 5b, JdT 1999 I 402 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982k ; HUGUENIN (2019), n° 1759 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 344 ; BÄRTSCHI (2009), pp. 373 s. ; WESSNER (2008), n° 35 ; FEIT (2007), nos 282 et 327 ; SOMMER (2006), p. 1037 ; MORIN (2005), p. 51 ; MOSER (1998), pp. 188 ss ; WICK (1995), p. 1271.

<sup>79</sup> ATF 124 III 363, c. 5b, JdT 1999 I 402.

b. *Le type de dommage concerné par la responsabilité fondée sur la confiance*

En fonction de leur origine, les dommages peuvent être classés en trois catégories distinctes, à savoir<sup>80</sup> :

- Le dommage corporel<sup>81</sup> : il résulte d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique du lésé ;
- Le dommage matériel<sup>82</sup> : il résulte d'une atteinte à une chose, mobilière ou immobilière, dont le lésé est le propriétaire ou le possesseur légitime, lorsque cette chose est endommagée, détruite ou soustraite ;
- Le dommage purement économique<sup>83</sup> : il résulte d'une atteinte portée à des droits du lésé qui ne relèvent ni de l'intégrité corporelle ou de la vie, ni de la propriété.

Les dommages corporels et matériels résultent d'atteintes à des droits subjectifs absolus que sont l'intégrité corporelle, la vie et la propriété<sup>84</sup>. D'après la conception de l'illicéité objective suivie par le Tribunal fédéral et la doctrine dominante, tout comportement produisant ces deux dommages est illicite au sens de l'article 41 CO. On parle alors d'illicéité de résultat<sup>85</sup>. Dans une hypothèse extracontractuelle, la réparation de ces dommages interviendra sur la base de la responsabilité délictuelle.

La situation est plus compliquée pour le dommage purement économique. En effet, il ne s'agit pas d'un droit protégé de manière absolue. Ainsi, un comportement sera considéré comme illicite au regard de la conception de l'illicéité objective uniquement si son auteur a enfreint une norme juridique<sup>86</sup>, écrite ou non, qui visait à protéger spécifiquement le bien juridique atteint, cette norme étant qualifiée de norme protectrice (*Schutznorm*)<sup>87</sup>. On parle dans ce cas d'illicéité de comportement<sup>88</sup>.

<sup>80</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 1620 ; HUGUENIN (2019), n°s 1853 ss.

<sup>81</sup> HUGUENIN (2019), n° 1857 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n°s 5 ss ; ROBERTO (1999), pp. 511 et 517 ; SCHÖNENBERGER (1999), p. 4.

<sup>82</sup> HUGUENIN (2019), n° 1863 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n°s 16 ss ; ROBERTO (1999), pp. 511 et 517 ; SCHÖNENBERGER (1999), p. 4.

<sup>83</sup> ATF 133 III 323, c. 5.1, JdT 2008 I 107 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n°s 20 ss ; ROBERTO (1999), pp. 511 et 517 ; SCHÖNENBERGER (1999), pp. 4 s. ; Moser (1998), p. 10 s.

<sup>84</sup> ATF 126 III 521, c. 2a ; JdT 2001 I 506.

<sup>85</sup> KUONEN (2022), p. 95 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n° 2 ; BÄRTSCHI (2009), p. 118 ; JAUN (2008), p. 479 ; WESSNER (2008), n° 8 ; KUONEN (2007), n° 1155 ; CHAPUIS (2005), pp. 23 s. ; WERRO (2003), p. 13 ; BERGER (2000), pp. 39 s. ; HAUSHEER/JAUN (1998), p. 402 ; Pour un avis défendant l'illicéité subjective, voir : WERRO (2012), pp. 14 ss.

<sup>86</sup> Il ne doit pas forcément s'agir d'une norme pénale. Elle peut relever de tout l'ordre juridique suisse.

<sup>87</sup> ATF 126 III 521, c. 2a ; 123 III 306, c. 4a ; 122 III 176, c. 7b ; KUONEN (2022), p. 95 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n°s 26 ss ; KLEIN (2013), p. 228 ; BÄRTSCHI (2009), p. 119 ; JAUN (2007), p. 478 ; WESSNER (2008), n° 8 ; KUONEN (2007), n° 1156 ; CHAPUIS (2005), pp. 27 ss ; WERRO (2003), p. 13 ; BERGER (2000), pp. 39 s. ; SCHÖNENBERGER (1999), p. 6 ; HAUSHEER/JAUN (1998), p. 402 ; HOFSTETTER (1998), p. 263 ; MOSER (1998), p. 11.

<sup>88</sup> KUONEN (2022), p. 95 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n° 2 ; BÄRTSCHI (2009), p. 118 ; WESSNER (2008), n° 8 ; KUONEN (2007), n° 1156 ; CHAPUIS (2005), pp. 27 s. ; WERRO (2003), p. 13 ; BERGER (2000), pp. 39 s. ; HAUSHEER/JAUN (1998), p. 402.

Lorsqu'un dommage purement économique résulte de la violation d'une norme qui n'est pas protectrice, le comportement n'est alors pas illicite au sens de l'article 41 CO, ce qui exclut une responsabilité délictuelle. À ce titre, il est d'importance capitale de souligner que le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire considèrent que la bonne foi en droit privé (art. 2 CC) n'est pas une norme protectrice car elle ne fonde pas d'obligations indépendantes vu qu'elle s'applique uniquement en lien avec des droits et obligations préexistants<sup>89</sup>. C'est ce dernier aspect qui explique la création de la responsabilité fondée sur la confiance. Elle a pour but de permettre une réparation, qui serait commandée par l'équité selon le TF, du dommage purement économique subi par le lésé lorsque sa confiance a été déçue mais qu'il ne peut en obtenir la réparation par la voie délictuelle<sup>90</sup>.

c. *Le caractère « involontaire » de la diminution du patrimoine*

Pour qu'une diminution du patrimoine puisse être qualifiée de dommage, elle doit se réaliser contre la volonté du lésé. Il convient d'approfondir cette notion de diminution « involontaire » car dans nos cas de RFC pour renseignements donnés, les lésés subissent des dommages qui résultent de décisions qu'ils prennent sur la base des renseignements reçus. De prime abord, il semble compliqué d'envisager une prise de décision involontaire. Cette problématique n'est pas inhérente à la RFC car elle concerne la définition générale du dommage. À titre d'exemple, les dépenses médicales du lésé pour soigner ses blessures sont, à juste titre, qualifiées de dommage alors qu'elles sont générées par la décision volontaire du lésé de se soigner.

Pour résoudre le problème dans les cas de RFC, il faut être conscient qu'un acte de disposition d'un individu est volontaire uniquement dans le cadre de la représentation de la réalité qu'il se fait, de sorte que lorsque la représentation qu'une personne se fait ne coïncide pas avec la réalité factuelle, l'acte qu'elle entreprend est en soi volontaire mais la conséquence négative qui en découle, à savoir la perte patrimoniale, est en revanche involontaire<sup>91</sup>. Les pertes patrimoniales découlant de décisions prises sur la base de renseignements erronés sont donc bien des dommages.

<sup>89</sup> ATF 121 III 350, c. 6b, JdT 1996 I 187 ; 108 II 305, c. 2b ; BÄRTSCHI (2009), pp. 119 s. ; JAUN (2008), pp. 480 s. ; KUONEN (2007), n° 1157 ; CHAPUIS (2005), pp. 33 s. ; DRUEY (2004), p. 363 ; MORIN (2002), pp. 59 s. ; BERGER (2000), pp. 43 s. ; HAUSHEER/JAUN (1999), p. 409 ; LOSER (1999), p. 78 ; WICK (1995), p. 1280 ; Pour un autre avis, voir : SCHENKER (2010-XIII), p. 281 ; WERRO (2003), p. 15 ; SCHÖNENBERGER (1999), pp. 80 s. ; HOFSTETTER (1998), p. 264 ; REY (1989), pp. 231 et 239 s. ; Pour la situation en droit public, voir : ATF 132 II 449, c. 3.2 ; 132 II 305, c. 4.1 ; 118 Ib 473 c. 2b où le TF retient que la violation des principes de la bonne foi et de la confiance constitue un acte illicite au sens l'art. 3 al. 1 LRFC.

<sup>90</sup> KUONEN (2022), p. 96 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22d ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982I ; WESSNER (2008), n° 8 ; KUONEN (2007), n° 1152 ; WERRO (2003), pp. 12 s. ; BUCHER (2001), p. 80 ; GONZENBACH (1995), pp. 122 s.

<sup>91</sup> KUONEN (2022), p. 113 ; CHAPPUIS (2007), n°s 63 ss et 112 s. ; PETITPIERRE (2005), pp. 68 s. ; VON TUHR/PETER (1984), p. 84.



### 5. *Le rapport de causalité*

La cinquième condition est le rapport de causalité<sup>92</sup>. Pour que le comportement du responsable, c'est-à-dire le renseignement qu'il fournit, soit considéré comme la cause du dommage subi par le lésé, deux éléments doivent être cumulativement remplis :

- La causalité naturelle : elle est établie entre le comportement du responsable et le dommage du lésé lorsque « sans le premier, le second ne se serait pas produit. Il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat mais il doit se présenter comme une condition "*sine qua non*" du dommage »<sup>93</sup> ;
- La causalité adéquate : elle est établie lorsque « le comportement incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit »<sup>94</sup>.

### 6. *La faute*

La sixième et dernière condition est la faute<sup>95</sup>. Elle se définit comme « le manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique »<sup>96</sup>. Cela signifie que le responsable ne s'est pas comporté de la manière qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui car il a violé son obligation, de manière intentionnelle ou par négligence. Il n'a pas fait preuve de la diligence que les circonstances permettaient objectivement d'attendre d'une personne comme lui<sup>97</sup>.

## III. Trois situations de potentielle application de la responsabilité fondée sur la confiance pour les renseignements donnés

Les conditions nécessaires à l'application de la responsabilité fondée sur la confiance étant à présent connues, le présent titre va s'intéresser de près à trois situations dans lesquelles une personne fournit des informations à un tiers qui les utilisera comme base à la prise d'une décision.

<sup>92</sup> THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22j ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982i ; HUGUENIN (2019), n° 1758 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 338 ; KLEIN (2013), p. 229 ; WESSNER (2008), n° 26 ; FEIT (2007), n<sup>os</sup> 358 ss.

<sup>93</sup> ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; 128 III 174, c. 2b ; 116 IV 306, c. 2a ; 96 II 396, c. 1 ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22i ; TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1311 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 343 ; VASELLA (2011), n° 400 ; FEIT (2007), n° 358.

<sup>94</sup> ATF 143 III 242, c. 3.7 ; 142 III 433, c. 4.5 ; 129 II 312, c. 3.3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982i ; HUGUENIN (2019), n° 992 ; TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1312 ; VASELLA (2011), n° 406 ; FEIT (2007), n° 359 ; FEHLMANN (2002), p. 183 ; BERGER (2000) pp. 176 et 181 ; BRECHBÜHL (1998), pp. 78 s. ; MOSER (1998), p. 187.

<sup>95</sup> ATF 121 III 359, c. 6d ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22i ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982j ; HUGUENIN (2019), n° 1757 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 343 ; VASELLA (2011), n° 780 ; WESSNER (2008), n° 26 ; SOMMER (2006), p. 1037 qui limite la faute pour la RFC à l'intention ; FEHLMANN (2002), p. 182 ; LOSER (1999), p. 91 ; MOSER (1998), p. 192 ; CHAPPUIS (1997), pp. 174 s. ; WALTER (1996), pp. 291 s. ; Pour un autre avis, voir : BUCHER (2001), p. 75 qui considère que la RFC doit être une responsabilité causale.

<sup>96</sup> TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1317 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 6 n° 2.

<sup>97</sup> TERCIER/PICHONNAZ (2019), n° 1317 ; HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 6 n° 18 ; MOSER (1998), p. 192.

Nous précisons que l'analyse se limite à l'application des conditions jurisprudentielles actuelles, sans revenir sur les problématiques fondamentales de l'institution en tant que telle. Les 3 situations analysées ci-après sont les suivantes :

- Le rapport de *Due Diligence* ;
- La société mère ;
- Le certificat de travail ;

#### A. Le rapport de Due Diligence

Il est possible d'imaginer un grand nombre de rapports d'experts pouvant être analysés sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance. Toutefois, notre analyse se limitera à un seul cas, celui de la *Due Diligence* réalisée par l'avocat lors de la vente ou la fusion d'une entreprise. Les principes et réflexions exposés peuvent naturellement s'appliquer, avec les adaptations requises par les circonstances de chaque cas d'espèce, aux rapports d'autres experts<sup>98</sup>.

##### 1. *La définition et le contexte*

Une description claire de la situation de fait envisagée s'impose. Les raisons conduisant une personne à envisager l'acquisition d'une société, désignée par la suite « société-cible », sont très variées. Indépendamment de celles-ci, l'acquisition ou la fusion d'une entreprise est une opération de grande envergure qui entraînera inévitablement de grandes conséquences, positives ou négatives selon les circonstances<sup>99</sup>. Ainsi, la prudence commande aux parties de prendre diverses précautions tout au long de l'affaire.

Parmi celles-ci, on retrouve la réalisation d'une *Due Diligence*. Il s'agit d'un terme, issu du droit américain, qui désigne une procédure au cours de laquelle une entreprise est soumise à un examen approfondi sous différents aspects<sup>100</sup>. La *Due Diligence* est donc une sorte d'audit réalisé sur la société-cible dans un contexte particulier de changement de propriétaire. Au fil des années, le nombre de ces procédures a augmenté, jusqu'à devenir dans la quasi-totalité des cas une condition nécessaire à la réalisation de la transaction. La *Due Diligence* peut être réalisée par l'acheteur, par le vendeur ou par les deux. Pour les différencier, nous parlerons de « *Buy-side Due Diligence* »<sup>101</sup> lorsqu'il est conduit par l'acheteur et de « *Vendor Due Diligence* » lorsqu'il s'agit du vendeur qui le mène<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> La doctrine citée dans ce titre traite d'ailleurs de la responsabilité de différents experts et non seulement de celle de l'avocat.

<sup>99</sup> SCHENKER (2016), p. 62 ; SCHENKER (2010-XII), p. 184.

<sup>100</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (2021), § 2 n° 62 ; SCHENKER (2016), pp. 127 ss ; MEYER (2013), n° 72 ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), p. 324 ; BLUM (2006), p. 233.

<sup>101</sup> SCHENKER (2016), pp. 131 ss ; MEYER (2013), n°s 73 et 86 s ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), pp. 327 ss ; BLUM (2006), p. 233.

<sup>102</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (2021), § 2 n°68 ; SCHENKER (2016), pp. 209 ss ; MEYER (2013), n°s 74 ss ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), pp. 330 s. ; BLUM (2006), p. 233.

La *Due Diligence* permet de contrôler une entreprise sous différents angles mais celui qui nous intéresse est l'aspect juridique. La réflexion qui suit va dès lors s'intéresser exclusivement à la « *Legal Due Diligence* » au cours de laquelle l'expert mandaté, un avocat, analyse la situation juridique de la société-cible (contrats, inscriptions dans les différents registres, immeubles, situation fiscale, procédures pendantes, etc.)<sup>103</sup>. Grâce à ce contrôle, l'état de santé général de l'entreprise sera mieux connu et les clauses du contrat tiendront compte de ce résultat, en particulier pour la fixation du prix et des garanties fournies par le vendeur<sup>104</sup>. Le résultat de cette analyse est consigné dans un document écrit dénommé rapport de *Due Diligence*<sup>105</sup>.

En somme, le rapport de *Due Diligence* est un outil essentiel permettant d'avoir une vision claire de la situation de la société-cible qui accroît la confiance entre les parties à la transaction<sup>106</sup>. En outre, ce document sera très souvent utilisé par l'acheteur s'il doit obtenir un financement par un tiers. Dans ce cas, le rapport servira de base à la décision du financeur, comme une banque, d'accorder un prêt à l'acheteur<sup>107</sup>.

## 2. Les différentes personnes concernées

Qu'il s'agisse d'une *Buy-side* ou d'une *Vendor Due Diligence*, celle-ci n'est pratiquement jamais réalisée par la partie à la transaction elle-même<sup>108</sup>. En effet, il s'agit d'une opération très longue et compliquée qui nécessite des connaissances particulières en la matière, de sorte qu'il est impensable de ne pas confier sa réalisation à un expert<sup>109</sup>. En matière juridique, cet expert sera naturellement un avocat. On se retrouve alors dans une situation qui comporte les différents acteurs suivants :

- L'acheteur ;
- Le vendeur ;
- Les avocats des parties ;
- Le financeur de l'acheteur.

<sup>103</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (2021), § 2 n<sup>os</sup> 64 et 80 ss ; MEYER (2013), n<sup>os</sup> 114 ss ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), p. 324 ; BLUM (2006), p. 233.

<sup>104</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (2021), § 2 n<sup>os</sup> 65 ss ; SCHENKER (2016), p. 127 ; MEYER (2013), n<sup>o</sup> 127 ; SCHENKER (2010-XIII), p. 258 ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), pp. 325 s. ; BLUM (2006), p. 233.

<sup>105</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (2021), § 2 n<sup>o</sup> 76 ; MEYER (2013), n<sup>os</sup> 76 et 86 ; SCHENKER (2010-XIII), p. 250 ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), pp. 343 s.

<sup>106</sup> SCHENKER (2010-XIII), pp. 254 ss qui explique notamment la différence avec un *Information Memorandum*.

<sup>107</sup> SCHENKER (2010-XIII), p. 241 ; FEIT (2007), n<sup>o</sup> 10.

<sup>108</sup> Une exception peut être envisagée notamment lorsqu'une partie est elle-même avocat. Néanmoins, elle ne pourra procéder qu'à la *Legal Due Diligence* et devra probablement mandater d'autres experts pour les aspects qui ne relèvent pas de son champ de compétences.

<sup>109</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (2021), § 2 n<sup>o</sup> 76 ; SCHENKER (2016), pp. 62 ss ; MEYER (2013), n<sup>o</sup> 70 ; SCHENKER (2010-XII), pp. 184 s. ; SCHENKER (2010-XIII), pp. 256 ss ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), pp. 324 ss.

On relève d'emblée qu'il est fréquent que ces personnes ne se connaissent pas. À titre d'exemple, le vendeur ou son avocat peuvent ne pas connaître le financeur de l'acheteur car son identité n'a que peu d'importance pour eux, si ce n'est aucune.

3. *L'éventuel rôle subsidiaire de la responsabilité fondée sur la confiance*

Lorsque la transaction aboutit, l'acheteur et le vendeur sont liés par un contrat. Il en va de même pour chacun d'eux avec leurs avocats qui préparent et élaborent le ou les rapports de *Due Diligence*. La responsabilité fondée sur la confiance ne saurait dès lors trouver application dans ces relations vu son caractère subsidiaire<sup>110</sup>. En revanche, deux relations ne sont pas régies par un contrat, de sorte que leur appréhension sous l'angle de la RFC mérite notre attention. Ces relations sont les suivantes :

- L'avocat du vendeur et l'acheteur en cas de *Vendor Due Diligence*<sup>111</sup> ;
- L'avocat et le tiers financeur, indépendamment qu'il s'agisse d'une *Buy-side* ou d'une *Vendor Due diligence*.

4. *L'application des conditions au rapport de Due Diligence*

Les deux relations pouvant entrer dans le champ d'application de la RFC identifiées, il convient à présent d'analyser pour chacune d'elles si les six conditions cumulatives sont remplies.

a. *La relation juridique particulière – « die rechtliche Sonderverbindung »*

À titre liminaire, il semble pouvoir être aisément conclu à l'existence systématique d'une relation juridique particulière dans ce contexte car le Tribunal fédéral a jugé qu'elle existe notamment lorsqu'une personne « disposant de connaissances particulières dans un domaine, accepte de fournir des renseignements ou des conseils hors de tout rapport contractuel »<sup>112</sup>. Le TF s'est donc expressément prononcé sur la fourniture de renseignements à un tiers par un expert. Toutefois, il convient d'approfondir l'analyse des deux relations pour déterminer si cette relation existe réellement.

Notre analyse débute par la relation entre l'acheteur et l'avocat du vendeur. Au cours de la *Vendor Due Diligence*, l'avocat chargé de réaliser la *Due Diligence* est mandaté par le vendeur, qui est encore à cet instant le propriétaire de la société-cible. Dès lors, l'avocat peut requérir toutes les informations nécessaires à l'établissement de son rapport directement auprès de son mandant, sans devoir contacter le potentiel acheteur. Il n'a en réalité même pas besoin de le connaître pour accomplir sa tâche.

<sup>110</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 133 III 449, c. 4.1 ; 124 III 297 c. 6a ; 123 III 220, c. 4e ; 121 III 350, c. 6c ; BECKER (2018), p. 38 ; SCHENKER (2010-XII), pp. 199 ss.

<sup>111</sup> MEYER (2013), n<sup>os</sup> 290 ss ; SCHENKER (2010-XII), pp. 184 s.

<sup>112</sup> ATF 121 III 350, c. 6c, JdT 1996 I 187.

Toutefois, l'avocat est ou doit être conscient que son rapport sera par la suite transmis à l'acheteur pour qu'il puisse analyser l'état de la société-cible et adapter son offre sur cette base car il s'agit de l'utilité même de ce document<sup>113</sup>. Dès lors, deux alternatives doivent être distinguées :

- Le ou les potentiels acheteurs qui recevront le rapport sont déjà connus : l'avocat connaît l'identité précise des destinataires ou peut l'obtenir auprès de son mandant. Dans ces deux cas, le cercle des destinataires est déterminé ou déterminable<sup>114</sup>, ce qui conduit à retenir l'existence d'une relation juridique particulière<sup>115</sup> ;
- Le ou les potentiels acheteurs qui recevront le rapport ne sont pas encore connus : le cercle des destinataires n'est pas déterminé car ceux-ci ne sont pas encore entrés en contact avec le vendeur. Le vendeur fait donc réaliser la *Vendor Due Diligence* par avance mais ne sait pas combien de potentiels acheteurs seront intéressés. En outre, le cercle des destinataires n'est pas non plus objectivement déterminable pour l'avocat car, à défaut d'indications, il doit considérer que le potentiel acheteur pourra être n'importe qui<sup>116</sup>. Retenir dans ce cas une relation juridique particulière reviendrait à attribuer à la RFC une portée *erga omnes*, ce qui a été, à très juste titre, exclu par le TF<sup>117</sup>. Ainsi, l'existence d'une relation juridique particulière doit être niée dans ce cas, faute de tiers identifiable<sup>118</sup>. Dans ce même sens, il convient de noter que si l'avocat est mandaté par le « vendeur » pour établir un audit hors de tout processus de vente ou de fusion, avec pour seul et unique but d'obtenir une vision précise et détaillée de l'état de santé global de sa société, il ne peut certes pas être totalement exclu que ce document ne sera jamais transmis à autrui par la suite. Si cette transmission advenait toutefois, il s'agirait alors d'une prise de connaissance fortuite du rapport et de son contenu, ne suffisant pas pour retenir l'existence d'une relation juridique particulière. C'est la solution retenue par le Tribunal fédéral qui a dû se prononcer sur une expertise immobilière établie exclusivement pour juger de la faisabilité de travaux mais

<sup>113</sup> HUGUENIN (2019), n° 1741 ; SCHENKER (2016), p. 85 ; MEYER (2013), nos 318 s. ; VASELLA (2011), n° 847 ; SCHENKER (2010-XIII), pp. 250, 259 et 282 s. ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), p. 331 ; FEIT (2007), nos 308 ss ; BLUM (2006), p. 233 ; MORIN (2005), pp. 55 s. ; PFENNINGER/GIGER (2005), p. 8 ; WERRO (2003), p. 15 ; HIRSCH (2001), p. 83 ; HOFSTETTER (1998), p. 263 ; MOSER (1998), pp. 169 ss.

<sup>114</sup> MEYER (2013), n° 319 ; HIRSCH (2001), p. 83 ; SCHÖNENBERGER (1999), p. 136 ; HOFSTETTER (1998), p. 266.

<sup>115</sup> MEYER (2013), n° 319 ; WOLF (2010), pp. 128 s. ; PFENNINGER/GIGER (2008), p. 8 ; FEIT (2007), n° 388 ; HOFSTETTER (1998), pp. 264 ss.

<sup>116</sup> BECKER (2018), p. 43 ; HIRSCH (2001), pp. 83 et 88 s. ; Pour un autre avis, voir : VASELLA (2011), n° 845 qui considère que « l'ensemble du marché financier » décrit un cercle de destinataires suffisant.

<sup>117</sup> ATF 130 III 345, c. 3.2 ; JdT 2004 I 207 ; HUGUENIN (2019), n° 1739 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; VASELLA (2011), nos 825 ss ; MOSER (1998), p. 168.

<sup>118</sup> HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), p. 344 ; HIRSCH (2001), p. 83 ; Pour un autre avis, voir : MEYER (2013), nos 318 ss ; SCHENKER (2010-XIII), pp. 282 s qui considèrent que le fait que l'expert sache ou doive savoir que son rapport sera transmis à un potentiel acheteur est suffisant pour retenir l'existence d'un cercle de destinataires définis, quand bien même l'expert ne connaisse pas le nombre de destinataires.

qui a été transmise deux ans plus tard par le propriétaire aux futurs acheteurs<sup>119</sup>.

Nous passons à présent à la relation entre l'avocat et le financeur de l'acheteur. Lorsque le premier connaît précisément le financeur, la relation juridique particulière semble établie. En effet, l'avocat rédige son rapport en sachant exactement à qui il sera transmis. Ainsi, son comportement est bel et bien conscient. À nouveau, il est sans importance que ces deux personnes ne se soient jamais directement rencontrées<sup>120</sup>. Il est suffisant que l'avocat sache que son rapport peut amener le financeur à octroyer un prêt à l'acheteur car il considérera que le rapport est correct<sup>121</sup>. Outre le fait que le financeur et l'avocat aient comme contact commun l'acheteur et qu'ils agissent dans le même environnement contractuel au sens large, les deux se connaissent dans ce cas. Le tiers destinataire est donc parfaitement déterminé. Sur la base de ces différents éléments, l'existence d'une relation juridique particulière doit être retenue.

Lorsqu'au contraire l'avocat ne sait pas si un financeur existe, il rédige son rapport en sachant que l'acheteur en prendra connaissance mais il ne sait pas si ce document sera également transmis plus loin. Le financeur n'est donc pas déterminé. Il reste néanmoins à vérifier s'il n'est pas tout de même identifiable. À ce titre, nous considérons que la distinction suivante s'impose :

- Le *Buy-side* rapport : l'avocat qui rédige le rapport est mandaté par l'acheteur potentiel. Il est donc admissible d'attendre de lui qu'il s'informe auprès de son mandant de l'existence d'un financeur. Une telle attente peut trouver son fondement sur le devoir de diligence de l'avocat à l'égard de son mandant. Dans ce cas, le financeur est suffisamment déterminable pour l'avocat, ce qui conduit à retenir l'existence d'une relation juridique particulière ;
- Le *Vendor* rapport : l'avocat qui rédige le rapport est mandaté par le vendeur. Il n'a aucun lien contractuel avec l'acheteur et n'est donc pas tenu de le protéger. Contrairement au cas précédent, l'attente qu'il contacte l'acheteur pour s'informer de l'existence d'un financeur ne trouve aucune justification. Ainsi, le financeur est également indéterminable dans ce cas, de sorte que la relation juridique particulière doit être niée<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> ATF 130 III 345, c. 3.2 ; JdT 2004 I 207.

<sup>120</sup> MEYER (2013), n° 307 ; SCHENKER (2010-XIII), p. 282 ; FEIT (2007), n° 312 ; Pour un autre avis, voir : HOFSTETTER (1998), p. 264.

<sup>121</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 130 III 345, c. 2.2 ; 120 II 331, c. 5a ; THÉVENOZ (2021), avant art. 97-109 CO n° 22g ; ZELLWEGER-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101e ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; BECK (2017), p. 141 ; BÄRTSCHI (2009), pp. 365 et 369 ; FEIT (2007), n° 299 ; CHAPUIS (2005), p. 53 ; FEHLMANN (2002), pp. 171 s. ; HIRSCH (2001), p. 83.

<sup>122</sup> FEIT (2007), n° 396 qui arrive au même résultat également pour l'avocat de l'acheteur ; MOSER (1998), p. 212.

b. *L'éveil d'une confiance légitime et digne de protection*

Indépendamment de ses protagonistes, toute relation juridique particulière doit éveiller chez le lésé une confiance légitime et digne de protection. Lorsque les lésés reçoivent le rapport de *Due Diligence*, ils placent leur confiance dans ce document et dans son exactitude afin de prendre des décisions importantes qui peuvent se révéler par la suite dommageables<sup>123</sup>. En se fiant à la description de l'état de la société-cible, les lésés sont en effet amenés à considérer qu'ils peuvent acquérir certains droits ou agir sans encourir des risques inconsidérables<sup>124</sup>. Ils vont alors conclure le contrat d'acquisition ou de fusion, respectivement le contrat de prêt octroyant le financement nécessaire à l'opération. Les lésés ont donc bien des attentes concrètes et déterminées car elles reposent sur l'exactitude du rapport qui leur est remis<sup>125</sup>.

Toutefois, il reste à vérifier qu'une imprévoyance ne leur soit pas reprochable. Tout d'abord, l'inexactitude du rapport ne devait être pour les lésés ni connue ni reconnaissable. Tel serait par exemple le cas du financeur qui se fie aux actifs bancaires de la société-cible surévalués alors que les comptes bancaires en question se trouve chez le financeur. Ensuite, il convient particulièrement de se demander si le refus de procéder à une propre *Due Diligence*, en se fiant simplement à celle du vendeur, ne leur est pas reprochable. D'une part, le rapport est un document très sérieux, réalisé par un expert qui dispose de connaissances spécifiques dans ce domaine, raison pour laquelle il a été mandaté, et qui a passé un temps considérable à l'analyse de ses éléments<sup>126</sup>. En outre, le rapport est effectué sur une base contractuelle, impliquant une responsabilité de son auteur à l'égard du mandant, ce qui prouve l'attention particulière qu'il lui aura accordée<sup>127</sup>. Ces éléments semblent indiquer qu'il soit objectivement légitime de se fier à ce rapport. Toutefois, la pratique suisse attend généralement de l'acheteur qu'il effectue lui-même une *Due Diligence*, même lorsque le vendeur en a déjà faite une complète notamment pour la vérifier<sup>128</sup>. Qui plus est, le TF considère qu'il n'est pas acceptable que les acteurs professionnels du marché et les banques se fient à des indications informelles en invoquant par la suite la RFC pour obtenir la réparation du dommage

<sup>123</sup> BECKER (2018), p. 43 ; SCHENKER (2016), p. 85 ; KLEIN (2013), p. 220 ; MEYER (2013), n<sup>os</sup> 321 s. ; VASELLA (2011), n<sup>o</sup> 847 ; SCHENKER (2010-XIII), p. 282 ; SCHENKER (2010-XII), p. 206 ; FEIT (2007), n<sup>o</sup> 412 ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), p. 325 ; WERRO (2003), p. 12 ; MOSER (1998), p. 186 ; WALTER (1996), p. 291.

<sup>124</sup> KLEIN (2013), p. 221 ; FEIT (2007), n<sup>o</sup> 412 ; MORIN (2005), pp. 45 et 53 ; HOFSTETTER (1998), p. 266.

<sup>125</sup> MEYER (2013), n<sup>o</sup> 309 ; SCHENKER (2010-XIII), p. 282 ; FEIT (2007), n<sup>os</sup> 412 ss ; WERRO (2003), p. 16.

<sup>126</sup> MEYER (2013), n<sup>os</sup> 323 ss ; VASELLA (2011), n<sup>os</sup> 823 et 841 ; FEIT (2007), n<sup>o</sup> 304 ss ; SCHÖNENBERGER (1999), p. 135 ; HOFSTETTER (1998), p. 261 ; MOSER (1998), pp. 161 ss.

<sup>127</sup> MEYER (2013), n<sup>o</sup> 323.

<sup>128</sup> SCHENKER (2016), p. 210 ; MEYER (2013), n<sup>os</sup> 50, 145 et 341 ss ; SCHENKER (2010-XIII), pp. 262 ss ; HOCH CLASSEN/HSU/ROTH (2007), p. 329 ; BLUM (2006), p. 234.

issu de leur confiance<sup>129</sup>. Contrairement à un *Information Memorandum*<sup>130</sup>, le contenu du rapport de *Due Diligence* est difficilement qualifiable d'indications informelles. Toutefois, l'extension de l'inacceptabilité d'une confiance à ce type d'indications nous semble acceptable, bien que cette conclusion ne fasse probablement pas l'unanimité. Ces indices nous conduiraient à considérer que la confiance n'est pas légitime. À ce stade, la réponse quant à la légitimité n'est pas encore claire.

Il demeure toutefois un aspect primordial à analyser, à savoir l'impossibilité de conclure un contrat. Celui-ci est beaucoup plus problématique pour les lésés. En effet, le TF considère que l'attente qu'une personne accomplisse une prestation sans y être obligée contractuellement mérite d'être protégée uniquement de manière exceptionnelle, notamment lorsqu'un contrat ne peut pas être conclu à cause d'un lien de dépendance du lésé et que ce dernier ne peut pas non plus raisonnablement renoncer à l'affaire<sup>131</sup>. Dans nos hypothèses, cette exigence n'est manifestement pas remplie. En effet, l'acheteur et le financeur connaissent l'auteur du rapport car son nom apparaît sur le document. En outre, il est impossible d'imaginer que les lésés se retrouvent dans une situation de dépendance à l'égard de l'avocat-rédacteur telle qu'elle leur empêche de conclure un contrat avec celui-ci pour obtenir la garantie contractuelle de l'exactitude du rapport de *Due Diligence*. À cela, s'ajoute la possibilité de mandater un autre expert pour qu'il procède à une *Due Diligence*. Dès lors, la confiance placée par les deux lésés dans le rapport et son contenu n'est à notre sens pas digne de protection et ne mérite pas d'être protégée. Ainsi, l'application de la RFC devrait être constamment exclue.

En sus du développement qui précède, l'adoption d'une clause d'exclusion de responsabilité mérite encore notre attention. En effet, si l'adoption par l'avocat de telles clauses à l'égard de son mandant, dans les limites des articles 100 et 101 CO, ne pose aucun problème<sup>132</sup>, la question de leur admissibilité à l'égard de tiers est bien plus intéressante. On constate en effet que, dans la pratique, les documents de vente réalisés par les avocats contiennent souvent des clauses de non-responsabilité<sup>133</sup>. Ces différentes clauses de déresponsabilisation peuvent être distinguées en deux catégories<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> TF, arrêt 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 5.4.2 ; SCHENKER (2016), p. 86 ; HOFSTETTER (1998), pp. 266 s. qui le considère seulement comme une faute concomitante réduisant la responsabilité.

<sup>130</sup> Pour une explication sur la différence entre rapport de *Due Diligence* et *Information Memorandum*, voir : SCHENKER (2010-XIII), pp. 254 ss.

<sup>131</sup> ATF 133 III 449, c. 4.1, JdT 2008 I 325.

<sup>132</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (2021), § 2 n° 76 ; BECKER (2018), p. 45 ; SCHENKER (2016), pp. 86 ss ; MEYER (2013), n°s 244 ss ; SCHENKER (2010-XII), p. 211 ; HIRSCH (2001), p. 85.

<sup>133</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF (2021), § 2 n° 94 ; MEYER (2013), n°s 398 ss ; SCHENKER (2010-XIII), p. 283 ; BLUM (2006), p. 233.

<sup>134</sup> MEYER (2013), n° 466.



D'une part, on retrouve les clauses impactant la confiance accordée par le tiers au rapport. Elles influencent donc la deuxième condition de la responsabilité fondée sur la confiance. Parmi ces clauses, on retrouve en particulier les suivantes :

- Le *Disclaimer*<sup>135</sup> : l'avocat inclut dans son rapport une clause précisant que son document ne peut aucunement fonder la confiance d'autrui et qu'il n'assume dès lors aucune responsabilité ;
- La *Release Letter*<sup>136</sup> : l'avocat prévoit avec son mandant que son rapport ne peut être remis à un tiers qu'avec la signature préalable par ce dernier d'une *Release Letter*, contrat par lequel le tiers reconnaît que le rapport lui est fourni exclusivement à titre informatif et que l'avocat n'encourt aucune responsabilité pour une éventuelle erreur.

D'autre part, on retrouve les clauses restreignant la responsabilité. Celles-ci n'influencent pas directement une des conditions de la responsabilité fondée sur la confiance mais impactent l'étendue du devoir de réparation du responsable. Parmi ces clauses, on retrouve en particulier les suivantes :

- La description précise du rapport : l'avocat décrit de manière très détaillée l'étendue de la *Due Diligence* effectuée, en indiquant point par point les aspects analysés<sup>137</sup>, ainsi que le degré de précision accordé à son analyse<sup>138</sup>. Par la mention de ces éléments, son éventuelle responsabilité sera uniquement envisageable dans le cadre qu'il a dessiné ;
- La libération des prétentions de tiers<sup>139</sup> : l'avocat peut insérer dans son contrat de mandat que son mandant le libère de toutes prétentions d'un tiers à son encontre en raison d'erreurs contenues dans le rapport, l'effet direct d'une telle clause à l'encontre des tiers étant cependant discutable. Il peut également exiger de son mandant que cette clause soit insérée directement dans le contrat de vente ou de fusion ;
- La *Reliance Letter*<sup>140</sup> : l'avocat exige, avant la conclusion du contrat principal, la signature par le tiers d'une *Reliance Letter*, contrat par lequel l'étendue de la confiance que le tiers est en droit d'accorder au rapport est réglée.

<sup>135</sup> MEYER (2013), n° 411 ; SCHENKER (2010-XIII), pp. 283 ss.

<sup>136</sup> MEYER (2013), n°s 444 ss ; SCHENKER (2016), pp. 86 ss ; SCHENKER (2010-XIII), p. 285 ; FEIT (2007), n°s 394 ss ; MOSER (1998), p. 212.

<sup>137</sup> MEYER (2013), n°s 429 s. ; SCHENKER (2010-XIII), pp. 259 ss ; FEIT (2007), n°s 394 ss ; MOSER (1998), pp. 212 s.

<sup>138</sup> SCHENKER (2016), pp. 213 ss ; MEYER (2013), n°s 434 s. ; SCHENKER (2010-XIII), p. 261.

<sup>139</sup> TSCHÄNI/DIEM/WOLF ( 2021), § 2 n° 86 ; SCHENKER (2010-XIII), p. 279.

<sup>140</sup> SCHENKER (2016), pp. 84 s. et 218 ; MEYER (2013), n°s 453 ss ; SCHENKER (2010-XIII), pp. 285 ss ; Pour une vue détaillée sur la *Reliance Letter*, voir : WOLF (2010), pp. 120 ss.

Quant aux effets et à l'admissibilité de ces diverses clauses, nous renvoyons à la partie générale<sup>141</sup>. Néanmoins, il est intéressant de relever que certains auteurs sont d'avis que les clauses d'exclusion de responsabilité dans le contexte de la responsabilité fondée sur la confiance sont admissibles en tant que telles mais qu'elles ne le sont pas dans le cas particulier des rapports d'experts<sup>142</sup>.

c. *La déception de la confiance éveillée d'une manière contraire à la loyauté*

La confiance légitime des lésés doit être déçue d'une manière contraire à la bonne foi. Dans nos cas, la déception intervient au moment où le lésé conclut le contrat ou octroie le prêt sur la base du rapport incorrect<sup>143</sup>. La déception en tant que telle n'est cependant pas suffisante car elle doit découler d'un comportement de mauvaise foi de l'avocat. En effet, lorsqu'il commet une erreur qui ne lui est pas reprochable, la déception n'est pas déloyale<sup>144</sup>.

La déception est en revanche contraire à la bonne foi lorsque l'avocat commet l'erreur dans son rapport en ne faisant pas preuve de la diligence que le lésé était en droit d'attendre de lui selon les circonstances concrètes<sup>145</sup>. Le rapport étant établi sur la base d'un mandat, certains auteurs considèrent dès lors que les attentes du lésé sont identiques à celles du mandant<sup>146</sup>. Cette solution nous semble peu acceptable car elle a pour conséquence d'accorder le même degré de protection à un tiers qu'à un partenaire contractuel. Nous considérons que les attentes du lésé doivent obligatoirement être inférieures à celles du mandant<sup>147</sup>. Au demeurant, l'existence d'un comportement contraire à la bonne foi dépendra constamment des circonstances du cas d'espèce, de sorte qu'il est ici impossible d'apporter une réponse unique. Néanmoins, il convient de noter que la preuve d'absence de négligence sera compliquée pour l'avocat, notamment en raison de sa position d'expert.

d. *Le dommage*

Pour rappel, le rapport de *Due Diligence* est un document important qui permet d'avoir une vision claire de l'état de la société-cible. Il va donc influencer de manière conséquente l'opération d'acquisition ou de fusion et l'octroi d'un prêt à l'acheteur. Les différents dommages présentés ci-dessous impliquent tous que l'opération se

<sup>141</sup> Cf. *supra* II.C.2.b.

<sup>142</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), n° 982g.

<sup>143</sup> BECKER (2018), p. 37 ; MEYER (2013), n° 329 ; FEIT (2007), n° 435.

<sup>144</sup> MEYER (2013), n° 331 ; FEIT (2007), n° 435.

<sup>145</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2265 ; MEYER (2013), n° 330 ; FEIT (2007), n° 326 ; MOSER (1998), p. 183.

<sup>146</sup> MEYER (2013), n° 330 ; FEIT (2007), n° 325 ; MOSER (1998), p. 184.

<sup>147</sup> BECKER (2018), pp. 39 s.

soit réalisée, de sorte que l'acheteur est devenu le nouveau propriétaire de la société-cible.

Lorsque l'acheteur conclut le contrat sur la base du *Vendor* rapport présentant de manière trop optimiste l'état de la société-cible, il convient de distinguer deux situations hypothétiques pour la détermination du dommage :

- L'acheteur n'aurait pas acquis l'entreprise s'il avait connu son état réel<sup>148</sup> : il doit être replacé dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas conclu le contrat. Le dommage correspond donc à l'intégralité du prix de vente avec imputation de la valeur réelle de l'entreprise<sup>149</sup>. Une telle solution est envisageable uniquement en cas d'erreurs graves, dont la connaissance aurait objectivement justifié le refus de contracter. En effet, l'erreur de l'avocat ne doit pas être une porte de sortie pour le lésé qui a conclu une mauvaise affaire<sup>150</sup> ;
- L'acheteur aurait tout de même acquis l'entreprise s'il avait connu son état réel mais à des conditions différentes<sup>151</sup> : il doit être replacé dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait conclu le contrat à des conditions différentes. En effet, l'acheteur a payé un prix trop élevé ou n'a pas obtenu suffisamment de garanties par rapport à ce qu'il aurait exigé<sup>152</sup>. Dans le premier cas, le montant du dommage correspond à la différence entre le prix effectivement payé et le prix qu'il aurait accepté de payer<sup>153</sup>. Dans le deuxième cas, le calcul du dommage semble bien plus complexe, impliquant notamment une estimation de la valeur des garanties non contractées<sup>154</sup>. Toutefois, il est à notre sens possible de simplifier ce calcul en le faisant correspondre aux dépenses supplémentaires que l'acheteur devra faire pour « réparer » la société. Le raisonnement est ici très proche des dépenses médicales effectuées par un lésé pour soigner ses blessures.

Lorsque le financeur accorde un prêt à l'acheteur, il l'octroie car il estime le projet suffisamment viable et l'acheteur suffisamment solvable pour garantir le remboursement. Cette analyse va particulièrement s'intéresser à la société-cible et le financeur va se fonder sur le rapport de *Due Diligence*. S'il s'avère, une fois l'opération réalisée, que le rapport présentait de manière trop optimiste l'état de de la société, le financeur voit sa situation péjorée par l'augmentation de son risque de

<sup>148</sup> MEYER (2013), n<sup>os</sup> 386 s. ; VASELLA (2011), n<sup>os</sup> 934 ss ; FEIT (2007), n<sup>o</sup> 442 ; MOSER (1998), p. 190.

<sup>149</sup> MEYER (2013), n<sup>o</sup> 386 ; VASELLA (2011), n<sup>o</sup> 934 ; FEIT (2007), n<sup>o</sup> 443.

<sup>150</sup> MEYER (2013), n<sup>os</sup> 386 s. n.b.p. 810.

<sup>151</sup> MEYER (2013), n<sup>os</sup> 383 ss ; VASELLA (2011), n<sup>os</sup> 929 ss ; FEIT (2007), n<sup>o</sup> 328 ; MOSER (1998), p. 190.

<sup>152</sup> MEYER (2013), n<sup>os</sup> 332 et 383 s. ; VASELLA (2011), n<sup>o</sup> 929 ; SCHENKER (2010-XIII), p. 280.

<sup>153</sup> MEYER (2013), n<sup>o</sup> 384 ; VASELLA (2011), n<sup>o</sup> 929.

<sup>154</sup> MEYER (2013), n<sup>o</sup> 385.

ne pas être remboursé. Pour le calcul du dommage, nous distinguons les deux moments suivants :

- La vie de la société acquise : il n'est pas sûr à ce stade que le financeur ne récupérera pas l'argent prêté. On ne peut donc pas encore qualifier le capital du prêt comme un dommage. En revanche, il en va différemment pour les intérêts. Lorsqu'un financeur octroie un prêt, le taux d'intérêts convenu est fortement influencé par le risque de non-remboursement. Si le financeur parvient à prouver qu'il aurait effectivement accordé le prêt à un taux plus élevé<sup>155</sup>, son dommage correspond à la différence entre les intérêts qu'il aurait perçus et ceux qu'il perçoit effectivement ;
- La faillite de la société acquise : lorsque la société-cible vient à faire faillite, ses créanciers ne seront très vraisemblablement pas totalement satisfaits au terme de la liquidation. Parmi ceux-ci, on retrouvera le financeur qui ne récupérera pas la totalité du montant prêté. Pour déterminer le dommage, la solution dépendra de savoir si, en connaissance de l'état réel, le financeur aurait refusé d'accorder le prêt ou l'aurait accordé à des conditions différentes<sup>156</sup>. Dans le premier cas, le dommage correspond à la différence entre le montant prêté et le montant que le financeur récupère. Dans le deuxième cas, le calcul du dommage est en revanche bien plus complexe. Il comprend d'ailleurs deux composantes. La première est celle des intérêts plus élevés qui a été développée ci-dessus. Celle-ci ne pose pas de problèmes particuliers. En revanche, il en va autrement pour le capital. Étant donné que le financeur aurait tout de même octroyé le prêt, il se serait également exposé à un risque de ne pas récupérer la totalité du capital. Toutefois, le montant qu'il avait accepté de perdre était inférieur à celui qu'il a effectivement perdu. Ainsi, le dommage devrait correspondre à la différence entre le montant que le financeur prévoyait objectivement de récupérer en cas de faillite de la société-cible et le montant qu'il a effectivement récupéré, bien que la preuve de ce dommage nous paraisse pour le moins compliquée.

e. *Le rapport de causalité naturelle et adéquate*

Les dommages présentés ci-dessus tirent leur origine d'un seul et même fait, à savoir l'erreur commise par l'avocat dans son rapport de *Due Diligence*. La causalité peut donc être analysée en une seule fois, sans procéder à des distinctions superflues et inutiles pour chaque dommage.

<sup>155</sup> MEYER (2013), n<sup>os</sup> 386 s. ; VASELLA (2011), n<sup>o</sup> 929 ; FEIT (2007), n<sup>os</sup> 442 s. ; MOSER (1998), p. 190.

<sup>156</sup> MEYER (2013), n<sup>os</sup> 386 s. ; FEIT (2007), n<sup>os</sup> 442 s. ; MOSER (1998), p. 190.

Le rapport de *Due Diligence* est un document d'une grande importance qui sert de base de négociation. Les décisions prises sur sa base n'auraient dès lors pas été prises ou pas dans la même mesure si son contenu avait été correct, de sorte que le dommage ne serait pas survenu<sup>157</sup>. L'erreur est donc une cause, bien qu'indirecte, du dommage<sup>158</sup>. Il est sans importance que d'autres causes parallèles existent car l'erreur apparaît comme une condition *sine qua non* du dommage. Sauf indices permettant de prouver que le même contrat aurait été signé en connaissance de la situation réelle, la causalité naturelle est établie.

Il reste à vérifier si l'erreur était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner des dommages du genre de ceux qui se sont produits<sup>159</sup>. Concernant le montant des dommages, il est normal et prévisible qu'une erreur portant sur l'évaluation d'une entreprise puisse engendrer des préjudices considérables. Concernant le dommage en tant que tel, la nuance s'impose. En effet, la décision dommageable est prise sur la base d'un document établi par un expert qui a des connaissances particulières, ce qui peut laisser penser qu'il soit ordinaire de se fier à ces indications. Toutefois, la pratique exige de l'acheteur qu'il effectue une *Due Diligence* même lorsque le vendeur en a fait préalablement une et le TF considère que les acteurs professionnels du marché et les banques ne doivent pas se fier aveuglément à des indications informelles mais vérifier eux-mêmes certaines données<sup>160</sup>. L'existence d'une causalité adéquate dépendant des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, une réponse unique ne peut être apportée ici.

f. *La faute*

L'avocat doit avoir commis l'erreur intentionnellement ou par négligence. Cette condition est remplie lorsqu'il rédige son rapport en ne faisant pas preuve du soin et de la diligence que le lésé pouvait objectivement attendre de sa part<sup>161</sup>. Il s'agit d'un aspect qui doit être analysé au regard des circonstances du cas d'espèce, de sorte qu'il n'est pas possible d'apporter une réponse unique. Néanmoins, nous relevons que la preuve de l'absence de négligence sera compliquée pour l'avocat, notamment en raison de sa position d'expert. D'une manière assez intéressante, cette analyse correspond parfaitement à l'examen de la déception de la confiance en contrariété à la bonne foi<sup>162</sup>. Pour finir, il convient de mentionner l'éventuelle faute concomitante du lésé qui réduirait l'étendue de la responsabilité de l'avocat. Elle correspondra

<sup>157</sup> BECKER (2018), p. 44 ; MEYER (2013), n° 338 ; FEIT (2007), n° 445 ; HOFSTETTER (1998), p. 261.

<sup>158</sup> MEYER (2013), n° 339.

<sup>159</sup> MEYER (2013), n°s 337 ss ; FEIT (2007), n° 445 ; FEHLMANN (2002), p. 183 ; BERGER (2000), p. 182.

<sup>160</sup> TF, arrêt 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 5.4.2.

<sup>161</sup> MEYER (2013), n° 345 ; FEIT (2007), n° 447 ; MOSER (1998), p. 192.

<sup>162</sup> Cf. *supra* III.A.4.c.

surtout à la confiance octroyée trop facilement, de sorte que nous nous limitons à renvoyer au développement sur la légitimité de la confiance des lésés<sup>163</sup>.

##### 5. *Le résultat et les autres voies envisageables*

De cette analyse, il résulte qu'au moins une condition de la RFC fait systématiquement défaut. La condamnation à réparation de l'avocat basée sur la responsabilité fondée sur la confiance doit dès lors toujours être exclue<sup>164</sup>. Les précédentes pages montrent bien les inconvénients de la RFC et les risques que ses notions peu claires impliquent. Nous relevons d'ailleurs que l'analyse pourrait constamment se limiter aux deux premières conditions, avec deux alternatives possibles :

- Le tiers destinataire du rapport n'est pas suffisamment identifiable pour l'avocat, de sorte que la relation juridique particulière fait défaut ;
- Le tiers destinataire identifié ou suffisamment identifiable pouvait conclure un contrat avec l'avocat pour se protéger, de sorte que sa confiance n'est pas légitime.

L'application de la responsabilité fondée sur la confiance exclue, il reste à voir si une autre base permettant au lésé de se faire réparer son dommage existe. En l'absence de contrat le liant à l'avocat, la seule option restante est celle de la responsabilité délictuelle (art. 41 CO). S'agissant du dommage, de la causalité et de la faute, nous renvoyons à ce qui a été présenté ci-dessus<sup>165</sup>. La condition intéressante est en revanche celle de l'acte illicite. En effet, la réparation de dommages purement économiques implique une illicéité de comportement qui mène à la recherche d'une norme protectrice<sup>166</sup>. Nous considérons que deux dispositions méritent notre attention :

- Le faux dans les titres (art. 251 CP)<sup>167</sup> : il s'agit de la première norme qui semble pertinente quand il est question de document au faux contenu. Le Tribunal fédéral a reconnu que cette norme protège la personne qui est effectivement atteinte dans ses droits lorsque l'atteinte est la conséquence immédiate de l'acte caractéristique de l'infraction<sup>168</sup>. Elle a donc été consacrée en tant que norme protectrice. Le TF a d'ailleurs expressément reconnu que l'article 251 CP protège la personne à qui l'auteur présente le faux titre et qui prend des dispositions sur cette base<sup>169</sup>. La situation de nos deux lésés est indubitablement concernée. Ainsi, la responsabilité délictuelle est applicable à la fourniture de renseignements erronés. C'est d'ailleurs la solution que le Tribunal fédéral appliquait avant l'introduction de la responsabilité

<sup>163</sup> Cf. *supra* III.A.4.b.

<sup>164</sup> HOFSTETTER (1998), p. 266 ; Pour un autre avis, voir : MEYER (2013), n° 346 ; SCHENKER (2010-XIII), p. 281 ; BLUM (2006), p. 233.

<sup>165</sup> Cf. *supra* III.A.4.d-f.

<sup>166</sup> BECKER (2018), p. 40.

<sup>167</sup> BECKER (2018), p. 41 ; MEYER (2013), n<sup>os</sup> 364 ss.

<sup>168</sup> ATF 138 IV 258, c. 2.3 ; 129 IV 95, c. 3.1.

<sup>169</sup> TF, arrêt 6B\_917/2015 du 27 février 2016, c. 3.1.

fondée sur la confiance<sup>170</sup>. Cette solution permet de garantir la sécurité juridique. L'inconvénient pour le lésé est que, l'infraction étant punissable uniquement si l'auteur a agi intentionnellement (art. 12 al. 1 CP), un acte illicite au sens de l'article 41 CO n'existera pas lorsque l'avocat aura commis son erreur par négligence<sup>171</sup> ;

- Le devoir de diligence (art. 12 let. a LLCA) : l'avocat est tenu au respect de diverses règles professionnelles (art. 12 LLCA), parmi lesquelles figure l'exercice de sa profession « avec soin et diligence ». Il s'agit là d'une « clause générale qui permet d'exiger de l'avocat qu'il se comporte correctement dans l'exercice de sa profession »<sup>172</sup>. Le Tribunal fédéral a précisé que le respect des devoirs professionnels ne se limitent pas aux activités judiciaires soumises au monopole mais s'étend à toutes les activités qui ont un lien direct avec la profession d'avocat, y compris le conseil juridique<sup>173</sup>. Ainsi, l'avocat qui réalise un rapport de *Due Diligence* est lié par son devoir de diligence. Si l'avocat doit respecter ce devoir à l'égard de son mandant, il est également tenu de le faire à l'égard de la partie adverse et des tiers<sup>174</sup>, sa portée se limitant cependant à des questions d'atteinte à l'honneur pour ces derniers. Cette norme a donc pour vocation de protéger la personnalité des tiers et parties adverses mais pas leur patrimoine. L'acheteur et le financeur ne devraient donc pas pouvoir se baser sur une violation, par négligence grave, du devoir de diligence de l'avocat dans l'établissement du rapport de *Due Diligence* pour fonder une illicéité de comportement au sens de l'article 41 CO. Si ce raisonnement semble difficilement contestable, la prudence s'impose car le TF nous a déjà prouvé à maintes reprises qu'il était capable d'aller à l'encontre de la volonté du législateur lors de l'interprétation de normes légales.

## B. La société mère et ses « enfants »

### 1. *La définition et le contexte*

L'analyse de ce deuxième cas prend place dans le berceau de la responsabilité fondée sur la confiance. C'est en effet dans ce contexte que le Tribunal fédéral a retenu pour la première fois son application en Suisse<sup>175</sup>. La doctrine germanophone qualifie ces cas de « *Konzernvertrauen* », à savoir la confiance dans le groupe de sociétés. Concrètement, il s'agit de situations dans lesquelles une société mère communique des informations sur son lien avec sa société fille et sur la responsabilité de groupe qu'elle entend adopter à son égard<sup>176</sup>. Les partenaires contractuels de la société fille entrent donc en affaires avec

<sup>170</sup> ATF 41 II 77 ; 57 II 81 ; 111 II 471 ; 116 II 695.

<sup>171</sup> BECKER (2018), p. 41.

<sup>172</sup> ATF 144 II 473, c. 4.1 ; 130 II 270, c. 3.2 ; TF, arrêt 2C\_280/2017 du 4 décembre 2017, c. 4.1.1.

<sup>173</sup> TF, arrêts 2C\_280/2017 du 4 décembre 2017, c. 3.1 ; 2C\_555/2014 du 9 janvier 2015, c. 5.2 ; 2C\_889/2008 du 21 juillet 2009, c. 2.1.

<sup>174</sup> ATF 130 II 270, c. 3.2, RDAF 2005 I 526.

<sup>175</sup> ATF 120 II 331, JdT 1995 I 360.

<sup>176</sup> ATF 120 II 331, c. 5a, JdT 1995 I 360.

la fille ou maintiennent celles déjà existantes uniquement car ils se fient au soutien promis par la mère. Bien que le TF ait reconnu l'application de la RFC à de telles situations, il est tout de même intéressant, voire nécessaire, de procéder à l'examen détaillé des conditions actuelles pour en vérifier le respect.

## 2. *Les différentes personnes concernées*

Dans le complexe de faits qui nous intéresse, les trois acteurs suivants sont pertinents :

- La société mère ;
- La société fille ;
- Le partenaire contractuel de la société fille.

La société fille et son partenaire contractuel actuel se connaissent forcément. Il en va de même pour la société mère et la société fille. Le partenaire contractuel de la société fille connaît également la société mère, faute de quoi il n'envisagerait pas d'agir à son encontre. En revanche, il est plus que probable que la société mère ne connaisse pas tous les différents partenaires contractuels de ses filles.

## 3. *L'éventuel rôle subsidiaire de la responsabilité fondée sur la confiance*

L'application de la responsabilité fondée sur la confiance entre la société fille et son partenaire contractuel est exclue. En effet, leur relation étant régie par un contrat, toute éventuelle responsabilité de l'un à l'égard de l'autre relèvera de la responsabilité contractuelle, voire de celle délictuelle si les faits concernés s'écartent manifestement du cadre du contrat. Ainsi, le champ d'application de la RFC concerne la relation entre la société mère et le partenaire contractuel de sa société fille. Comme vu, le Tribunal fédéral a expressément reconnu l'application de la RFC à cette relation lorsque les autres conditions sont remplies<sup>177</sup>.

## 4. *L'application des conditions à la société mère*

### a. *La relation juridique particulière – « die rechtliche Sonderverbindung »*

Tout d'abord, une relation juridique particulière entre la société mère et le partenaire contractuel de la société fille doit exister<sup>178</sup>. Celle-ci naît du comportement conscient ou juridiquement imputable de la société mère<sup>179</sup>. Pour cela, elle doit s'être rendu compte ou avoir pu se rendre compte que les informations qu'elle a fournies en lien avec sa société fille pouvaient amener des tiers identifiables à prendre des décisions

<sup>177</sup> ATF 120 II 331 ; 123 III 220 ; c. 4e ; 124 III 297 ; 133 III 449, c. 4.

<sup>178</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2250 ; RISCH (2009), pp. 65 ss ; BRECHBÜHL (1998), pp. 52 ; KUZMIC (1998), pp. 157 s.

<sup>179</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2250 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 423 ; RISCH (2009), p. 65 ; BRECHBÜHL (1998), p. 52.



potentiellement dommageables<sup>180</sup>. Cela semble être le cas lorsqu'elle communique qu'elle apportera un soutien financier à sa fille. Il est en revanche sans importance que la société mère et le partenaire contractuel ne soient jamais entrés en contact direct<sup>181</sup>. On peut encore relever que la société mère et le partenaire contractuel ont comme tiers commun la société fille<sup>182</sup>, ce qui plaide en faveur de l'existence d'une relation juridique particulière.

Néanmoins, il y a lieu de focaliser notre attention sur le caractère « identifiable » du partenaire contractuel pour la société mère afin de déterminer si une telle relation existe réellement. Ainsi, les deux situations suivantes doivent être prises en compte :

- La société mère connaît précisément le partenaire contractuel qui reçoit les informations : le destinataire est dans ce cas déterminé. Il s'agit de l'un des partenaires actuels de sa société fille, voire d'un futur partenaire, à qui la société mère adresse directement l'information. Dans ces cas, l'existence d'une relation juridique particulière doit être admise ;
- La société mère ne connaît pas précisément le partenaire contractuel qui reçoit les informations : le destinataire n'est pas déterminé dans ce cas. Il reste néanmoins à regarder s'il n'est pas tout de même déterminable. Cela semble être à première vue le cas, les partenaires contractuels de la société fille forment en effet un cercle de personnes limité qui est donc identifiable. Toutefois, il convient de garder en tête que la société mère et la société fille sont deux entités juridiquement indépendantes. Ainsi, la société mère ne peut avoir accès à la liste des partenaires contractuels de sa fille que si elle prouve la nécessité de cette information à l'exercice de ses droits d'actionnaire (art. 697 al. 4 CO). Une situation dans laquelle la prise de connaissance de l'identité de tous les partenaires contractuels est nécessaire à l'actionnaire pour l'exercice de ses droits nous semble difficilement concevable, à tout le moins dans la configuration ici traitée. Il convient dès lors de nier l'existence d'une relation juridique particulière<sup>183</sup>, le cercle des destinataires n'étant en fin de compte pas non plus déterminable pour la société mère. Nous réservons le cas particulier où l'organe dirigeant de la société fille et également celui de la société mère, de sorte que le cercle des partenaires sera *de facto* connu par la société mère.

---

<sup>180</sup> BÖCKLI (2022), § 16 n° 130 ; VON DER CRONE (2020), n° 2250 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 423 ; RISCH (2009), p. 66 ; MOSER (1998), p. 186.

<sup>181</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2250 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 423.

<sup>182</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2250.

<sup>183</sup> VON DER CRONE (2020), n°s 2253 s. qui fait une comparaison à la solution adoptée en droit public postulant que l'administration doit s'être adressée de manière concrète et déterminée à un administré ; RISCH (2009), pp. 69 et 142 s. ; BRECHBÜHL (1998), p. 67.

b. *L'éveil d'une confiance légitime et digne de protection*

Lorsqu'une relation juridique particulière existe entre la société mère et le partenaire contractuel de sa fille, il faut que celui-ci ait placé sa confiance dans l'information que lui a donnée la mère. Cela doit être analysé objectivement en tenant compte des circonstances concrètes du cas d'espèce<sup>184</sup>. Tel est le cas lorsque l'information de la mère conduit le partenaire de la fille à prendre la décision, qui lui sera par la suite préjudiciable, de conclure ou de poursuivre une relation contractuelle avec la société fille<sup>185</sup>. Le comportement fondant la confiance semble pouvoir résulter uniquement de déclarations de la mère<sup>186</sup>, même si ce point est controversé<sup>187</sup>.

Pour qu'une confiance puisse naître, l'information doit avoir suscité chez le partenaire des attentes suffisamment concrètes et déterminées<sup>188</sup>, comme la garantie que la mère soutiendra financièrement sa fille. Il faut également que la société mère se soit rendu compte ou ait pu se rendre compte que les informations fournies étaient propres à fonder la confiance du partenaire<sup>189</sup>. À ce titre, la simple mention du lien « mère-fille » n'est pas suffisante pour fonder de telles attentes<sup>190</sup>. En revanche, le TF considérait initialement que des déclarations de la mère sur la solvabilité et la crédibilité de sa fille ainsi que la garantie qu'elle la doterait toujours de fonds propres suffisants constituaient de telles attentes<sup>191</sup>. Il a cependant par la suite indiqué dans sa jurisprudence qu'il n'est pas acceptable que des acteurs professionnels se fient à des indications informelles lors de l'octroi d'un crédit<sup>192</sup>. Nous sommes d'avis qu'une telle affirmation doit être étendue au-delà des situations d'octroi de crédits.

Il reste à analyser le caractère légitime de la confiance qu'accorde le partenaire contractuel à l'information de la société mère. En effet, sa confiance doit avoir été

<sup>184</sup> BURG/VON DER CRONE (2010), p. 424 ; RISCH (2009), pp. 66 s. ; KUZMIC (1998), pp. 217 ss ; AMSTUTZ/WATTER (1995), p. 503 ; GONZENBACH (1995), p. 126.

<sup>185</sup> VON DER CRONE (2020), nos 2251 s. et 2263 ; RISCH (2009), p. 71 ; KUZMIC (1998), p. 157.

<sup>186</sup> ATF 124 III 297, c. 6a ; RISCH (2009), pp. 65 et 77 ; SOMMER (2006), p. 1036 ; DRUEY (2001), p. 193 ; AMSTUTZ/WATTER (1995), p. 506 ; GONZENBACH (1995), pp. 126 et 128.

<sup>187</sup> ATF 120 II 331, c. 5a ; VON DER CRONE (2020), n° 2256 ; BÄRTSCHI (2009), p. 379 ; BRECHBÜHL (1998), pp. 65 s. qui considèrent que la mère se voit imputer les déclarations de la fille lorsqu'elle ne les a pas expressément contredites.

<sup>188</sup> ATF 130 III 345, c. 2.1 ; 124 III 297, c. 6a ; 121 III 350, c. 6c ; TF, arrêt 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 5.1 ; BÖCKLI (2022), § 16 n° 131 ; VON DER CRONE (2020), n° 2251 ; HUGUENIN (2019), n° 1754 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 423 ; RISCH (2009), pp. 66 s. ; DRUEY (2001), p. 192 ; AMSTUTZ/WATTER (1995), p. 503.

<sup>189</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2251.

<sup>190</sup> ATF 124 III 297, c. 6b ; TF, arrêt 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 5.1 ; BÖCKLI (2022), § 16 n° 131 ; VON DER CRONE (2020), n° 2252 ; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101h ; HUGUENIN (2019), n° 1754 ; KUNZ (2011), p. 45 ; BURG/VON DER CRONE (2010), pp. 422 s. ; DRUEY (2001), p. 191 ; LOSER (1999), p. 86 ; BRECHBÜHL (1998), p. 68 ; GONZENBACH (1995), pp. 125 et 127.

<sup>191</sup> ATF 123 III 220, c. 4e ; 120 II 331, c. 5a ; VON DER CRONE (2020), n° 2255 ; RISCH (2009), p. 67 ; DRUEY (2001), pp. 191 s. ; LOSER (1999), pp. 86 s. ; BRECHBÜHL (1998), pp. 55 s. ; AMSTUTZ/WATTER (1995), pp. 502 s. ; Pour un autre avis sur la certitude quant à la dotation future, voir : GONZENBACH (1995), p. 127.

<sup>192</sup> TF, arrêt 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 5.4.2.

abusée pour mériter d'être protégée<sup>193</sup>. En revanche, il n'y a aucune raison de la protéger s'il s'est aveuglément fié à l'information reçue<sup>194</sup>. Comme vu, le Tribunal fédéral a considéré dans sa jurisprudence postérieure à l'arrêt « Swissair » que l'attente qu'un tiers accomplisse une prestation sans obligation contractuelle n'est en principe pas digne de protection car il est raisonnablement possible d'exiger de lui qu'il s'assure contractuellement de l'exécution d'une telle prestation, une exception étant envisageable uniquement lorsque la conclusion du contrat n'est pas possible à cause de rapports de force ou d'une dépendance et qu'il n'est pas non plus raisonnable d'attendre du partenaire qu'il renonce à l'affaire<sup>195</sup>. Cet élément est d'une importance capitale ici. Dans les cas de « *Konzernvertrauen* », on se retrouve en présence de relations *business to business* (B2B). Dans ces dernières, il est extrêmement rare, si ce n'est impossible, qu'un rapport de force tel que l'existence économique du lésé dépende exclusivement de la relation contractuelle en question<sup>196</sup>. Ce constat a pour conséquence qu'il convient de rejeter de manière quasi-systématique le caractère légitime de la confiance accordée par le partenaire contractuel aux informations fournies par la société mère, le partenaire disposant en principe toujours de la possibilité d'obtenir la garantie contractuelle<sup>197</sup>. Il est particulièrement intéressant de noter que cette composante de la légitimité de la confiance a été introduite pour la première fois par le TF en 2007<sup>198</sup>. Selon toute logique, le résultat de l'arrêt « Swissair »<sup>199</sup> aurait été bien différent si le Tribunal fédéral en avait tenu compte<sup>200</sup>.

c. *La déception de la confiance éveillée d'une manière contraire à la loyauté*

La confiance légitime du partenaire contractuel, pour autant qu'elle existe, doit être par la suite déçue d'une manière contraire à la bonne foi par la société mère. La déception intervient lorsque la société mère agit contrairement à ce qu'elle avait dit<sup>201</sup>. Il s'agit là de l'application du principe d'interdiction de « *venire contro proprium factum* »<sup>202</sup>. Toutefois, la déception en tant que telle n'est pas suffisante car elle doit découler d'un comportement de mauvaise foi du responsable<sup>203</sup>. Le TF n'a jamais

<sup>193</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2258 ; RISCH (2009), p. 67 ; AMSTUTZ/WATTER (1995), p. 503 ; GONZENBACH (1995), p. 125.

<sup>194</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2258 ; BURG/VON DER CRONE (2010), pp. 423 s. ; RISCH (2009), pp. 67 et 94 ; BRECHBÜHL (1998), p. 78 ; KUZMIC (1998), p. 217 ; AMSTUTZ/WATTER (1995), p. 503 ; GONZENBACH (1995), p. 125.

<sup>195</sup> ATF 133 III 449, c. 4.1, JdT 2008 I 325 ; BÖCKLI (2022), § 16 n° 131 ; VON DER CRONE (2020), nos 2251 et 2258 ss ; KUNZ (2011), p. 45 ; BURG/VON DER CRONE (2010), pp. 425 s. ; RISCH (2009), p. 66.

<sup>196</sup> HUGUENIN (2019), n° 1749 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 426.

<sup>197</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2257 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 425 ; LOSER (2008), p. 1174.

<sup>198</sup> ATF 133 III 449, c. 4.1, JdT 2008 I 325.

<sup>199</sup> ATF 120 II 331, JdT 1995 I 360 qui a été rendu le 15 novembre 1994.

<sup>200</sup> BURG/VON DER CRONE (2010), p. 425 ; LOSER (2008), p. 1174.

<sup>201</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2265 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 424.

<sup>202</sup> KUZMIC (1998), pp. 194 s.

<sup>203</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2265 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 424 ; SOMMER (2006), p. 1037 ; FEHLMANN (2002), p. 180 ; MOSER (1998), p. 181.

analysé en détail la mauvaise foi de la société mère. Néanmoins, il faut considérer que le changement de comportement est en général de mauvaise foi<sup>204</sup>. Une déception loyale est certes envisageable mais seulement de manière exceptionnelle, notamment lorsque la société mère rencontre des difficultés financières inattendues et qu'elle privilégie son propre sauvetage, le sauvetage apparaissant même comme une obligation légale pour le conseil d'administration de la société mère (art. 716a et 717 CO)<sup>205</sup>. Dans ce cas, nous sommes d'avis que la société mère devrait, en sus, avertir les partenaires contractuels de sa fille des difficultés rencontrées et du changement de comportement qu'elles vont engendrer, pour autant que ceux-ci soient identifiables<sup>206</sup>.

d. *Le dommage*

Lorsque le partenaire se fie aux informations reçues de la société mère, il prend alors la décision de négocier, de conclure ou de continuer un contrat avec la société fille<sup>207</sup>. Quand par la suite la société fille se retrouve face à des difficultés et que sa mère ne lui vient pas en aide comme elle l'avait promis, la fille ne pourra plus respecter ses obligations contractuelles et ses partenaires en résulteront lésés. En connaissance du comportement réel de la mère, le partenaire contractuel ne serait pas entré en affaires avec la société fille, aurait rompu la relation contractuelle ou serait entré en affaires à des conditions différentes. Il y a dans ce cas un lien fonctionnel entre la relation juridique particulière et le dommage<sup>208</sup>. Le dommage pourra ainsi prendre différentes formes, comme l'impossibilité d'obtenir le remboursement d'un prêt effectué à la société fille ou l'impossibilité d'obtenir une prestation de la société fille alors qu'il a déjà payé le prix<sup>209</sup>. Le montant correspondra à la différence entre l'état du patrimoine du partenaire s'il n'avait pas contracté et l'état actuel de son patrimoine.

e. *Le rapport de causalité naturelle et adéquate*

De manière générale, une société mère joue un rôle considérable pour sa filiale. Ceci a pour conséquence que, lorsqu'elle communique des informations sur sa fille et sur le futur comportement qu'elle adoptera à son égard, il est naturel que les différents partenaires contractuels de la fille ne restent pas indifférents face à ces indications. Dans nos cas, ces informations servent de base à la prise de décisions qui n'auraient pas été prises ou en tout cas pas de la même manière si le réel

<sup>204</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2265 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 425.

<sup>205</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2265.

<sup>206</sup> Cf. *supra* III.B.4.a.

<sup>207</sup> RISCH (2009), p. 71 ; BRECHBÜHL (1998), p. 63.

<sup>208</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2236 ; RISCH (2009), p. 72 ; BRECHBÜHL (1998), p. 63.

<sup>209</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2263.

comportement futur de la société mère avait été connu<sup>210</sup>. L'information de la société mère est donc une cause du dommage, ce qui est difficilement contestable. Il est sans importance qu'il existe d'autres causes parallèles. L'information apparaît comme une condition *sine qua non* du dommage. Sauf indices prouvant que le partenaire contractuel aurait contracté de la même manière la société fille sans l'information de la mère, la causalité naturelle est établie.

Il reste néanmoins à analyser si l'information de la société mère était également propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner des dommages du genre de ceux qu'a subi le partenaire de la société fille<sup>211</sup>. Concernant le montant des dommages, il est normal et prévisible qu'une information erronée portant sur entreprise puisse engendrer des préjudices considérables. Concernant le dommage en tant que tel, la nuance s'impose à nouveau. D'une part, il peut sembler ordinaire que des personnes se fient aux informations qu'une société mère donne sur une entreprise lui appartenant. En effet, la mère est l'actionnaire principale, voire unique, de sorte qu'elle influence de manière considérable la vie de sa fille. En outre, elle a un intérêt personnel et économique à ce que sa fille dégage des profits, ce qui renforce la confiance de tiers dans les affirmations de la mère sur le soutien qu'elle entend lui accorder. Toutefois, le fait que des acteurs professionnels soient censés se protéger eux-mêmes et ne pas se fier à des indications informelles<sup>212</sup> peut justifier de considérer qu'il n'y a pas de causalité. Ainsi, il faudra tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce pour déterminer si la causalité adéquate est établie, de sorte qu'une réponse unique ne saurait être apportée ici.

f. *La faute*

Pour finir, la société mère doit avoir déçu les attentes du partenaire de sa fille par intention ou par négligence<sup>213</sup>. Cela signifie qu'elle n'a pas fait preuve de la diligence que le partenaire contractuel pouvait raisonnablement attendre d'elle lorsqu'elle a adopté un comportement contraire à ce qu'elle avait indiqué. Il s'agit d'un élément qui doit être analysé selon les circonstances du cas d'espèce, de sorte qu'il est impossible d'apporter une réponse unique. Néanmoins, on peut considérer que, lorsqu'il n'y a pas eu d'événements majeurs impactant le groupe ou que le partenaire contractuel n'en a pas été informé à temps, il sera possible de retenir une faute à l'encontre de la société mère. Elle correspondra surtout à la confiance octroyée trop

<sup>210</sup> BÖCKLI (2022), § 16 n° 131 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 424 ; RISCH (2009), p. 73 ; BRECHBÜHL (1998), pp. 78 s.

<sup>211</sup> VON DER CRONE (2020), n° 2267 ; HUGUENIN (2019), n° 992 ; RISCH (2009), p. 73 ; FEHLMANN (2002), p. 183 ; BERGER (2000) pp. 176 et 181 ; BRECHBÜHL (1998), pp. 78 s. ; KUZMIC (1998), p. 157.

<sup>212</sup> TF, arrêt 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 5.4.2.

<sup>213</sup> ATF 121 III 350, c. 6d ; WESSNER (2008), n° 26 ; SOMMER (2006), p. 1037 qui limite la faute pour la RFC à l'intention ; FEHLMANN (2002), p. 182 ; LOSER (1999), p. 91 ; KUZMIC (1998), p. 220.

facilement par le partenaire, de sorte que nous nous limitons à renvoyer au développement sur la légitimité de la confiance<sup>214</sup>.

##### 5. *Le résultat et les autres voies envisageables*

De cette analyse, il ressort que, sauf circonstances extrêmement rares, le partenaire de la fille a toujours la possibilité d'obtenir la garantie contractuelle que la société mère respectera le comportement qu'elle a promis. Il en résulte que la confiance accordée par le partenaire n'est pas légitime et ne mérite pas d'être protégée. En outre, le problème de l'identification du destinataire de l'information conduit à nier l'existence d'une relation juridique particulière, sauf si la société mère s'est directement adressée au lésé. On aboutit ainsi à la conclusion qu'au moins une des conditions de la RFC fait constamment défaut. En l'état actuel de la jurisprudence, la condamnation d'une société mère pour des informations données sur une de ses sociétés filles est impossible<sup>215</sup>. Tout partenaire contractuel de la société fille doit supporter le risque délibérément pris de ne pas se protéger par l'institution du contrat lorsqu'il se fie aux informations de sa mère.

La responsabilité de la société mère peut néanmoins être envisagée sur une autre base. Tout d'abord, le droit des sociétés prévoit que l'organe chargé de l'administration et de la gestion d'une société répond du dommage causé intentionnellement ou par négligence au créancier social en cas de manquement à ses devoirs (art. 754 al. 1 CO). On retrouve les quatre conditions classiques, à savoir le dommage, le lien de causalité, la faute et le manquement à un devoir. Pour les trois premières, on peut renvoyer à ce qui précède<sup>216</sup>. Concernant les devoirs, il s'agit avant tout des attributions intransmissibles du conseil d'administration (art. 716a al. 1 CO) ainsi que des devoirs de diligence et de fidélité (art. 717 CO)<sup>217</sup>. Il conviendra d'analyser selon les circonstances de chaque cas d'espèce s'il a été manqué à ces devoirs. Nous refusons de procéder à une analyse plus approfondie sur ce point. En revanche, la définition de l'organe doit retenir toute notre attention. En effet, ce terme vise non seulement l'organe formel mais également l'organe de fait, c'est-à-dire celui qui n'est pas un organe mais qui, dans les faits, « tire les ficelles en coulisse »<sup>218</sup>. La société mère est considérée comme organe de fait lorsqu'elle s'immisce effectivement et de manière déterminante dans les affaires de sa société fille, ce qui est en particulier le cas lorsque les organes de la fille et de la mère sont composés des mêmes personnes<sup>219</sup>. On aboutit ainsi au résultat satisfaisant qui permet au partenaire contractuel d'obtenir,

<sup>214</sup> Cf. *supra* III.B.4.b.

<sup>215</sup> BÖCKLI (2022), § 16 n° 13 ; VON DER CRONE (2020), n°s 2260 ss ; KUNZ (2011), p. 47 ; BURG/VON DER CRONE (2010), p. 425.

<sup>216</sup> Cf. *supra* III.B.4.d-f.

<sup>217</sup> TF, arrêt 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 7 ; BÖCKLI (2022), § 16 n° 49.

<sup>218</sup> BÖCKLI (2022), § 16 n°s 38 ss ; CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (2017), art.754 CO n°s 6 ss ; KUNZ (2011), p. 47.

<sup>219</sup> ATF 132 III 523, c. 4.5 ; TF, arrêt 4A\_274/2011, c. 7.1 ; 4A\_306/2009 du 8 février 2010, c. 7.1.1 ; BÖCKLI (2022), § 16 n°s 38 ss ; CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (2017), art.754 CO n° 10 ; KUNZ (2011), p. 48.

selon une base légale, la réparation de son dommage lorsque la société mère a manqué à un devoir intentionnellement ou par négligence.

Lorsque la société mère ne peut être considérée comme organe de fait, sa responsabilité peut néanmoins encore être envisagée sous l'angle de la responsabilité délictuelle (art. 41 ou 55 CO<sup>220</sup>). En effet, l'acte illicite commis par une personne physique au sein de la société mère lui est directement imputable (art. 55 CC et 722 CO)<sup>221</sup>. Il ne reste alors plus qu'à rechercher une norme protectrice. L'infraction de faux dans les titres (art. 251 CP) vient immédiatement à l'esprit. À ce titre, nous renvoyons à ce qui a été présenté pour le rapport de *Due Diligence*<sup>222</sup>. Nous sommes d'avis que la question d'un éventuelle rôle de norme protectrice des faux renseignements sur des entreprises commerciales (art. 152 CP)<sup>223</sup> lorsque la société mère est fondatrice de la fille<sup>224</sup>, ainsi que l'interdiction de concurrence déloyale (art. 2 et 3 al. 1 let. b LCD)<sup>225</sup> a le mérite d'être posée, la question étant laissée ouverte.

## C. Le certificat de travail

### 1. *La définition et le contexte*

À teneur de l'article 330a alinéa 1 CO, le travailleur a le droit de se faire délivrer un certificat de travail. Sauf indication expresse de sa part, manifestant le souhait qu'il porte exclusivement sur la nature et la durée des rapports de travail (on parle dans ce cas de certificat limité ou d'attestation de travail<sup>226</sup> au sens de l'article 330a alinéa 2 CO), l'employeur est tenu d'établir un document contenant des informations au sujet du travailleur sur « la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite » (il s'agit ici du certificat complet<sup>227</sup> au sens de l'article 330a alinéa 1 CO).

Se prescrivant selon le délai général de dix ans à compter de la fin des rapports (art. 127 CO), ce droit peut donc être exercé par le travailleur même lorsqu'il a été licencié ou a

<sup>220</sup> Pour la qualification de la société fille d'auxiliaire de la société mère au sens de l'art. 55 CO, voir : BÖCKLI (2022), § 16 n° 61 ; VON DER CRONE (2020), n°s 2238 ss ; KUZMIC (1998), pp. 53 s.

<sup>221</sup> VON DER CRONE (2020), n°s 2221 et 2236 ; KUNZ (2011), p. 48 ; RISCH (2009), p. 81 ; BRECHBÜHL (1998), pp. 27 et 29 ss ; Pour une explication détaillée sur la notion de norme d'imputation, voir : AMSTUTZ/WATTER (1995), pp. 504 s.

<sup>222</sup> Cf. *supra* III.A.5.

<sup>223</sup> TF, arrêt 1P.604/1999 du 21 janvier 2000, c. 2c.

<sup>224</sup> Le texte légal de cette disposition vise en effet comme auteur le fondateur mais pas l'actionnaire.

<sup>225</sup> HONSELL/ISENRING/KESSLER (2013), § 4 n° 27c qui cite le cas de l'art. 4a LCD ; JAUN (2008), p. 478 qui cite le cas de l'art. 3 al. 1 let. a LCD ; VASELLA (2011), n°s 482 et 765 ss ; Hausheer/Jaun (1999), p. 403 qui considère que l'illicéité déduite de la violation de l'art. 3 al. 1 let. b LCD n'est pas dénuée de sens.

<sup>226</sup> WYLER/HEINZER (2019), p. 523 ; MARTIN ANTIPAS (2018), pp. 4 s ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), pp. 16 s ; VISCHER/MÜLLER (2014), § 16 n°s 55 s. ; ENZLER (2012), n° 15 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 15 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 4 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n°s 3ss ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n°s 12 s.

<sup>227</sup> MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), pp. 13 ss ; VISCHER/MÜLLER (2014), § 16 n° 49 ; ENZLER (2012), n° 14 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n°s 6ss ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n°s 14 s.

donné ses démissions<sup>228</sup>. Le certificat de travail a pour principal but de « favoriser l'avenir économique du travailleur »<sup>229</sup>. Au vu de sa finalité, ce document est particulièrement destiné au potentiel futur employeur du salarié afin de le convaincre à embaucher le travailleur<sup>230</sup>. En effet, il constitue un élément essentiel d'un dossier de candidature qui fait souvent l'objet de discussions au cours des entretiens d'embauche<sup>231</sup>.

Le certificat de travail est un titre de droit privé qui contient des indications véridiques, précises et détaillées sur les fonctions du travailleur, ses tâches, missions, activités, responsabilités, compétences et autres particularités<sup>232</sup>. Il ne doit être ni trop élogieux, ni trop négatif, le but étant de trouver un équilibre reflétant de manière objective la situation réelle<sup>233</sup>. La jurisprudence du Tribunal fédéral exige que le certificat soit rédigé de manière bienveillante, tout en étant véridique et complet<sup>234</sup>. Le respect de ces principes doit être analysé de manière objective, en recherchant ce qu'un tiers de bonne foi comprend à la lecture du certificat<sup>235</sup>. Nous relevons que ces différents principes peuvent entrer en contradiction, comme l'a d'ailleurs reconnu le TF lui-même<sup>236</sup>. L'employeur peut donc se retrouver dans une situation inconfortable s'il doit tous les respecter. Dans ce cas, les principes de vérité et d'intégralité doivent prendre le pas sur celui de bienveillance<sup>237</sup>. C'est d'ailleurs ce qui semble ressortir de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui estime que, en accord avec les principes d'exhaustivité et de clarté auxquels le certificat de travail doit aussi obéir<sup>238</sup>, des faits et appréciations défavorables au travailleur ainsi que la mention

- 
- <sup>228</sup> ORDOLLI (2021), art. 330a CO n<sup>os</sup> 2 et 29 ; PORTMANN/RUDOLPH (2020), art. 330a CO n<sup>o</sup> 1 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 522 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 91 ; VISCHER/MÜLLER (2014), § 16 n<sup>o</sup> 48 ; ENZLER (2012), n<sup>os</sup> 185 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n<sup>o</sup> 2 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n<sup>os</sup> 1 et 16 ; KÄLIN (2007), p. 150 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n<sup>os</sup> 5 s. ; JANSSEN (1996), p. 31.
- <sup>229</sup> ORDOLLI (2021), art. 330a CO n<sup>o</sup> 1 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 525 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 10 ; FISCHER (2016), pp. 1 et 7 s. ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 1 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n<sup>o</sup> 2 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n<sup>o</sup> 1 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n<sup>o</sup> 1 ; JANSSEN (1996), p. 65.
- <sup>230</sup> ORDOLLI (2021), art. 330a CO n<sup>o</sup> 1 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 525 ; MARTIN ANTIPAS (2018), pp. 2 et 10 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 14 ; VERDE (2010), p. 144 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n<sup>o</sup> 1.
- <sup>231</sup> ATF 144 II 345, c.5.3.3 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 2 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), pp. 1 s. ;
- <sup>232</sup> PORTMANN/RUDOLPH (2020), art. 330a CO n<sup>o</sup> 4 ; WYLER/HEINZER (2019), pp. 523 s. ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 4 ; FISCHER (2016), pp. 23 ss ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 15.
- <sup>233</sup> ATF 136 III 510, c. 4.1 ; 129 III 177, c. 3.2 ; ORDOLLI (2021), art. 330a CO n<sup>o</sup> 9 ; PORTMANN/RUDOLPH (2020), art. 330a CO n<sup>o</sup> 4 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 10 ; FISCHER (2016), pp. 11 et 24 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n<sup>o</sup> 3a ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 16 ; VERDE (2010), p. 148 ; KÄLIN (2007), p. 150.
- <sup>234</sup> ATF 136 III 510, c. 4.1 ; 129 III 177, c. 3.2 ; ORDOLLI (2021), art. 330a CO n<sup>os</sup> 10 s. ; PORTMANN/RUDOLPH (2020), art. 330a CO n<sup>os</sup> 4 et 6 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 525 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 11 ; FISCHER (2016), pp. 4 ss ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), pp. 53 ss ; VISCHER/MÜLLER (2014), § 16 n<sup>o</sup> 50 ; ENZLER (2012), n<sup>os</sup> 107 ss ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 16 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n<sup>o</sup> 3 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n<sup>os</sup> 9 et 14 ; VERDE (2010), pp. 147 ss ; KÄLIN (2007), p. 150 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n<sup>o</sup> 10 ; JANSSEN (1996), pp. 71ss ;
- <sup>235</sup> TF, arrêt 4C.60/2005, c.4.1 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 533 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 11 ; KÄLIN (2007), p. 150.
- <sup>236</sup> ATF 136 III 510, c. 4.1 ; 129 III 177, c. 3.2 ; FISCHER (2016), p. 4 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n<sup>o</sup> 3a.
- <sup>237</sup> MARTIN ANTIPAS (2018), p. 11 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 53 ; VISCHER/MÜLLER (2014), § 16 n<sup>o</sup> 50 ; JANSSEN (2006), p. 74.
- <sup>238</sup> WYLER/HEINZER (2019), p. 526 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 11 ; ENZLER (2012), n 114 ss ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 16 ; VERDE (2010), p. 150.



d'interruptions de travail prolongées et de leur cause peuvent être inclus dans le certificat s'ils sont fondés et pertinents<sup>239</sup>. Ces éléments défavorables peuvent notamment être des infractions pénales exerçant une influence sur la prestation de travail<sup>240</sup>. Il convient d'ailleurs de se demander si l'employeur n'a pas en réalité l'obligation de les mentionner afin de respecter les principes de vérité et d'intégralité. En effet, ces diverses informations ont pour but d'éviter des suppositions et spéculations du futur employeur qui ne sont d'ailleurs, comme le dit le TF, pas dans l'intérêt du travailleur<sup>241</sup>.

## 2. Les différentes personnes concernées

Au cours de cette analyse, nous serons confrontés aux trois protagonistes suivants :

- L'ancien employeur ;
- Le travailleur ;
- Le nouvel employeur.

Si l'ancien employeur et le travailleur ainsi que le nouvel employeur et le travailleur se connaissent, il est très fréquent que l'ancien employeur ne connaisse absolument pas le nouvel employeur. En revanche, ce dernier connaît l'identité de l'ancien employeur car son nom ou sa raison sociale doit être mentionné sur le certificat de travail<sup>242</sup>.

## 3. L'éventuel rôle subsidiaire de la responsabilité fondée sur la confiance

Tout d'abord, l'application de la responsabilité fondée sur la confiance entre l'ancien employeur et le travailleur doit être exclue. Leur relation étant régie par le contrat de travail, tout litige relatif au certificat, même s'il survient après la fin des rapports de travail, se résoudra sur cette base contractuelle<sup>243</sup>, voire sur celle délictuelle si les faits concernés s'écartent manifestement du cadre contractuel<sup>244</sup>. Le raisonnement est le même concernant le travailleur et son nouvel employeur.

Le champ d'application de la responsabilité fondée sur la confiance se limite alors à la relation entre l'ancien et le nouvel employeur. Il convient cependant de préciser d'emblée

<sup>239</sup> ATF 144 II 345, c.5.3.3 ; 136 III 510, c. 4.1 ; ORDOLLI (2021), art. 330a CO n° 20 ; PORTMANN/RUDOLPH (2020), art. 330a CO n° 4 s. ; WYLER/HEINZER (2019), p. 525 ; FISCHER (2016), pp. 17 s. ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), pp. 54 s. ; ENZLER (2012), n° 112 et 169 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 3e ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n° 9 ; KÄLIN (2007), p. 151 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n° 10 et 14 ; JANSSEN (1996), pp. 125 ss.

<sup>240</sup> FISCHER (2016), pp. 18 s. ; ENZLER (2012), n° 161 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 3f ; JANSSEN (1996), p. 129.

<sup>241</sup> ATF 144 II 345, c.5.3.3 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 526.

<sup>242</sup> WYLER/HEINZER (2019), p. 524 ; FISCHER (2016), p. 22 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 15 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n° 12 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n° 8 ; JANSSEN (1996), p. 37.

<sup>243</sup> FISCHER (2016), p. 62 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 82 ; ENZLER (2012), n° 248 ss ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 14 ; JANSSEN (1996), pp. 172 ss.

<sup>244</sup> ENZLER (2012), n° 253 s. ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 14 ; JANSSEN (1996), p. 178.

que le certificat de travail constitue certificat au sens de l'article 252 CP<sup>245</sup>. L'établissement d'un certificat contraire à la vérité étant érigé en infraction pénale, le Tribunal fédéral a considéré en 1975 que la responsabilité de l'ancien employeur et auteur du certificat à l'égard du nouvel employeur pour faux certificat est de nature délictuelle (art. 41 CO)<sup>246</sup>. Cette solution est d'ailleurs partagée par la doctrine majoritaire<sup>247</sup>. Si elle paraît simple et garantit la sécurité juridique, elle rencontre des critiques d'une partie de la doctrine qui privilégie la voie de la responsabilité fondée sur la confiance<sup>248</sup>, source d'obligation qui n'avait pas encore été expressément reconnue par le TF au moment de la jurisprudence de 1975. L'analyse des différentes conditions de la RFC au certificat de travail nous permettra donc d'apprécier la pertinence de ces critiques.

Pour terminer, il reste encore un aspect à traiter en lien avec le champ d'application de la RFC. Comme mentionné ci-dessus, le travailleur a le droit d'exiger un certificat limité dont les informations portent uniquement sur la nature et la durée des rapports de travail (art. 330a al. 2 CO). Pour certains auteurs, l'ancien employeur ne pourra dès lors pas être tenu pour responsable si son certificat limité ne mentionne pas certains faits négatifs sur le travailleur étant donné qu'il ne peut, selon le texte de la loi, pas les inclure dans le certificat limité<sup>249</sup>. L'ancien employeur ne peut dès lors engager sa responsabilité à l'égard du nouvel employeur pour dissimulation de faits négatifs uniquement s'il a établi un certificat complet<sup>250</sup>. À l'inverse, d'autres auteurs considèrent que l'employeur a une obligation de mentionner les absences prolongées et les infractions pénales commises par le travailleur lors de son emploi, même lorsqu'il s'agit d'un certificat limité<sup>251</sup>, de sorte qu'une omission de les mentionner entraîne tout de même une responsabilité. À notre sens, il convient de se rattacher à la première conception. Le certificat étant un document qui a pour but de fonder la confiance du futur employeur quant à son contenu, l'étendue de cette confiance doit être délimitée par la disposition légale, de sorte que le nouvel employeur recevant un certificat de travail limité sait que son contenu ne donne aucune indication sur les compétences, les qualités et la conduite du travailleur. Nous relevons également que

<sup>245</sup> ATF 101 II 69 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 533 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 43 ; FISCHER (2016), p. 73 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 96 ; ENZLER (2012), n° 263 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 7 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a n° 26 ; VERDE (2010), pp. 153 s. ; KÄLIN (2007), p. 151 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n° 23.

<sup>246</sup> ATF 101 II 69, c. 2 où il s'agissait d'un certificat de travail mentionnant que le travailleur avait toujours donné entière satisfaction alors que celui-ci avait en réalité détourné CHF 25'000.-. Le travailleur a réitéré ce comportement chez son nouvel employeur en détournant CHF 500'000.-, dommage que le lésé a pu partiellement se faire réparer par l'ancien employeur.

<sup>247</sup> ORDOLLI (2021), art. 330a CO n° 12 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 533 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 42 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 83 ; VISCHER/MÜLLER (2014), § 16 n° 53 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 7 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a n° 26 ; VERDE (2010), pp. 152 ss ; KÄLIN (2007), p. 151 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n° 2 ; JANSSEN (1996), p. 179.

<sup>248</sup> PORTMANN/RUDOLPH (2020), art. 330a CO n° 11 ; FISCHER (2016), pp. 63 s. ; ENZLER (2012), n° 289 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), pp. 13 ss ; BUCHER (2005), p. 244 ; BUCHER (2001), p. 79.

<sup>249</sup> ENZLER (2012), n° 256 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 16 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 7 ; KÄLIN (2007), p. 151 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n° 25 ; JANSSEN (1996), p. 180.

<sup>250</sup> MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 81 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 16 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 7.

<sup>251</sup> VISCHER/MÜLLER (2014), § 16 n° 55 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a n° 5.

l'extrait du casier judiciaire, fréquemment requis, permet au nouvel employeur de s'assurer de l'absence de précédents pénaux en cas de certificat limité. Au demeurant, nous considérons que la deuxième conception aurait pour conséquence de vider l'alinéa 2 de l'article 330a CO de son sens.

#### 4. L'application des conditions au certificat de travail

##### a. La relation juridique particulière – « die rechtliche Sonderverbindung »

Lorsque l'ancien employeur reçoit une demande d'établissement d'un certificat de travail, il est conscient que ce document sera utilisé par le travailleur pour retrouver un nouvel emploi et servira donc de base de décision au nouvel employeur<sup>252</sup>. C'est l'utilité même de ce document<sup>253</sup>. On peut donc exclure l'hypothèse de la prise de connaissance fortuite du document. L'ancien employeur rédige donc le certificat de manière consciente, en sachant que son contenu sera considéré par un tiers comme véridique et lui servira de base à la décision d'embaucher le travailleur<sup>254</sup>. Il est sans importance que les deux employeurs aient eu un contact direct entre eux<sup>255</sup>.

Toutefois, l'identification du destinataire de l'information pose problème. S'agissant d'une configuration dans laquelle l'ancien employeur établit un document qui sera adressé à des destinataires qui lui sont inconnus, il lui est impossible d'avoir une idée précise des potentiels lésés. Nous sommes d'avis qu'il est inacceptable de considérer que la catégorie « tout futur employeur » remplisse l'exigence de détermination suffisamment précise du cercle des destinataires<sup>256</sup>. Quand bien même nous essaierions de venir en aide à la RFC, en restreignant par exemple le cercle des potentiels nouveaux employeurs à ceux qui exercent dans le même secteur d'activité, le résultat n'en demeurerait pas moins insatisfaisant pour deux raisons. Premièrement, la restriction ne permettrait pas, sauf éventuellement dans de rares domaines marqués par une quasi-absence de concurrence, de réduire suffisamment les potentiels destinataires pour aboutir à un cercle objectivement déterminable. Deuxièmement, cette restriction n'a pas lieu d'être car il n'y a aucune certitude que le travailleur utilisera nécessairement le certificat pour retrouver un emploi dans la même branche d'activité. Ainsi, l'auteur du certificat est ou doit être conscient que son document sera remis, en fin de compte, à n'importe qui<sup>257</sup>. Cette

<sup>252</sup> PORTMANN/PRZEZAK (2012), pp. 14 et 33 s. ; BUCHER (2001), p. 79.

<sup>253</sup> ORDOLLI (2021), art. 330a CO n° 1 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 525 ; MARTIN ANTIPAS (2018), pp. 2, 10 et 42 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 14 ; VERDE (2010), p. 155 ; JANSSEN (1996), pp. 183 s.

<sup>254</sup> ORDOLLI (2021), art. 330a CO n° 1 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 525 ; MARTIN ANTIPAS (2018), pp. 2 et 10 ; ENZLER (2012), n° 280 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 14 ; VERDE (2010), p. 145.

<sup>255</sup> ENZLER (2012), n° 280 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 34.

<sup>256</sup> VERDE (2010), p. 151 ; Pour un autre avis, voir : ENZLER (2012), n° 280 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), pp. 25 et 34 ; VERDE (2010), p. 151 : ces auteurs considèrent que le potentiel nouvel employeur est un destinataire, ce qui exclut qu'il s'agisse d'une responsabilité *erga omnes*. Ils ne répondent cependant pas à la problématique de l'identification.

<sup>257</sup> Pour un autre avis, voir : PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 25 ; ENZLER (2012), n° 280 qui excluent ce résultat.

portée *erga omnes*, qui est celle par excellence de la responsabilité délictuelle, est expressément exclue pour la RFC<sup>258</sup>. Ainsi, l'existence d'une relation juridique particulière entre l'ancien et le nouvel employeur doit être niée.

b. *L'éveil d'une confiance légitime et digne de protection*

Lorsque le nouvel employeur reçoit et prend connaissance du certificat de travail, il place sa confiance dans la véracité et l'exactitude des connaissances, capacités et particularités du travailleur telles que décrites par l'ancien employeur<sup>259</sup>. Cette confiance va amener le nouvel employeur à prendre la décision d'embaucher le travailleur à certaines conditions contractuelles précises<sup>260</sup>. Le nouvel employeur a donc bien des attentes concrètes et déterminées car il s'attend d'une part à ce que le travailleur possède effectivement les qualités et autres compétences qui lui ont été attribuées, d'autre part à ce que des éléments et faits négatifs n'aient pas été omis<sup>261</sup>. Il semble ne faire nul doute que le lésé puisse légitimement se fier à l'exactitude du contenu du certificat de travail car l'ancien travailleur est dans une situation particulière qui lui permet de connaître de manière détaillée le travailleur<sup>262</sup>. Toutefois, il ne s'agit là que d'indices. La véritable légitimation de la confiance que le nouvel employeur place dans l'exactitude du certificat réside dans le fait que l'ancien employeur est légalement, y compris sur le plan pénal, obligé de respecter les principes de vérité et d'intégralité lors de l'établissement de ce document<sup>263</sup>. Ainsi, il est impossible que le responsable ne se soit pas rendu compte et n'ait pas pu se rendre compte que l'établissement d'un certificat de travail contraire à la vérité était propre à fonder la confiance du nouvel employeur<sup>264</sup>.

Toutefois, il reste à analyser si le nouvel employeur n'a pas été la « victime de sa propre imprévoyance ou des risques usuels dans les affaires »<sup>265</sup> car la confiance aveugle n'est pas protégée<sup>266</sup>. Il en résulte que le certificat doit avoir un contenu d'une qualité suffisante pour pouvoir fonder la confiance<sup>267</sup>. Il existe en doctrine une controverse quant à l'obligation du nouvel employeur de contacter l'ancien employeur pour obtenir des renseignements complémentaires, que l'on appelle les

<sup>258</sup> ATF 130 III 345, c. 3.2 ; JdT 2004 I 207 ; HUGUENIN (2019), n° 1739 ; MÜLLER (2018), Einleitung in das OR n° 339 ; VASELLA (2011), n°s 825 ss ; MOSER (1998), p. 168.

<sup>259</sup> FISCHER (2016), p. 64.

<sup>260</sup> ENZLER (2012), n°s 283 s.

<sup>261</sup> ENZLER (2012) n° 282 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 35.

<sup>262</sup> MARTIN ANTIPAS (2018), p. 42 ; ENZLER (2012) n° 281 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 35 ; VERDE (2010), p. 155.

<sup>263</sup> ATF 136 III 510, c. 4.1 ; 129 III 177, c. 3.2 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 525 ; MARTIN ANTIPAS (2018), p. 11 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 16.

<sup>264</sup> ENZLER (2012), n° 282.

<sup>265</sup> ATF 142 III 84, c. 3.3 ; 133 III 449, c. 4.1 ; 124 III 297, c. 6a ; 120 II 331, c. 5a.

<sup>266</sup> PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 36.

<sup>267</sup> PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 36.

références, sur le travailleur<sup>268</sup>. Le nouvel employeur qui souhaite obtenir de tels renseignements doit disposer du consentement du travailleur pour ce faire<sup>269</sup>. L'omission de la prise de tels renseignements pourra être appréhendée comme une imprévoyance du lésé en fonction de la solution apportée à la controverse doctrinale<sup>270</sup>. À notre sens, l'absence de vérification ne saurait être perçue comme une imprévoyance. En effet, retenir le contraire reviendrait à ôter au certificat de travail toute son utilité. En revanche, nous considérons qu'une légèreté du nouvel employeur peut entrer en compte et exclure l'aspect légitime de la confiance dans deux situations<sup>271</sup> :

- Le certificat de travail est manifestement incomplet. Les indications contenues ne sont dès lors pas de nature à fonder la confiance du nouvel employeur qui ne doit pas se laisser induire en erreur ;
- Le nouvel employeur se fonde sur le certificat incorrect alors qu'il dispose également d'autres certificats corrects mais qu'il privilégie comme base à la prise de décision le premier sans raison plausible.

S'il ne fait nul doute que ces deux éléments influencent notre analyse, il nous semble nécessaire de les traiter en lien avec la légitimité de la confiance. En effet, ils ont pour fonction de prouver que le lésé disposait d'éléments lui permettant de reconnaître que le contenu du certificat n'était probablement pas le reflet de la réalité et qu'il ne pouvait dès lors pas se fier aveuglément à l'exactitude de son contenu. L'employeur qui s'y fierait tout de même serait alors victime de sa propre imprévoyance, de sorte que sa confiance serait illégitime et ne mériterait aucune protection.

Lorsque le nouvel employeur n'a pas fait preuve d'imprévoyance, il reste à s'assurer qu'il ne pouvait pas conclure un contrat avec l'ancien travailleur pour se faire garantir l'exactitude du certificat. Cette exigence est à notre sens remplie mais uniquement parce que l'auteur du certificat a une obligation légale de l'établir de manière intégrale et véridique. Ainsi, il ne saurait être attendu du nouvel employeur qu'il se fasse garantir contractuellement le respect de la loi par l'ancien employeur<sup>272</sup>, ce qui serait totalement inutile. À titre comparatif, cela équivaldrait, toute proportion

<sup>268</sup> MARTIN ANTIPAS (2018), p. 43 ; FISCHER (2016), pp. 64 s ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), pp. 21 ss et 83 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 8 qui estiment que l'omission est reprochable au nouvel employeur ; Pour un autre avis, voir : PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 35 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n° 26 ; VERDE (2010), p. 155 ; JANSSEN (1996), p. 185 qui considèrent que le nouvel employeur n'a ni obligation ni incombance d'obtenir des renseignements supplémentaires.

<sup>269</sup> PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 35 STAEHELIN (2006), art. 330a CO n° 28.

<sup>270</sup> MARTIN ANTIPAS (2018), p. 43 ; FISCHER (2016), pp. 64 s ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), pp. 21 ss et 83 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), art. 330a CO n° 8 qui estiment qu'il s'agit d'une faute.

<sup>271</sup> ENZLER (2012), n° 271 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 28 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n° 26 ; VERDE (2010), p. 158 qui analysent ces deux éléments comme empêchant de retenir un lien de causalité adéquate.

<sup>272</sup> PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 35.

gardée, à se faire garantir contractuellement par une personne qu'elle ne nous frappe pas alors que les dispositions du Code pénal nous le garantissent déjà. En revanche, il en irait autrement si la loi ne prévoyait pas cette obligation.

En somme, le certificat de travail est un document qui, sauf éléments permettant d'exclure la légitimité, est propre à éveiller une confiance légitime chez le nouvel employeur qui mérite d'être protégée. L'insertion d'une clause d'exclusion de responsabilité dans le certificat de travail ne peut être envisagé car elle se heurterait à l'obligation légale à laquelle l'ancien employeur ne peut se soustraire.

c. *La déception de la confiance éveillée d'une manière contraire à la loyauté*

La confiance placée par le nouvel employeur dans l'exactitude du certificat de travail doit être violée par l'ancien employeur d'une manière contraire à la bonne foi. Ce dernier se comporte de mauvaise foi lorsqu'il rédige le certificat frauduleux en ne faisant pas preuve de la diligence que le lésé était en droit d'attendre de lui au vu des circonstances concrètes<sup>273</sup>. C'est le cas lorsque le document produit atteste de connaissances professionnelles, de compétences ou de qualités que le travailleur ne possède pas ou dissimule des aspects négatifs pertinents ou des fautes précédemment commises<sup>274</sup>. La mauvaise foi de l'ancien employeur doit alors uniquement être exclue lorsque le certificat de travail n'est pas conforme à la vérité mais que les erreurs n'étaient pas et ne pouvaient pas raisonnablement être connues par l'auteur du certificat.

d. *Le dommage*

Lorsque, sur la base du certificat de travail frauduleux, le nouvel employeur décide d'embaucher le travailleur, il peut subir différents dommages que nous différencions comme suit :

- Le salaire trop élevé<sup>275</sup> : lorsque le salaire a été convenu sur la base des qualifications décrites dans le certificat et que le travailleur ne les possède en réalité pas, le nouvel employeur se retrouve à devoir verser un salaire trop élevé par rapport à celui qu'il aurait accepté de verser s'il avait connu ses compétences réelles. Ainsi, le montant du dommage correspond à la différence entre le salaire effectivement versé et le salaire qu'il aurait accepté de verser. Nous considérons que le nouvel employeur sera dans l'obligation

<sup>273</sup> ENZLER (2012), n° 286 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 36.

<sup>274</sup> FISCHER (2016), p. 64 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 83 ; ENZLER (2012), n° 286 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 27.

<sup>275</sup> FISCHER (2016), p. 64 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n° 26 ; VERDE (2010), p. 153 ; JANSSEN (1996), p. 181.

- de proposer un congé-modification au travailleur pour rétablir le salaire « normal » afin de se conformer à son devoir de diminuer le dommage ;
- Le rendement moins élevé : lorsque le travailleur n'a pas les compétences décrites dans le certificat de travail ou témoigne de difficultés particulières qui n'avaient pas été indiquées, il va fournir un travail de moins bonne qualité que celui attendu<sup>276</sup>. Le nouvel employeur risque alors de devoir renoncer à certaines affaires ou de perdre certains clients<sup>277</sup>. Il s'agit dans ces deux cas d'une non-augmentation de l'actif, le montant du dommage correspondant à la différence entre les gains concrètement réalisés et les gains qui auraient été réalisés. Il est également envisageable que, pour pallier les défauts du certificat, le nouvel employeur soit amené à effectuer des dépenses supplémentaires et imprévues, comme la recherche et la formation d'un autre travailleur<sup>278</sup>. Il s'agira dans ce cas de diminutions de l'actif, le montant du dommage correspondant à la totalité de ces frais ;
  - La répétition d'erreurs ou d'infractions pénales à l'encontre du nouvel employeur : lorsque le travailleur commet à nouveau des fautes ou des actes illicites qui ont été passés sous silence dans le certificat<sup>279</sup>, le nouvel employeur se retrouve lésé alors qu'il ne l'aurait pas été s'il avait eu connaissance de ces antécédents car il n'aurait pas embauché le travailleur ou l'aurait contrôlé avec attention. Il y a un grand nombre de faits dommageables envisageables, de sorte que nous renonçons à en établir une liste. Le montant du dommage correspondra constamment à la perte subie par le nouvel employeur suite à ces actes. Néanmoins, il y a un aspect primordial à souligner. Pour rappel, la RFC a pour vocation de permettre la réparation de dommages purement économiques<sup>280</sup>. Ainsi, le nouvel employeur ne pourra jamais obtenir la réparation de dommages corporels<sup>281</sup> et matériels sur la base de la RFC. Le risque de considérer que le certificat frauduleux ne doit pas être abordé sous l'angle délictuel est ici patent ;
  - La répétition d'erreurs ou d'infractions pénales à l'encontre d'employés ou de clients du nouvel employeur : la situation est semblable au point précédent. On relève cependant qu'il n'y a pas d'entrave liée aux types de dommage. En

<sup>276</sup> ENZLER (2012), n° 259 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 27 ; VERDE (2010), p. 152.

<sup>277</sup> MARTIN ANTIPAS (2018), p. 43 ; VERDE (2010), p. 152 ;

<sup>278</sup> MARTIN ANTIPAS (2018), p. 43 ; ENZLER (2012), n° 259 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 27 ; VERDE (2010), p. 152 ; KÁLIN (2007), p. 151.

<sup>279</sup> ENZLER (2012), n° 259 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 27 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a n° 26 ; VERDE (2010), p. 153 ; JANSSEN (1996), p. 181.

<sup>280</sup> Cf. *supra* II.C.4.d.

<sup>281</sup> Pour un autre avis, voir : PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 27 qui considèrent que l'employeur peut réclamer l'indemnisation de frais médicaux. Ce passage concerne la responsabilité délictuelle mais le renvoi à la page 33 mentionne que cela s'applique également pour la RFC.

effet, l'employeur répond des dommages causés par ses employés à des tiers (art. 55 ou 101 CO). Même lorsqu'il s'agit de dommages corporels ou matériels, la conséquence sera toujours la même pour le nouvel employeur, à savoir l'indemnisation de ces tiers. Dans l'analyse du dommage causé par le certificat frauduleux, le nouvel employeur subira alors toujours un dommage purement économique.

e. *Le rapport de causalité naturelle et adéquate*

Tous les dommages présentés ci-dessus tirent leur origine d'un seul et même fait, à savoir le certificat de travail décrivant le travailleur d'une manière non conforme à la réalité. La causalité peut donc être analysée en une seule fois, sans besoin de la différencier pour chaque dommage.

Tout d'abord, il est nécessaire que l'erreur dans le certificat de travail ait été une condition *sine qua non*, c'est-à-dire une condition nécessaire du dommage<sup>282</sup>. Cette exigence est généralement remplie car le nouvel employeur fait confiance à l'exactitude du certificat pour embaucher le travailleur à certaines conditions contractuelles précises<sup>283</sup>. La causalité naturelle doit uniquement être niée lorsqu'il est possible de prouver que, même avec l'établissement d'un certificat correct, le nouvel employeur aurait embauché le travailleur aux mêmes conditions contractuelles et ne l'aurait pas surveillé d'avantage<sup>284</sup>.

Il reste à vérifier si le certificat frauduleux était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner des dommages du genre de ceux qui se sont produits<sup>285</sup>. Il s'agit là d'une question de droit qui doit être analysée à l'aune des circonstances de chaque cas d'espèce. Néanmoins, il faut considérer comme ordinaire qu'un nouvel employeur se fie au certificat établi par un ancien employeur et que le mensonge contenu dans ce certificat puisse engendrer des dommages pour le nouvel employeur. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs retenu un tel lien de causalité entre le certificat de travail ne mentionnant pas un détournement de fonds commis chez l'ancien employeur et le détournement de fonds commis chez le nouvel employeur<sup>286</sup>. Ce lien devrait donc pouvoir également être établi pour d'autres dommages. Au demeurant, nous rappelons que certains auteurs estiment que le certificat manifestement incomplet et l'utilisation injustifiée d'un certificat

<sup>282</sup> FISCHER (2016), p. 64 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 83 ; Enzler (2012), n° 267 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 27 ; VERDE (2010), p. 157.

<sup>283</sup> FISCHER (2016), p. 64 ; ENZLER (2012), n° 267 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 27.

<sup>284</sup> MARTIN ANTIPAS (2018), p. 43 ; FISCHER (2016), p. 64 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 83 ; ENZLER (2012), n° 267 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 28 ; REHBINDER/STÖCKLI (2010), art. 330a CO n° 26 ; VERDE (2010), p. 157 ; KÄLIN (2007), p. 151 ; STAEHELIN (2006), art. 330a CO n° 25 ; JANSSEN (1996), p. 182.

<sup>285</sup> FISCHER (2016), p. 64 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 83 ; ENZLER (2012), n° 269 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 28 ; VERDE (2010), p. 157.

<sup>286</sup> ATF 101 II 69, c. 3b.



frauduleux alors que d'autres corrects sont disponibles constituent deux éléments qui permettent de nier la causalité adéquate<sup>287</sup>.

f. *La faute*

L'ancien employeur doit avoir commis l'erreur dans le certificat de travail intentionnellement ou par négligence<sup>288</sup>. Pour répondre à cela, il est nécessaire de regarder si ce document a été établi en faisant preuve du soin et de la diligence que le nouvel employeur pouvait objectivement attendre de l'auteur<sup>289</sup>. Il s'agit d'un aspect qui doit être analysé au regard des circonstances du cas d'espèce, de sorte qu'une réponse unique ne saurait être apportée. À nouveau, on constate que cette analyse correspond parfaitement à l'examen de la déception de la confiance en contrariété à la bonne foi<sup>290</sup>.

Finalement, il convient de s'intéresser à l'éventuelle faute concomitante du lésé qui réduirait l'étendue de la responsabilité de l'ancien employeur. Comme déjà expliqué pour la légitimation de la confiance, l'absence de vérification du nouvel employeur de l'exactitude du certificat de travail ne devrait pas lui être reprochable<sup>291</sup>. En revanche, le Tribunal fédéral considère, à juste titre, que l'omission du nouvel employeur de surveiller efficacement le travailleur, quand bien même cette absence de vérification se baserait sur la confiance fondée par le certificat, constitue une négligence de sa part qui justifie de réduire les dommages-intérêts qui lui sont alloués<sup>292</sup>.

5. *Le résultat et les autres voies envisageables*

De cette analyse, il ressort que l'application de la responsabilité fondée sur la confiance pour réparer le dommage découlant d'un certificat de travail frauduleux n'est pas possible car la première condition, l'existence d'une relation juridique particulière, n'est pas remplie. En outre, la légitimation de la confiance du destinataire du certificat repose exclusivement sur l'obligation légale de l'ancien employeur d'établir un document conforme à la vérité. Si cette obligation n'existait pas, le nouvel employeur devrait alors se faire garantir l'exactitude du certificat par un contrat, à défaut de quoi sa confiance ne serait plus légitime.

De ce constat, le courant doctrinal prônant l'application de la RFC semble n'avoir pour conséquence qu'une complication inutile et surtout infructueuse. En effet, aucune raison ne justifie de s'écarter de la solution appliquée par le Tribunal fédéral, à savoir la

<sup>287</sup> Cf. *supra* III.C.4.b.

<sup>288</sup> FISCHER (2016), p. 64 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 83 ; ENZLER (2012), n° 273 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), pp. 31 et 37 s.

<sup>289</sup> ENZLER (2012), n° 274 ; MÜLLER/THALMANN/FAVRE (2014), p. 81 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 32 ; VERDE (2010), p. 159 ; KÄLIN (2007), p. 151.

<sup>290</sup> Cf. *supra* III.C.4.c.

<sup>291</sup> Cf. *supra* III.C.4.b.

<sup>292</sup> ATF 101 II 69, c. 5.

responsabilité délictuelle (art. 41 CO). Tout d'abord, nous notons l'énorme avantage de la responsabilité délictuelle qui permet au nouvel employeur de réclamer la réparation de ses dommages corporels et matériels, chose que la RFC ne lui permet pas. S'agissant du dommage, de la causalité ainsi que de la faute, il est suffisant de se référer à ce qui a été présenté ci-dessus. La condition intéressante est en revanche celle de l'acte illicite. Comme présenté plus haut, la réparation de dommages purement économiques nécessite une illicéité de comportement<sup>293</sup>. Pour cela, il faut identifier une norme protectrice. Si le Tribunal fédéral avait dans un premier temps considéré que le faux dans les certificats (art. 252 CP) protégeait la foi publique attachée à certains documents<sup>294</sup>, ce qui laissait supposer qu'il ne s'agisse pas d'une norme protectrice des intérêts de particuliers, il lui a par la suite expressément reconnu ce caractère protecteur<sup>295</sup>. Ce raisonnement est logique car il est identique à celui appliqué pour le faux dans les titres (art. 251 CP), dont l'article 252 CP apparaît comme une *lex specialis*. Ceci a pour conséquence que la personne dont les intérêts sont directement atteints par l'infraction est protégée. Ainsi, le nouvel employeur pourra rechercher l'ancien employeur sur la base de la responsabilité délictuelle pour les dommages dérivant du certificat frauduleux lorsque celui-ci aura été condamné pénalement. L'inconvénient de cette solution est que, l'infraction pénale ne pouvant être commise qu'intentionnellement (art. 12 al. 1 CP), une condamnation à réparation selon l'article 41 CO est dès lors impossible en cas de négligence<sup>296</sup>. Il convient alors de se demander si le nouvel employeur ne dispose pas d'une autre norme protectrice dont la violation par négligence est possible. Le certificat de travail étant un document qui est destiné à toujours s'adresser au futur employeur, nous considérons qu'il est pour le moins légitime de se demander si le législateur n'a pas eu l'intention de protéger ce dernier déjà au travers de l'article 330a CO. Si le Tribunal fédéral devait considérer qu'il en va ainsi, la violation par négligence de cette disposition suffirait dès lors à retenir une responsabilité délictuelle.

#### IV. La synthèse des différents cas d'application

Des trois cas analysés, il ressort constamment qu'au minimum une des conditions de la RFC fait défaut. D'une part, l'identification du destinataire pose souvent problème. D'autre part, la légitimité de la confiance du lésé doit continuellement être refusée en raison de la protection contractuelle qui était disponible, sous réserve du cas du certificat de travail où la légitimation ne trouve cependant son fondement que dans la loi et non pas dans le comportement du responsable. La tentation de considérer que ce constat ne porte que sur nos trois cas d'analyse peut exister. Toutefois, il convient de ne pas céder à celle-ci. Au contraire, nous sommes d'avis que ces deux

<sup>293</sup> Cf. *supra* II.C.4.b.

<sup>294</sup> ATF 97 IV 205, c. 2.

<sup>295</sup> ATF 101 II 69, c. 2.

<sup>296</sup> ENZLER (2012), nos 263 et 276 ; PORTMANN/PRZEZAK (2012), p. 33 ; VERDE (2010), pp. 154 et 159.

éléments problématiques se manifesteront dans tous les cas de RFC, en particulier celui de la légitimité de la confiance car il démontre l'inutilité et l'incohérence de l'institution.

Pour comprendre cela, il est nécessaire de revenir à la raison qui a mené à l'adoption de la RFC, à savoir la nécessité de combler un « vide » de protection qui existerait. Tout d'abord, il existe la protection délictuelle qui a pour but de garantir à tout un chacun la sauvegarde minimale de ses intérêts<sup>297</sup>. Cette sauvegarde étant accordée à tous et contre tous, elle ne saurait trop s'étendre quant à son intensité. Elle n'a en effet pour but que de garantir le minimum éthique nécessaire au bon fonctionnement de la société. Lorsque cette protection est insuffisante, les personnes ont alors à leur libre disposition la protection conventionnelle qui permet à des individus qui se connaissent et qui souhaitent entretenir une relation intime de confiance de s'accorder sur la sauvegarde mutuelle de leurs intérêts particuliers. Dans ces deux situations, il existe une relation particulière entre deux personnes, avec comme critère de distinction la volonté que cette relation particulière prenne naissance.

Lorsque nous décidons d'aborder les différents cas de responsabilité fondée sur la confiance pour les renseignements donnés en tenant compte des buts des responsabilités classiques, l'absence d'un vide de protection est incontestable. Les intérêts minimaux du destinataire sont protégés délictuellement, ce qui lui permet de se plaindre lorsqu'il est victime de comportements proscrits par la loi. En revanche, cette protection ne s'étend pas à ses intérêts particuliers qui ne sont violés par aucun comportement légalement répréhensible. Il n'en demeure pas moins que la protection de ces intérêts « spéciaux » reste possible par la conclusion d'un contrat.

Nous aboutissons ainsi à la conclusion que le destinataire d'une information qui refuse de procéder à la « formalité » nécessaire à la protection de ses intérêts particuliers ne mérite aucune protection car il y a volontairement renoncé en acceptant les risques inhérents à ce refus. Selon cette optique, la responsabilité fondée sur la confiance apparaît comme la solution de celui qui a choisi de prendre un risque, qui sera content d'en récolter les conséquences positives mais qui refusera en revanche de subir celles négatives<sup>298</sup>. Cette volonté de reporter la conséquence de tout dommage sur autrui est compréhensible. En revanche, elle ne mérite aucune protection. À notre sens, la « condition » ajoutée par le TF d'impossibilité de garantir la prestation contractuellement doit en réalité être interprétée comme l'expression de ce qui a été présenté ci-dessus. Il n'est d'ailleurs pas anecdotique que plus aucune condamnation sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance, à notre connaissance, n'ait eu lieu après l'introduction de cette composante supplémentaire.

En conclusion, nous sommes d'avis que la responsabilité fondée sur la confiance n'a pas lieu d'être. Son maintien, infondé, n'aurait d'ailleurs pour conséquence que d'instaurer un régime de

---

<sup>297</sup> FOËX (2001), pp. 143 ss ; MARCHAND (2001), p. 172 qui se demande « que puis-je attendre d'autrui qui ne m'a rien promis, sinon le respect de mes intérêts, tel qu'il m'est dû en vertu des injonctions générales de l'ordre juridique ? ».

<sup>298</sup> ZELLWEGGER-GUTKNECHT (2020), avant art. 1 ss CO n° 101b.

méfiance<sup>299</sup>, dans lequel le silence serait de l'or, ce qui est inimaginable et inacceptable pour le bon fonctionnement d'une société contemporaine<sup>300</sup>. La garantie offerte par le contrat et la responsabilité délictuelle est suffisante. Quant à cette dernière, nous considérons qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de la théorie de l'illicéité objective. En revanche, le développement par les tribunaux de critères clairs et précis pour permettre une identification bien plus aisée des normes protectrices serait fortement saluée. Sous cette optique, le caractère de norme protectrice à la bonne foi en droit privé doit continuer à être refusé, à défaut de quoi la distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle perdrait son sens.

## **V. Conclusion : la prudence comme seule certitude**

À la suite de ce travail relativement approfondi sur la responsabilité fondée sur la confiance pour les renseignements donnés, nous ne saurions autrement conclure ce travail que par l'adoption d'une clause d'exclusion de responsabilité protectrice. Loin de nous l'idée de prétendre au titre de « expert de la RFC ». Toutefois, les hypothèses futures se doivent d'être envisagées, aussi farfelues et improbables qu'elles soient. Ce travail pourrait en effet se retrouver entre les mains de tiers qui se fonderont sur les informations et réflexions présentées pour considérer que la responsabilité fondée sur la confiance n'a aucun fondement et qu'ils ne risquent dès lors aucune condamnation sur cette base par un tribunal. Si une telle condamnation devait tout de même survenir, il est envisageable que, dans un élan de colère et de désir de vengeance, ce tiers décide de se retourner contre nous afin de nous reprocher la confiance éveillée par ce travail puis déçue au moment de sa condamnation. Pour cette raison, les derniers mots de ce travail sont les suivants :

**L'auteur de ce document déclare expressément que ce travail a été réalisé exclusivement dans un but académique et qu'il ne saurait être utilisé à un autre but, en particulier en tant qu'avis de droit. Toute responsabilité qui découlerait de l'utilisation de ses éléments, avis et autres conclusions est exclue, ce que le lecteur reconnaît expressément et sans aucune réserve. Le présent paragraphe vaut offre contractuelle. Le lecteur est conscient que l'utilisation à un autre but des informations de ce travail ne saurait être interprétée autrement qu'en une acceptation tacite (art. 6 CO) de la totale déresponsabilisation de son auteur.**

Alessandro Pastore

Lausanne, le 23 juin 2023

---

<sup>299</sup> AMSTUTZ/WATTER (1995), p. 507.

<sup>300</sup> DRUEY (2001), p. 194.