

# Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier

François Chaix  
Bénédict Foëx  
Aude Peyrot  
Denis Piotet  
Paul-Henri Steinauer  
Luc Thévenoz

Edité par  
Bénédict Foëx et Michel Hottelier

Schulthess §

Droit  
de la propriété

Faculté de droit  
de Genève

Bénédict Foëx et Michel Hottelier (éd.)

Servitudes, droit de voisinage, responsabilités  
du propriétaire immobilier



Faculté de droit de Genève

Droit de la propriété

# Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier

François Chaix  
Bénédict Foëx  
Aude Peyrot  
Denis Piotet  
Paul-Henri Steinauer  
Luc Thévenoz

Edité par  
Bénédict Foëx et Michel Hottelier



Chambre genevoise immobilière

Schulthess § 2007

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

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

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2007  
ISBN 978-3-7255-5489-8

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

---

## Avant-propos

Depuis 1996, la Chambre Genevoise Immobilière et CGI Conseils organisent, tous les deux ans, en collaboration avec la Faculté de droit de l'Université de Genève et l'Institut d'Etudes Immobilières, une Journée du droit de la propriété.

Les sujets traités à l'occasion de ce séminaire relèvent alternativement, soit tous les deux ans, du droit privé ou du droit public.

2006 était une année consacrée au droit privé. Ont ainsi été abordés des thèmes relevant des droits réels (servitudes et droit de superficie, d'une part, jurisprudence récente en matière de droits réels, d'autre part), de la responsabilité (autant du propriétaire d'ouvrages, selon l'art. 58 CO, que du propriétaire d'immeuble, au sens de l'art. 679 CCS) et du contrat (plus particulièrement, celui du courtage).

A l'instar des précédentes, cette Journée du droit de la propriété 2006 a rencontré un vif succès. La qualité des orateurs et le nombre de participants ont contribué à l'excellence du contenu des débats.

Comme par le passé, les textes des orateurs de cette Journée sont publiés ci-après et constituent dès lors, une importante contribution à la série de la *Collection genevoise* de la Faculté de droit relative au droit de la propriété.

Enfin, j'exprime toute ma gratitude envers les auteurs des cinq contributions contenues dans ce recueil et les autres personnes qui ont eu l'occasion de s'exprimer le 5 mai 2006.

Jean-Marc SIEGRIST, avocat  
Président du Comité d'organisation



---

# Sommaire

Avant-propos .....	V
Sommaire .....	VII
Table des matières .....	IX
Table des abréviations .....	XIII

PAUL-HENRI STEINAUER

*Professeur à l'Université de Fribourg*

<b>Servitudes foncières et droit de superficie: développements récents</b> .....	1
--	---

BÉNÉDICT FOËX

*Professeur à l'Université de Genève*

<b>La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers</b> .....	23
--	----

FRANÇOIS CHAIX

*Docteur en droit; Juge à la Cour de Justice*

<b>La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment (art. 58 CO)</b> .....	39
--	----

DENIS PIOTET

*Professeur à l'Université de Lausanne*

<b>Les principales difficultés d'application de l'article 679 du Code civil</b> .....	87
---	----

LUC THÉVENOZ

*Professeur à l'Université de Genève*

AUDE PEYROT

*Titulaire du brevet d'avocat*

<b>Le contrat de courtage immobilier</b> .....	115
--	-----



---

# Table des matières

Avant-propos .....	V
Sommaire .....	VII
Table des matières .....	IX
Table des abréviations .....	XIII

PAUL-HENRI STEINAUER

## **Servitudes foncières et droit de superficie :**

<b>développements récents .....</b>	<b>1</b>
Introduction .....	1
I. Les servitudes foncières .....	1
A. Perspectives <i>de lege ferenda</i> et conclusions <i>de lege lata</i> .....	1
1. L'obligation propter rem accessoire d'une servitude .....	2
2. La forme de l'acte constitutif .....	3
3. La division du fonds dominant et du fonds servant .....	4
4. Le déplacement des servitudes de conduite .....	5
B. Quelques enseignements d'une abondante jurisprudence .....	6
1. L'interprétation des servitudes foncières .....	6
a. Un cas typique .....	6
b. Autres arrêts intéressants .....	9
2. La libération judiciaire des servitudes foncières .....	10
a. Un cas typique .....	10
b. Autres arrêts intéressants .....	12
II. Les servitudes personnelles .....	13
A. Nouveautés législatives .....	13
1. L'art. 745 al. 3 .....	14
2. L'art. 678 al. 2 et 3 .....	14
B. Perspectives <i>de lege ferenda</i> et conclusions <i>de lege lata</i> .....	15
1. Le droit de volume .....	15
2. La forme du droit de superficie .....	16
3. L'annotation des obligations liées au droit de superficie .....	16
C. Droit de superficie et <i>clausula rebus sic stantibus</i> .....	18
Bibliographie .....	20
Table des arrêts cités .....	21

BÉNÉDICT FOËX

<b>La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers</b> .....	23
Introduction .....	23
I. Protection de la propriété immobilière (art. 641 al. 2 CC) .....	23
A. Action en revendication .....	23
B. Action négatoire .....	25
II. Copropriété .....	28
III. Droit de voisinage .....	30
IV. Servitudes .....	31
V. Gages immobiliers .....	34
Conclusion .....	38

FRANÇOIS CHAIX

<b>La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment (art. 58 CO)</b> .....	39
I. Introduction .....	39
II. Les conditions générales de la responsabilité .....	40
III. Les abords du bâtiment .....	42
A. Les voies d'accès .....	42
1. Les surplombs et les irrégularités du sol .....	42
2. L'éclairage .....	43
3. Le déneigement .....	44
4. Les mesures pour prévenir le danger .....	45
B. Les arbres .....	46
1. L'arbre en tant que produit de la nature .....	46
2. L'arbre en tant qu'ouvrage .....	47
C. La place de jeux pour enfants .....	47
D. La piscine .....	48
IV. Le bâtiment .....	49
A. Le sol du bâtiment .....	49
1. Les surplombs et les irrégularités du sol .....	49
2. Les risques de glissade .....	51
3. Les mesures pour prévenir le danger .....	52
B. Les escaliers .....	53

C. Les installations du propriétaire .....	54
1. L'ascenseur .....	55
2. Les (autres) installations mises à disposition par le propriétaire .....	58
3. L'antenne de téléphonie mobile .....	59
V. La rénovation du bâtiment .....	60
A. Le caractère achevé de l'ouvrage .....	61
B. Les différents chefs de responsabilité .....	62
C. Les mesures de sûreté en relation avec l'ouvrage (art. 59 CO) .....	63
VI. Conclusion .....	64
Bibliographie .....	66
Annexes .....	67
Arrêt de la Cour de justice de Genève du 24 juin 2005 .....	67
Arrêt de la Cour de justice de Genève du 16 septembre 2005 .....	73
Arrêt de la Cour de justice de Genève du 23 septembre 2005 .....	81

DENIS PIOTET

<b>Les principales difficultés d'application de l'article 679 du Code civil</b> .....	87
1. Champ d'application .....	87
1.1. La division artificielle des immeubles .....	87
1.2. L'exploitation d'un immeuble .....	89
1.3. Le texte de l'art. 679 CC .....	90
2. Champ d'application et personnes protégées .....	90
2.1. Délimitation d'avec l'action négatoire de l'art. 641 al. 2 CC et la responsabilité délictuelle générale (41 ss CO) .....	90
2.2. La légitimation passive .....	91
a) Le propriétaire – les propriétaires .....	91
b) Les servitudes .....	92
c) Les droits personnels d'usage et le possesseur illégitime .....	93
d) Les immeubles juridiques .....	94
e) Pluralité d'immeubles .....	95
2.3. La légitimation active .....	95
2.4. Délimitation d'avec l'art. 2 CC .....	97
3. La relation avec les immeubles « publics » .....	98
4. Les conditions de la protection .....	100

4.1. L'excès distingué de l'atteinte aux droits d'autrui .....	100
4.2. La définition de l'excès: source de l'illicéité .....	102
4.3. Le cas particulier de l'immission psychique .....	105
4.4. Le cas particulier des immissions négatives .....	106
5. L'effacement de l'illicéité: le cas des travaux dits «nécessaires» .....	108
6. L'action en justice .....	110
7. Pour conclure .....	113

LUC THÉVENOZ / AUDE PEYROT

<b>Le contrat de courtage immobilier</b> .....	115
I. Le courtage, un mandat très particulier .....	115
II. La formation du contrat .....	117
III. Les obligations du courtier, notamment l'obligation de fidélité .....	120
IV. Le droit à la commission .....	122
A. Son montant .....	122
B. Ses conditions légales .....	124
1. Conclusion d'un contrat principal et principe d'équivalence .....	124
2. Lien de causalité entre l'activité du courtier et le contrat principal .....	127
3. Absence de déchéance (art. 415 CO) .....	128
C. En cas de pluralité de courtiers .....	130
D. Débiteur de la rémunération .....	131
V. Le renforcement du droit à la commission .....	131
A. Les clauses d'exclusivité .....	132
B. Les garanties de provision (au sens étroit) .....	133
C. Importance de la rédaction de ces clauses .....	134
VI. La réduction des commissions excessives .....	136
VII. La fin du contrat .....	138
Bibliographie .....	140

---

## Table des abréviations \*

ACJ	Arrêt de la Cour de justice
ACJC	Arrêt de la Cour de justice civile
AJP	Aktuelle juristische Praxis
al.	alinéa
AP	avant-projet
art.	article
ATA	Arrêt du Tribunal administratif
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BPA	Bureau suisse de prévention des accidents
c.	considérant
C	cause
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
Cf.	<i>confer</i>
CFF	Chemins de fer fédéraux
ch.	chiffre
CJ	Cour de justice
CO	Code des obligations (Loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations]), du 30 mars 1911 (RS 220)
cons.	considérant
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
DC	Droit de la construction
DEP	Le droit de l'environnement dans la pratique
éd.	édition, éditeurs

---

\* Liste établie par M. Marc Bellon, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

## Table des abréviations

---

FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
FR Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
JdT	Journal des tribunaux
JT	Journal des tribunaux
JTPI	Jugement du Tribunal de première instance
KG	<i>Kantonsgericht</i>
LCI	Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988 (L 5 05)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
let.	lettre
LFo	Loi fédérale sur les forêts, du 4 octobre 1991 (RS 921.0)
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile, du 24 mars 2000 (RS 272)
lit.	<i>litera</i>
LOJ	Loi genevoise sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (E 2 05)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPC	Loi genevoise de procédure civile, du 10 avril 1987 (E 3 05)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 7 octobre 1983 (RS 814.01)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)
n.	numéro, note
n <sup>o(s)</sup>	numéro(s)
n. p.	non publié
Ofo	Ordonnance du Conseil fédéral sur les forêts, du 30 novembre 1992 (RS 921.01)
OGer	<i>Obergericht</i>

---

OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943 (abrogée)
op. cit.	<i>opere citato</i>
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre foncier, du 22 février 1910 (RS 211.432.1)
ORNI	Ordonnance du Conseil fédéral sur la protection contre le rayonnement non ionisant, du 23 décembre 1999 (RS 814.710)
OSR	Ordonnance du Conseil fédéral sur la signalisation routière, du 5 septembre 1979 (RS 741.21)
OTPI	Ordonnance du Tribunal de première instance
p.	page
phr.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
PPE	propriété par étages
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
Rep.	Repertorio di giurisprudenza Patria
rés.	résumé
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue des juristes bernois
RNRF	Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
Rz	<i>Randziffer</i>
s.	et suivant(e)
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s

## Table des abréviations

---

sv.	et suivant(e)
Syst. T.	<i>Systematischer Teil</i>
T.	tome
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
T.f.	Titre final du Code civil suisse
vol.	volume
ZGB	<i>Zivilgesetzbuch</i>
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung

---

# Servitudes foncières et droit de superficie : développements récents

PAUL-HENRI STEINAUER<sup>1</sup>

*Professeur à l'Université de Fribourg*

## Introduction

Il n'y a pas eu de modifications profondes du droit des servitudes au cours des cinq dernières années. Deux dispositions légales ont cependant été modifiées et la révision d'une dizaine d'autres est en bonne voie. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a rendu une quarantaine d'arrêts en la matière, qui reste donc source de nombreux litiges. Plusieurs études ont en outre été publiées, notamment sur l'interprétation et la libération judiciaire des servitudes foncières.

Le tour d'horizon qui va suivre ne peut bien sûr pas traiter en détail de chacun de ces développements. Je me limiterai donc à présenter les deux changements législatifs intervenus, à esquisser les révisions qui sont envisagées, dans la mesure où elles mettent bien en évidence les difficultés rencontrées *de lege lata*, et enfin à tirer quelques enseignements de l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral. Pour ce faire, je suivrai la distinction traditionnelle entre servitudes foncières et servitudes personnelles, qui permet de sérier un peu les questions.

## I. Les servitudes foncières

### A. Perspectives *de lege ferenda* et conclusions *de lege lata*

Les droits réels immobiliers et le droit du registre foncier font actuellement l'objet d'une vaste révision. Un avant-projet, proposant la modification de près d'une centaine d'articles du Code civil, a été mis en consultation en mars 2004. Les auteurs de l'avant-projet ont souhaité profiter de cette occasion, non seulement pour répondre à diverses interventions parlementaires (notamment sur la création de cédules hypothécaires dématérialisées, la

---

<sup>1</sup> Je remercie M<sup>me</sup> Maryse PRADERVAND-KERNEN, assistante à la Faculté de droit de Fribourg, de l'aide qu'elle m'a apportée lors de la préparation de cette contribution.

révision des règles sur l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et l'encouragement de l'accès à la propriété), mais aussi pour « donner un coup de neuf » à l'ensemble de la réglementation des droits réels<sup>2</sup>. Parcourir cet avant-projet quant au droit des servitudes permet ainsi de mettre le doigt sur un certain nombre de difficultés que présente la réglementation actuelle, comme aussi de rappeler les solutions jurisprudentielles qui ont été apportées à certains problèmes. Quatre propositions principales se rapportent aux servitudes foncières.

### 1. *L'obligation propter rem accessoire d'une servitude*

Selon l'art. 730 al. 2<sup>3</sup>, une « obligation de faire ne peut être rattachée qu'accessoirement à une servitude ». Ce principe n'est pas remis en cause, mais l'avant-projet propose de préciser qu'une telle obligation accessoire « ne lie l'acquéreur de l'immeuble dominant ou servant que si elle résulte de l'inscription au registre foncier » (art. 730 al. 2 2<sup>e</sup> phr. AP). La loi exprimerait donc désormais un principe déjà dégagé par la jurisprudence<sup>4</sup>. *De lege lata* déjà, il faut donc faire apparaître l'existence de l'obligation accessoire dans la réquisition d'inscription de la servitude (par exemple : « Droit de source, avec obligation accessoire »), sous peine de faire perdre à cette obligation son caractère *propter rem*<sup>5</sup>.

Selon la jurisprudence rappelée ci-dessus, ce principe vaut également pour les obligations accessoires relatives à l'entretien des ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude, c'est-à-dire aux conventions qui dérogent à la règle de l'art. 741<sup>6</sup>. Considérant qu'il « en résulte constamment des situations peu claires », l'avant-projet propose de modifier cette disposition, pour préciser que, désormais, de telles conventions dérogoraires recevraient de par la loi un statut d'obligations *propter rem*, pour autant qu'elles résultent, non de l'inscription elle-même, mais des pièces justificatives auxquelles le registre foncier fait référence (art. 741 al. 2 2<sup>e</sup> phr. AP). Il s'agirait donc d'une

---

<sup>2</sup> Pour une présentation générale de la révision et des résultats de la consultation, voir SCHMID-TSCHIRREN, p. 1 ss ; pour une présentation plus approfondie de certaines dispositions proposées, voir D. PIOTET, *Propriété*, p. 12 ss ; pour une présentation des modifications envisagées dans le domaine des servitudes, voir PFÄFFLI, p. 38 ss.

<sup>3</sup> Sauf précision contraire, les articles cités sont ceux du Code civil.

<sup>4</sup> Voir ATF 124/1998 III 289/292 = JdT 1999 I 170/172 sv. Dans le même sens : PETITPIERRE, n. 15 *ad* art. 730 ; LIVER, n. 230 *ad* art. 730 ; REY, n. 185 *ad* art. 730 ; STEINAUER, n. 2220b ; P. PIOTET, p. 40 ; DESCHENAUX, p. 558 ; SCHMID, p. 282.

<sup>5</sup> En l'état, aucune règle de droit transitoire n'est prévue pour atténuer la rigueur de ce nouveau principe lors de la révision (D. PIOTET, *Propriété*, p. 22).

<sup>6</sup> ATF 124/1998 III 289/292 = JdT 1999 I 170/172 sv. ; STEINAUER, n. 2285a ; LIVER, n. 73 *ad* art. 741 ; P. PIOTET, p. 40 ; DESCHENAUX, p. 558 ; sceptique : PETITPIERRE, n. 16 sv. *ad* art. 741.

exception au principe du nouvel art. 730 al. 2 2<sup>e</sup> phr., dans le but louable de restreindre la portée de l'arrêt précité et d'éviter de surcharger le registre foncier<sup>7</sup>. En attendant, il faut encore bien préciser dans l'acte que la clause a le caractère d'une obligation réelle, et veiller à ce qu'elle ressorte de l'inscription au registre foncier (par exemple : « Droit de passage, avec convention dérogatoire relative à la charge d'entretien »).

Dans ce contexte, le nouvel art. 740a proposé par l'avant-projet trancherait une question qui se pose parfois en pratique et à laquelle la loi n'apporte en l'état pas de réponse. Il s'agit du cas où plusieurs personnes sont titulaires de servitudes permettant l'utilisation d'une même installation (par exemple de droits de passage sur un même chemin ou de servitudes de conduite sur une même canalisation), sans qu'ait été réglée la manière dont elles exercent leurs servitudes, procèdent aux travaux de réparation ou se partagent les frais d'entretien des installations liées à celles-ci. L'avant-projet propose d'appliquer par analogie à cette situation, à titre de droit dispositif, les règles de la copropriété. C'est ce qu'a d'ailleurs déjà proposé la doctrine et admis la jurisprudence<sup>8</sup>. *De lege lata* déjà, on ne peut que recommander de régler conventionnellement ce genre de questions, bien sûr dès la constitution si c'est la même personne qui les constitue, ou ensuite par une convention entre les titulaires.

## 2. La forme de l'acte constitutif

L'avant-projet propose aussi de modifier l'art. 732, qui prévoirait désormais que toutes les servitudes foncières doivent être constituées en la forme authentique, à l'exception des servitudes foncières de conduite. Actuellement, la forme authentique n'est prescrite que pour les servitudes foncières qui dérogent à des restrictions légales de la propriété (art. 680 al. 2)<sup>9</sup>. L'art. 243 al. 2 CO semble également prévoir que la constitution d'une servitude foncière gratuite doit être faite en la forme authentique<sup>10</sup>; mais l'interprétation de cette disposition est controversée et, en pratique, l'art. 243 al. 2 CO est largement resté lettre morte; il est en effet très difficile de savoir, lorsque la servitude n'est pas accordée à titre purement gratuit, si la contre-prestation correspond

<sup>7</sup> D. PIOTET, *Propriété*, p. 21 sv.

<sup>8</sup> Voir ATF 111/1985 II 26/30 = JdT 1986 I 111/114; RFJ 2003 236/241 = RNRF 2005 229/232; D. PIOTET, p. 89 ss; BRUNNER/WICHTERMANN, *Vor Art. 646-654a*, n. 21; MEIER-HAYOZ, *Vorb. zu den Art. 646-654*, n. 24; LIVER, n. 41 ss *ad art. 743*; SCHMID, p. 286; voir aussi, pour l'usufruit, BAUMANN, n. 3 *ad art. 745*; FARINE FABBRO, p. 9 ss. Le texte de l'avant-projet devrait encore être amélioré pour faire apparaître qu'il y a en réalité plusieurs servitudes (D. PIOTET, *Propriété*, p. 24 sv.).

<sup>9</sup> Voir notamment PFÄFFLI, p. 33, avec réf.

<sup>10</sup> Voir ATF 117/1991 II 26/29 = JdT 1992 I 351\* = SJ 1991 586/589; 114/1988 II 36 = JdT 1989 I 156.

à la valeur vénale ou à une donation mixte. Quoi qu'il en soit, ce qui est surtout intéressant dans la proposition faite est la motivation qui en a été donnée, savoir le fait que les servitudes foncières sont généralement constituées pour de longues périodes et que les « litiges concernant l'interprétation des servitudes ont fortement augmenté au cours des dernières années »<sup>11</sup>. Les modalités de l'interprétation des servitudes seront reprises plus loin (*infra* B. 1.), mais il faut d'ores et déjà souligner l'importance d'une bonne formulation du contenu de la servitude dans l'acte constitutif.

Remarquons encore que la forme authentique serait désormais requise également pour les servitudes foncières constituées unilatéralement (art. 732 al. 1 AP: « acte constitutif »). Cela ne devrait cependant pas empêcher de constituer une servitude par testament olographe<sup>12</sup>.

### 3. *La division du fonds dominant et du fonds servant*

Une autre proposition de modification concerne les art. 743 et 744, relatifs au sort des servitudes en cas de division du fonds dominant ou du fonds servant. Ces deux dispositions posent le principe de la « multiplication des servitudes »: dans la règle, en cas de division du fonds dominant, la servitude reste due à chaque parcelle, de même que, en cas de division du fonds servant, elle continue à grever chaque parcelle. Les art. 743 et 744 prévoient certes une procédure permettant d'épurer les servitudes inutiles, mais les auteurs de l'avant-projet remarquent à juste titre que cette procédure n'a guère permis jusqu'ici d'éviter le maintien de nombreuses servitudes parfaitement inutiles, faute de consentement des bénéficiaires de celles-ci à la radiation<sup>13</sup>.

L'avant-projet propose donc, selon des modalités qu'il n'est pas nécessaire d'approfondir ici, de soumettre toute division de biens-fonds à la condition que le propriétaire fasse des propositions quant à l'épuration des servitudes inutiles, sous peine de rejet<sup>14</sup>. Le nouvel art. 744 permettrait en outre à l'autorité de surveillance du registre foncier de lancer, dans un périmètre déterminé dans lequel se trouverait un grand nombre de servitudes devenues caduques, une procédure d'épuration régie par le droit public. Là

---

<sup>11</sup> Voir aussi PFÄFFLI, p. 38.

<sup>12</sup> D. PIOTET, *Propriété*, p. 23.

<sup>13</sup> Cf. en outre MOULLET AUBERSON, p. 107 ss, ainsi que PFÄFFLI, p. 34 ss, qui présente le droit actuel et fait état de la pratique de certains cantons où la réquisition tendant à une division est rejetée si elle ne comporte pas des propositions quant à l'épuration des servitudes.

<sup>14</sup> PFÄFFLI, p. 39 ss. La procédure de décision suite aux propositions d'épuration serait régie par les art. 976 ss qui, lorsqu'il semble acquis que la servitude n'a plus d'intérêt, permettraient au conservateur de contraindre le propriétaire du fonds dominant à agir en justice pour maintenir la servitude. Les modalités précises doivent cependant encore être discutées (PFÄFFLI, p. 43).

aussi, le rapport explicatif de l'avant-projet est clair : il faut éviter autant que possible de maintenir des servitudes qui n'ont plus de sens. Force est de reconnaître que, *de lege lata*, les dispositions légales ne donnent guère de moyen pour y parvenir, du moins si le conservateur ne prend pas sur lui d'entamer d'office une procédure de radiation selon l'art. 976 à l'occasion de la division<sup>15</sup>.

#### 4. *Le déplacement des servitudes de conduite*

La dernière proposition contenue dans l'avant-projet porte sur un point moins important : la suppression de l'art. 742 al. 3, selon lequel les « règles concernant les rapports de voisinage sont applicables au déplacement de conduites ». Cette disposition introduit pour les conduites une exception au principe de l'art. 742 al. 1 et 2, qui prévoit que si le propriétaire grevé demande le déplacement d'une servitude, c'est à lui de se charger des frais. Le renvoi de l'art. 742 al. 3 aux règles du droit de voisinage permet d'appliquer aux servitudes de conduites constituées volontairement le principe de l'art. 693 et, en cas de faits nouveaux, de faire supporter par le bénéficiaire de la servitude les frais de déplacement, éventuellement moyennant une participation du propriétaire grevé. L'art. 693 se comprend facilement dans le contexte des restrictions légales de la propriété et des servitudes de conduite imposées à un propriétaire foncier. Il est vrai qu'il se comprend moins lorsque la servitude est constituée volontairement. Ainsi, la doctrine critique le renvoi de l'art. 742 al. 3 aux règles sur le droit de voisinage<sup>16</sup>. On peut cependant se demander si la *ratio legis* de cet art. 742 al. 3 ne conserve pas une certaine actualité, en ce sens que l'on a voulu à l'époque permettre au bénéficiaire de conduites (notamment aux entreprises électriques ou de communications téléphoniques) d'obtenir plus facilement de telles conduites par la voie contractuelle grâce à la règle particulière de l'art. 742 al. 3. Un propriétaire est en effet d'autant plus enclin à accepter une solution amiable qu'il sait que, le cas échéant, il pourrait obtenir le déplacement de la conduite aux frais du bénéficiaire. Il est un peu curieux que, maintenant que la plupart de ces équipements ont été réalisés, on veuille supprimer la règle protégeant les propriétaires grevés. A tout le moins serait-il équitable de prévoir que la nouvelle réglementation ne s'applique qu'aux servitudes de conduite constituées après son entrée en vigueur.

<sup>15</sup> A ce sujet, voir TONELLA, p. 211 ss.

<sup>16</sup> PETITPIERRE, n. 11 *ad* art. 742 ; LIVER, n. 89 ss *ad* art. 742 ; P. PIOTET, p. 69 ; voir également D. PIOTET, Propriété, p. 26.

## B. Quelques enseignements d'une abondante jurisprudence<sup>17</sup>

### 1. L'interprétation des servitudes foncières

#### a. Un cas typique

L'arrêt du Tribunal fédéral du 17 mars 2005 offre un bon exemple de la mise en œuvre des règles sur l'interprétation des servitudes foncières<sup>18</sup>. L'état de fait était en résumé le suivant. Un propriétaire foncier exploitant une entreprise agricole était au bénéfice d'une servitude de passage sur le fonds voisin, afin de pouvoir rejoindre la route cantonale. L'inscription au registre foncier indiquait seulement: «Passage en faveur de ...». Le contrat constitutif, datant de 1985, prévoyait de son côté que, pour permettre au propriétaire du fonds dominant d'accéder notamment à son écurie et dans la partie sud de sa propriété, le propriétaire grevé lui concédait un droit de passage d'une largeur de 3 mètres, accessible à tous véhicules, sur leurs immeubles respectifs. Ce droit de passage – dont l'assiette était dessinée en jaune sur le plan de situation annexé au contrat – s'exerçait sur une bande de terrain longeant la limite ouest du fonds servant. Le propriétaire du fonds grevé reprochait au bénéficiaire de la servitude de stationner ou de s'arrêter sur l'assiette du droit de passage, notamment pour exécuter certains travaux agricoles (vidange de la fosse à purin, chargement de fumier en vue de son évacuation, etc.) et de l'empêcher ainsi d'utiliser lui-même librement le passage.

L'arrêt fixe d'abord le contexte juridique précis dans lequel un tel litige se déroule, soit une *action négatoire du propriétaire du fonds servant* contre le propriétaire du fonds dominant. C'est par cette action que le propriétaire du fonds grevé doit faire valoir une atteinte à son propre droit de propriété en raison de l'usage excessif qui est fait de la servitude. En effet, le passage de tiers sur le fonds grevé constitue une atteinte à la propriété et cette atteinte n'est justifiée que dans la mesure où elle correspond au contenu de la servitude<sup>19</sup>.

Il s'agissait donc d'interpréter le contenu de la servitude selon l'art. 738 pour déterminer si celle-ci permettait l'usage contesté du fonds servant. Dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, le Tribunal fédéral a élaboré ces dernières années une formule standard qui résume et commente le système mis en place par l'art. 738<sup>20</sup>. Cette disposition prévoit une *hiérarchie des moyens*

<sup>17</sup> Voir également PFÄFFLI, Das Bundesgericht.

<sup>18</sup> ATF 5C.137/2004.

<sup>19</sup> ATF 5C.137/2004, cons. 2.

<sup>20</sup> ATF 5C.137/2004, cons. 3.1. Voir également ATF 5C.282/2005, cons. 4.1; 131/2005 III 345/347 = JdT 2005 I 567/569; 130/2004 III 554/556 sv. = JdT 2004 I 245/247 sv.; 5C.240/2004, cons. 2; 5C.199/2002, cons. 3; 5C.82/2002, cons. 3; 128/2002 III 169/172 = JdT 2003 I 118/121; 5C.38/2001, cons. 3d = RFJ 2002 53/54; 5C.107/2001, cons. 5a; 5C.21/2001, cons. 3c; PFÄFFLI, Das Bun-

*d'interprétation*: l'inscription fait règle, en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude; dans la mesure où l'inscription est peu claire, incomplète ou sommaire<sup>21</sup>, le juge doit se reporter, dans les limites de l'inscription, à l'origine de la servitude, savoir en principe à l'acte constitutif de celle-ci<sup>22</sup>; enfin, faute d'indications suffisantes dans cet acte, l'interprète doit se reporter à la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a pu trancher en interprétant simplement le mot « Passage », dans l'inscription comme dans l'acte constitutif. Il relève notamment que l'acte constitutif doit en principe être interprété comme toute déclaration de volonté: il s'agit d'abord de voir si l'on peut établir la réelle et commune intention des parties (art. 18 CO), et, pour le cas où celle-ci ne peut pas être établie, de faire appel aux règles de la bonne foi (c'est-à-dire au *principe de la confiance*)<sup>23</sup>. Toutefois, ajoute l'arrêt, lorsque le litige oppose des personnes qui n'ont pas été parties au contrat constitutif, ce principe d'interprétation est *limité par la foi publique attachée au registre foncier*. Celle-ci interdit de prendre en considération les circonstances et les motifs personnels qui ont été déterminants dans la formation de la volonté personnelle des constituants mais qui, s'ils ne résultent pas de l'acte constitutif, ne sont pas opposables au tiers qui s'est fondé de bonne foi sur le registre foncier. C'est dans ce sens, conclut le Tribunal fédéral, qu'il a pu être dit de manière quelque peu simplifiée que, vis-à-vis d'un tiers, le contrat constitutif de servitude doit être interprété conformément au principe de la confiance, soit dans le sens où il peut être compris, selon les règles de la bonne foi, par une personne attentive raisonnant objectivement<sup>24</sup>.

---

desgericht, Rz 8; ESCHMANN, p. 21 ss; HÜRLIMANN-KAUP, p. 6; STEINAUER, n. 2292 ss; P. PIOTET, p. 64 ss.

<sup>21</sup> Ce qui est généralement le cas puisque l'art. 35 al. 2 lit. c ORF prescrit au conservateur de désigner le contenu de la servitude simplement par un « mot clé ».

<sup>22</sup> Dans l'arrêt 131/2005 III 345/348, le Tribunal fédéral a précisé que, si une servitude est constituée à l'occasion d'une procédure d'épuration, c'est le procès-verbal final de cette procédure qui constitue le titre d'acquisition et qui permet de définir le contenu de la servitude (voir également LIVER, n. 63 ss *ad* art. 732; SCHMID, n. 17 *ad* art. 43 T.f.); ce procès-verbal doit aussi être interprété selon le principe de la confiance.

<sup>23</sup> ATF 5C.75/2003, cons. 4.4. L'arrêt 5C.240/2004 donne une autre bonne illustration de l'interprétation d'un contrat constitutif de servitude selon le principe de la confiance. Il s'agissait d'une servitude interdisant de construire un bâtiment de plus de deux étages. Or la construction projetée comportait, outre deux étages, un sous-sol qui dépassait de 90 cm au-dessus de la surface du sol. Le Tribunal fédéral a considéré que, interprétés selon la bonne foi, les termes « deux étages » faisaient référence en première ligne à l'impression optique laissée par le bâtiment et que le léger dépassement qui se présentait en l'espèce, au demeurant conforme aux règles du droit cantonal de la construction, n'était pas de nature à remettre en cause cette impression.

<sup>24</sup> ATF 5C.137/2004, cons. 3.1. Voir également ATF 5C.240/2004, cons. 4; 130/2004 III 554/557 sv. = JdT 2004 I 245/248 sv.; 5C.126/2004, cons. 2.3; 5C.48/2004, cons. 2.3.1; 108/1982 II 542/545 = JdT 1983 I 597/599; LIVER, n. 94 sv. *ad* art. 738; PETITPIERRE, n. 6 et 9 sv. *ad* art. 738; STEINAUER, n. 2294. Cf. cependant P. PIOTET, p. 65.

Le Tribunal fédéral a dès lors pu prendre sa décision en se référant simplement au sens du mot « Passage » selon le dictionnaire, soit l'action, le fait de passer, de se rendre d'un lieu à un autre. Ce sens exclut par lui-même le fait de s'arrêter et, *a fortiori*, de stationner sur l'assiette de la servitude, même pour une courte durée. L'arrêt ajoute qu'il importe peu que le propriétaire grevé ne subisse pas de graves inconvénients suite à de telles violations; cela ne suffit pas à justifier une extension du contenu de la servitude. Il est certes possible que le titulaire du droit de passage soit obligé de s'arrêter quelques instants, par exemple pour ouvrir ou fermer le portail d'entrée limitant l'accès au chemin; mais il est exclu d'interpréter un droit de passage comme conférant le droit de parquer sur le passage<sup>25</sup>.

Cet arrêt donne encore l'occasion de rappeler l'importance de la définition de *l'assiette de la servitude*<sup>26</sup>. En l'espèce, les parties s'étaient référées à un plan joint au contrat constitutif, sur lequel cette assiette était marquée par une bande colorée. C'est une méthode fréquemment utilisée et qui permet de définir précisément l'assiette de la servitude. Plusieurs autres arrêts récents montrent l'importance qui lui est accordée par le Tribunal fédéral<sup>27</sup>. Dans un cas où le plan auquel se référait le contrat constitutif de servitude avait été modifié, le Tribunal fédéral a considéré que le propriétaire n'avait pas pu ne pas se rendre compte des modifications apportées par rapport au premier plan; la signature de la réquisition d'inscription de la servitude au registre foncier pouvait et devait donc être comprise de bonne foi comme un accord de réaliser le passage selon le second plan (nonobstant le fait que la réquisition en question contenait aussi une unique référence au tracé différent du premier plan)<sup>28</sup>. Dans le même esprit, un arrêt de 2001 a retenu que, bien qu'un chemin ait été réalisé et utilisé pendant plusieurs années sur une largeur de 3 mètres, le fait que la bande colorée figurant sur le plan indiquait une largeur de 4 mètres devait l'emporter<sup>29</sup>. En effet, conformément à la hiérarchie établie à l'art. 738, si le contrat constitutif est clair, y compris par le plan qui y est annexé, il n'est pas permis de se référer à la manière dont la servitude a été utilisée pendant de longues années. Au contraire, dans un cas où une simple esquisse de situation sur un plan au 1:500 avait été jointe au contrat constitutif, le Tribunal fédéral a considéré que l'origine de la servitude n'était

---

<sup>25</sup> ATF 5C.137/2004, cons. 3.3; voir aussi ATF 5C.27/2006; 131/2005 III 345/353 = JdT 2005 I 567/575; 5C.199/2002, cons. 3.1; LIVER, n. 168 *ad* art. 730.

<sup>26</sup> Sur la description de l'assiette des servitudes en général, voir MOOSER, p. 257 ss.

<sup>27</sup> Voir, par exemple, les arrêts 5C. 225/2003 et 5C.226/2003, cons. 5.2, où le Tribunal fédéral a aussi donné la priorité à la manière dont la servitude était représentée sur le plan de situation, compte tenu des circonstances au moment de l'acte constitutif.

<sup>28</sup> Voir ATF 5C.48/2004, cons. 2.3.3.

<sup>29</sup> ATF 5C.107/2001, cons. 5a.

pas suffisante pour déterminer l'assiette de celle-ci et a donné la priorité à la manière dont le chemin avait été réalisé et utilisé<sup>30</sup>.

*b. Autres arrêts intéressants*

Parmi les autres arrêts récents rendus par le Tribunal fédéral, je voudrais en signaler encore deux.

1° D'abord, un arrêt du 13 janvier 2006 permet de faire le lien entre la question de l'interprétation des servitudes selon l'art. 738 et celle de l'interdiction de tenir compte des *besoins nouveaux du fonds dominant* selon l'art. 739<sup>31</sup>. De nombreux arrêts relatifs à l'interprétation des servitudes posent en effet aussi la question d'une éventuelle aggravation de la servitude selon l'art. 739. Selon cette disposition, les besoins nouveaux du fonds dominant ne peuvent pas justifier une aggravation de la servitude, mais la jurisprudence exige que cette aggravation soit notable. Plusieurs arrêts soulignent que, pour en juger et conformément au principe général de l'identité des servitudes, il faut se reporter au but qu'ont poursuivi les parties au moment de la constitution de la servitude et se demander si l'aggravation entre encore dans les prévisions que celles-ci ont pu faire à ce moment<sup>32</sup>.

Dans l'arrêt en question, il s'agissait d'un droit de passage constitué en 1937 et 1943 alors que le fonds dominant était exploité sous forme d'une entreprise d'engraissement de porcs. Entre-temps, l'exploitation du fonds dominant avait été modifiée et c'est une carrosserie qui s'y trouvait. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y avait pas de ce fait d'aggravation notoire de la servitude et que quelques passages supplémentaires de véhicules par jour devaient encore être tolérés par le propriétaire du fonds servant. D'une façon générale, les arrêts de ces dernières années sont effectivement plutôt restrictifs quant à l'application de l'art. 739. Ainsi, l'augmentation du trafic des clients d'une blanchisserie exploitée depuis 1912 n'a pas été considérée comme une aggravation notoire<sup>33</sup>, pas plus que l'utilisation d'un passage à chars par des véhicules automobiles roulant à faible allure<sup>34</sup>. En revanche, à juste titre, le Tribunal cantonal neuchâtelois a considéré qu'un droit d'accès prévu pour une grange ne peut pas être utilisé pour accéder à des villas mitoyennes<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> ATF 5C.105/2005, cons. 3.

<sup>31</sup> ATF 5C.282/2005.

<sup>32</sup> Voir, par exemple, ATF 131/2005 III 345/359 = JdT 2005 I 567/580 sv.

<sup>33</sup> ATF 131/2005 III 345/359 = JdT 2005 I 567/581.

<sup>34</sup> ATF 5C.287/2001, cons. 4.

<sup>35</sup> RJN 2001 60/63. Voir également ATF 117/1991 II 536/539 sv. = JdT 1993 I 333/335; 114/1988 II 426/428 sv. = JdT 1989 I 640/642; LIVER, n. 15 *ad* art. 739; PETITPIERRE, n. 7 *ad* art. 739; STEINAUER, n. 2299b; P. PIOTET, p. 67.

2° Le second arrêt que je voudrais signaler est du 10 mars 2005 et analyse notamment la question des *bénéficiaires d'une servitude foncière*<sup>36</sup>. Il s'agissait en l'occurrence d'un droit d'usage d'une cour intérieure, au profit des immeubles entourant cette cour. L'un de ces immeubles étant exploité comme blanchisserie, il s'est posé la question de savoir si les clients de cette entreprise pouvaient utiliser la cour intérieure pour parquer leur voiture le temps de se rendre dans le magasin. L'arrêt précise que le bénéficiaire d'une servitude ne peut pas céder l'usage de ce droit à un tiers. Toutefois, le droit accordé par la servitude ne profite pas seulement au *propriétaire du fonds dominant, mais également aux locataires, visiteurs et clients de ce propriétaire*. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a reconnu à juste titre que les clients de la blanchisserie pouvaient profiter du droit d'usage de la cour intérieure appartenant au propriétaire de cette entreprise. Comme il y avait plusieurs immeubles autour de cette cour intérieure et que chacun de ceux-ci était au bénéfice d'un droit d'usage sur la cour, l'arrêt a également fait une allusion, sans trancher la question, à la réglementation des relations juridiques entre plusieurs bénéficiaires d'une même servitude (voir les remarques ci-dessus à propos du projet de nouvel art. 740a et du renvoi aux règles de la copropriété).

## 2. *La libération judiciaire des servitudes foncières*

### a. *Un cas typique*

Dans un arrêt du 23 juin 2004, le Tribunal fédéral avait à statuer sur la demande de radiation d'un droit de passage illimité, constitué en 1968 afin de relier le fonds dominant à une voie publique<sup>37</sup>. Selon le contrat constitutif, l'assiette de la servitude était déterminée par le tracé d'une route projetée, selon un plan de mutation. Par la suite, la route n'a pas été réalisée selon le plan prévu, mais sous la forme d'une rue qui relie la parcelle à la voie publique par un parcours un peu différent et plus long. Le propriétaire du fonds grevé n'en a pas moins demandé la libération judiciaire de celle-ci, qui de son point de vue, était devenue inutile en raison de l'existence de la nouvelle rue.

Après avoir constaté que le droit de passage était destiné à relier le fonds dominant au réseau de voies publiques, l'arrêt confirme que, si un chemin privé de servitude est remplacé par une voie publique au même endroit, en particulier si le chemin est transféré à une collectivité publique, la servitude n'a en principe *plus d'utilité*; le juge doit en ordonner la radiation<sup>38</sup>. Toutefois,

---

<sup>36</sup> ATF 131/2005 III 345 = JdT 2005 I 567.

<sup>37</sup> ATF 130/2004 III 554 = JdT 2004 I 245.

<sup>38</sup> ATF 130/2004 III 554/559 = JdT 2004 I 245/251. Voir également STEINAUER, n. 2267; LIVER, n. 18 et 61 ad art. 736. Plus restrictif: P. PIOTET, p. 60.

lorsque, comme en l'espèce, la voie publique emprunte un autre tracé que le chemin de servitude, il faut examiner *in concreto* si la route publique réalise entièrement l'objectif que visait l'ancien droit de passage. En d'autres termes, il faut s'assurer que l'ancien accès privé n'est pas plus avantageux que le nouvel accès public. Dans le cas particulier, le Tribunal fédéral a constaté que la voie publique sur laquelle débouche la nouvelle rue n'est pas tout de suite dotée d'un trottoir, alors qu'elle l'est dès l'arrivée du chemin privé, que le droit de passage privé s'exerce en terrain plat alors que la nouvelle rue est en pente et que, notamment en hiver, le chemin privé donne un meilleur accès à la voie publique que la nouvelle rue. Par ailleurs, cette nouvelle rue oblige, dans certains cas, à faire un détour de plusieurs centaines de mètres en raison de sens uniques de circulation<sup>39</sup>. A juste titre, le Tribunal fédéral a donc considéré que le chemin privé conservait un intérêt raisonnable et devait être maintenu.

Comme le tracé du chemin privé avait été, entre-temps recouvert de gazon et ne se prêtait plus au passage de véhicules, le Tribunal fédéral aborde encore la question de la *renaissance d'un intérêt* pour une servitude qu'il n'est effectivement plus possible d'exercer. Dans le cas particulier, il a admis que la remise en état du chemin ne ferait pas de difficultés. Mais dans plusieurs autres décisions, il a été amené à préciser ce qu'il fallait entendre par la renaissance d'un intérêt pour une servitude qui, au moment de l'action, n'était plus utilisée. La question s'est ainsi posée pour un droit de superficie destiné à des installations de distribution de carburant à une station-service. Ces installations ayant été fermées, le droit de superficie avait en effet été utilisé pour exploiter un commerce de voitures d'occasion<sup>40</sup>. Après avoir constaté que, au vu du principe de l'identité de la servitude, l'usage actuel de celle-ci n'était plus conforme à l'intérêt initial, l'arrêt examine si un tel intérêt pourrait renaître. Il mentionne qu'une telle renaissance est presque toujours théoriquement possible, mais qu'elle ne peut être retenue par le juge que si elle présente une probabilité concrète dans un délai prévisible<sup>41</sup>. Le juge saisi d'une action en libération de la servitude ne peut au demeurant pas laisser la question de la renaissance éventuelle d'un intérêt ouverte, car de la réponse à cette question dépend le sort de l'action<sup>42</sup>. Il doit donc ou bien supprimer la servitude si la renaissance d'un intérêt n'est pas suffisamment crédible, ou alors maintenir la servitude pour le motif qu'une réutilisation de celle-ci est prévisible dans un délai raisonnable.

<sup>39</sup> ATF 130/2004 III 554/562 = JdT 2004 I 245/253.

<sup>40</sup> ATF 5C.126/2004.

<sup>41</sup> ATF 5C.126/2004, cons. 2.5. Voir également ATF 130/2004 III 393/393 sv. = JdT 2004 I 175/175; STEINAUER, n. 2268; P. PIOTET, p. 60; ARGUL GROSSRIEDER, n. 687; ARGUL GROSSRIEDER, Comment, p. 109 sv. Moins large: LIVER, n. 65 *ad art.* 736.

<sup>42</sup> ATF 130/2004 III 393/395 = JdT 2004 I 175/177.

Dans ce contexte, plusieurs arrêts rappellent que *l'on ne peut pas déduire de l'absence d'exercice de la servitude une renonciation à celle-ci*<sup>43</sup>. Par exemple, la pose d'une barrière métallique légère empêchant un droit de passage ne peut pas faire conclure à la renonciation à ce droit de la part du propriétaire du fonds dominant<sup>44</sup>. D'une façon générale, le droit suisse ne connaît ni *l'usucapio libertatis*, ni la perte de la servitude en raison du non exercice prolongé de celle-ci. Une renonciation peut en revanche résulter de la constitution postérieure d'un droit contraire à la servitude. Ainsi, celui qui accorde ultérieurement un droit de parcage sur l'assiette qui correspondait précédemment à un droit de passage renonce par-là même à exercer ce droit lorsque des véhicules sont parqués<sup>45</sup>; de même, celui qui tolère la construction d'un ouvrage faisant obstacle à l'exercice de son droit de passage renonce à ce dernier<sup>46</sup>.

*b. Autres arrêts intéressants*

En relation avec la libération judiciaire des servitudes, je voudrais encore signaler un arrêt du 15 janvier 2002<sup>47</sup>. Il s'agit d'un cas d'application de l'art. 736 al. 2, qui vise la situation où *la servitude n'a perdu qu'une partie de son utilité* et ne peut donc être supprimée que moyennant versement d'une indemnité au propriétaire du fonds dominant. Une servitude de passage à pied et à char avait été constituée en 1911. Le chemin passait directement devant un bâtiment agricole pour desservir l'exploitation agricole voisine. Entre-temps, le fonds grevé a été vendu et transformé en une maison familiale, occupée par un couple et leurs trois jeunes enfants. Le propriétaire du fonds servant a donc demandé la suppression de la servitude, considérant que le propriétaire du fonds dominant, sur lequel se trouve également un bâtiment d'habitation, devait désormais utiliser une autre voie.

Le Tribunal fédéral a d'abord confirmé la jurisprudence selon laquelle l'art. 736 al. 2 ne vise *pas seulement le cas où l'intérêt du propriétaire dominant s'est réduit, mais aussi celui où la charge supportée par le propriétaire du fonds servant a à ce point augmenté qu'elle paraît hors de proportion avec l'intérêt de l'autre partie*<sup>48</sup>. En l'espèce, il n'était pas contesté que l'intérêt du propriétaire du fonds dominant à la servitude était resté le même, de sorte que seule l'importance de

---

<sup>43</sup> Voir, par exemple, l'ATF 5C.130/2002, cons. 2.2; voir également PFÄFFLI, Das Bundesgericht, Rz 21 ss; ARGUL GROSSRIEDER, p. 110 ss; TONELLA, p. 210.

<sup>44</sup> ATF 5C.227/2004, cons. 3.2.

<sup>45</sup> ATF 128/2002 III 265/270 = JdT 2003 I 113/118; pour un cas où la renonciation n'a pas été admise, voir ATF 5C.75/2003.

<sup>46</sup> ATF 127/2001 III 440/442 = JdT 2002 I 542/544.

<sup>47</sup> ATF 5C.287/2001.

<sup>48</sup> Voir ATF 107/1981 II 331/338 sv. = JdT 1982 I 118/124; LIVER, n. 106 ss *ad* art. 736; P. PIOTET, p. 61; STEINAUER, n. 2275; ARGUL GROSSRIEDER, n. 533; ARGUL GROSSRIEDER, Comment, p. 110.

l'aggravation de la charge pour le propriétaire grevé faisait discussion. Le Tribunal fédéral constate ensuite que, vu la transformation du bâtiment en maison familiale, la servitude représente incontestablement une entrave à la jouissance de l'immeuble supérieure à ce qu'elle était à l'époque de sa constitution. Mais il ajoute que l'aggravation de la charge est due à la décision du propriétaire du fonds servant de transformer son bâtiment et que celui-ci ne saurait donc s'en prévaloir, puisqu'elle lui est principalement imputable<sup>49</sup>. En outre, les risques d'accidents dus à la circulation à faible allure de véhicules à moteur n'ont pas été jugés plus élevés qu'ils l'étaient au temps des chars tirés par des chevaux<sup>50</sup>. L'action a donc été rejetée.

Il convient enfin de mentionner un arrêt du 21 octobre 2005, tranchant une affaire où le propriétaire du fonds servant demandait la libération d'une servitude de passage en raison de l'existence d'un nouveau chemin public desservant le fonds dominant<sup>51</sup>. Pour s'opposer à la radiation, le défendeur invoquait notamment que le chemin lui permettait d'entretenir un bosquet d'arbres et d'évacuer facilement les branches coupées. Après avoir rappelé le principe de l'identité des servitudes et le fait que le droit de passage avait été constitué pour relier le fonds dominant à une voie publique, le Tribunal fédéral a considéré que le chemin avait aussi été utilisé pour l'entretien du bosquet<sup>52</sup>; il ne s'est pas laissé convaincre par l'argument du demandeur selon lequel il ne s'agissait que d'un but accessoire du passage. Il a ainsi finalement libéré le fonds grevé de la servitude, mais seulement sur la base de l'art. 736 al. 2<sup>53</sup>, c'est-à-dire moyennant une équitable indemnité de 5000 francs au propriétaire du fonds dominant, ... auquel le propriétaire du fonds grevé a en outre gracieusement offert, à titre précaire, de venir ramasser depuis sa parcelle les branches coupées!

## **II. Les servitudes personnelles**

### **A. Nouveautés législatives**

Le droit des servitudes personnelles a fait l'objet de deux révisions le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

---

<sup>49</sup> ATF 5C.287/2001, cons. 4a.

<sup>50</sup> ATF 5C.287/2001, cons. 4b.

<sup>51</sup> ATF 5C.152/2005. Cf. aussi PFÄFFLI, Das Bundesgericht, Rz 19 ss.

<sup>52</sup> ATF 5C.152/2005, cons. 4.2.

<sup>53</sup> ATF 5C.152/2005, cons. 5.

## 1. *L'art. 745 al. 3*

D'abord, l'art. 745 a été complété par un troisième alinéa, qui précise désormais que l'« usufruit d'un immeuble peut être limité à une partie définie d'un bâtiment ou de l'immeuble ». Cette modification bienvenue met fin à la période d'incertitude qui a suivi l'arrêt de 1990 dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 745 al. 2 ne permettait pas de limiter dans l'espace l'usage et la jouissance conférés par l'usufruit<sup>54</sup>. Cet arrêt allait à l'encontre d'une pratique bien établie et, surtout, des intérêts de nombreux propriétaires ; il avait fait l'objet de nombreuses critiques<sup>55</sup>. *L'usufruit qui s'exerce sur une partie d'un immeuble*, par exemple le jardin d'agrément, ou sur une partie d'un bâtiment est donc à nouveau possible. Cela facilitera sans doute de nombreux avancements d'hoirie, pour lesquels le parent donateur souhaite souvent se réserver l'usufruit d'une partie de l'immeuble donné<sup>56</sup>.

## 2. *L'art. 678 al. 2 et 3*

La seconde nouveauté est la révision de l'art. 678, destinée à permettre la constitution de *droits de superficie sur des plantes*. Cette possibilité existait avant 1912 et l'on trouve encore aujourd'hui, dans certains cantons, de tels droits de propriété sur des plantes, qui sont valables par l'effet du droit transitoire sur les droits réels (art. 20 et 45 du Titre final). En revanche, le législateur de 1912 n'a pas jugé utile de reprendre cette institution et il a même précisé, à l'art. 678 al. 2, qu'il était interdit de constituer un droit de superficie sur des plantes ou des forêts<sup>57</sup>.

L'interdiction des droits de superficie sur les plantes ou les forêts est désormais levée, du moins partiellement. Le droit de superficie sur une forêt reste interdit<sup>58</sup>. Mais une « servitude correspondant au droit de superficie *sur des*

---

<sup>54</sup> ATF 116/1990 II 281 = JdT 1993 I 336.

<sup>55</sup> Voir, par exemple, FARINE FABBRO, p. 58 ss, et L'usufruit, p. 76 ss ; BAUMANN, n. 25 ss *ad art. 745*.

<sup>56</sup> Voir encore le Message FF 2002 4625 sv. et 4637.

<sup>57</sup> Il est entendu qu'il doit s'agir de plantes qui sont durablement liées au sol, au sens de l'art. 667 al. 2. Les plantes mobilières, telles que celles cultivées hors sol ou en pépinières, comme les constructions mobilières, peuvent faire l'objet d'une servitude ; mais cette servitude n'est pas un droit de superficie.

<sup>58</sup> Par forêt, il faut comprendre toutes les surfaces couvertes d'arbres ou d'arbustes forestiers à même d'exercer des fonctions forestières (soit des fonctions protectrices, économiques ou sociales). L'origine du peuplement, son mode d'exploitation et la mention au registre foncier ne sont pas pertinents (art. 2 al. 1 LFo). En revanche, des critères tels que la taille de la surface concernée, l'âge et la qualité des arbres doivent être pris en considération (pour plus de détails, voir les art. 1 ss OFo et les législations cantonales). Ainsi, les groupes d'arbres ou d'arbustes isolés, les haies, les allées, les jardins, les parcs et les espaces verts, les cultures d'arbres

*plantes isolées ou des plantations* peut être établie pour dix ans au moins et pour cent ans au plus». Ce droit a été réintroduit en relation avec le bail à ferme agricole pour les cultures pérennes (comme les vignes ou les cultures fruitières) qui prévoit souvent que le fermier finance lui-même les plantations<sup>59</sup>. Le but de la nouvelle règle est de protéger le fermier à la fin de son droit, en lui permettant de rester propriétaire des plantes isolées ou des plantations qu'il a réalisées et, naturellement, de pouvoir en négocier le transfert au propriétaire de l'immeuble. La servitude peut être constituée comme servitude simple ou comme droit distinct et permanent<sup>60</sup>; dans tous les cas, la loi fixe une durée minimale et une durée maximale. A mon sens, puisque l'art. 678 al. 2 ne précise pas en quoi la servitude ainsi constituée différerait du droit de superficie, il faut admettre que toutes les dispositions relatives au droit de superficie lui sont applicables; le propriétaire du fonds grevé et titulaire du droit disposent donc d'un droit de préemption légal, aux conditions de l'art. 682 al. 2. Cette solution se justifie en particulier pour les vignes ou des plantations semblables, qui apportent l'essentiel de son rendement au terrain grevé de la servitude.

L'art. 678 al. 3 permet au propriétaire grevé de demander le rachat de la servitude avant l'expiration de celle-ci lorsque le contrat de bail à ferme avec le titulaire de la servitude est résilié. La loi laisse au juge le soin de tirer les conséquences financières d'un tel rachat en tenant compte de toutes les circonstances.

## **B. Perspectives de *lege ferenda* et conclusions de *lege lata***

### **1. *Le droit de volume***

Parmi les nouveautés que proposait l'avant-projet de révision des droits réels de 2004 figurait l'introduction d'un « droit de volume », c'est-à-dire d'une servitude permettant d'utiliser à titre exclusif des parties déterminées d'un bâtiment existant ou de les construire et de les aménager intérieurement. L'idée était d'offrir la possibilité d'acquérir ce que l'on a appelé une « petite propriété » du logement, qui n'impliquerait pas, comme la PPE, la copropriété du fonds et des éléments porteurs de la construction. Cette petite propriété devait être plus accessible financièrement qu'une vraie part d'étage. Lors de la consultation, l'introduction de cette nouveauté a cependant reçu un accueil

---

réalisées en terrain ouvert en vue d'une exploitation à court terme ainsi que les arbres situés sur ou à proximité immédiate des installations de barrage ne sont pas considérés comme des forêts (art. 2 al. 3 LFo). Voir également ATF 124/1998 II 85/87 = JdT 1998 I 501/502.

<sup>59</sup> Message FF 2002 4625.

<sup>60</sup> Voir aussi ZOBL, n. 195a.

plutôt mitigé, de sorte que le Conseil fédéral a décidé d'y renoncer (du moins provisoirement)<sup>61</sup>. Fort heureusement, car notre réglementation des droits réels est déjà assez compliquée sans introduire encore ce cas spécial de droit de superficie sur des parties de bâtiment.

## 2. *La forme du droit de superficie*

Comme les servitudes foncières, le droit de superficie peut être constitué en la forme écrite. La loi ne fait qu'une exception : si le droit est distinct et permanent, il n'est valable que si le contrat a été passé en la forme authentique (art. 779a). L'avant-projet maintient cette exigence. A vrai dire, elle s'appliquerait à tous les droits de superficie, puisqu'il est désormais prévu que même les servitudes foncières devraient être constituées en la forme authentique. L'avant-projet étend cependant l'exigence de la *forme authentique*, non seulement au contrat constitutif de droit de superficie, mais aussi à *tous les actes constitutifs de tels droits*. Ainsi, il soumet également à cette forme les droits de superficie constitués unilatéralement par le propriétaire lui-même. Le rapport explicatif justifie cette exigence formelle par l'importance d'un droit distinct et permanent (l'avant-projet prévoit d'ailleurs également que la constitution unilatérale des cédulas hypothécaires devrait être faite par acte authentique, pour des raisons de sécurité du droit).

## 3. *L'annotation des obligations liées au droit de superficie*

La constitution d'un droit de superficie est souvent accompagnée de nombreuses clauses qui prévoient, par exemple, sur quelle partie de l'immeuble la construction peut être réalisée, l'usage qui peut en être fait, les destinataires des logements qui y sont construits, le montant de la rente superficielle, etc. La nature juridique de ces clauses n'est pas toujours facile à déterminer. Le législateur lui-même n'a d'ailleurs pas vraiment contribué à clarifier la question en prévoyant, à l'art. 779b, que les dispositions contractuelles sur les effets et l'étendue du droit de superficie « sont obligatoires pour tout acquéreur du droit de superficie et de l'immeuble grevé » ; il donne ainsi l'impression de créer des obligations *propter rem* légales concernant ces clauses entourant le droit de superficie.

En réalité, l'art. 779b ne concerne que les clauses définissant le droit de superficie lui-même, c'est-à-dire celles qui ont d'emblée un statut réel. La disposition, en somme, n'aurait pas été nécessaire, car pour toutes les servitudes, les clauses définissant le droit réel lui-même participent du caractère absolu

---

<sup>61</sup> SCHMID-TSCHIRREN, p. 11; D. PIOTET, Propriété, p. 12 sv.

de ce droit et sont opposables à tous. L'art. 779*b* ne fait donc que rappeler une évidence.

En revanche, les vraies clauses à caractère personnel, qui s'ajoutent à la définition du droit réel lui-même, ne sont pas visées par l'art. 779*b*. Ce sont les clauses qui, par exemple, définissent la rente superficielle ou imposent au titulaire du droit de superficie des obligations quant à l'utilisation qu'il peut faire de la construction (par exemple, des logements prévus dans une maison pour personnes âgées doivent être attribués en priorité aux habitants de la commune qui constitue le droit de superficie). De telles clauses n'ont qu'un caractère personnel et ne sont donc pas opposables à l'acquéreur du droit de superficie<sup>62</sup>. En l'état, elles ne peuvent en principe pas être annotées au registre foncier, car l'annotation de droits personnels n'est possible que lorsqu'elle est expressément prévue par la loi. Une telle annotation n'est pourtant prévue que dans des cas tout à fait particuliers, comme pour les clauses portant sur l'indemnité en cas de retour du droit de superficie (art. 779*e*) et sur la modification ou la suppression des droits de préemption légaux (art. 681*b*). En particulier, la rente superficielle n'a pas un caractère *propter rem*. L'acquéreur du droit de superficie n'est donc pas tenu de payer cette rente, même si, indirectement, par l'hypothèque légale prévue à l'art. 779*i*, le propriétaire de l'immeuble a la possibilité de l'y contraindre.

L'avant-projet prévoit que toutes les obligations contractuelles liées au droit de superficie peuvent faire l'objet d'une annotation au registre foncier (art. 779*b* al. 2 AP), pour autant qu'elles aient été prévues dans un acte authentique (art. 779*a* al. 1 AP). Ces obligations contractuelles acquièrent par là un caractère *propter rem* pour les deux parties<sup>63</sup>. Lors de la consultation, cette modification a été critiquée, sauf en ce qui concerne la rente. Elle serait cependant bienvenue, car elle renforcerait de manière adéquate tant la position du propriétaire que celle du superficielle.

En attendant, il n'y a malheureusement pas d'autre solution que d'attirer l'attention des parties sur le caractère relatif des obligations liées au droit de superficie et de prévoir, en ce qui concerne la rente, la constitution immédiate d'une hypothèque légale au sens de l'art. 779*i*. Le Tribunal de commerce de Zurich a en outre eu l'occasion de préciser que les éléments du contrat constitutif se rapportant à la détermination de la rente superficielle doivent être couverts par la forme authentique, de même que toute adaptation ultérieure de cette rente<sup>64</sup>. J'ai personnellement soutenu le contraire, car précisément la définition de la rente n'est pas un élément déterminant le droit de superficie

<sup>62</sup> Voir, par exemple, ISLER, n. 6 *ad* art. 779*a*.

<sup>63</sup> Avant-projet, p. 32.

<sup>64</sup> RNR 2005 291/293 = DC 2004 186.

lui-même<sup>65</sup>. Mais la question est controversée et dans l'arrêt rendu suite à l'affaire zurichoise, le Tribunal fédéral n'a pas eu à trancher<sup>66</sup>. L'avant-projet réglerait le problème, puisqu'il prévoit que la rente superficière ne serait valable que si elle reçue en la forme authentique (art. 779a al. 2 AP).

### C. Droit de superficie et *clausula rebus sic stantibus*

La jurisprudence récente sur le droit de superficie est beaucoup moins abondante que celle sur les servitudes foncières. Je ne signalerai ici que l'arrêt de 2001 du Tribunal fédéral concernant la cité satellite «Jolieville» à Zurich, qui aborde la question de la *clausula rebus sic stantibus* en cas de droit de superficie<sup>67</sup>.

Cet arrêt est un bon exemple des difficultés qui peuvent surgir en relation avec un droit de superficie, qui est forcément constitué pour une longue durée. Il s'agissait dans le cas particulier d'un droit constitué par une commune au bénéfice de la Fédération de coopératives Migros, en vue de la construction d'un centre commercial dans la cité satellite projetée «Jolieville». Ce droit a été constitué en 1971 pour une durée de cent ans et immatriculé au registre foncier. Le contrat prévoyait le paiement d'une rente superficière de Fr. 19.– par m<sup>2</sup> par année. Malheureusement, suite à un changement de la loi zurichoise sur l'aménagement du territoire, le projet de cité satellite a dû être abandonné suite au classement, d'abord provisoire, puis définitif, des parcelles concernées dans une zone de réserve. La Migros a donc cessé de payer la rente, estimant que le droit de superficie était désormais dénué de fondement.

Le Tribunal fédéral a d'abord examiné si la *clausula rebus sic stantibus* pouvait s'appliquer au droit de superficie lui-même, en tant qu'immeuble immatriculé au registre foncier. Il a rappelé que la création de ce nouvel immeuble ne modifie pas la nature juridique du droit, qui reste une servitude personnelle. Pour le propriétaire grevé, l'art. 736 donne la possibilité d'obtenir les adaptations nécessaires suite à un changement de circonstances ; en tant que *lex specialis*, cette disposition l'emporte sur l'art. 2 al. 2 et un éventuel recours à la *clausula rebus sic stantibus*.

Pour le propriétaire du fonds dominant, il est certes possible, en cas de changement de circonstances, de renoncer purement et simplement à la servitude ; toutefois, il reste le problème de la rente superficière. Comme on l'a

---

<sup>65</sup> STEINAUER, n. 2546a.

<sup>66</sup> ATF 5C. 275/2002.

<sup>67</sup> ATF 127/2001 III 300 = JdT 2001 I 239.

vu, celle-ci n'est pas l'accessoire du droit réel. Elle fait l'objet d'un engagement de nature purement personnelle que le superficiaire originaire doit remplir en vertu du contrat, même en cas d'aliénation du droit de superficie (faute bien sûr d'une reprise de dette externe). Le Tribunal fédéral a donc admis que, *pour la question de la rente, rien ne s'opposait à l'application de la clausula rebus sic stantibus*, aux conditions habituelles.

Il a alors à juste titre considéré que ces conditions étaient remplies en l'espèce, puisque la modification du classement de l'immeuble ne permettait plus que d'en tirer profit par l'intermédiaire d'un bail à ferme agricole et que l'équilibre du contrat de superficie, dans ces conditions, était complètement rompu.

## Bibliographie

- ARGUL GROSSRIEDER Maria Consuelo, Comment se débarrasser d'une servitude foncière qui gêne un projet de construction?, in DC 2005 108 ss (cité: ARGUL GROSSRIEDER, Comment).
- ARGUL GROSSRIEDER Maria Consuelo, *Les causes d'extinction des servitudes foncières, En particulier la perte d'utilité et ses conséquences sur l'existence formelle du droit*, thèse Fribourg, Bâle/Genève/Zurich 2005 (cité: ARGUL GROSSRIEDER).
- BAUMANN Max, *Nutzniessung und Wohnrecht*, commentaire zurichois, T. IV/2a, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1999.
- BRUNNER Christoph / WICHTERMANN Jürg, *Art. 646-651*, commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2003.
- DESCHENAUX Henri, *Le registre foncier*, in *Traité de droit privé suisse*, T. V/II/2, Fribourg 1983.
- EIGENMANN Antoine / ROUSSIANOS Leila, Les antennes de téléphonie mobile – aspects de droit privé, in DC 2004 96 ss.
- ESCHMANN Beat, *Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten*, thèse Zurich, Zurich / Bâle / Genève 2005.
- FARINE FABBRO Alexandra, *L'usufruit immobilier*, thèse, Fribourg 2000 (cité: FARINE FABBRO).
- FARINE FABBRO Alexandra, *L'usufruit sur une partie d'immeuble*, in RNRF 2003 75 ss (cité: FARINE FABBRO, *L'usufruit*).
- HÜRLIMANN-KAUP Bettina, Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit, in RSJ 2006 6 ss.
- ISLER Peter R., *Art. 779-779l*, commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2003.
- LIVER Peter, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792)*, *Die Grunddienstbarkeiten*, commentaire zurichois, T. IV/2a/1, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1980.
- MEIER-HAYOZ Arthur, *Das Eigentum, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB*, commentaire bernois, T. IV/1/1, 5<sup>e</sup> éd., Berne 1981.
- MOOSER Michel, La description de l'assiette d'une servitude, notamment en rapport avec la mensuration cadastrale, in RNRF 1991 257 ss.
- MOULLET AUBERSON Josette, *La division des biens-fonds*, thèse, Fribourg 1993.
- PETITPIERRE Etienne, *Art. 730-744*, commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2003.
- PFÄFFLI Roland, Zur Revision des Dienstbarkeitsrechts, in RNRF 2006 31 ss.

- PFÄFFLI Roland, Das Bundesgericht und seine Praxis zum Dienstbarkeitsrecht, *in* Jusletter 23.01.2007 (cité: PFÄFFLI, Das Bundesgericht).
- PIOTET Denis, Comment organiser les rapports d'usage entre les bénéficiaires de servitudes de même rang ?, *in* *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990, p. 89 ss (cité: D. PIOTET).
- PIOTET Denis, Propriété collective, servitudes, droit de voisinage et restrictions de droit public: tour d'horizon du chapelet de perles entourant la révision du droit des gages immobiliers et de la tenue du registre foncier après 2005, *in* RNRF 2006 12 ss (cité: D. PIOTET, Propriété).
- PIOTET Paul, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in Traité de droit privé suisse*, T. V/3, Fribourg 1978 (cité: P. PIOTET).
- REY Heinz, *Die Grunddienstbarkeiten*, commentaire bernois, T. IV/2/1/1, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1981.
- SCHMID-TSCHIRREN Christina, Überblick über den Stand der Gesetzesrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, *in* RNRF 2006 1 ss.
- SCHMID Jürg, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, *in* RNRF 2003 269 ss.
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, 4<sup>e</sup> éd., Berne, T. I 2007, T. II 2002, T. III 2003.
- TONELLA Mattia, Die Löschung einer bedeutungslos gewordenen Dienstbarkeit, *in* RNRF 2003 198 ss.
- ZOBL Dieter, *Grundbuchrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2004.

## Table des arrêts cités

### *Arrêts du Tribunal fédéral*

- ATF 5C.282/2005 du 13 janvier 2006;
- ATF 5C.152/2005 du 21 octobre 2005;
- ATF 5C.105/2005 du 11 juillet 2005;
- ATF 5C.137/2004 du 17 mars 2005;
- ATF 5C.176/2004 du 10 mars 2005 = ATF 131 III 345 = JdT 2005 I 567 = DC 2005 188;
- ATF 5C.227/2004 du 10 février 2005;
- ATF 5C.240/2004 du 21 janvier 2005;
- ATF 5C.126/2004 du 21 octobre 2004 = RNRF 2005 307;
- ATF 5C.265/2003 du 23 juin 2004 = ATF 130 III 554 = JdT 2004 I 245 = RNRF 2005 51 = RSJ 2004 493 = DC 2005 91;

- ATF 5C.189/2003 du 3 mai 2004 = ATF 130 III 393 = JdT 2004 I 175 = RNRF 2005 49;
- ATF 5C.48/2004 du 14 avril 2004;
- ATF 5C.225/2003 du 23 décembre 2003;
- ATF 5C.226/2003 du 23 décembre 2003;
- ATF 5C.75/2003 du 9 juillet 2003;
- ATF 5C.275/2002 du 3 juillet 2003;
- ATF 5C.199/2002 du 17 décembre 2002 = RNRF 2003 305;
- ATF 5C.130/2002 du 10 juillet 2002;
- ATF 5C.82/2002 du 18 juin 2002 = RNRF 2003 300;
- ATF 5C.228/2001 du 17 mai 2002 = ATF 128 III 265 = JdT 2003 I 113 = RNRF 2003 296 = DC 2002 185;
- ATF 128 III 169 du 6 mars 2002 = JdT 2003 I 118;
- ATF 5C.287/2001 du 15 janvier 2002;
- ATF 5C.38/2001 du 10 décembre 2001 = RFJ 2002 53 = DC 2002 187;
- ATF 5C.107/2001 du 18 juillet 2001;
- ATF 127 III 440 du 10 mai 2001 = JdT 2002 I 542;
- ATF 5C.21/2001 du 27 avril 2001;
- ATF 127 III 300 du 24 avril 2001 = JdT 2001 I 239;
- ATF 124 III 289 du 11 mai 1998 = JdT 1999 I 170;
- ATF 124 II 85 du 11 décembre 1997 = JdT 1998 I 501;
- ATF 117 II 536 du 3 décembre 1991 = JdT 1993 I 333;
- ATF 117 II 26 du 22 mars 1991 = JdT 1992 I 351\* = SJ 1991 586;
- ATF 116 II 281 du 20 septembre 1990 = JdT 1993 I 336;
- ATF 114 II 426 du 15 décembre 1988 = JdT 1989 I 640;
- ATF 114 II 36 du 20 janvier 1988 = JdT 1989 I 156;
- ATF 111 II 26 du 31 janvier 1985 = JdT 1986 I 111;
- ATF 108 II 542 du 25 novembre 1982 = JdT 1983 I 597;
- ATF 107 II 331 du 25 juin 1981 = JdT 1982 I 118.

### ***Arrêts cantonaux***

- Arrêt du Tribunal cantonal FR du 19 novembre 2003 = RFJ 2003 236 = RNRF 2005 229;
- Arrêt du Tribunal de commerce ZH du 25 octobre 2002 = RNRF 2005 291 = DC 2004 186;
- Arrêt du Tribunal cantonal NE du 29 janvier 2001 = RJN 2001 60.

---

# La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers

BÉNÉDICT FOËX

*Professeur à l'Université de Genève*

## Introduction

Pour permettre la préparation de cette contribution, la Cour de Justice de Genève a accepté de me communiquer la liste des arrêts traitant d'une problématique de droits réels immobiliers rendus au cours des cinq dernières années<sup>1</sup>. Sur la base de cette liste informatique, j'ai procédé à un premier tri et ai sélectionné une soixantaine d'arrêts qui me semblaient mériter plus particulièrement d'être étudiés ; après les avoir lus, j'ai retenu ceux qui me paraissaient devoir être présentés ici. A l'exception de six d'entre eux (dûment signalés ci-dessous), ces arrêts n'ont pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

En suivant l'ordre proposé par le Code civil, nous nous intéresserons d'abord à quelques arrêts de la Cour de Justice relatifs à la protection de la propriété immobilière (art. 641 al. 2 CC). Nous passerons ensuite à des décisions rendues dans le domaine de la copropriété puis dans celui du droit de voisinage. Pour terminer, nous examinerons des arrêts relatifs aux servitudes et aux gages immobiliers.

## I. Protection de la propriété immobilière (art. 641 al. 2 CC)

### A. Action en revendication

Ce qui m'a frappé, c'est le nombre d'arrêts rendus par la Cour de Justice en matière d'action en revendication : on est surpris de la variété et du nombre de situations dans lesquelles le propriétaire est contraint d'agir en justice pour récupérer son immeuble. Il s'agit par exemple d'actions intentées par

---

<sup>1</sup> Je remercie Madame Laura Jacquemoud Rossari, Présidente de la Cour de Justice, d'avoir accueilli ma demande avec bienveillance. Mes remerciements s'adressent en outre à Monsieur Joël Veuve, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour son aide dans la mise au point du présent texte.

un propriétaire contre un sous-locataire à la fin du bail principal<sup>2</sup>, ou par le propriétaire contre un squatter<sup>3</sup>.

Mais il y a également les cas dans lesquels l'ancien propriétaire refuse de quitter les lieux après avoir perdu la propriété suite à une poursuite en réalisation de gage<sup>4</sup>. On peut en outre mentionner plusieurs actions en revendication contre des emprunteurs qui refusent de quitter les lieux lorsque le prêt est résilié<sup>5</sup>. La Cour de Justice a même dû trancher une action en revendication intentée par un hôtel contre un de ses clients qui refusait de partir (tout en ne payant plus le prix de la chambre qu'il occupait)<sup>6</sup>.

Il s'agit évidemment là de situations souvent humainement difficiles. Mais, à raison me semble-t-il, la Cour de Justice ne mélange pas les genres. Avec une régularité impressionnante, elle applique le droit, constate que l'occupant (squatter, sous-locataire, ancien propriétaire, emprunteur ou client d'hôtel en fin de contrat) n'a pas de droit opposable au propriétaire et elle ordonne à l'occupant de restituer au propriétaire la villa, l'appartement, les locaux ou la chambre d'hôtel.

Une telle protection accordée à la propriété immobilière est réjouissante. Elle ne va pas de soi si l'on songe par exemple aux décisions rendues dernièrement par le Tribunal fédéral<sup>7</sup> et le Tribunal administratif<sup>8</sup> dans l'affaire du squat «Rhino».

A cela s'ajoute que les plaideurs ne manquent pas d'imagination lorsqu'il s'agit de justifier leur maintien dans les locaux qu'ils occupent. Dans les arrêts de la Cour, ils invoquent notamment avoir conclu avec le propriétaire un «*bail tacite*»<sup>9</sup>, un «*contrat de fiducie*»<sup>10</sup>, un contrat de société simple<sup>11</sup> ou encore un «*contrat innommé similaire à un contrat de superficie*», non inscrit au registre foncier<sup>12</sup>.

La Cour ne se laisse pas impressionner et balaie ces arguments lorsqu'ils sont infondés. En passant, elle fait ici ou là des remarques qui ne sont pas sans intérêt:

---

<sup>2</sup> Par ex. : ACJ 621/2005.

<sup>3</sup> Par ex. : ACJ 392/2002.

<sup>4</sup> Par ex. : ACJ 1002/2004.

<sup>5</sup> Par ex. : ACJ 817/2005 et ACJ 566/2003 (résiliation du prêt d'une villa par les parents de l'un des époux emprunteurs, lors du divorce de ces derniers).

<sup>6</sup> ACJ 1453/2004.

<sup>7</sup> ATF 1P.723/2005.

<sup>8</sup> ATA 21/2006.

<sup>9</sup> Par ex. : ACJ 1002/2004.

<sup>10</sup> ACJ 788/2002 (recours en réforme et recours de droit public rejetés par le Tribunal fédéral; ATF 4C.265/2002 et ATF 4P.175/2002).

<sup>11</sup> ACJ 788/2002.

<sup>12</sup> ACJ 566/2003.

- dans une cause, elle note que le loyer versé par le sous-locataire au locataire s'élevait à près du double du loyer principal<sup>13</sup>;
- dans une autre cause, elle refuse au squatter une indemnité pour des petits travaux qu'il avait effectués sans l'autorisation du propriétaire, notant que le squatter les avait « *entrepris à ses risques et périls* »<sup>14</sup>;
- dans un troisième arrêt, la Cour relève ne pas comprendre pourquoi la sous-locataire en cause « *tient à demeurer dans des lieux dont elle dénonce avec véhémence l'insalubrité* »<sup>15</sup>;
- dans un autre arrêt enfin, la Cour de Justice, après avoir constaté que le sous-locataire demeure sans droit dans les locaux en cause, lui ordonne tout simplement de « *déguerpir* »<sup>16</sup>. C'est un terme approprié, juridiquement parlant, mais qui paraît presque déplacé à l'heure actuelle.

En résumé, la Cour de Justice fait preuve d'un certain courage dans sa jurisprudence relative à l'action en revendication. Il faut lui en être reconnaissant, me semble-t-il.

## B. Action négatoire

S'agissant de l'action négatoire (action en raison du trouble à la propriété), on peut relever que dans plusieurs espèces, le trouble allégué devant la Cour de Justice résultait d'un empiètement au sens de l'art. 674 CC. En d'autres termes, le demandeur se plaignait de ce qu'une construction érigée par son voisin était en réalité en partie construite partiellement sur son fonds, ce qui troublait sa propriété; il en demandait donc l'enlèvement. On peut citer deux exemples, qui me paraissent intéressants.

1. Dans la première cause, il s'agissait d'un copropriétaire qui avait fait poser des poutres et des solives empiétant sur les parties communes de l'immeuble en copropriété par étages, cela pour consolider une paroi qui menaçait de s'effondrer<sup>17</sup>. La Cour de Justice a admis que cet empiètement avait été effectué sans droit et qu'il était donc illicite. Analysant les conditions d'application de l'art. 674 al. 3 CC (disposition qui permet de régulariser les empiètements), elle a constaté qu'en l'espèce, le copropriétaire auteur de l'empiètement n'était pas de bonne foi au moment de la construction, si bien qu'une servitude

---

<sup>13</sup> ACJ 230/2005.

<sup>14</sup> ACJ 392/2002.

<sup>15</sup> ACJ 1064/2001.

<sup>16</sup> ACJ 216/2002.

<sup>17</sup> ACJ 372/2005.

d'empiètement ne pouvait lui être octroyée; il en résultait logiquement que les solives et poutres litigieuses devaient être enlevées, car constituant un trouble illicite à la propriété.

La Cour de Justice a toutefois refusé d'ordonner la remise en état des parties communes. Elle a en effet estimé que la communauté des copropriétaires commettait un abus de droit en intentant l'action négatoire: l'empiètement ne portait que sur quelques dizaines de centimètres carrés; il y avait donc une disproportion manifeste entre l'intérêt du copropriétaire au maintien des poutres et des solives et l'intérêt de la communauté à leur enlèvement.

Cet arrêt présente à mon sens deux aspects intéressants. Tout d'abord, on peut se demander si l'art. 674 CC est applicable lorsque, comme en l'espèce, la construction litigieuse est faite par un copropriétaire sur des parties communes. En effet, cette disposition suppose deux fonds qui se jouxtent, la construction litigieuse s'avancant d'un fonds sur (ou sous) l'autre. En vertu du principe de l'accession<sup>18</sup>, la partie de construction qui empiète devient propriété du voisin empiété<sup>19</sup> par l'effet du principe de l'accession.

La situation est différente en matière de copropriété par étages: il ne peut y avoir d'empiètement à strictement parler; dans le cas particulier, les poutres et les solives ne sont pas en la propriété du copropriétaire dans son appartement, puis en la propriété de la communauté lorsqu'elles franchissent la limite des parties communes: elles sont sur toute leur longueur en la copropriété de tous les copropriétaires<sup>20</sup>. L'art. 674 al. 3 CC n'aurait donc tout au plus pu s'appliquer que par analogie.

En second lieu, on notera que la Cour, en retenant l'abus de droit, a jugé que la communauté des copropriétaires ne pouvait pas exiger du copropriétaire constructeur qu'il remette les choses en l'état. En revanche, elle n'a pas dit que la communauté ne pouvait pas décider de procéder elle-même aux travaux de remise en l'état; elle a au contraire précisé à la fin de l'arrêt que sa solution «*permettra*» à la communauté «*d'envisager, si nécessaire, des travaux plus importants de consolidation*» de la paroi en question.

En définitive, la Cour de Justice a rendu une décision qui semble convaincante quant au fond: en refusant l'octroi d'une servitude d'empiètement au copropriétaire constructeur, elle ne donne pas de prime au fait accompli, ce qui serait certainement fort dommageable dans les relations entre coproprié-

---

<sup>18</sup> Art. 667 CC.

<sup>19</sup> Art. 674 al. 1 CC *a contrario*. Cf. par exemple: Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2002, n° 1647.

<sup>20</sup> Cf. ATF 129 III 216/221: «*Les propriétaires d'étages sont [...] copropriétaires de l'ensemble de l'immeuble (y compris des parties du bâtiment sur lesquelles d'autres propriétaires d'étages ont un droit exclusif d'utilisation et d'aménagement [...])*».

taires. En retenant par ailleurs l'abus de droit de la communauté à exiger l'enlèvement des poutres, elle sauvegarde les intérêts du copropriétaire (puisque le mur ainsi renforcé ne va pas s'effondrer). Mais simultanément, la Cour laisse à la communauté la possibilité de prendre et le cas échéant les mesures de soutènement qui lui paraîtront appropriées et de remettre elle-même les choses en l'état dans les parties communes.

2. Dans la seconde action négatoire qui nous intéresse ici, un garage souterrain avait été construit en partie sous le fonds voisin, en vertu d'une servitude concédée par le propriétaire voisin. Toutefois, en raison d'une erreur de cadastration, il s'est avéré que le garage s'avancait non pas de cinq mètres sur le fonds voisin (ainsi que le permettait la servitude), mais de sept mètres<sup>21</sup>.

La Cour de Justice a rejeté l'action négatoire intentée par le voisin empiété, motif pris qu'elle était constitutive d'abus de droit compte tenu des circonstances du cas d'espèce. Dans la foulée, les juges cantonaux ont refusé au propriétaire empiété l'octroi d'une indemnité pour le maintien de l'empiètement (art. 674 al. 3 CC), motif pris qu'il n'avait pris aucune conclusion en ce sens.

Ce résultat peut paraître sévère pour le propriétaire empiété, mais il est probablement fondé. Le propriétaire empiété a la faculté de tenter d'obtenir l'enlèvement de la construction qui empiète, en se prévalant de sa propriété; c'est l'action négatoire<sup>22</sup>. Mais il a également la possibilité de conclure (ne serait-ce qu'à titre subsidiaire, dans le cadre de l'action négatoire) à ce qu'une servitude d'empiètement soit constituée moyennant qu'une indemnité lui soit versée<sup>23</sup>. Si le demandeur se borne à se fonder sur la première de ces deux voies, il est difficile de lui allouer l'indemnité prévue par la seconde.

Il est donc prudent, me semble-t-il, lorsqu'un propriétaire intente l'action négatoire pour exiger l'enlèvement d'une construction qui empiète sur son fonds, de conclure à titre subsidiaire au versement d'une indemnité fondée sur l'art. 674 al. 3 CC; à défaut, c'est un peu le tout ou rien: soit le propriétaire empiété obtient gain de cause et la construction est enlevée, soit il est débouté et la construction est maintenue, sans qu'une indemnité ne lui soit versée en l'état.

---

<sup>21</sup> ACJ 1548/2004.

<sup>22</sup> Cf. par exemple: Heinz REY, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N. P. Vogt et T. Geiser, éd.), 2<sup>e</sup> éd. Bâle 2003, n. 1 *ad* art. 674.

<sup>23</sup> La doctrine admet en effet à juste titre que (au-delà du texte de l'art. 674 al. 3 CC) ce n'est pas seulement l'empiéteur, mais également l'empiété, qui peut demander en justice la régularisation de l'empiètement (cf. par exemple: REY [note 22], n. 13 *ad* art. 674).

## II. Copropriété

La Cour de Justice de Genève a rendu un nombre important d'arrêts en matière de copropriété au cours des cinq dernières années; j'en ai retenu deux.

1. Dans le premier, il s'agissait d'une villa en copropriété ordinaire (au sens des art. 646 ss CC) appartenant à deux couples. Après quelques années, les relations entre les intéressés sont devenues telles qu'un des couples intente une action en partage de la copropriété; il conclut à ce que le partage s'effectue par le biais de la constitution judiciaire d'une copropriété par étages<sup>24</sup>.

La Cour de Justice a cassé le jugement du Tribunal de première instance qui avait fait droit à cette demande. Les juges cantonaux ont relevé que les modes de partage de la copropriété prévus à l'art. 651 CC ne prévoient pas la transformation judiciaire de la copropriété ordinaire en copropriété par étages. C'est peut-être regrettable, mais la loi n'est pas lacunaire à cet égard, ainsi que Paul Piotet l'a démontré dans un article paru il y a une dizaine d'années<sup>25</sup>. Partant, il n'est pas possible d'imposer par jugement à un copropriétaire la transformation de la copropriété ordinaire en copropriété par étages. Cet arrêt est d'ailleurs conforme à une jurisprudence déjà ancienne du Tribunal fédéral<sup>26</sup>.

2. Dans le second arrêt<sup>27</sup>, un copropriétaire par étages se plaignait des nuisances provenant du local à poubelles, qui se trouvait juste à côté de l'arcade commerciale faisant l'objet de son droit exclusif (au sens de l'art. 712b al. 1 CC). Il demande donc le déplacement du local à poubelles, ce qui lui est refusé par l'assemblée des copropriétaires.

Le copropriétaire conteste cette décision en justice. Il allègue que le local à poubelles en cause ne respecte pas diverses dispositions de la LCI<sup>28</sup> et de son règlement d'application: il fait notamment valoir que, le local étant trop petit, il ne permet ni de procéder au tri des déchets, ni de procéder au «manipement aisé des conteneurs», contrairement à ce qu'exige l'art. 128 al. 3 LCI.

---

<sup>24</sup> ACJ 1074/2004.

<sup>25</sup> Paul PIOTET, Partage judiciaire et constitution de propriétés par étages, *in* RDS 1994 I 207 ss (spécialement p. 216).

<sup>26</sup> ATF 94 II 231/239; voir encore ATF 5C.40/2001 et l'arrêt de la Cour de Justice de Genève du 18.10.85: SJ 1986 p. 134. Cette jurisprudence fait l'objet de critiques; voir par exemple Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome I, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2007, n° 1137a et les réf.; A. WERMELINGER, La propriété par étages. Commentaire des articles 712a à 712t du Code civil suisse, Fribourg 2002, n. 110 s. *ad* art. 712d; Arthur MEIER-HAYOZ / Heinz REY, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Berner Kommentar, vol. IV.1.5, Berne 1988, n. 101 ss *ad* art. 712d.

<sup>27</sup> ACJ 1087/2001.

<sup>28</sup> Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988 (L.5.05).

La Cour de Justice refuse d'entrer en matière sur ce grief tiré de la violation du droit public cantonal. Elle relève en effet que la question de la validité de la décision de l'assemblée des copropriétaires ne doit pas être confondue avec celle de la conformité du local en cause avec le droit public cantonal. Les juges cantonaux admettent en effet avec le Tribunal de première instance qu'il résulte du renvoi de l'art. 712*m* al. 2 CC à l'art. 75 CC que les décisions de l'assemblée des copropriétaires ne peuvent être remises en cause devant le juge qu'en cas de violation des dispositions « légales ou statutaires », à savoir le droit de la copropriété par étages, y compris le règlement de la copropriété par étages en cause. En l'espèce, la décision de maintenir le local à son emplacement viole tout au plus le droit public cantonal, mais pas les règles légales ou réglementaires de la copropriété par étages. Partant, la décision ne consacre pas de violation de la loi au sens de l'art. 75 CC.

Même si elle semble pouvoir trouver appui sur un certain nombre d'auteurs<sup>29</sup>, cette manière de voir me semble fort contestable. Elle revient à dire qu'il ne serait pas possible de contester en justice des décisions comportant de graves violations du droit fédéral (licenciement abusif du concierge, par exemple) ou cantonal (police des constructions, prescriptions de sécurité concernant les ascenseurs, etc.), pour peu qu'elles aient été prises en application régulière des règles applicables à la copropriété par étages, mais qu'il serait en revanche possible de porter devant le juge toute décision de l'assemblée violant les règles que la communauté s'est donnée, même les plus obscures dispositions du règlement de maison (utilisation de la machine à laver commune ou du local à skis, etc.)<sup>30</sup>.

J'ai de la peine à me convaincre que le législateur ait voulu un tel résultat. Il convient donc à mon sens de retenir que le copropriétaire peut contester devant le juge dans le délai légal toute décision de l'assemblée des copropriétaires consacrant une violation de la loi au sens objectif (droit privé, droit public, fédéral ou cantonal) ou violant les dispositions réglementaires adoptées par les copropriétaires<sup>31</sup>. Il en résulte qu'à mon avis, la Cour de Justice ne pouvait pas en l'espèce se dispenser d'examiner si la décision entreprise consacrait une violation de la LCI.

---

<sup>29</sup> Voir par exemple : WERMELINGER (note 26), n. 220 *ad* art. 712*m*; MEIER-HAYOZ / REY (note 26), n. 128 *ad* art. 712*m*.

<sup>30</sup> *Sic*, s'agissant du règlement de maison : WERMELINGER (note 26), n. 220 *ad* art. 712*m*.

<sup>31</sup> Cf., s'agissant de l'art. 75 CC : Hans-Michael RIEMER, *Die Vereine*, Berner Kommentar, vol. I.3.2, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1990, n. 28 *ss ad* art. 75; Anton HEINI / Wolfgang PORTMANN, *Das Schweizerische Vereinsrecht, Schweizerisches Privatrecht*, vol. II/5, Bâle 2005, p. 129. Plus nuancés : Anton HEINI / Urs SCHERRER, *in Zivilgesetzbuch I* (H. Honsell, N. P. Vogt et T. Geiser, éd.), 3<sup>e</sup> éd. Bâle 2006, n. 13 *ad* art. 75.

### III. Droit de voisinage

S'agissant du droit de voisinage, j'ai été frappé du nombre d'arrêts rendus par notre Cour de Justice en matière d'« immissions négatives » résultant de la présence d'arbres sur le fonds voisin<sup>32</sup>. Il s'agit là d'une conséquence de l'arrêt rendu en mai 2000 par le Tribunal fédéral, dans lequel notre Haute Cour a admis pour la première fois que la privation de lumière résultant de la présence d'arbres pouvait constituer une nuisance excessive sanctionnée par le droit privé fédéral (art. 679 et 684 CC)<sup>33</sup>.

Dans ce contexte, plusieurs arrêts de la Cour de Justice ont condamné le propriétaire voisin à abattre ou à écimer les arbres litigieux<sup>34</sup>. Reste toutefois un problème : le Règlement genevois sur la conservation de la végétation arborée soumet l'abattage et l'élagage des arbres à autorisation<sup>35</sup>. Le propriétaire genevois condamné au civil doit se conformer à cette réglementation et requérir l'autorisation d'abattage ou d'élagage. Que doit faire l'autorité administrative ?

Dans un arrêt rendu il y a quelques mois, la Cour de Justice, après avoir rappelé la « *primauté du droit public cantonal* », a laissé entendre que l'autorité administrative ne serait pas liée par le jugement civil et qu'il était possible « *que l'autorisation* » d'abattre l'arbre « *soit refusée à la partie condamnée par le juge civil* »<sup>36</sup>. Cette affirmation est en principe correcte s'il s'agit d'apprécier la relation entre le droit privé fédéral et le droit public cantonal (dont le Tribunal fédéral a souligné récemment encore la « *force expansive* » en la matière<sup>37</sup>). Il reste à espérer que l'autorité administrative saisie d'une telle demande d'autorisation saura tenir compte du fait qu'au-delà de ces questions de délimitation entre droit privé et droit public, il s'agit de permettre l'exécution d'un jugement exécutoire (par hypothèse), ce d'autant que le règlement qu'elle est chargée d'appliquer n'énonce pas même les critères d'octroi ou de refus de l'autorisation. Si l'autorisation n'est pas délivrée malgré un tel jugement civil, la responsabilité de l'Etat (pour acte licite<sup>38</sup>, voire pour acte illicite selon les circonstances<sup>39</sup>) pourrait être engagée, me semble-t-il.

---

<sup>32</sup> Cf. ACJ 62/2006 ; ACJ 1346/2004 ; ACJ 674/2004 ; ACJ 1200/2003 ; ACJ 836/2003.

<sup>33</sup> ATF 126 III 452, SJ 20011 12, JdT 20011 542 ; cf. par exemple : STEINAUER (note 19), n<sup>os</sup> 1809a et 1811a.

<sup>34</sup> ACJ 62/2006 ; ACJ 674/2004 ; ACJ 1200/2003 ; ACJ 836/2003.

<sup>35</sup> Art. 3 du Règlement genevois sur la conservation de la végétation arborée, du 4 novembre 1999 (L 4.05.04).

<sup>36</sup> ACJ 62/2006, consid. 2, se référant à l'article de Denis PIOTET, Le droit au soleil doit-il obscurcir la systématique de la loi ?, in JdT 2001 p. 552 ss (p. 560).

<sup>37</sup> ATF 132 III 6/8.

<sup>38</sup> Cf. l'art. 4 de la Loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes, du 24 février 1989 (A.2.40).

<sup>39</sup> Art. 1 et 2 de la Loi genevoise mentionnée *supra*, note 38.

On peut signaler encore un autre arrêt en matière de droit de voisinage. Un chantier en Ville de Genève est l'occasion de nuisances pour des locataires de l'immeuble voisin. Ces locataires obtiennent en justice des réductions de leur loyer. Le propriétaire-bailleur agit contre le propriétaire constructeur; invoquant les art. 679 et 684 CC, il réclame la réparation du dommage qu'il subit du fait de la réduction des loyers.

Appliquant des principes connus, la Cour de Justice a donné gain de cause au propriétaire-bailleur<sup>40</sup>: les voisins doivent en principe tolérer les nuisances inévitables qui émanent temporairement d'un chantier, même si elles sont excessives; ils ont cependant droit à une indemnité équitable s'ils supportent de ce fait un dommage important<sup>41</sup>.

Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral<sup>42</sup>. Fait intéressant, le propriétaire-constructeur a reproché devant le Tribunal fédéral au propriétaire-bailleur de s'être un peu vite incliné devant le jugement du Tribunal des baux et loyers octroyant une réduction de loyer à ses locataires: il a soutenu que le bailleur aurait dû recourir contre ce jugement, ne serait-ce qu'en exécution de l'obligation de la victime de réduire son dommage (art. 44 CO). Le Tribunal fédéral retient qu'il est vrai que l'obligation de réduire le dommage peut, « dans certaines circonstances, imposer de recourir contre un jugement dont la condamnation à des dommages-intérêts – ou, comme en l'espèce, à une réduction de loyer – constitue le préjudice dont le remboursement est demandé à un tiers »<sup>43</sup>; mais les juges de Mon Repos précisent que « cette obligation ne signifie pas qu'un tel jugement doive a priori faire l'objet d'un tel recours; il faut qu'il existe de bons motifs pour cela »<sup>44</sup>. En l'espèce, en l'absence de tels « bons motifs », on ne pouvait reprocher au bailleur de ne pas avoir recouru contre le jugement du Tribunal des baux et loyers réduisant les loyers. Partant, le bailleur n'avait pas failli à son obligation de réduire le dommage.

## IV. Servitudes

Je me contenterai ici d'un seul arrêt de la Cour de Justice<sup>45</sup>, qui a été réformé par la suite par le Tribunal fédéral<sup>46</sup>. Un bien-fonds est grevé de deux

---

<sup>40</sup> ACJ 354/2005.

<sup>41</sup> Cf. par exemple: STEINAUER (note 19), n° 1818.

<sup>42</sup> TF, 16.8.2005, in SJ 2006 I 237 ss.

<sup>43</sup> SJ 2006 I 243.

<sup>44</sup> SJ 2006 I 243.

<sup>45</sup> ACJ 513/2004.

<sup>46</sup> TF, 21.10.2004, in RNR 2005 p. 307.

servitudes personnelles : un droit de superficie, permettant à son titulaire d'exploiter une station service, et un droit de passage destiné à permettre notamment au public d'accéder à la station service. Trente ans plus tard, la station service est fermée et les colonnes d'essence sont démontées (les citernes souterraines restant toutefois en place). Le fonds grevé est désormais utilisé (par le locataire du titulaire des servitudes) aux fins de parquer des véhicules pour les louer ou les vendre. Le grevé allègue que les servitudes ont perdu tout intérêt pour le bénéficiaire ; il en demande donc la libération judiciaire (art. 736 al. 1 CC).

Pour déterminer si la servitude conservait encore un intérêt pour son titulaire, la Cour de Justice s'est demandé (conformément au principe dit de l'identité des servitudes<sup>47</sup>) si l'exercice actuel de la servitude (parcage de véhicules) était conforme au contenu et au but originels de la servitude. Partant du principe qu'il convenait d'interpréter le contrat de servitude « *de manière large* », la Cour de Justice a retenu que la servitude couvrait également l'utilisation actuelle, à savoir le parcage de véhicules. La servitude n'avait donc pas perdu tout intérêt pour son titulaire. Les juges cantonaux ont par ailleurs ajouté en passant, en se référant à la doctrine<sup>48</sup>, que ce n'est en principe qu'au bout d'une période de non-exercice de dix ans que l'on peut présumer que la servitude a perdu tout intérêt. En l'espèce, la station-service avait été fermée moins de dix ans avant l'ouverture de la procédure ; partant, même en admettant que l'exercice comme parking n'était pas conforme à la servitude, on ne pouvait pas considérer que la servitude avait perdu tout intérêt.

Le Tribunal fédéral a cassé cet arrêt, considérant que « *les servitudes en question ne peuvent manifestement pas être interprétées, selon le principe de la confiance, en ce sens qu'elles permettraient d'exploiter sur le fonds servant [...] un commerce de voitures d'occasion* »<sup>49</sup>. Le Tribunal fédéral a par ailleurs retenu que l'on ne pouvait pas « *refuser la radiation pour le motif qu'il ne s'était pas écoulé dix ans [...] depuis la cessation de la station-service* »<sup>50</sup> : d'après les juges de Mon Repos, il est possible de recourir à ce critère du *non usus* pendant dix ans « *uniquement pour le cas où l'absence prolongée d'exercice d'une servitude constitue le seul élément qui permettrait de présumer – cette présomption pouvant être renversée – que cette servitude a perdu tout intérêt pour son bénéficiaire* »<sup>51</sup>, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

---

<sup>47</sup> Cf. par exemple : Steinauer (note 19), n° 2269.

<sup>48</sup> Cf. Peter LIVER, Die Grunddienstbarkeiten, Zürcher Kommentar, vol. IV.2a.1, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1980, n. 68 *ad* art. 736.

<sup>49</sup> RNR 2005 p. 307/313.

<sup>50</sup> RNR 2005 p. 307/314.

<sup>51</sup> RNR 2005 p. 307/314.

L'intérêt à l'exercice de la servitude avait donc disparu ; mais était-il susceptible de renaître ? Le Tribunal fédéral se montre exigeant, puisqu'il relève qu'« il ne suffit [...] pas que la renaissance d'un tel intérêt soit théoriquement possible ; il faut au contraire qu'elle présente une certaine probabilité concrète »<sup>52</sup>, ce qui a été exclu par notre Haute Cour en l'espèce.

Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral se montre sévère pour le titulaire de la servitude : peut-on véritablement dire d'une servitude qui conserve un intérêt potentiel, sans que cet intérêt présente « une certaine probabilité concrète » en l'état, qu'elle a « perdu toute utilité »<sup>53</sup> ainsi que l'exige l'art. 736 al. 1 CC ? Les servitudes s'inscrivent dans la durée. N'est-ce pas précisément pour soustraire aux aléas de la vie (changements de propriétaire grevé et de titulaire, etc.) les prérogatives qu'elles procurent, qu'on constitue les servitudes avec précaution et qu'elles sont opposables *erga omnes* ? Ne devrait-on pas se garder de les soumettre au rythme du quotidien, en exposant leur titulaire à des contestations chaque fois qu'il ne peut justifier d'un intérêt actuel ou concret dans le futur ?

A tout le moins faudrait-il distinguer selon que la servitude a été concédée pour une durée déterminée ou non. Dans la première hypothèse, les parties et leurs ayants cause savent à quoi s'en tenir. Dans ce contexte, la libération judiciaire fondée sur l'art. 736 al. 1 CC apparaît comme une rupture des engagements pris, comme une anticipation du terme fixé par les parties, comme une prime à l'audace procédurière. En l'espèce, les servitudes avaient été concédées pour cinquante ans, dont il restait dix ans à courir lors de l'ouverture de l'action. S'imposait-il réellement de demander au titulaire de justifier d'un intérêt futur concret ? Cet intérêt n'avait-il pas en quelque sorte été d'emblée admis par les parties lorsqu'elles avaient constitué les servitudes pour cinquante ans ? La situation est différente lorsque la servitude est constituée pour une durée indéterminée : lorsque l'intérêt à la servitude disparaît, la « période résiduelle » durant laquelle il est susceptible de renaître n'est pas limitée. On comprend mieux que le bénéficiaire doive justifier de façon quelque peu tangible l'intérêt futur qu'il fait valoir.

Quoi qu'il en soit, force est de constater qu'en l'espèce, le sort des servitudes a également dépendu de l'interprétation qu'ont faite les juges du contrat de servitude. Cette convention doit donc être rédigée avec un soin particulier. Si le contrat en dit trop et est trop précis, il risque d'exclure une utilisation future qui était conforme à l'intention des parties, mais qu'elles n'ont pas pensé à mentionner au moment de rédiger l'acte. Si le contrat est laconique, on risque de plonger assez rapidement les parties dans la perplexité : il est parfois impossible de déterminer, quelques années seulement après la constitution de la servitude, l'intérêt qu'elle est censée servir.

<sup>52</sup> RNRF 2005 p. 307/313.

<sup>53</sup> « Alles Interesse verloren », « perduto ogni interesse ».

Dans le cas particulier, un élément n'a curieusement retenu l'attention ni des juges de la Cour, ni de ceux du Tribunal fédéral: la première des deux servitudes était, selon le contrat, « *une servitude personnelle de superficie, comportant pour la société Y SA ou ses successeurs, le droit d'installer et exploiter ou laisser exploiter sur le fonds servant, aux endroits choisis par elle, à titre de construction mobilière au sens de 677 CCS des citernes et des colonnes de distribution pour carburant* »<sup>54</sup>. Or, il est généralement admis que les constructions mobilières au sens de l'art. 677 CC, parce qu'elles sont des choses mobilières, ne peuvent pas faire l'objet d'un droit de superficie<sup>55</sup>.

## V. Gages immobiliers

1. Dans le premier arrêt qui a plus particulièrement retenu mon attention au chapitre des gages immobiliers, un entrepreneur demandait l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs dont il avait obtenu l'inscription provisoire<sup>56</sup>. Cet entrepreneur avait cependant signé quelques années plus tôt un document préimprimé intitulé « *cession générale de créance* » en faveur d'une banque. La question qui se posait était donc la suivante: l'entrepreneur pouvait-il se prévaloir de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, puisqu'il avait (semble-t-il) cédé sa créance? Était-ce au contraire la banque cessionnaire (titulaire de la créance) qui aurait dû requérir l'inscription de l'hypothèque légale?

La Cour de Justice a hésité sur la qualification juridique du document signé en faveur de la banque. Si cette « *cession générale* » est en réalité un nantissement de créances, il n'y a pas de problème, indique la Cour: l'entrepreneur est restée titulaire des créances nanties, soit en particulier de la créance résultant du chantier en cause. Partant, il pouvait se prévaloir de l'art. 837 CC. Si la « *cession générale* » doit être qualifiée de cession de créances au sens de l'art. 164 CO, ou de cession à titre fiduciaire, un changement dans la titularité de la créance est en principe intervenu: l'entrepreneur n'était plus titulaire de la créance et ne pouvait pas se prévaloir de l'hypothèque légale. Selon la Cour de Justice, c'est au contraire la banque, en sa qualité de cessionnaire de la créance, qui avait le droit de requérir l'inscription (provisoire, puis définitive) de l'hypothèque légale.

Sur ce dernier point, on peut avoir quelques doutes. Si l'hypothèque légale (une fois constituée) est effectivement un droit accessoire de la créance

---

<sup>54</sup> RNRF 2005 p. 307/308.

<sup>55</sup> ATF 98 II 199/202 s., JdT 1973 I 166/170. Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome III, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2003, n° 2514a; etc.

<sup>56</sup> ACJ 840/2003.

garantie au sens de l'art. 170 CO<sup>57</sup>, en va-t-il de même du *droit à l'inscription* de cette hypothèque légale? La Cour de Justice l'affirme en s'appuyant sur d'excellentes références<sup>58</sup>.

On peut néanmoins se demander si, vu la *ratio* de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, des tiers peuvent en requérir l'inscription: le législateur a voulu protéger cette catégorie de créanciers, parce qu'ils apportent par leurs travaux une plus-value au bien-fonds et qu'ils sont généralement amenés à fournir leurs prestations à crédit<sup>59</sup>. Se justifie-t-il d'étendre cette protection au tiers cessionnaire de la créance avant même que l'hypothèque ne soit constituée? Cela paraît pour le moins douteux<sup>60</sup>.

Mais peu importe en l'espèce. En effet, la banque cessionnaire n'avait pas requis l'inscription de l'hypothèque légale. Elle ne pouvait plus le faire, le délai de trois mois de l'art. 839 al. 2 CC étant écoulé. Quant à l'inscription provisoire obtenue par l'entrepreneur, elle n'est dans cette hypothèse pas valable: l'entrepreneur n'est pas légitimé.

La Cour de Justice sort cependant la banque de ce mauvais pas en admettant que l'on a affaire ici à une cession tacite ou «*stille Abtretung*». En effet, la cession de la créance de l'entrepreneur n'avait pas été notifiée au débiteur (maître de l'ouvrage). D'une manière générale, pendant les cinq années qui ont suivi la conclusion de l'acte de cession globale, l'entrepreneur «*a continué de facturer régulièrement à sa clientèle le travaux et d'encaisser les montants versés*»<sup>61</sup>. La cession est donc restée «*tacite*», silencieuse, cachée.

Selon la Cour de Justice, on peut admettre, au vu de cette pratique adoptée par les parties, que la cession était subordonnée à une condition, «*en ce sens qu'elle ne devait déployer ses effets qu'à partir du moment où les débiteurs étaient avisés de son existence*»<sup>62</sup>. Partant, malgré la cession, l'artisan avait conservé la faculté de faire valoir la créance et «*d'agir au besoin par la voie judiciaire, en*

<sup>57</sup> Eugen SPIRIG, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Zürcher Kommentar, vol. V.1.k, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1993, n. 32 *ad* art. 170; Rainer SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1982, n<sup>o</sup> 304; Dieter ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, *in* RDS 1982 II 1 ss, p. 119.

<sup>58</sup> Voir par exemple: Tribunal Cantonal VS, 9.3.1971, *in* RVJ 1971 p. 67 ss, p. 69; Camera civile TI, 16.3.1966, *in* Rep. 1967 p. 83 ss, p. 85; Josef HOFSTETTER, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N. P. Vogt et T. Geiser, éd.), 2<sup>e</sup> éd. Bâle 2003, n. 15 *ad* art. 837; Dieter ZOBL, Das Fahrnispfand, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.1, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1982, Syst. T., n<sup>o</sup> 1604; Hans LEEMANN, Sachenrecht. II. Abteilung, Berner Kommentar, vol. IV.II, Berne 1925, n. 55 *ad* art. 837; SCHUMACHER (note 57), n<sup>o</sup> 314; ZOBL (note 57), p. 119.

<sup>59</sup> Cf. STEINAUER (note 55), n<sup>o</sup> 2861.

<sup>60</sup> Cf. à cet égard la démonstration convaincante de Jean-Claude DE HALLER, L'hypothèque légale de l'entrepreneur. Des solutions nouvelles à de vieux problèmes?, *in* RDS 1982 II 189 ss, p. 229 ss.

<sup>61</sup> ACJ 840/2003, consid. 4.2.

<sup>62</sup> ACJ 840/2003, consid. 4.2.

*qualité de représentant indirect de l'établissement donneur de crédit* »<sup>63</sup>. L'inscription provisoire avait donc été régulièrement prise.

La solution imaginée par la Cour de Justice est élégante. Elle paraît néanmoins quelque peu fragile. En effet, la doctrine considère que la condition grevant la cession doit revêtir la forme écrite en vertu de l'art. 165 CO<sup>64</sup>. Or, ici, la Cour a tiré non pas d'une clause contractuelle, mais du comportement adopté par les parties, le caractère conditionnel de la cession. La forme écrite n'était donc pas respectée. A cela s'ajoute qu'on peut se demander si ce caractère conditionnel de la cession était réellement voulu par les parties (eu égard notamment à ses conséquences en cas de double cession ou de mesures d'exécution forcée à l'encontre du cédant). Il est enfin pour le moins douteux qu'un mandat d'encaissement (à supposer qu'il puisse être conféré tacitement<sup>65</sup>, ainsi que cela aurait été le cas en l'espèce) permette au mandataire (l'entrepreneur cédant, en l'espèce) de faire valoir la créance en justice en son nom mais pour le compte du mandant (la banque cessionnaire)<sup>66</sup>. Il semble donc bien que, dans le cas particulier, l'entrepreneur n'était pas légitimé à requérir en justice l'inscription provisoire de l'hypothèque légale, puis son inscription définitive.

A mon sens, cette problématique mérite d'être examinée soigneusement par la banque au bénéfice d'une cession globale émanant d'un entrepreneur. On peut comprendre que la banque cessionnaire préfère laisser l'entrepreneur gérer lui-même l'encaissement de ses factures et les hypothèques légales qui les garantissent. Mais il paraît prudent de régler la question expressément, par une clause contractuelle appropriée dans le contrat de cession globale; elle pourrait par exemple stipuler que la banque se réserve la faculté de notifier en tout temps la cession aux débiteurs cédés, que le cédant est habilité à encaisser les créances dans l'intervalle (pour le compte de la banque) et qu'il s'engage expressément à signaler à la banque tout retard ou difficulté dans l'encaissement, de manière à permettre à la banque de procéder à la rétrocession de la créance en cause<sup>67</sup>, habilitant ainsi le cédant à faire valoir son hypothèque légale dans le délai légal.

---

<sup>63</sup> ACJ 840/2003, consid. 4.2.

<sup>64</sup> Voir par exemple: ZOBL (note 58), Syst. T., n. 1589 s. et les réf.

<sup>65</sup> Voir notamment à cet égard: Nicolas DE GOTTRAU, Cession de créance à fin de garantie: droit du cédant de faire valoir en son nom une créance cédée contre le débiteur cédé, *in* RSDA 2007 p. 113 ss, p. 116 s.

<sup>66</sup> Cf. notamment à ce propos: DE GOTTRAU (note 65), p. 119 s. Voir encore, par exemple: ZOBL (note 58), Syst. T., n. 1585; SCHUMACHER (note 57), n° 314. Cf. pour le surplus: Peter REETZ, *Die Sicherungscession von Forderungen*, thèse d'habilitation Fribourg, Zurich 2006, p. 112 ss.

<sup>67</sup> Cf. DE GOTTRAU (note 65), p. 119.

2. C'est le moment d'en venir à notre dernier arrêt. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de Justice en tant qu'Autorité de surveillance du registre foncier, qui a par la suite été confirmé par le Tribunal fédéral<sup>68</sup>, admettant la validité du modèle de cédula hypothécaire introduit à Genève en 2000, sur lequel le nom du débiteur n'apparaît plus.

Je ne veux pas revenir sur la motivation juridique qui ont conduit l'Autorité de surveillance genevoise puis le Tribunal fédéral à admettre la validité des cédules sans nom de débiteur. J'aimerais en revanche présenter brièvement deux remarques sur les conséquences de cette regrettable « anonymisation » des cédules hypothécaires.

En premier lieu, et d'une façon tout à fait pratique, les cédules hypothécaires ont perdu de leur lisibilité: une information décisive fait désormais défaut, alors même que les montants en cause sont souvent importants. Les cédules hypothécaires donnent naissance à des relations juridiques compliquées (on songe notamment aux rapports entre l'obligation primitive et la créance incorporée<sup>69</sup>). Les parties ont de la peine à s'y retrouver; plusieurs arrêts rendus par la Cour de Justice ces dernières années en témoignent<sup>70</sup>.

On n'est pas venu en aide aux parties en supprimant le nom du débiteur. La créance incorporée a acquis un aspect quelque peu virtuel. Elle compète la plupart du temps à un improbable « porteur » et n'est en apparence désormais dirigée contre personne. Est-on certain que le propriétaire qui met en circulation un tel titre comprend toujours qu'il transfère (ou donne naissance à) une créance dont répondra son immeuble?

Ensuite, il faut me semble-t-il s'attendre à des difficultés lorsque les créanciers garantis entameront des poursuites en se fondant sur les nouvelles formules de cédules hypothécaires. En effet, puisque le nom du débiteur n'y apparaît pas, elles ne valent plus à elles seules titre de mainlevée au sens de l'art. 82 LP<sup>71</sup>. C'est quand même un comble, s'agissant d'un titre<sup>72</sup> qui est dressé par le conservateur du registre foncier (art. 857 al. 1 CC), selon un modèle arrêté par le Conseil fédéral aux termes de l'art. 858 CC.

Selon le Tribunal fédéral, le créancier qui veut obtenir la mainlevée provisoire doit dès lors produire, en sus de la cédula hypothécaire sans nom

---

<sup>68</sup> ATF 129 III 12.

<sup>69</sup> Art. 855 CC.

<sup>70</sup> Cf. par exemple ACJ 673/2004 (le recours en réforme interjeté contre cet arrêt a été déclaré irrecevable par le Tribunal fédéral; ATF 5C.172/2004); ACJ 796/2002 (recours en réforme et recours de droit public rejetés par le Tribunal fédéral; ATF 5C.181/2002 et ATF 5P.287/2002).

<sup>71</sup> Cf. ATF 129 III 12/15.

<sup>72</sup> Selon le Tribunal fédéral, il s'agit même d'un titre authentique au sens de l'art. 9 al. 1 CC; ATF 129 III 12/13.

du débiteur, « *une copie légalisée* » du contrat de gage revêtu de la forme authentique<sup>73</sup>. Mais encore faut-il que ce contrat renferme une reconnaissance de dette, ce qui ne paraît pas aller de soi : *quid*, par exemple, si le constituant du gage n'est pas le débiteur ? Par ailleurs, selon le Tribunal fédéral, s'il n'y a pas de contrat de gage, parce que le propriétaire a créé la cédula par acte juridique unilatéral<sup>74</sup>, le créancier doit produire une copie de la réquisition écrite par laquelle le propriétaire a demandé l'inscription de la cédula au registre foncier ; cette réquisition doit en effet être considérée, selon le Tribunal fédéral, comme contenant une « *reconnaissance de dette implicite* »<sup>75</sup>. On ne peut qu'être surpris qu'il faille chercher dans la réquisition au registre foncier une reconnaissance de dette qui devrait tout naturellement résider dans le titre qui incorpore la dette en question.

Bref, les cédulas hypothécaires n'ont pas fini d'occuper les tribunaux et de donner des cheveux blancs aux parties. S'il est déjà difficile de s'y retrouver entre la créance d'origine et la créance cédulaire, obtenir la mainlevée risque de réserver bien des surprises aux créanciers, et aux juges. En tout cas, la sécurité juridique ne trouve pas son compte dans cette « anonymisation » des cédulas hypothécaires.

## Conclusion

Jean Carbonnier a écrit que « *le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite* »<sup>76</sup>.

S'il en va ainsi du droit, il en va *a fortiori* de même de la jurisprudence. Une décision de justice doit coller à une réalité déterminée, avec tous les éléments qui la composent. La jurisprudence de la Cour de Justice qu'il m'a été donné de lire pour cet exposé en est l'illustration. Elle n'a pas nécessairement la pureté d'une démonstration mathématique ou la perfection d'une forme géométrique. On peut être d'accord ou pas d'accord ici ou là, on peut estimer que telle disposition aurait dû être appliquée et non telle autre ; il ne faut pas s'en étonner. L'essentiel est que, de cet ensemble d'arrêts se dégage le sentiment que les solutions offertes sont pragmatiques et justes.

---

<sup>73</sup> ATF 129 III 12/15.

<sup>74</sup> Art. 20 al. 1 ORF.

<sup>75</sup> ATF 129 III 12/15. A nouveau, cette solution ne peut guère valoir si la cédula hypothécaire a été créée pour garantir la dette d'un tiers.

<sup>76</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9<sup>e</sup> éd., Paris 1998, p. 6.

---

# La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment (art. 58 CO)

FRANÇOIS CHAIX

*Docteur en droit ; Juge à la Cour de Justice*

*« La tendance actuelle est à la vérité de chercher toujours, en cas d'accident, un responsable. Mais l'art. 58 CO n'a pas été édicté pour mettre chacun à l'abri des risques ordinaires de la vie. »<sup>1</sup>*

## I. Introduction

1. La présente contribution est consacrée à la responsabilité civile du propriétaire de bâtiment<sup>2</sup>: elle concerne l'immeuble se trouvant en mains privées, que celui-ci soit affecté à un usage exclusivement privé ou qu'il soit ouvert au public; elle se fonde principalement sur les enseignements de la jurisprudence. Dans cette perspective, on s'intéressera non seulement au bâtiment lui-même (n. 22-30), mais également à ses abords (n. 5-21) ainsi qu'aux installations dont il est pourvu (n. 31-39). Par ailleurs, seront traitées quelques questions particulières en relation avec la rénovation du bâtiment (n. 40-46). On notera enfin que, même restreint, ce sujet comporte une portée pratique insoupçonnée<sup>3</sup> et trace des principes juridiques applicables à d'autres domaines de la responsabilité<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 12 décembre 1950, publié in JdT 1951 I 425.

<sup>2</sup> Pour un aperçu du champ d'application très vaste de l'art. 58 CO: BK-BREHM, n. 45-47 *ad* art. 58; BREHM, FJS 1006b; OFTINGER / STARK, p. 215-226.

<sup>3</sup> Selon les statistiques établies par le Bureau suisse de prévention des accidents (BPA) pour les années 1998 à 2003, le seul fait « *d'aller et venir dans la maison ou le jardin* » est à l'origine, en moyenne annuelle, de 160 000 blessés par an (cf. site internet [www.bpa.ch](http://www.bpa.ch)).

<sup>4</sup> Il en va ainsi de la responsabilité précontractuelle (par exemple celui qui vient chez un particulier pour y acheter un scooter et fait une chute aux abords de la maison: arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.191/2005) ou contractuelle (par exemple le locataire qui tombe dans les escaliers de son appartement: art. 259e CO; ATF 60 II 341 consid. 1; TF, SJ 1934 p. 1 consid. 2a; pour d'autres exemples: BK-BREHM, n. 152 *ad* art. 58).

## II. Les conditions générales de la responsabilité

2. A teneur de l'art. 58 al. 1 CO, «le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien». Pour trouver application, cette responsabilité objective simple<sup>5</sup> – à savoir sans faute<sup>6</sup> et sans preuve libératoire<sup>7</sup> – exige la réalisation de cinq conditions: (1) un ouvrage; (2) un propriétaire (de cet ouvrage); (3) un dommage; (4) un lien de causalité; (5) un défaut. Certaines de ces conditions sont communes à la responsabilité civile: il s'agit de l'existence d'un préjudice (3) et de la présence d'un lien de causalité (4). Selon la jurisprudence, le dommage consiste en la différence entre l'état actuel du patrimoine du lésé et l'état dans lequel se trouverait ce patrimoine sans l'événement dommageable; à cela s'ajoute que cette diminution doit être involontaire<sup>8</sup>. La condition du lien de causalité se décompose en causalité naturelle et causalité adéquate: la première est la cause nécessaire de la survenance du préjudice; la seconde impose de se demander si l'acte 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>9</sup>; le juge doit alors procéder à un pronostic rétrospectif objectif<sup>10</sup>. L'application de l'art. 58 CO fournit également des exemples de réduction d'indemnité en raison d'une faute concomitante<sup>11</sup> ou d'une prédisposition constitutionnelle de la victime<sup>12</sup>. On peut se contenter de renvoyer aux ouvrages généraux relatifs à toutes ces questions<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C.119/2000 consid. 2a publié in Praxis 2001 p. 270. BK-BREHM, n. 4 *ad* art. 58; WERRO, n. 563.

<sup>6</sup> Le simple cas fortuit suffit: BK-BREHM, n. 101 *ad* art. 58; OFTINGER / STARK, p. 163; WERRO, n. 611. Critique: ROBERTO, p. 1325 s.

<sup>7</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C.386/2004 consid. 2.3, publié in RSJ 2005 p. 271 n. 3 et résumé in DC 2005 p. 185 n. 367. BK-BREHM, n. 55 *ad* art. 58; WERRO, n. 565 s.

<sup>8</sup> ATF 132 III 359 consid. 4. BK-BREHM, n. 70b *ad* art. 41; WERRO, n. 39-47.

<sup>9</sup> ATF 129 II 312 consid. 3.3. BK-BREHM, n. 106 et 121 *ad* art. 41; WERRO, n. 176 et 214.

<sup>10</sup> ATF 119 Ib 334 consid. 5b. BK-BREHM, n. 122b *ad* art. 41.

<sup>11</sup> Sur les principes: ATF 130 III 736 consid. 1.3 et les références. Pour des exemples: forte inattention de la victime en cas de chute d'une hauteur de 20 à 30 centimètres aux abords d'un établissement public (réduction de 40%: TC, RVJ 1968 p. 160 consid. 2); comportement déraisonnable d'un plongeur de 17 ans et demi en cas de profondeur insuffisante du plan d'eau (réduction d'un cinquième: ATF 123 III 306 consid. 5b); comportement exclusif de la victime qui fait ôter la rampe de l'escalier dans lequel elle tombe quelques mois plus tard (suppression de toute indemnité: ATF 69 II 394 consid. 4, JdT 1944 I 241). Pour d'autres exemples: BK-BREHM, n. 116-123.

<sup>12</sup> Fragilité osseuse de la victime en cas de chute d'une hauteur de 20 à 30 centimètres (réduction de 10%: TC, RVJ 1968 p. 160 consid. 3).

<sup>13</sup> Sur la question du dommage, voir en particulier CHAPPUIS / WINIGER (éd.) *La Journée de la responsabilité civile 2004: Le préjudice, une notion en devenir*, Zurich 2005. Sur la question du lien de causalité, voir en particulier WERRO (éd.) *Le Colloque du droit de la responsabilité civile 2003: La fixation de l'indemnité*, Berne 2004 et BK-BREHM, n. 90-94 *ad* art. 58.

3. Seules vont en conséquence faire l'objet de la présente étude les conditions spécifiques à l'art. 58 CO. La notion de bâtiment ou de tout autre ouvrage (1) ainsi que la notion de vice de construction ou de défaut d'entretien (5) seront examinées au gré des exemples qui suivront. Quant à la qualité de propriétaire de l'ouvrage (2), elle repose en principe sur le critère formel de la propriété, telle que définie par les art. 641 ss CC<sup>14</sup>. En règle générale, celui qui n'a qu'un droit réel limité (usufruit, servitude) ou un droit personnel sur la chose (bail, prêt) ne répond pas selon l'art. 58 CO. La responsabilité de ces possesseurs peut cependant être engagée selon l'art. 41 CO, ce qui suppose alors l'existence d'un acte illicite et d'une faute.

4. A titre exceptionnel, la jurisprudence admet que celui qui a une maîtrise comparable à celle que donne la propriété peut être le sujet de la responsabilité de l'art. 58 CO (critère matériel)<sup>15</sup>: il en va ainsi – exceptionnellement – de la collectivité publique qui assure l'entretien de trottoirs ou de chemins pédestres qui sont grevés d'une servitude de passage à son profit<sup>16</sup>, de la commune qui a la monopole d'approvisionnement public en eau et qui s'est réservée contractuellement le droit exclusif de disposition et d'entretien des conduites d'eau menant à une maison privée<sup>17</sup> ou de l'association au bénéfice d'une concession octroyée par l'Etat (propriétaire du bien-fonds) pour exploiter une plage ouverte au public<sup>18</sup>. Apparemment en contradiction avec ces décisions, un arrêt du Tribunal fédéral impose au propriétaire d'un magasin et du trottoir attenant d'éliminer le danger qui menace les usagers immédiatement après la sortie, et ce même si le trottoir concerné est grevé d'une servitude de passage public. Cette jurisprudence s'explique par le fait que le propriétaire d'un bâtiment doit faire en sorte que l'usager de l'immeuble qui veut en sortir puisse le faire sans s'exposer à des risques inattendus tels qu'une voie de circulation très fréquentée ou un trottoir rendu glissant par la glace. Si des dangers de ce genre ne peuvent pas être supprimés, il incombe au propriétaire des lieux de procéder à une mise en garde suffisante<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> BK-BREHM, n. 5 *ad* art. 58; WERRO, n. 572.

<sup>15</sup> ATF 123 II 306 consid. 3/a/aa; TC, RVJ 2004 p. 163 consid. 4b. BK-BREHM, n. 14 *ad* art. 58; CHAPPUIS, p. 45-47; ROTEN, n. 1434; WERRO, n. 573-577 et 632. Pour un état des critiques d'une partie de la doctrine: BK-BREHM, n. 15 *ad* art. 58; WIDMER, p. 347 ss.

<sup>16</sup> ATF 91 II 281 consid. 4 à 7, JdT 1966 I 167.

<sup>17</sup> ATF 121 III 448 consid. 3, JdT 1997 I 2. Le même raisonnement vaut pour l'entreprise privée qui bénéficie d'un monopole, par exemple en matière de distribution de gaz (arrêt non publié du Tribunal cantonal vaudois du 8 avril 2005 consid. V).

<sup>18</sup> ATF 123 II 306 consid. a/bb.

<sup>19</sup> ATF 118 II 36 consid. 3, JdT 1993 I 307.

### III. Les abords du bâtiment

5. Avant même de pénétrer dans un bâtiment, la personne qui s’y rend peut s’exposer à toutes sortes de dangers : chutes et glissades, que celles-ci soient causées par des surplombs et des irrégularités du sol, un éclairage insuffisant ou des mesures de déneigement inefficaces (n. 6-11). Les arbres plantés aux abords de l’immeuble peuvent s’abattre, causant des dommages aux biens ou aux personnes (n. 15-17). Enfin, l’utilisation des installations mises à disposition près du bâtiment peuvent être source de danger, que l’on songe à la place de jeux pour enfants ou à la piscine (n. 18-21).

#### A. Les voies d’accès

6. Quand on parle des voies d’accès à un bâtiment, il faut encore savoir si l’on se trouve en terrain naturel – ce qui exclut une responsabilité objective du propriétaire<sup>20</sup> – ou en présence d’un ouvrage au sens de l’art. 58 CO. Selon la jurisprudence, le sol revêt la qualité d’ouvrage dès qu’il est modifié par la main de l’homme et se trouve – de par cette modification – propre à entraîner un dommage<sup>21</sup>; quant au chemin pédestre, il constitue un ouvrage dès qu’il n’est plus une « simple piste », mais devient un « chemin aménagé, soit une installation permanente créée artificiellement par transformation du sol auquel elle est liée »<sup>22</sup>.

##### 1. Les surplombs et les irrégularités du sol

7. Les abords d’un bâtiment peuvent présenter des surplombs susceptibles d’entraîner la chute des personnes fréquentant ces lieux. L’affectation du bâtiment concerné a son importance : le long d’un établissement public, un surplomb de quelque 30 centimètres au-dessus d’une rampe d’accès à un garage souterrain a été considéré comme n’offrant pas une sécurité suffisante aux usagers de ce café; ce défaut de conception, à savoir l’absence de garde-corps ou de rambarde, a entraîné la responsabilité du propriétaire des lieux<sup>23</sup>. Il en va de même *a fortiori* d’un trou de 3 mètres de profondeur à l’entrée d’une

---

<sup>20</sup> Il reste alors à la victime la faculté d’assigner le propriétaire du terrain naturel en réparation d’un dommage fondé sur l’art. 41 CO, ce qui suppose cependant l’existence d’un acte illicite (par exemple, la création d’un état de fait dangereux : BK-BREHM, n. 51-51e *ad* art. 41) et d’une faute.

<sup>21</sup> ATF 44 II 187 consid. 2.

<sup>22</sup> ATF 91 II 281 consid. 2, JdT 1966 I 167.

<sup>23</sup> TC, RVJ 1968 p. 160 consid. 1.

fromagerie ayant pour seule protection un treillis détendu<sup>24</sup>. En revanche, le perron d'une maison privée qui offre un surplomb de 80 à 108 centimètres sur l'entrée d'un garage ne constitue pas un défaut de l'ouvrage<sup>25</sup>. Cette dernière solution ne s'imposait pas d'emblée puisque les normes de la construction obligent à installer un élément de protection contre le risque de chute dès que la hauteur au-dessus du vide est supérieure à 1 mètre<sup>26</sup>. Le Tribunal fédéral a motivé sa décision par le fait qu'il s'agissait d'un bâtiment d'habitation utilisé en principe par le seul propriétaire<sup>27</sup> et par la différence de hauteur qualifiée de minime entre la situation de fait et les exigences techniques. Il est certain que la solution aurait été inverse si les lieux avaient été ouverts au public.

8. A l'occasion de chutes dues à des irrégularités du revêtement des trottoirs, la jurisprudence a insisté sur la prudence que l'on peut raisonnablement exiger des piétons. Ainsi, les usagers doivent prendre garde eux-mêmes lorsque la bordure du trottoir est devenue lisse par l'effet de l'usage au lieu d'avoir une surface rugueuse et bien martelée<sup>28</sup>; de même leur appartient-il d'adopter un comportement raisonnable et d'user d'une prudence normalement exigible lorsque l'on constate une différence de niveau de 1 à 2 centimètres dans un trottoir<sup>29</sup>. Dans ces deux cas, la responsabilité du propriétaire des trottoirs a été écartée.

## 2. *L'éclairage*

9. L'intensité de l'éclairage des abords d'un bâtiment dépend à nouveau de l'affectation donnée aux lieux. Une petite ruelle donnant accès à deux maisons locatives doit comporter un éclairage suffisant<sup>30</sup>. En revanche, un tel éclairage n'est pas nécessaire dès qu'il s'agit d'une maison privée habitée par le propriétaire et lorsque le danger de chute est reconnaissable avec un minimum d'attention<sup>31</sup>. De même, l'absence d'éclairage d'une promenade dans le parc d'un établissement thermal le long d'un lac ne doit pas être considérée comme un défaut de l'ouvrage, mais signifie que cette promenade n'est pas destinée à être empruntée de nuit<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> ATF 96 II 34, JdT 1971 I 351. Voir également *infra* n. 13.

<sup>25</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.191/2005 consid. 2.1.

<sup>26</sup> Norme SIA-358 (garde-corps) ch. 2.11 et 2.12.

<sup>27</sup> A teneur du ch. 0.31 de la Norme SIA-358, des dérogations sont notamment admises dans un bâtiment d'habitation utilisé par le propriétaire lui-même.

<sup>28</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 12 décembre 1950, publié in JdT 1951 I 425.

<sup>29</sup> CJ, SJ 1970 p. 97.

<sup>30</sup> ATF 25 II 111.

<sup>31</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.191/2005 consid. 2.3.

<sup>32</sup> OGer Thurgau, RSJ 1934 p. 168 n. 142.

### 3. Le déneigement

10. Même si l'entretien des chaussées et trottoirs incombe d'abord aux collectivités publiques, des propriétaires privés peuvent être appelés à répondre d'un accident dû à un mauvais déneigement ou à l'absence de tout déneigement<sup>33</sup>. Ainsi, ce que la jurisprudence met à la charge des collectivités publiques doit en règle générale servir d'inspiration pour la responsabilité des particuliers<sup>34</sup> (cf. cependant n. 11 *infra*). Si des dispositions cantonales prévoient l'obligation de répandre du sel ou du sable pour éviter les glissades des piétons, l'absence de ces mesures constitue en principe un défaut d'entretien de l'ouvrage; à l'inverse, le respect des dispositions de droit public n'est qu'un indice que le propriétaire s'est conformé à son devoir d'entretien, ce qui conduit généralement à exclure sa responsabilité. En l'absence de normes de droit public, l'art. 58 CO impose le recours aux règles de prudence élémentaire<sup>35</sup>. Cette prudence s'apprécie au regard des particularités de chaque cas d'espèce, notamment de l'intensité du trafic piéton à l'endroit concerné<sup>36</sup>. S'agissant de la pose d'une barre à neige sur le toit d'un immeuble, par exemple, il est déterminant de savoir ce que surplombe le toit en question: s'il domine un espace utilisé par le seul propriétaire, une telle installation n'est pas nécessaire; en revanche, s'il donne sur le chemin d'accès d'une (autre) maison privée, emprunté par ses habitants et leurs invités, la présence d'une barre à neige s'impose; il en va de même *a fortiori* lorsque le toit surplombe une rue<sup>37</sup>.

11. Lorsqu'elle examine le devoir de la collectivité publique de déneiger rues et trottoirs ou d'y répandre du sel ou du sable, la jurisprudence accorde un poids particulier à la question de savoir si cet entretien peut être supporté par les finances publiques<sup>38</sup>. Il ne peut en aller de même des propriétaires privés qui, contrairement aux collectivités publiques, ne doivent pas assumer de nombreuses autres tâches d'intérêt général. Dès lors, la charge financière de l'entretien des abords d'un bâtiment ne saurait en principe permettre au propriétaire privé de s'exempter de sa responsabilité. Ainsi, indépendamment de toute question liée aux coûts de cette opération, le Tribunal fédéral impose au propriétaire privé de saler ou de sabler une place de parc recouverte de ré-

---

<sup>33</sup> A Genève, la Loi cantonale sur les routes prévoit une responsabilité respectivement de l'Etat, de la commune ou des propriétaires, selon qu'il s'agit d'une route cantonale, communale ou d'un chemin privé (art. 19, 25 et 40 Loi sur les routes: L 11).

<sup>34</sup> KG Graubünden, RSJ 1960 p. 141 n. 58 consid. 1. Pour une approche systématique: BK-BREHM, n. 226-230 *ad* art. 58.

<sup>35</sup> ATF 130 III 736 consid. 1.4. Voir également BK-BREHM, n. 193-194 *ad* art. 58.

<sup>36</sup> ATF 91 II 197 consid. 2.

<sup>37</sup> OGer Luzern, RSJ 1967 p. 190 n. 87.

<sup>38</sup> BK-BREHM, n. 210 *ad* art. 58 parle à ce propos d'une véritable preuve libératoire dont disposent les collectivités publiques.

sidus neigeux lorsque la température est négative<sup>39</sup>. Ce devoir doit cependant trouver sa limite lorsque le passant prend un raccourci visiblement couvert de neige et de glace au lieu d'emprunter le chemin habituel qui ne comporte pas de risque de glissade<sup>40</sup>.

#### 4. *Les mesures pour prévenir le danger*

12. Pour apprécier l'adéquation des mesures prises ou omises par les propriétaires, il faut, d'une part, savoir si l'exclusion du danger est possible sur le plan technique et, d'autre part, si on peut raisonnablement les imposer au propriétaire, du point de vue de leur coût<sup>41</sup>. Dans le domaine qui nous intéresse (les abords d'un bâtiment privé), les dangers auxquels est susceptible d'être confronté un utilisateur sont identifiés depuis longtemps et les moyens de les éliminer sont connus. Se pose dès lors uniquement la question du coût des mesures de prévention du danger, en rapport avec l'usage que retire le propriétaire de son ouvrage: il s'agit de la question de la proportionnalité économique des mesures de prévention du danger.

13. Certaines mesures simples et peu coûteuses sont proportionnées. Ainsi, dans l'affaire déjà mentionnée du surplomb de quelque 30 centimètres aux abords d'un établissement public, on peut exiger du propriétaire qu'il prolonge sur un mètre cinquante la haie de troènes déjà existante car cette mesure n'est pas coûteuse<sup>42</sup>. La pose d'un garde-corps n'aurait rien non plus de prohibitif pour le propriétaire s'agissant d'une courte distance. On peut de même attendre du propriétaire d'une clôture faite d'un treillis métallique de 82 centimètres de hauteur qu'il maintienne la tension de cette installation de façon à ce qu'elle assure une sécurité suffisante: cette mesure peu coûteuse aurait en effet empêché la chute d'une personne puisque, du fait de l'absence de tension du treillis, celui-ci n'avait plus qu'une hauteur de 72 centimètres, ce qui n'assurait plus un point d'appui suffisant pour retenir une personne perdant l'équilibre<sup>43</sup>. On peut enfin signaler que le propriétaire doit prendre des mesures de prévention des accidents adaptées aux circonstances: tel n'est pas le cas d'un simple cône en plastique rouge et blanc pour signaler l'absence de borne «abeille» jaune et noire annonçant la présence d'un îlot central sur la chaussée; du fait de la durée prévisible de la réparation (une semaine) et de l'incivilité croissante (qui rend très probable le vol des cônes

---

<sup>39</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4P.122/2003 consid. 3.4.

<sup>40</sup> KG Graubünden, RSJ 1960 p. 141 n. 58 consid. 1.

<sup>41</sup> ATF 130 III 736 consid. 1.3 *in fine* et les références. BK-BREHM, n. 60 *ad art.* 58; WERRO, n. 615.

<sup>42</sup> TC, RVJ 1968 p. 160.

<sup>43</sup> ATF 96 II 34, JdT 1971 I 354.

ou leur renversement), l'installation d'un écriteau fixé à l'aide d'un parpaing était nécessaire<sup>44</sup>.

14. Parmi les mesures qui ne sont pas proportionnées, relevons la pose d'une rambarde tout le long d'une promenade au bord d'un lac: une telle installation n'est pas usuelle dans ce genre d'endroit, ce d'autant plus qu'en l'espèce aucun accident ne s'était produit sur les lieux dans les 45 ans précédents<sup>45</sup>. Il faut préciser que le parc était attenant à un établissement thermal fréquenté par des clients supposés être en pleine possession de leurs moyens. La solution aurait certainement été différente s'il s'était agi d'un établissement scolaire. De même, on ne peut exiger des propriétaires de maisons privées qu'ils clôturent tous les chemins et quais de cours d'eau à proximité de leur habitation: une telle obligation n'existe pas du moment que le danger pour un utilisateur moyennement attentif est très réduit<sup>46</sup>. Enfin, on ne peut attendre du propriétaire d'une terrasse de restaurant qu'il enfouisse une racine qui affleure, car cette mesure n'assure pas de résultat à long terme<sup>47</sup>.

## **B. Les arbres**

### **1. *L'arbre en tant que produit de la nature***

15. L'arbre qui a poussé naturellement sans avoir été planté par l'homme et dont celui-ci ne s'est jamais occupé n'est pas un ouvrage. Selon les termes du Tribunal fédéral, «comme œuvre de la nature, un arbre ne peut d'une manière générale être considéré comme un ouvrage»<sup>48</sup>. Il n'y a par exemple pas de responsabilité du propriétaire d'une forêt<sup>49</sup>. Cette approche restrictive de la notion d'ouvrage trouve tout son écho dans la jurisprudence. Ainsi, la chute d'une branche pourrie d'un orme tricentenaire sur un enfant jouant à proximité n'entraîne pas la responsabilité du propriétaire selon l'art. 58 CO<sup>50</sup>. Pour la même raison, la responsabilité du propriétaire d'ouvrage est exclue pour la chute d'un frêne entraînant des dégâts matériels à deux voitures stationnées à proximité<sup>51</sup>.

---

<sup>44</sup> Arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 24 juin 2005, ACJC/833/2005 consid. 3.1. (en annexe, p. 67 ss).

<sup>45</sup> OGer Thurgau, RSJ 1934 p. 168 n. 142. Sur la portée d'un usage durable en tant qu'indice de l'absence de défaut: BK-BREHM, n. 57 *ad art.* 58.

<sup>46</sup> ATF 130 III 736 consid. 2.1.

<sup>47</sup> OGer Thurgau, RSJ 1957 p. 77 n. 41.

<sup>48</sup> TF, SJ 1985 p. 323 consid. 2a.

<sup>49</sup> ROTEN, n. 1634.

<sup>50</sup> TC Vaud, RSJ 1973 p. 379 n. 166.

<sup>51</sup> TF, SJ 1985 p. 323.

## 2. *L'arbre en tant qu'ouvrage*

16. La doctrine retient cependant que l'arbre devient un ouvrage dès qu'il a subi une influence directe de l'homme au point d'avoir été modifié physiquement<sup>52</sup>; elle cite à titre d'exemples l'entrée d'un hôtel qui est bordée d'une haie d'arbres, la haie d'arbres servant d'abri contre le vent ou les plantes en bordure d'une route<sup>53</sup>. Ces exemples peuvent être étendus pour tous les cas où l'arbre est intégré dans un ensemble bâti: tel est par exemple le cas d'une place de parking aménagée sous des arbres, ceux-ci constituant alors un élément de l'ouvrage qu'est la place de parc<sup>54</sup>.

17. L'extension de la qualité d'ouvrage pour l'arbre planté par l'homme en milieu urbain se justifie du fait que l'utilisation de matériaux inertes ne devrait pas être traitée différemment de celle de matériaux vivants et s'inscrit dans l'interprétation large que fait la jurisprudence de la notion d'ouvrage<sup>55</sup>. De surcroît, elle présente, du point de vue du lésé, les avantages suivants: la responsabilité du propriétaire est engagée même lorsque le défaut (par exemple la pourriture d'une branche) n'est pas visible et qu'un examen de l'arbre en question n'est pas usuel; c'était le cas de l'orme tricentenaire, pour lequel une responsabilité fondée sur l'art. 41 CO était exclue<sup>56</sup>. Par ailleurs, le propriétaire répond du simple cas fortuit<sup>57</sup>, ce qui étend sa responsabilité par rapport à l'art. 41 CO.

## C. La place de jeux pour enfants

18. Les places de jeux pour enfants sont source d'accidents, notamment en raison de l'inconscience du danger qui est inhérente au jeune âge de leurs utilisateurs. Pour prévenir ce risque, il existe des documentations très détaillées sur la conception de ces aires de jeux<sup>58</sup>. Dans la mesure où le propriétaire de l'installation s'est conformé aux recommandations de construction

---

<sup>52</sup> OFTINGER / STARK, p. 192 s.; ROTEN, n. 1636; BK-BREHM n. 30 *ad* art. 58. La problématique est la même pour les cours d'eau « naturels » lorsque l'on sait qu'en Suisse la quasi-totalité de ceux-ci sont endigués sur tout leur cheminement (ROTEN, RVJ 2001 p. 17).

<sup>53</sup> ROTEN, n. 1639; WERRO, n. 596-597.

<sup>54</sup> TC Vaud, RSJ 1979 p. 130 n. 23.

<sup>55</sup> De manière générale: BK-BREHM, n. 25 *ad* art. 58.

<sup>56</sup> RSJ 1973 p. 379 n. 166.

<sup>57</sup> Voir *supra* n. 2.

<sup>58</sup> Voir en particulier celles éditées par le Bureau suisse de prévention des accidents (BPA): documentation R 0101 « Aires de jeux » comprenant plus de 70 pages et Mb 9613 « Places de jeux pour enfants: conseils et recommandations » (accessibles sur le site [www.bpa.ch](http://www.bpa.ch)); cette documentation mentionne également toutes les normes techniques applicables.

généralement admises, sa responsabilité est en principe exclue<sup>59</sup>; s'il les a violées, par exemple en omettant d'assurer une maintenance suffisante, l'art. 58 CO trouve application.

19. De fait, la jurisprudence est très pauvre sur le sujet. On en retire néanmoins l'enseignement que la surveillance des parents sur de très jeunes enfants est capitale: les parents qui laissent un enfant de trois ans et demi jouer à proximité d'habitations en l'absence toute surveillance ne peuvent se retourner contre le propriétaire de la voie d'accès qui ne comporterait pas – pour des enfants de cet âge – des protections contre les chutes dans un cours d'eau<sup>60</sup>. Pour le surplus, s'inspirant de cas ayant trait à d'autres situations, on peut imaginer certains exemples: ainsi, le fait de laisser des plantes toxiques à proximité immédiate d'une aire de jeux constitue certainement un défaut de l'ouvrage<sup>61</sup>; il en va de même de l'utilisation de produits toxiques pour l'entretien d'installations destinées aux enfants<sup>62</sup>.

## D. La piscine

20. Le bassin d'une piscine est, de jurisprudence constante, un ouvrage au sens de l'art. 58 CO<sup>63</sup>. A l'instar des aires de jeux pour enfants, les piscines constituent des installations qui sont dangereuses en elles-mêmes. Il existe dès lors également des normes techniques très détaillées sur la construction et l'exploitation de piscines<sup>64</sup>. Les accidents relatés par la jurisprudence mettent souvent en cause la profondeur d'eau insuffisante, responsable de graves lésions corporelles à la suite du plongeon de la victime. Si, en raison de la faible profondeur d'eau, la plate-forme supérieure d'un plongeoir ne présente pas de sécurité suffisante pour ceux qui utilisent l'installation conformément à sa destination, il s'agit d'un défaut de conception de l'ouvrage; l'absence de normes techniques sur ce point ainsi que l'absence d'accidents sur

---

<sup>59</sup> Pour un exemple où la responsabilité du propriétaire a été engagée en cas d'accident survenu à un enfant alors que les normes techniques avaient été respectées: ATF 60 II 218, encore cité dans l'ATF 130 III 736 consid. 1.5.

<sup>60</sup> ATF 130 III 736 consid. 2.2.2.

<sup>61</sup> OGer Aargau, RSJ 1932 p. 14: par analogie avec la présence d'ifs (arbres toxiques pour les chevaux) plantés à proximité d'une esplanade destinée à recevoir ces animaux.

<sup>62</sup> ATF 79 II 407: par analogie avec l'imprégnation de poteaux électriques en bois avec un produit toxique pour le bétail.

<sup>63</sup> ATF 64 II 198 consid. 1.

<sup>64</sup> La documentation R 9805 du BPA donne de précieuses indications pratiques sur le sujet et renvoie à toute une série de normes et règlements sur la sécurité des piscines (voir le site [www.bpa.ch](http://www.bpa.ch)).

ce plongeur pendant des décennies ne sauraient exempter le propriétaire de sa responsabilité<sup>65</sup>.

21. En matière de plongeur, se pose la question de savoir si le fait de sauter à l'endroit litigieux est conforme à l'installation. Dans une piscine dont les bords étaient aménagés sous la forme d'une rocaille avec des plantes tropicales en matière plastique, l'insuffisance de la profondeur d'eau n'était pas perceptible pour les utilisateurs, en particulier les enfants; par ailleurs, cet aménagement n'était pas propre à dissuader les baigneurs de plonger; enfin, aucun écriteau ne déconseillait le plongeur, aucune barrière n'interdisait cette activité et le bassin n'était guère surveillé: un défaut de l'ouvrage a donc été retenu<sup>66</sup>. Il y a également défaut de l'ouvrage lorsque la limite pour les non-nageurs n'est pas marquée dans le bassin et que le fond de la piscine est raide et glissant<sup>67</sup>. Encore plus dramatique, la chute du plafond suspendu d'une piscine couverte en raison de la corrosion de l'acier d'une pièce portante fonde aussi la responsabilité civile du propriétaire<sup>68</sup>.

## IV. Le bâtiment

22. Se trouver dans un bâtiment affecté de défauts est source de danger. Ces dangers peuvent se concrétiser par des chutes ou des glissades sur le sol (n. 23-28) ou dans les escaliers (n. 29-30). Ils peuvent également être dus au mauvais fonctionnement des installations de l'immeuble, que ce soit l'ascenseur (n. 32-25), la salle de bain ou la buanderie (n. 36-37). Enfin, on peut se demander si la présence d'une antenne de téléphonie mobile garnissant le toit d'une habitation constitue un défaut au sens de l'art. 58 CO (n. 38-39).

### A. Le sol du bâtiment

#### 1. Les surplombs et les irrégularités du sol

23. A l'instar de ce qu'on a vu pour les abords de l'immeuble (n. 5 *supra*), l'affectation du bâtiment a une importance déterminante pour savoir si un

---

<sup>65</sup> ATF 123 III 306 consid. 3/b/bb. Il s'agissait d'un plongeur haut de 3 mètres 20 surplombant un plan d'eau d'une profondeur de 1 mètre 85 à 2 mètres 15. A la suite du plongeur, la victime est restée tétraplégique.

<sup>66</sup> ATF 116 II 422 consid. 2, JdT 1991 I 162. Plongeur malheureux d'une hauteur de 1 mètre 30 dans une eau profonde de 1 mètre 60 entraînant également la tétraplégie de la victime.

<sup>67</sup> ATF 64 II 198 consid. 1.

<sup>68</sup> ATF 115 IV 199, JdT 1991 IV 71. L'arrêt concerne exclusivement la responsabilité pénale de l'ingénieur chargé de la surveillance de l'installation, contre lequel le propriétaire de l'ouvrage est en droit de se retourner s'il est directement actionné par la victime (art. 58 al. 2 et 51 al. 2 CO).

surplomb est constitutif de défaut ou non. Dans un local utilisé occasionnellement à titre de dépôt, la présence d'une trappe dépourvue de barrière lorsqu'elle est ouverte et donnant accès à une cave profonde de 2 mètres ne constitue pas une installation qui présente un danger pour celui qui s'en sert avec la prudence requise<sup>69</sup>. En revanche, lorsque le local est converti en kiosque et qu'un employé est régulièrement amené à se rendre dans l'arrière-boutique pour y chercher du matériel, un passage de 70 centimètres de largeur au-dessus d'un tel surplomb constitue un défaut de l'ouvrage<sup>70</sup>. Constitue également un défaut le muret de 25 centimètres de hauteur bordant le toit d'un immeuble de 9 étages, lorsque cette surface est engazonnée et que le concierge de l'immeuble doit tondre régulièrement cette pelouse pendant la belle saison<sup>71</sup>. En raison de l'affectation des lieux, une prudence accrue peut cependant être exigée : ainsi, la présence d'une fosse dans un atelier de réparation est parfaitement normale et il appartient à la personne se trouvant dans de tels lieux d'y prêter garde ; dès lors, une chute dans cette fosse n'entraîne pas la responsabilité du propriétaire d'ouvrage<sup>72</sup>. Enfin, dans une maison particulière, une configuration inusuelle – telle la présence d'un escalier en colimaçon caché derrière une porte – n'est pas constitutive de défaut lorsque celle-ci est uniquement empruntée par des personnes qui la connaissent bien<sup>73</sup>.

24. S'agissant des irrégularités du sol, les exigences sont également plus élevées lorsqu'il s'agit d'un local ouvert au public que lorsque l'on est dans une maison privée. Dans un magasin, l'attention des acheteurs est en effet principalement attirée par les marchandises mises en exposition de sorte qu'ils ne prêtent pas garde au sol sur lequel ils se déplacent ; ils doivent donc – même avec une attention réduite – pouvoir y évoluer sans danger. Dans de telles circonstances, une irrégularité de 5,5 centimètres dans le niveau du sol constitue un défaut de l'ouvrage et la responsabilité du propriétaire est engagée lorsqu'un touriste s'y encoule et se blesse en tombant la tête la première dans une vitrine<sup>74</sup>. Dans le couloir d'un hôtel conduisant aux toilettes, la présence d'une marche isolée – qui n'était signalée ni par un revêtement différent au sol, ni par un panneau d'avertissement – constitue un défaut de l'ouvrage. L'expérience générale de la vie enseigne en effet que même un usa-

---

<sup>69</sup> ATF 106 II 201 consid. 3a, JdT 1981 I 130 qui expose l'argumentation juridique de la cour cantonale. Dans le considérant suivant (3b), le Tribunal fédéral est plus restrictif que les juges cantonaux puisqu'il affirme que « *même dans un bâtiment en construction un tel état de choses serait inadmissible* ».

<sup>70</sup> ATF 106 II 201 consid. 3b, JdT 1981 I 130.

<sup>71</sup> ATF 106 II 208 consid. 1a.

<sup>72</sup> CJ, SJ 1968 p. 464 consid. 1.

<sup>73</sup> ATF 81 II 450 consid. 2b.

<sup>74</sup> TC, RVJ 2004 p. 163 consid. 5b.

ger moyennement attentif omet facilement de prendre garde à une marche isolée, ce qui doit amener le propriétaire d'un local largement ouvert au public à prendre des mesures de précaution particulières<sup>75</sup>. Dans une habitation privée, des inégalités minimales du plancher (creux de surface réduite, profonds de 2 à 3 millimètres) ne constituent pas des défauts de l'ouvrage : il appartient à ses occupants de connaître ces imperfections et d'agir en conséquence ; quant aux visiteurs occasionnels qui ne connaissent pas les lieux, ils doivent faire preuve d'une prudence particulière et ne sauraient partir du principe – comme en matière de bâtiments accessibles au public – qu'il n'y a aucun danger<sup>76</sup>.

## 2. *Les risques de glissade*

25. La nature glissante d'un revêtement constitue un danger pour ses utilisateurs. Ce danger est identifié dans les milieux de la construction et donne lieu à une documentation technique très élaborée tant en ce qui concerne la qualité du matériau choisi que les recommandations d'entretien<sup>77</sup>. Même si on ne trouve pas de références à ces textes dans les décisions publiées, ils doivent certainement guider le juge lorsqu'il est saisi d'un cas de ce genre. Sur ce point, on rappellera que le respect de telles normes ne constitue qu'un indice que l'ouvrage n'est pas entaché de défaut, tandis que la violation de celles-ci n'entraîne pas sans autre examen la responsabilité du propriétaire (cf. *supra* n. 10)<sup>78</sup>.

26. Dans une affaire mettant en cause le hall d'une banque couvert de pierres calcaires très dures et assimilables à du marbre, le Tribunal fédéral a estimé que le risque de glissade sur un tel dallage peut être apprécié dans une large mesure selon l'expérience<sup>79</sup>. Se montrant particulièrement exigeant puisqu'il s'agissait d'un bâtiment ouvert au public, le Tribunal fédéral a insisté sur le fait que, dans de tels endroits, les personnes de tout âge et de toute condition doivent pouvoir se déplacer sans risque de glissade, même sans prêter à leur marche une attention particulière. A cet égard, l'utilisation du même matériau dans d'autres édifices n'exclut pas, dans le cas particulier,

---

<sup>75</sup> ATF 117 II 399 consid. 3d, JdT 1992 I 555. Voir également *infra* n. 28.

<sup>76</sup> ATF 66 II 109 consid. 3c, JdT 1940 I 367.

<sup>77</sup> Voir en particulier les normes SIA 752, 753 et 184, relatives respectivement aux « *Revêtements de sols industriels sans joint* », aux « *Revêtements de sol en linoléum, plastique, caoutchouc, etc.* » et aux « *Travaux de nettoyage de bâtiments* ». Le BPA a également publié des recommandations intitulées « *Revêtements de sol: conseils pour la planification, l'exécution et la maintenance de revêtements de sol antidérapants* » (R 0210, accessible sur le site [www.bpa.ch](http://www.bpa.ch)).

<sup>78</sup> Voir sur ce point BK-BREHM, n. 58a *ad* art. 58 ; WERRO, n. 613.

<sup>79</sup> « *Comme toute surface dure, lisse et polie, ce sol est glissant* » (ATF 88 II 417 consid. 2).

la présence d'un vice de conception; quant à l'impression de luxe que véhicule cette pierre et à ses qualités de résistance à l'usure, il s'agit d'avantages qui profitent au seul propriétaire et ne garantissent nullement la sécurité des passants<sup>80</sup>. Par conséquent, l'existence d'un défaut de conception a été retenue. Les mêmes principes s'appliquaient dans une montée d'escaliers desservant des logements locatifs: il était question d'une chute due à la présence d'un paillason tissé ayant glissé sur le parquet fraîchement encaustiqué d'un palier. Ce n'était pas tant l'emploi d'encaustique – habituellement utilisé pour nettoyer un parquet – que le recours à un paillason trop sec – et par là même dangereux – qui était en cause. Cet état de fait particulier constituait ainsi un défaut de conception de l'ouvrage<sup>81</sup>. Il est certain que, dans une maison particulière, le même état de fait n'aurait pas entraîné l'application de l'art. 58 CO.

### 3. *Les mesures pour prévenir le danger*

27. Dans les exemples qui précèdent, des mesures simples et peu coûteuses auraient permis d'éviter l'accident ou – s'il s'était tout de même produit – d'exonérer le propriétaire de sa responsabilité. La pose d'une barrière devant la trappe de l'arrière-boutique d'un kiosque empêche toute chute<sup>82</sup>. Une irrégularité abrupte du sol de 5,5 centimètres peut être remplacée par une pente douce, lorsque cela est possible techniquement; plus facilement, l'utilisation au sol d'une couleur bien visible ou le recours à un éclairage spécial mettant en évidence le danger réduisent les risques de chute; enfin, l'installation d'une porte, l'existence d'une chaîne bien visible ou la présence d'une autre forme de clôture empêchent les accidents<sup>83</sup>. Lorsque le caractère glissant du sol est en cause, on peut envisager la pose de caoutchouc ou de toute autre matière antidérapante sur les lieux de passage et il faut choisir pour l'entretien le produit le mieux adapté<sup>84</sup>.

28. Parmi les mesures les plus simples, se trouve la présence d'une pancarte annonçant le danger. Un tel dispositif – à placer à l'endroit approprié – est adapté pour signaler la présence d'une marche isolée dans le vestibule d'un hôtel<sup>85</sup>, pour annoncer une différence de 5,5 centimètres dans le niveau du

---

<sup>80</sup> ATF 88 II 417 consid. 2.

<sup>81</sup> OGer, ZR 1937 p. 290 n. 148.

<sup>82</sup> ATF 106 II 201 consid. 3a, JdT 1981 I 130 (mesure prise spontanément par le propriétaire immédiatement après l'accident).

<sup>83</sup> TC, RVJ 2004 p. 163 consid. 5b et c.

<sup>84</sup> ATF 88 II 417 consid. 2.

<sup>85</sup> ATF 117 II 399 consid. 3d, JdT 1992 I 555.

sol d'un bazar<sup>86</sup> ou pour prévenir de la présence de verglas à la sortie immédiate d'un magasin<sup>87</sup>. Un éclairage suffisant permet également de parer à certains dangers de chute dans des lieux obscurs<sup>88</sup>. Pour mémoire, le principe de la proportionnalité économique n'exige pas du propriétaire la réparation de défauts minimes affectant de vieilles maisons vouées à un usage privé lorsque cette intervention serait sans commune mesure avec le rendement de l'immeuble<sup>89</sup>.

## B. Les escaliers

29. En moyenne, ce sont en Suisse plus de 60 000 accidents par année qui sont la conséquence de « chutes ou de faux pas dans les escaliers »<sup>90</sup>. Dans ces circonstances, l'existence de normes techniques et de recommandations pour la construction des escaliers n'étonne pas<sup>91</sup>. Quant aux exemples tirés de la jurisprudence, ils concernent d'abord des chutes dues à l'absence de mains courantes. Se référant à des normes de police de construction zurichoises, le Tribunal supérieur de ce canton a statué que constituait un défaut de conception l'absence de balustrade pour un escalier de sept marches et demie conduisant à la cave d'une maison locative<sup>92</sup>. Le résultat aurait été semblable en se fondant sur les normes de l'art, puisque, en règle générale, les escaliers de plus de cinq marches sont munis de mains courantes (ch. 2.21 Norme SIA-358). Indépendamment de toute référence à des normes techniques ou légales, l'absence de main courante dans la cage d'escalier d'une maison locative entraîne la responsabilité du propriétaire : s'il s'agit d'une absence provisoire, on parlera de défaut d'entretien et non de défaut de conception, le résultat étant au demeurant le même dans les deux cas<sup>93</sup>. En revanche, l'interruption sur un mètre seulement – pour faire place à un mur – de la balustrade d'un escalier dans une maison individuelle ne constitue pas un défaut de l'ouvrage. A cet égard, l'existence de normes administratives imposant l'installation d'une main courante dans tout escalier nouvellement

---

<sup>86</sup> TC, RVJ 2004 p. 163 consid. 5b.

<sup>87</sup> ATF 118 II 36 consid. 4b, JdT 1993 I 307.

<sup>88</sup> Voir par analogie les jurisprudences relatives à l'éclairage des cages d'escaliers (*infra* n. 30).

<sup>89</sup> ATF 66 II 109 consid. 2a, JdT 1940 I 367.

<sup>90</sup> Voir en détail les statistiques du BPA pour les années 1998 à 2003 (accessibles sur le site [www.bpa.ch](http://www.bpa.ch)).

<sup>91</sup> Voir en particulier la Norme SIA-358 « Garde-corps » et la documentation du BPA « Escaliers dans les immeubles et les bâtiments publics » (Mb 0204).

<sup>92</sup> OGer, ZR 2002 p. 281 n. 92 consid. 2f. Sur le rapport entre normes de droit public et existence d'un défaut au sens de l'art. 58 CO, voir BK-BREHM, n. 58-58a *ad* art. 58; WERRO, n. 613.

<sup>93</sup> ATF 69 II 394 consid. 3, JdT 1944 I 241.

construit reste sans incidence s'agissant en l'espèce d'une construction ancienne utilisée par une seule famille<sup>94</sup>.

30. Les escaliers peuvent également présenter un défaut d'entretien en cas d'usure des marches. Même s'il appartient d'abord à l'usager de prêter attention à cette usure et de se comporter selon ses observations, certaines irrégularités trop importantes constituent un défaut au sens de l'art. 58 CO. Tel était le cas d'un escalier extérieur donnant accès à un appartement locatif: comme les marches de cet escalier étaient construites en béton et pourvues d'une bordure en fer, le bord métallique s'était usé moins vite que le dessus de la marche, de sorte qu'un locataire avait vu son pied retenu par le bord métallique et avait trébuché; comme on pouvait attendre du propriétaire qu'il remédie facilement et sans grand frais à ce défaut, sa responsabilité était engagée<sup>95</sup>. Constitue également un défaut d'entretien, l'absence momentanée d'éclairage d'une cage d'escalier, que celle-ci soit due à l'usure de l'ampoule ou même au vandalisme de tiers: il appartient en effet au propriétaire de prendre toutes les mesures nécessaires pour remédier à ce genre de situations<sup>96</sup>. De nos jours, ce problème peut être résolu par l'installation d'un éclairage d'appoint qui prend le relais en cas de panne<sup>97</sup>.

## C. Les installations du propriétaire

31. Outre le sol, les murs et les escaliers, le bâtiment peut être pourvu de différentes installations qui appartiennent également au propriétaire de l'immeuble. Certaines se trouvent à la disposition des habitants de l'immeuble ou de leurs hôtes ou servent tout au moins leur intérêt: ce sont l'ascenseur (n. 32-25), les conduites d'eau, les appareils de la salle de bains ou de la cuisine (n. 36-37). D'autres n'ont pas pour but de servir l'intérêt direct des utilisateurs de l'immeuble: on pense à l'antenne électromagnétique disposée sur le toit du bâtiment (n. 38-39). Dans tous les cas, l'installation n'a pas à revêtir le caractère de chose immobilière au sens des droits réels: ainsi, de simples accessoires peuvent constituer un ouvrage, pour autant qu'ils soient rattachés au sol, même de façon seulement temporaire<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> ATF 72 II 176 consid. 2.

<sup>95</sup> TF, JdT 1953 I 71 consid. 3.

<sup>96</sup> ATF 60 II 341 consid. 2.

<sup>97</sup> Voir à ce propos la documentation du BPA «Revêtements de sol: conseils pour la planification, l'exécution et la maintenance de revêtements de sol antidérapants» (R 0210, p. 70).

<sup>98</sup> BK-BREHM, n. 43 s ad art. 58; OFTINGER / STARK, p. 189; WERRO, n. 586 et 590.

## 1. L'ascenseur

32. De jurisprudence constante, l'ascenseur constitue un ouvrage au sens de l'art. 58 CO<sup>99</sup>. Autrefois exceptionnelle, la présence d'un ascenseur dans un immeuble constitue aujourd'hui la règle. Malgré les progrès de la technique, ces installations sont toujours susceptibles d'entraîner des accidents, aux conséquences parfois dramatiques. Les premiers accidents recensés par la jurisprudence consistent en des chutes des utilisateurs dans la cage de l'ascenseur en raison de l'absence ou du mauvais fonctionnement des mécanismes de sécurité existant à l'époque<sup>100</sup>. Ces défauts de conception ou d'entretien des installations ont entraîné l'application de l'art. 58 CO, indépendamment de toute référence à des normes techniques ou légales. Ces décisions, pourtant anciennes, insistent sur le caractère objectif de la responsabilité du propriétaire du bâtiment: ainsi, le fait d'avoir confié à un tiers l'entretien de l'installation ne décharge pas le propriétaire de sa responsabilité; le propriétaire ne peut pas non plus se prévaloir du fait que l'état défectueux de l'ascenseur lui a échappé sans sa faute<sup>101</sup>; enfin, se borner à avertir le technicien de l'existence d'un défaut n'est pas suffisant, car il appartient au propriétaire qui a connaissance d'un problème mettant en cause la sécurité de l'installation de mettre celle-ci hors service<sup>102</sup>. Cette mise hors service est d'autant plus indiquée que l'accès aux étages de l'immeuble reste toujours possible au moyen des escaliers.

33. Depuis ces jurisprudences, des normes légales ont été adoptées et des recommandations techniques ont été édictées en vue d'éviter les accidents dus à l'utilisation des ascenseurs. Sur le plan national<sup>103</sup>, on peut citer la Loi fédérale sur la sécurité d'installations d'appareils techniques<sup>104</sup> ainsi que l'Ordonnance sur la sécurité des ascenseurs<sup>105</sup>, à laquelle est jointe une annexe très

---

<sup>99</sup> ATF 35 [1909] II 421 consid. 1. En dernier lieu: arrêt 4C.386/2004, publié in RSJ 2005 p. 271 n. 3 et résumé in DC 2005 p. 185 n. 367.

<sup>100</sup> ATF 35 II 421 consid. 1 (mauvais fonctionnement du frein de sécurité de la cabine); ATF 41 II 687 (absence de mécanisme empêchant l'ouverture des portes extérieures lorsque la cabine ne se trouve pas à la hauteur du palier); CJ, SJ 1918 p. 266 consid. 2 (mauvais fonctionnement d'un dispositif devant empêcher la mise en marche de la cabine lorsque les portes de la cage d'escalier sont ouvertes).

<sup>101</sup> ATF 35 II 421 consid. 1 *in fine*.

<sup>102</sup> CJ, SJ 1918 p. 266 consid. 2.

<sup>103</sup> Comme à son habitude, la législation européenne est particulièrement riche sur le sujet (pour un aperçu: cf. WYSS, p. 59-62).

<sup>104</sup> RS 819.1, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1978. L'art. 3 de cette loi dispose que « Les installations et appareils techniques ne peuvent être mis en circulation que dans la mesure où ils ne mettent pas en danger, s'ils sont utilisés avec soin et conformément à leur destination, la vie et la santé des utilisateurs et des tiers ».

<sup>105</sup> RS 819.3, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1999.

détaillée relative aux « Exigences essentielles de sécurité et de santé relatives à la conception et à la construction des ascenseurs et des composants de sécurité ». La législation cantonale peut aussi imposer des mesures de sécurité propres à chaque canton : à Genève, par exemple, des portes intérieures de cabine ou tout autre dispositif automatique empêchant le coincement entre la cage et le plancher de la cabine sont obligatoires<sup>106</sup>. Des associations privées ont également émis des normes très précises pour la construction ou la maintenance des ascenseurs<sup>107</sup>. Enfin, il faut savoir que les textes légaux eux-mêmes renvoient en partie aux normes techniques, précisant même qu'il doit s'agir de préférence de normes harmonisées sur le plan international (art. 5 Ordonnance fédérale sur la sécurité des ascenseurs; art. 16 al. 3 Règlement genevois précité).

34. On aurait pu penser que ce foisonnement de dispositions légales et techniques alimenterait la jurisprudence. Tel a été le cas dans une affaire où se posait la question de l'espace entre le plafond de la cabine et la paroi de la cage : le Tribunal fédéral a en effet considéré que, pour ne pas avoir respecté la distance minimale requise par les Normes SIA, le propriétaire de l'ascenseur engageait sa responsabilité selon l'art. 58 CO<sup>108</sup>. En revanche, plus récemment, dans le cas de la chute d'une cabine d'ascenseur avec son utilisateur, le Tribunal fédéral a érudé toute discussion en relation avec le respect des normes légales ou techniques citées plus haut<sup>109</sup>. La question se posait cependant puisque l'accident s'était déroulé bien que l'installation fût conforme aux normes et fût l'objet d'une maintenance régulière. En retenant malgré tout la présence d'un défaut de l'ouvrage, les juges fédéraux rappellent le caractère objectif de la responsabilité fondée sur l'art. 58 CO et excluent dans le cadre de cette disposition toute preuve libératoire telle qu'on la connaît pour les art. 55 ou 56 CO<sup>110</sup>. Cette solution est conforme à la jurisprudence antérieure. Elle a également le mérite de la simplicité puisqu'elle oblige le propriétaire qui met à la disposition publique un ascenseur, lorsque surviennent des défauts qui peuvent techniquement être complètement exclues, soit d'arrêter cette installation, soit de prévoir des mécanismes de sécurité

---

<sup>106</sup> Art. 9 al. 1 du Règlement genevois du 30 avril 2003 concernant les ascenseurs et les montecharge (L 5 05.08).

<sup>107</sup> Voir en particulier les Normes SIA-370.001 à 370.080 relatives à la sécurité pour la construction et l'installation des ascenseurs ainsi que les Normes SIA-106 et 370.10 concernant la périodicité des visites d'entretien.

<sup>108</sup> ATF 91 II 201 consid. 3d, JdT 1966 I 80.

<sup>109</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4C.386/2004, publié in RSJ 2005 p. 271 n. 3 et résumé in DC 2005 p. 185 n. 367. Pour un constat amer sur l'absence de toute référence aux dispositions légales ou techniques, voir WYSS, p. 68.

<sup>110</sup> Arrêt 4C.386/2004 consid. 2.2 et 2.3.

efficaces<sup>111</sup>. Enfin, conformément au but de l'art. 58 CO<sup>112</sup>, elle laisse au propriétaire de l'ouvrage – et non au lésé – la charge des accidents, même fortuits, qui en découlent.

35. La coexistence de réglementations fédérales et cantonales sur le même sujet peut poser un problème d'application de l'art. 58 CO lorsque les normes cantonales en matière de sécurité des ascenseurs sont plus exigeantes que les normes fédérales. Ainsi qu'on l'a vu (n. 33), les ascenseurs installés à Genève doivent être munis d'un dispositif empêchant le coincement entre la cage et le plancher de la cabine. Un tel mécanisme a notamment pour but d'éviter des blessures, si la main de l'utilisateur se trouve happée entre le bord supérieur de la cabine et la paroi de la cage, comme cela s'était produit dans une affaire zurichoise déjà citée<sup>113</sup>. Il est certain que l'absence d'un tel mécanisme sur un ascenseur genevois contrevient au droit public cantonal: outre les conséquences pénales prévues par le droit cantonal<sup>114</sup>, cela fonde un acte illicite<sup>115</sup> et autorise le lésé à exiger réparation du propriétaire fautif (art. 41 CO). Qu'en est-il cependant de l'art. 58 CO? A notre sens, la notion de défaut que définit cette disposition doit s'apprécier exclusivement au regard du droit fédéral: dans la mesure où ce droit n'impose pas, sur le plan national, un tel dispositif, son absence ne peut entraîner de responsabilité objective du propriétaire. Certes, la jurisprudence tient parfois compte des particularismes locaux. Cette référence à «l'expérience de la vie, au lieu en question»<sup>116</sup> désigne cependant des éléments purement factuels, telles les crues d'un cours d'eau à un endroit déterminé. Cela ne peut en revanche pas s'entendre de normes de droit cantonal: une solution contraire aurait en effet pour conséquence que le législateur d'un canton pourrait modifier – sur son seul territoire – la portée du droit fédéral. Il résulte de l'opinion soutenue ici que le propriétaire genevois qui s'en remet entièrement à un tiers qualifié pour installer un ascenseur dans son immeuble ne répond pas du dommage consécutif à l'absence de dispositif empêchant le coincement dans la cabine. Seule entre alors en considération la responsabilité délictuelle, l'acte illicite étant la violation du droit administratif cantonal. En raison de l'absence de faute du propriétaire, c'est le tiers chargé de l'installation qui sera seul responsable sur la base de l'art. 41 CO. Cette solution ne porte pas préjudice au lésé puisque, dans un

<sup>111</sup> Arrêt 4C.386/2004 consid. 2.4. Critique sur cette jurisprudence: Wyss, p. 69-73, qui propose d'instituer un système de présomption d'absence de défaut lorsque les normes techniques sont respectées.

<sup>112</sup> WERRO, n. 567.

<sup>113</sup> ATF 91 II 201, JdT 1966 I 80 (cf. *supra* n. 34).

<sup>114</sup> Amende de 100 à 60'000 fr. (art. 137 al. 1 lit. b Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses: L 5 05).

<sup>115</sup> BK-BREHM, n. 33 *ad* art. 41.

<sup>116</sup> ATF 122 III 229 consid. 5/a/bb; ATF 96 II 34 consid. 2, JdT 1971 I 351.

autre canton, la responsabilité du propriétaire ou de l'installateur ne serait pas engagée du tout en raison de l'absence d'obligation légale de prévoir un dispositif empêchant le coincement dans la cabine.

## 2. *Les (autres) installations mises à disposition par le propriétaire*

36. Aujourd'hui, tous les appartements ou les maisons individuelles sont pourvus de salles de bain, lesquelles constituent de longue date un ouvrage au sens de l'art. 58 CO<sup>117</sup>. Lorsque celles-ci étaient pourvues de chauffe-eau fonctionnant au gaz, il en résultait un danger non négligeable d'intoxication si la pièce n'était pas suffisamment ventilée. Ainsi, des salles de bain trop exigües ou pourvues d'un système de ventilation inefficace ont entraîné des accidents parfois mortels. En raison du caractère objectif de la responsabilité, peu importe que le mauvais fonctionnement soit imputable au propriétaire lui-même ou à un tiers. Comme dans la jurisprudence relative aux ascenseurs (n. 32 et 34), il appartient au propriétaire d'une installation défectueuse, soit de prendre des mesures préventives réellement efficaces, soit de mettre hors service l'installation litigieuse<sup>118</sup>. Ces principes s'appliquent évidemment à tous les types d'accessoires de salles de bains, tels que des douches<sup>119</sup>, des baignoires à bulles ou des jacuzzi. Constituent également un ouvrage au sens de l'art. 58 CO les canalisations publiques<sup>120</sup> et les conduites d'eau privées qui desservent une habitation. Il appartient au propriétaire de les entretenir de manière à ce qu'elles ne créent pas d'infiltrations en raison de leur usure ou d'écoulement d'eau en raison de leur explosion sous l'effet du gel<sup>121</sup>.

37. Les immeubles locatifs contiennent souvent des buanderies mises à la disposition des habitants. Les appareils de lavage ou de séchage constituent des ouvrages au sens de l'art. 58 CO et doivent donc remplir toutes les normes de sécurité généralement reconnues: tel n'était pas le cas d'une essoreuse industrielle qui n'était pas pourvue d'un couvercle et dont la force de rotation a entraîné le bras d'un employé<sup>122</sup>. Non recensées par la jurisprudence, les cuisines avec installation de cuisson et de lavage intégrées constituent sans aucun doute des ouvrages au sens de l'art. 58 CO, qui doivent respecter les préceptes de sécurité applicables en la matière. Les portes et les fenêtres

---

<sup>117</sup> ATF 36 [1910] II 188 consid. 2; ATF 41 II 703 consid. 3; ATF 57 II 104 consid. 2.

<sup>118</sup> ATF 117 II 50 consid. 2a.

<sup>119</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.119/2000 consid. 1.

<sup>120</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.135/2003 consid. 3.

<sup>121</sup> CJ, SJ 1970 p. 273 (p. 275); CJ, SJ 1932 p. 327 consid. 2 (p. 332).

<sup>122</sup> ATF 90 II 227 consid. 2b.

d'une habitation entrent également dans la catégorie des ouvrages<sup>123</sup>. Il en va de même pour le balcon qui cède sous le poids d'un visiteur<sup>124</sup> et de l'échelle – scellée au sol – dont l'un des échelons se rompt<sup>125</sup>. Même le miroir mural d'un appartement constitue un ouvrage dont le défaut – la taille trop réduite des pattes fixées au mur – entraîne la responsabilité du propriétaire en cas de chute de la glace sur des objets de valeur<sup>126</sup>.

### 3. *L'antenne de téléphonie mobile*

38. Le développement de téléphones portables a rendu nécessaire l'installation de très nombreuses antennes de téléphonie mobile sur le territoire suisse. Ces antennes produisent un rayonnement non ionisant ou *electrosmog*, qui constitue une atteinte nuisible ou incommode pour l'homme, les animaux et les plantes au sens de l'art. 1 LPE<sup>127</sup>. Dans le but d'éviter, respectivement de limiter de telles nuisances, le Conseil fédéral a fixé, par voie d'ordonnance (ORNI)<sup>128</sup>, des valeurs limites d'émission s'appliquant à ces installations. La jurisprudence a eu l'occasion de contrôler la légalité des valeurs limites posées par l'ORNI: celles-ci sont fondées au regard des connaissances techniques actuelles, mais il appartiendra au Conseil fédéral, lorsque l'on disposera de nouvelles connaissances fiables et adéquates, de revoir et d'adapter en conséquence ces valeurs limites<sup>129</sup>. Le système instauré tient également compte de l'environnement immédiat des antennes, en particulier s'il s'agit de locaux dans lesquels séjournent régulièrement des personnes: dans de tels lieux à utilisation sensible, les valeurs limites d'émission sont encore plus sévères pour tenir compte du principe de prévention (art. 4 et 5 ORNI)<sup>130</sup>. A teneur de la jurisprudence, des balcons ou des toits en terrasse ne constituent pas des lieux à utilisation sensible<sup>131</sup>.

---

<sup>123</sup> BK-BREHM, n. 43 *ad* art. 58.

<sup>124</sup> FR Extraits 1964 p. 85 et 87, cités par BREHM, FJS 1006 p. 15 et 16.

<sup>125</sup> ATF 63 II 95 consid. 1. En revanche, une échelle qui n'est pas fixée à l'immeuble ne constitue pas un ouvrage (ATF 48 II 474; BK-BREHM, n. 47 *ad* art. 58).

<sup>126</sup> CJ, SJ 1914 p. 579.

<sup>127</sup> Loi sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01).

<sup>128</sup> Ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant du 23 décembre 1999 (RS 814.710).

<sup>129</sup> ATF 126 II 399 consid. 4, JdT 2001 I 704.

<sup>130</sup> TF, SJ 2006 I 314 consid. 3.2; ATF 126 III 399 consid. 3c.

<sup>131</sup> ATF 128 II 378 consid. 6.3. Sur ce point, l'art. 2 al. 2 du Règlement genevois sur la protection contre le rayonnement non ionisant des installations stationnaires du 29 septembre 1999 (K 1 70.07) est contraire à la jurisprudence fédérale puisqu'il inclut justement dans les lieux à utilisation sensible « les balcons et terrasses privatives ». Cette contrariété s'explique sans doute par le fait que le règlement en question est antérieur à la décision du Tribunal fédéral (24 septembre 2002).

39. Il est certain que des antennes de téléphonie mobile, en tant qu'elles sont scellées sur le toit d'un immeuble, constituent un ouvrage au sens de l'art. 58 CO. En l'état des connaissances de la science, de telles installations, si elles respectent les valeurs limites imposées par la législation fédérale, ne sont pas susceptibles de provoquer des dommages. Ainsi, tant que l'installation reste correctement réglée et contrôlée, il n'existe pas de défaut de l'ouvrage. En revanche, s'il est démontré que l'installation – contrairement à ce qui était autorisé – est dirigée dans la direction de lieux à utilisation sensible, celui qui se prétend victime pourra rechercher le propriétaire de l'antenne sur la base de l'art. 58 CO. Pour démontrer ce fait – dont il a la charge de la preuve (art. 8 CC)<sup>132</sup> – il pourra éventuellement s'adresser à l'autorité publique compétente qui a la haute main sur le contrôle des installations<sup>133</sup>.

## V. La rénovation du bâtiment

40. Lorsque des travaux de rénovation sont entrepris sur un bâtiment, l'intervention des différents corps de métier sur l'ouvrage accroît le risque – inhérent à toute construction – d'entraîner des dommages aux tiers. Il peut s'agir, par exemple, d'infiltrations d'eau de pluie en raison de l'absence de protection provisoire d'un toit en cours de rénovation<sup>134</sup> ou de l'effondrement d'un mur en limite de parcelle à cause de travaux de terrassement<sup>135</sup>. A cause de la présence de plusieurs sujets possibles de responsabilité (propriétaire, entrepreneurs, ouvriers, etc.), il convient de déterminer contre qui peut agir le lésé: cela pose la question de l'applicabilité de l'art. 58 CO dans ce genre de situation (n. 41-42) et oblige à tracer des limites entre les différents chefs de responsabilité entrant en ligne de compte (n. 43-44). Enfin, au vu de l'évolution des travaux, celui qui est menacé d'un dommage provenant de ceux-ci peut être amené à requérir des mesures de sûreté (n. 45-46).

---

<sup>132</sup> Sur le caractère strict du fardeau de la preuve dans ce domaine: BK-BREHM, n. 80-81a *ad* art. 58; WERRO, n. 606.

<sup>133</sup> A Genève, le Département des constructions et des technologies de l'information peut demander au détenteur de l'installation de lui fournir, à ses frais, une expertise sur le fonctionnement de l'antenne ainsi que tout autre renseignement complémentaire (art. 12 Règlement sur la protection contre le rayonnement non ionisant des installations stationnaires du 29 septembre 1999 [K 170.07]).

<sup>134</sup> Arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 16 septembre 2005, ACJC/1030/2005 (en annexe, p. 73 ss).

<sup>135</sup> Etat de fait modifié de l'arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 23 septembre 2004, ACJC/1056/2004 (en annexe, p. 81 ss).

## A. Le caractère achevé de l'ouvrage

41. A teneur de la jurisprudence, l'art. 58 CO ne s'applique qu'aux ouvrages terminés<sup>136</sup>. Le but de cette disposition est en effet de sanctionner le propriétaire qui ne prend pas les dispositions nécessaires pour concevoir, réaliser et maintenir un bâtiment qui, dans son état habituel, ne cause pas de dommage aux tiers. L'art. 58 CO part également du principe qu'au moment déterminant l'ouvrage doit remplir la fonction qui lui est attribuée. Or, tel n'est plus le cas lorsque le chose se trouve dans un état passager d'imperfection à la suite de travaux de construction ou de réparation<sup>137</sup>. Ainsi, le propriétaire qui confie des travaux à des entrepreneurs indépendants ne répond pas selon l'art. 58 CO des accidents survenus sur le chantier; cette exonération de responsabilité suppose néanmoins que le propriétaire ait soustrait l'ouvrage à l'usage auquel il est destiné<sup>138</sup>. Pour ce faire, il est nécessaire que le maître de l'ouvrage ait manifesté publiquement que les travaux de réparation ont effectivement commencé. La jurisprudence admet certes que l'aspect inachevé d'un ouvrage peut résulter des lieux en eux-mêmes, lorsque tout un chacun, un usant d'une attention moyenne, peut se rendre compte extérieurement que l'ouvrage n'est pas terminé<sup>139</sup>. A notre sens, il faut toujours préférer à cela les interdictions formelles de pénétrer sur les chantiers signalées par des écriteaux idoines ou les clôtures, telles que le prévoit habituellement la police des constructions<sup>140</sup>. Ainsi, le propriétaire qui ne prévoit pas de dispositions de ce genre et permet l'utilisation sans restriction de son ouvrage en construction voit tout de même sa responsabilité engagée selon l'art. 58 CO<sup>141</sup>.

42. On peut encore signaler que des éléments d'un chantier sont susceptibles de constituer eux-mêmes des ouvrages au sens de l'art. 58 CO. Tel est le cas de l'installation de chantier qui n'est pas suffisamment éclairée et se trouve démunie de lentilles réfléchissantes<sup>142</sup>. Il en va de même de la planche

<sup>136</sup> ATF 108 II 184 consid. 1b. Pour un exemple: arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 16 septembre 2005, ACJC/1030/2005 consid. 4 (en annexe, p. 73 ss).

<sup>137</sup> ATF 63 II 204 consid. 3; ATF 46 II 252 consid. 2.

<sup>138</sup> ATF 46 II 252 consid. 2: chute accidentelle d'un agent de police dans une fosse profonde de 8 à 9 mètres creusée pour l'installation d'un ascenseur sur un chantier qui n'était visiblement pas terminé.

<sup>139</sup> ATF 94 II 151 consid. 4, JdT 1969 I 552.

<sup>140</sup> ATF 63 II 204 consid. 3. A titre de règle de police des constructions, on peut signaler, à Genève, l'art. 11 du Règlement sur les chantiers (L 5 05.03), à teneur duquel, d'une part «(t)out chantier présentant un danger doit être clôturé entre les heures de travail» (al. 1) et, d'autre part, «(l)'entreprise doit signaler cette interdiction par écriteaux» (al. 4).

<sup>141</sup> Dans ce sens: BK-BREHM, n. 50 *ad* art. 58; WERRO, n. 601.

<sup>142</sup> TF, JdT 1967 I 389: la pose de lentilles réfléchissantes ou la présence d'un marquage au sol est imposée par les Normes de l'Union suisse des professionnels de la route.

d'échafaudage qui cède sous le poids d'un ouvrier qui tombe de 4 mètres et devient paraplégique<sup>143</sup>. Tel est également le cas d'un échafaudage érigé le long d'une voie de chemin de fer sans respecter le gabarit de sécurité imposé par les CFF. Comme cet échafaudage empiétait presque sur la voie de chemin de fer, la portière ouverte prématurément par un passager heurta un élément de fer et se rabattit violemment sur le bras du passager qui dut être amputé<sup>144</sup>. En matière d'échafaudages, il existe d'ailleurs des normes de police de constructions très strictes qui peuvent inspirer le juge civil en cas de litige<sup>145</sup>.

## B. Les différents chefs de responsabilité

43. La distinction entre ouvrage achevé et ouvrage inachevé entraîne des conséquences importantes en matière de responsabilité. Lorsque l'ouvrage se trouve en cours de rénovation, la responsabilité objective simple du propriétaire selon l'art. 58 CO est dérogée (n. 41). Le lésé s'adressera donc d'abord à l'entrepreneur sur la base de l'art. 41 CO<sup>146</sup>; à cet égard, la violation de normes administratives en matière de construction (cf. n. 41-42) peut fonder un acte illicite. L'entrepreneur peut également être recherché sur la base de l'art. 58 CO s'il était lui-même propriétaire de l'ouvrage qui a causé le dommage: c'était le cas de l'échafaudage non conforme aux règles de sécurité (n. 42).

44. Le lésé peut décider d'actionner le propriétaire du bâtiment, aux côtés de l'entrepreneur ou à la place de celui-ci, par hypothèse si ce dernier a fait faillite. S'il choisit l'art. 41 CO, il lui faudra démontrer l'existence d'un acte illicite et d'une faute du propriétaire: tel n'est pas le cas lorsque le propriétaire délègue entièrement l'exécution des travaux à une entreprise qualifiée<sup>147</sup>; pourrait-on retenir la création d'un état de fait dangereux à charge du propriétaire du bâtiment si celui-ci choisit une entreprise notoirement incapable d'exécuter le travail? Il faudrait alors sans doute établir que le propriétaire a agi par dol éventuel, en envisageant et en acceptant le résultat dommageable, ce qui paraît *a priori* très difficile à démontrer. Il reste encore au lésé la possibilité de rechercher le propriétaire sur la base de l'art. 55 CO; une telle responsabilité suppose cependant que l'entrepreneur se trouve dans un lien de

---

<sup>143</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.103/2002 consid. 4.

<sup>144</sup> ATF 96 II 355 consid. II.1.

<sup>145</sup> A Genève, le Règlement sur les chantiers (L 5 05.03) donne notamment des indications sur le matériau à utiliser pour la construction des échafaudages et fournit des croquis de réalisation (art. 92 à 161).

<sup>146</sup> BK-BREHM, n. 52 *ad* art. 58.

<sup>147</sup> Pour un exemple: arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 16 septembre 2005, ACJC/1030/2005 consid. 6 (en annexe, p. 73 ss).

subordination suffisant par rapport au propriétaire du bâtiment, ce qui paraît peu probable<sup>148</sup>. Enfin, l'art. 679 CC peut entrer en ligne de compte<sup>149</sup>.

### C. Les mesures de sûreté en relation avec l'ouvrage (art. 59 CO)

45. A teneur de l'art. 59 al. 1 CO, «(c)elui qui est menacé d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui a le droit d'exiger du propriétaire que celui-ci prenne les mesures nécessaires pour écarter le danger». Ces mesures de sûreté ne s'appliquent pas uniquement à l'occasion de travaux de rénovation. Toutefois, comme de tels travaux attirent l'attention, les habitants du bâtiment peuvent chercher à s'assurer – par le biais de mesures de sûreté – qu'ils ne subiront pas de dommage de ce fait. Le droit cantonal de procédure permet l'application de l'art. 59 CO, par le biais de mesures provisionnelles telles que celles prévues, à Genève, à l'art. 324 de la Loi de procédure civile (RS E 3 05)<sup>150</sup>.

46. L'art. 59 CO s'applique avant la survenance d'un dommage et, à l'instar de l'art. 58 CO, ne suppose pas de faute du propriétaire de l'ouvrage (n. 2). Dans le prolongement de ce qui a été dit à propos de l'art. 58 CO (cf. n. 12-14 et 27-28), cette disposition n'impose pas au propriétaire de prendre toutes les précautions suggérées par l'éventualité d'un risque: seules entrent donc en considération les mesures d'urgence nécessaires pour prévenir un dommage imminent<sup>151</sup>. Ainsi, le propriétaire d'un mur de soutènement en mauvais état ne peut se voir intimer l'ordre de prendre des mesures d'urgence lorsque le passage de piétons ou de véhicules d'un poids inférieur à 1,5 tonne a lieu sans danger<sup>152</sup>. Comme le relève la doctrine, l'art. 59 CO n'a qu'une portée pratique limitée<sup>153</sup>: celle-ci s'explique peut-être par la bonne qualité des ouvrages; il faut plutôt reconnaître que le domaine de la construction est dominé par des règles de droit administratif qui prévoient déjà toutes sortes de mesures pour protéger les personnes et les biens (cf. art. 59 al. 2 CO répétant le contenu de l'art. 6 CC)<sup>154</sup>; enfin, des mesures pour prévenir un dommage

---

<sup>148</sup> C'est le cas d'une relation de travail (BK-BREHM, n. 7-9 *ad* art. 55), mais pas d'une relation fondée sur un contrat d'entreprise (ATF 96 II 337 consid. 4c; BK-BREHM, n. 7-9 *ad* art. 55).

<sup>149</sup> BK-BREHM, n. 52 *ad* art. 58.

<sup>150</sup> Arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 23 septembre 2004, ACJC/1056/2004 consid. 2 (en annexe, p. 81 ss).

<sup>151</sup> ATF 98 II 319 consid. 3.

<sup>152</sup> Arrêt non publié de la Cour de justice de Genève du 23 septembre 2004, ACJC/1056/2004 consid. 3 (en annexe, p. 81 ss).

<sup>153</sup> BK-BREHM, n. 5 *ad* art. 59; WERRO, n. 642.

<sup>154</sup> OFTINGER/STARK, p. 173; WERRO, n. 642.

survenant dans les mêmes conditions peuvent être sollicitées par le biais de l'art. 679 CC<sup>155</sup>.

## VI. Conclusion

47. L'exposé qui précède montre la très grande variété des cas d'application de l'art. 58 CO. A l'heure de conclure, ce sont trois conseils qui s'imposent aux propriétaires de bâtiments et autres ouvrages au sens de cette disposition.

- 1° D'abord, il est important de décider de l'affectation que l'on veut donner à son bien : les choix de construction et les contraintes d'entretien sont en effet différents selon qu'il s'agit, par exemple, d'une maison destinée à recevoir uniquement des familiers<sup>156</sup>, d'un magasin de souvenirs fréquenté par des touristes pressés<sup>157</sup> ou du hall d'une banque<sup>158</sup> ; un simple changement d'affectation peut même rendre défectueux un bâtiment qui ne l'était pas auparavant<sup>159</sup>.
- 2° Second conseil : chaque cas est particulier et nécessite – lorsqu'un litige survient – une description suffisamment précise de tous les faits pertinents pour l'application de l'art. 58 CO. Ainsi, la jurisprudence est souvent amenée à se fonder sur des relevés quasiment millimétriques des irrégularités d'un trottoir<sup>160</sup> ou des différences de niveaux de sol<sup>161</sup>. On constate également le soin avec lequel le Tribunal fédéral a décrit les bords d'une piscine – comportant une rocaille avec des plantes tropicales en matière plastique – pour apprécier si ceux-ci étaient suffisamment dissuasifs pour empêcher le plongeon à cet endroit<sup>162</sup>. C'est en effet de ces circonstances, à première vue anodines, que dépend la responsabilité ou la libération du propriétaire d'ouvrage.
- 3° Troisième et dernier conseil : les milieux professionnels ont édicté de nombreuses règles techniques, qu'il s'agisse, par exemple, d'escaliers (n. 29), de places de jeux pour enfants (n. 18) ou de piscines (n. 20). Celles-ci ont souvent le même contenu que les normes de droit administratif du domaine considéré (n. 29 et 33). Connaître ces règles et les respecter

---

<sup>155</sup> BK-BREHM, n. 10 *ad* art. 59.

<sup>156</sup> Voir *supra* n. 23 (ATF 81 II 450).

<sup>157</sup> Voir *supra* n. 24 (RV) 2004 p. 163).

<sup>158</sup> Voir *supra* n. 26 (ATF 88 II 417).

<sup>159</sup> Voir *supra* n. 23 (ATF 106 II 201, JdT 1981 I 130).

<sup>160</sup> Voir *supra* n. 8 (S) 1970 p. 97).

<sup>161</sup> Voir *supra* n. 24 (ATF 66 II 109, JdT 1940 I 367).

<sup>162</sup> Voir *supra* n. 21 (ATF 116 II 422, JdT 1991 I 162).

permet généralement de prévenir de nombreux accidents. Si, malgré ces précautions, un dommage survient, le fait d'avoir respecté ces règles constitue un indice que la responsabilité du propriétaire d'ouvrage n'est pas engagée.

Puissent ces trois conseils être utiles aux propriétaires immobiliers que la lecture de cet article aurait effrayés devant l'étendue de leur responsabilité!

## Bibliographie

- Roland BREHM, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI.1/3/1, Berne 2006; cité BK-BREHM
- Roland BREHM, Responsabilité civile du propriétaire d'ouvrage, Fiches Juridiques Suisses 1006, 1006a et 1006b
- Christine CHAPPUIS, Un plongeur dangereux, *in* DC 1998 p. 45-49
- Mehdi EMRANI, La responsabilité du propriétaire de bâtiment et autres ouvrages en droit suisse et en droit français, thèse Neuchâtel 1963
- Karl OFTINGER / Emil W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4<sup>e</sup> édition, Zurich 1987
- Vito ROBERTO, Verschuldenshaftungen und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung? *in* PJA/AJP 2005 p. 1323-1329
- Christian ROTEN, Intempéries et droit privé, thèse Fribourg 2000
- Christian ROTEN, Questions choisies de responsabilité civile au sujet des intempéries, *in* RVJ 2001 p. 3-25
- Franz WERRO, Commentaire romand du Code des obligations (art. 41-61), Genève-Bâle-Munich 2003; cité CR-CO WERRO
- Franz WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005
- Pierre WIDMER, Bodenhaftung: Fragezeichen zur Passivlegitimation und zum Haftungsprinzip in den «Eigentümerhaftungen» der Art. 679 ZGB und 58 OR, *in* Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 343-356
- Lukas WYSS, Technische Normen und Vorschriften im Spannungsfeld zwischen Haftpflicht- und Produktsicherheitsrecht, *in* PJA/AJP 2006 p. 53-73

## Arrêt de la Cour de justice de Genève du 24 juin 2005

Entre

COMMUNE DE C.\_\_\_\_, appelante d'un jugement rendu par la 5<sup>e</sup> Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 3 février 2005, comparant par M<sup>e</sup> Claude Ulmann, avocat, rue du Conseil-Général 14, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Monsieur Jacques P.\_\_\_\_, intimé, comparant par M<sup>e</sup> Guy Schrenzel, avocat, bld Helvétique 30, 1207 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

### – EN FAIT –

**A.** Par jugement du 3 février 2005, communiqué aux parties pour notification le 8 février 2005, le Tribunal de première instance, statuant en dernier ressort, a condamné la Commune de C.\_\_\_\_ à verser à Jacques P.\_\_\_\_ la somme de 1748 fr. 75 avec intérêts à 5% dès le 23 août 2002 (ch. 1), et dit que la poursuite n° 03 229576 R irait sa voie à due concurrence (ch. 2); il a compensé les dépens et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3 et 4).

**B.** Par acte déposé au greffe de la Cour le 9 mars 2005, la Commune de C.\_\_\_\_ appelle de ce jugement.

L'appelante conclut à son annulation, au déboutement de Jacques P.\_\_\_\_ des fins de sa demande en paiement et en mainlevée définitive, ainsi qu'à sa condamnation aux dépens des deux instances. Elle invoque une violation de l'art. 58 CO et conteste sa responsabilité, ainsi que l'appréciation juridique des faits par le Tribunal. Selon elle, le remplacement provisoire de la borne abeille de l'îlot en cause par un cône en plastique rouge et blanc ne saurait être considéré comme une mesure insuffisante. L'appréciation du Tribunal quant à la faute de l'intimé est également critiquable en tant qu'il l'a jugée relativement légère. Enfin, elle estime que sa responsabilité n'était pas engagée, l'intimé ayant fait preuve d'inattention à l'approche d'un îlot protégeant un passage pour piétons.

Dans son mémoire de réponse du 22 avril 2005, l'intimé conclut, avec suite de dépens, au déboutement de l'appelante de toutes ses conclusions.

**C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour:

**a)** Le 22 août 2002, entre 16 heures 30 et 17 heures 30, un accident s'est produit sur l'avenue de Bel-Air, à C.\_\_\_\_, peu avant le croisement avec le chemin de la Mousse; la borne «abeille» jaune et noire signalant la présence d'un îlot protégeant le passage pour piétons à cet endroit a été renversée.

Le même jour, ayant constaté l'absence de la borne abeille susmentionnée, le sous-brigadier (recte: brigadier) de la sécurité municipale de la Commune de C.\_\_\_\_ y a placé provisoirement un cône en plastique, rouge et blanc.

Ce cône en plastique rouge et blanc a disparu, à une heure et dans des circonstances qui n'ont pas pu être élucidées. L'îlot protégeant le passage pour piétons s'est ainsi retrouvé sans signalisation.

b) Le lendemain matin, 23 août 2002, au même endroit, à 9 heures 15, soit plus de seize heures après l'accident de la veille, Jacques P. \_\_\_\_\_ qui circulait sur l'avenue de Bel-Air en direction du chemin du Petit Bel-Air, a heurté l'îlot – toujours dépourvu de signalisation – avec la roue avant gauche de sa voiture.

Le brigadier (recte: sous-brigadier) de la gendarmerie, qui s'est rendu sur les lieux pour établir un constat, a remplacé un nouveau cône rouge et orange à l'emplacement de la borne abeille manquante.

Dans son rapport d'accident du 2 septembre 2002, le sous-brigadier a relevé que, peu avant d'arriver à la hauteur du chemin de la Mousse, Jacques P. \_\_\_\_\_ était « inattentif et n'a(vait) pas remarqué l'îlot » situé à cet endroit de l'avenue de Bel-Air.

Jacques P. \_\_\_\_\_ a contesté la contravention de 350 fr. que la police lui avait infligée pour avoir été inattentif et causé des dégâts matériels. Le Tribunal de police l'a acquitté par jugement du 21 août 2003.

c) Entre-temps, le 26 juin 2003, Jacques P. \_\_\_\_\_ s'est adressé à la Commune de C. \_\_\_\_\_ et a réclamé le paiement de 1623 fr. 10 représentant les dégâts subis par son véhicule du fait que l'îlot en cause était insuffisamment signalé.

Le 19 septembre 2003, la Commune lui a répondu qu'elle estimait que sa responsabilité n'était pas engagée.

d) Par acte déposé le 1<sup>er</sup> avril 2004 devant le Tribunal de première instance, Jacques P. \_\_\_\_\_ a assigné la Commune de C. \_\_\_\_\_ en réparation du dommage subi à la suite de l'accident du 23 août 2002, concluant au paiement d'un montant total de 2623 fr. 10, soit 1623 fr. 10 de frais de réparation de sa voiture et 1000 fr. d'honoraires d'avocat, avec intérêts à 5% dès le 23 août 2002; il a également sollicité la mainlevée de l'opposition formée par la Commune au commandement de payer qu'il lui avait notifié, le 16 octobre 2003, poursuite n° 03 229576 R.

Il a reproché à la Commune de C. \_\_\_\_\_, propriétaire de l'ouvrage, de n'avoir pas fait le nécessaire pour signaler l'îlot concerné. Se fondant sur les art. 4 LCR et 82 al. 1 OSR, il a soutenu que l'absence de signalisation de la présence de cet îlot par une borne abeille constituait un défaut de l'ouvrage. Il a estimé, pour sa part, avoir été attentif au trafic, et n'avoir commis aucune faute de circulation.

e) Entendu par le Tribunal, le brigadier de la sécurité municipale de la Commune de C. \_\_\_\_\_ a confirmé avoir placé un cône en plastique rouge et blanc à la place de la borne abeille manquante, dans l'heure suivant son renversement. Le remplacement de cette borne devait prendre environ une semaine.

Le sous-brigadier de la gendarmerie a déclaré au Tribunal que lorsqu'il s'était rendu sur les lieux de l'accident, Jacques P. \_\_\_\_\_ avait attiré son attention sur le fait que ce jour-là, l'îlot n'était pas signalé par une borne abeille. Il a relevé qu'à cette même période, une signalisation spéciale pour des travaux de la chaussée, était placée peu avant l'îlot. Il avait fait observer à Jacques P. \_\_\_\_\_ qu'il avait été inatten-

tif; il aurait pu passer entre la borne et le trottoir, puisqu'il n'y avait pas de travaux à cet endroit. L'incident avait eu lieu dans la matinée et la visibilité était claire; il n'avait pas plu. Il a confirmé que les cônes utilisés pour la signalisation routière disparaissent fréquemment.

A l'audience du 2 novembre 2004, Jacques P.\_\_\_\_\_ a relevé qu'il roulait à une vitesse estimée à 25km/h, puisqu'il devait négocier un virage à droite pour prendre le chemin de la Mousse, après l'îlot.

A l'issue de cette audience, les parties ont déclaré au Tribunal qu'elles ne contestaient pas le document selon lequel l'Office des transports et de la circulation attestait qu'à la date du 23 août 2002, la ligne blanche de sécurité précédant l'îlot du passage pour piétons en question était absente.

f) Dans ses écritures du 9 décembre 2004, la Commune de C.\_\_\_\_\_ a soutenu avoir placé provisoirement un cône sur l'îlot aussitôt après l'accident qui avait provoqué le renversement de la borne abeille. Il serait disproportionné d'exiger de la police municipale une surveillance permanente des cônes, qui disparaissaient fréquemment. Selon elle, sa responsabilité n'était pas engagée; le lien de causalité entre l'absence de la borne abeille et l'accident ne serait pas réalisé du fait de l'inattention de Jacques P.\_\_\_\_\_, qui n'avait pas pu éviter l'îlot alors qu'il circulait de jour et par beau temps.

Jacques P.\_\_\_\_\_ a, pour sa part, persisté dans les conclusions de sa demande.

g) Dans son jugement du 3 février 2005, le Tribunal a retenu un défaut d'entretien de l'ouvrage de la part de la Commune de C.\_\_\_\_\_, qui ne pouvait pas se prévaloir de l'incivilité croissante pour s'exonérer de sa responsabilité. La mesure consistant à remplacer la borne abeille en cause par un simple cône en plastique, durant toute une semaine, était insuffisante. Il lui était facile de renforcer cette mesure par un écriteau fixé à l'aide d'un parpaing.

Le Tribunal a considéré l'inattention de Jacques P.\_\_\_\_\_ comme une faute relativement légère, justifiant une réduction d'un tiers du montant de son dommage (2623 fr. 10 – 874 fr. 35). Compte tenu des circonstances – non contestées – soit l'heure de l'accident, l'état de la chaussée (sèche et plate) et la bonne visibilité, une attention plus soutenue aurait permis, si ce n'était d'éviter l'accident, du moins d'en réduire les effets en freinant à temps. La faute de Jacques P.\_\_\_\_\_ n'entraînait cependant pas la rupture du lien de causalité, de sorte que la Commune n'était pas libérée de sa responsabilité. L'absence d'attention du conducteur quant au milieu de la chaussée était compréhensible, précisément parce que lorsque s'y trouvait un obstacle, celui-ci devait être signalé. Le contraire reviendrait à vider de sa substance le devoir d'entretien du propriétaire de l'ouvrage.

D. Les arguments des parties seront repris dans la mesure nécessaire dans la partie en droit ci-dessous.

– EN DROIT –

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 292, 300 et 344 LPC).

2. Les dernières conclusions prises en première instance par chacune des parties ayant porté sur une valeur litigieuse inférieure à 8000 fr. en capital, le Tribunal a statué en dernier ressort (art. 22 LOJ). Seul est en conséquence ouvert l'appel extraordinaire pour violation de la loi (art. 292 al. 1 let. c LPC), dans le cadre duquel la Cour est liée par les faits constatés par le Tribunal.

2.1. Est assimilée à une violation de la loi, l'appréciation juridique erronée d'un point de fait (art. 292 al. 1 lit. c LPC), notion correspondant à celle de l'arbitraire dégagée par le Tribunal fédéral, savoir une appréciation des faits non seulement contestable mais manifestement insoutenable, en contradiction formelle avec les preuves recueillies et, de surcroît, causale dans la décision incriminée (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 6 et 10 ad art. 292 LPC). En outre l'appréciation n'est erronée que si le résultat auquel il parvient est arbitraire, et pour autant que cette appréciation erronée soit causale dans ce résultat, mais non lorsque le jugement n'est pas motivé ou que seule sa motivation est insoutenable (ATF 120 Ia 369 consid. 3a; 118 Ia 118 consid. 1c; 98 Ia 348 consid. 3; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 10 ad art. 292 LPC).

Dans le cadre des moyens que lui présentent les parties, la Cour apprécie librement le droit (SCHMIDT, le pouvoir d'examen en droit de la Cour en cas d'appel pour violation de la loi, SJ 1995 p. 521 ss).

2.2. Le Tribunal de première instance disposant d'un large pouvoir d'appréciation (SJ 1981 p. 330 consid. 1), la Cour n'intervient donc, à l'instar du Tribunal fédéral, que si le premier juge a abusé de ce pouvoir, en particulier lorsqu'il parvient à des conclusions manifestement insoutenables (ATF 101 Ia 298 consid. 5; 100 Ia 462 consid. 3c), lorsque des constatations de faits sont manifestement fausses, reposent sur une inadvertance manifeste ou heurtent gravement le sentiment de la justice (ATF 120 Ia 31 consid. 4b; 116 Ia 85 consid. 2b), ou lorsque l'appréciation des preuves est tout à fait insoutenable, par exemple lorsqu'elle est exclusivement fondée sur une partie des moyens de preuve (ATF 118 Ia 28 consid. 1b 112 Ia 369 consid. 3), ou que les faits retenus sont incompatibles avec les témoignages émanant de personnes dignes de foi (SJ 1976 p. 446).

En l'espèce, l'appelante ne conteste pas les faits tels qu'ils ont été établis par le Tribunal, en conformité avec les éléments de preuves recueillis, les témoignages et les déclarations des parties.

3. Selon l'art. 58 al. 1 CO, le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par un défaut d'entretien.

Comme tout autre ouvrage, la route doit être aménagée et entretenue de manière à offrir une sécurité suffisante aux usagers, faute de quoi elle sera considérée comme défectueuse (WERRO, Commentaire romand, n. 33 ad art. 58 CO).

La jurisprudence tient compte de plusieurs critères pour juger de l'existence d'un tel défaut. Elle se réfère, tout d'abord, au principe général en matière de circulation routière selon lequel l'usager doit adapter sa conduite aux conditions de la route ; une prudence particulière est ainsi requise, par exemple, face à une obstruction ou un rétrécissement de la route dus à des travaux. Ensuite, la jurisprudence a largement utilisé le critère de la proportionnalité des mesures à prendre pour écarter le danger : seules les mesures économiquement acceptables et proportionnées aux intérêts publics doivent être envisagées ; on ne peut pas exiger de la collectivité publique que toutes les routes soient construites et entretenues de façon à offrir le plus haut degré de sécurité. Enfin, la jurisprudence a retenu que le risque inhérent à l'emploi d'un véhicule pouvait conduire à la réduction des prétentions en dommages-intérêts de l'automobiliste lésé (WERRO, op. cit. n. 34-36 ad art. 58 CO).

3.1. De l'avis de l'appelante, le raisonnement du Tribunal selon lequel les mesures qu'elle a prises n'ont pas permis d'éviter la disparition de la signalisation de l'îlot en cause reviendrait à admettre un défaut d'entretien à chaque fois qu'une signalisation routière viendrait à être endommagée ou à disparaître du fait d'un tiers ; le placement d'une borne abeille, imposée par la LCR, serait de toute façon insuffisante, vu sa fragilité.

En l'espèce, le Tribunal a retenu qu'eu égard à la durée prévisible de la réparation de la borne abeille (une semaine), à la fragilité du cône servant de signalisation de remplacement, ainsi qu'à l'incivilité croissante (les cônes étaient fréquemment dérobés), on pouvait raisonnablement exiger de l'appelante qu'elle renforce la mesure prise – dont l'efficacité s'avérait insuffisante – en installant un écriteau fixé à l'aide d'un parpaing pour signaler l'îlot se trouvant au milieu de la route.

Contrairement à ce que prétend l'appelante, la mesure préconisée par le Tribunal n'est ni insoutenable, ni disproportionnée, puisqu'elle n'implique ni un coût excessif s'agissant de l'acquisition d'un écriteau adéquat et d'un parpaing, ni une surveillance accrue et minutieuse de la signalisation de remplacement, un écriteau fixé à l'aide d'un parpaing étant moins commode à dérober qu'un cône en plastique.

On peut ainsi raisonnablement exiger de l'appelante qu'elle consacre des moyens nécessaires pour pallier à la disparition régulière des cônes en plastique qu'elle installe comme signalisation de remplacement. En statuant que l'absence de toute signalisation indiquant la présence de l'îlot en cause constituait en l'occurrence un défaut d'entretien de l'ouvrage au sens de l'art. 58 CO, le Tribunal n'a pas violé la loi.

3.2. L'appelante reproche également au Tribunal d'avoir jugé la faute de l'intimé comme relativement légère, alors que l'inattention de ce dernier devrait être considérée comme grave et propre à interrompre le lien de causalité entre l'éventuel défaut d'entretien et le dommage qu'il a subi.

Pour retenir une faute relativement légère de la part de l'intimé, le premier juge s'est fondé sur les documents de l'Office des transports et de la circulation, ainsi que sur les déclarations des parties et des témoins. Il a également tenu compte des circonstances atmosphériques du jour de l'accident, de la vitesse à laquelle circulait l'intimé, ainsi que de la visibilité de l'îlot, notamment de l'absence de marquage par une ligne blanche continue avant l'îlot et la borne abeille de signalisation.

En l'espèce, le Tribunal a retenu que l'absence d'attention de l'intimé était une faute relativement légère, au motif qu'un obstacle tel qu'un îlot se trouvant au milieu d'une chaussée devait être signalé conformément aux règles de la LCR (art. 4 LCR et 82 al. 1 et al. 4 OSR); or, l'îlot en cause était précisément dépourvu de toute signalisation, soit d'une ligne blanche continue le précédant et d'une borne abeille.

L'appelante se contente d'affirmer que l'absence d'attention de l'intimé à cet endroit est inacceptable, l'îlot en question se situant devant un passage pour piétons. Elle n'explique cependant pas en quoi cette inattention aurait pu être grave au point d'interrompre le lien de causalité entre le défaut d'entretien et le dommage subi par l'intimé. La faute du lésé ne peut rompre le lien de causalité que si elle constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire, si lourde et si déraisonnable, que l'on ne pouvait pas s'y attendre (ATF 127 III 453 consid. 5d p. 457; 123 III 306 consid. 5b p. 314; 116 II 519 consid. 4b p. 524). Le Tribunal a procédé, en l'occurrence, à une pondération de la faute de l'intimé en tenant compte des circonstances du cas d'espèce. Il a tout d'abord retenu que le dommage subi était la conséquence de l'absence de signalisation de l'îlot constituant un obstacle au milieu de la route. Il a ensuite tenu compte de la faute concomitante du conducteur, son inattention, ainsi que le risque inhérent à l'emploi d'un véhicule automobile, pour réduire d'un tiers les prétentions de l'intimé. Une telle appréciation, au vu des faits de la cause, n'est ni erronée, ni insoutenable.

L'appel apparaît ainsi infondé, de sorte que le jugement entrepris sera confirmé.

4. Vu l'issue du litige, l'appelante sera condamnée aux frais et dépens d'appel (art. 176 al. 1 et 181 LPC).

\* \* \* \* \*

**Par ces motifs,  
La cour:**

**A la forme:**

Déclare recevable l'appel interjeté par COMMUNE DE C.\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/1586/2005 rendu le 3 février 2005 par le Tribunal de première instance dans la cause C/1286/2004-5.

**Au fond:**

Rejette l'appel.

Confirme le jugement entrepris.

Condamne la commune de C.\_\_\_\_\_ aux dépens d'appel comprenant une indemnité procédure de 500 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de Jacques P.\_\_\_\_\_.

**Siégeant:**

Madame Martine HEYER, présidente; Monsieur François CHAIX, Monsieur Daniel DEVAUD, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

## Arrêt de la Cour de justice de Genève du 16 septembre 2005

Entre

Madame Yvana M.\_\_\_\_ et Monsieur Yvan M.\_\_\_\_, appelants d'un jugement rendu par la 13<sup>e</sup> Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 février 2005, comparant par M<sup>e</sup> Corinne Nerfin, avocate, 7, rue Versonnex, 1207 Genève, en l'étude de laquelle ils font élection de domicile,

et

Madame Germaine S.\_\_\_\_, intimée, comparant par M<sup>e</sup> Bruno Megevand, avocat, 3, place Claparède, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

– EN FAIT –

**A.** Par jugement du 17 février 2005, notifié aux parties le 23 février 2005, le Tribunal de première instance a débouté Ivana M.\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_ de leurs conclusions en paiement à l'encontre de Germaine S.\_\_\_\_, avec suite de dépens.

Par acte déposé le 23 mars 2005, Ivana M.\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_ appellent de ce jugement. Ils concluent à son annulation et à la condamnation de Germaine S.\_\_\_\_ à leur payer 52058 fr. 20 avec intérêts à 5% dès le 10 décembre 2001, 23070 fr. 30 avec intérêts à 5% dès le 6 janvier 2005 et 26490 fr. avec intérêts à 5% dès le 31 mars 2004.

Germaine S.\_\_\_\_ conclut à la confirmation du jugement querellé.

**B.** Les faits suivants résultent de la procédure :

**a)** Ivana M.\_\_\_\_ et son fils Yann M.\_\_\_\_ sont propriétaires à raison d'une moitié de la parcelle 10169 de la commune de Meyrin, sise 32-34, chemin du Ceps. Ils ont acquis cette part de copropriété par succession de leur époux et père Charles M.\_\_\_\_. Jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2003, Germaine S.\_\_\_\_, sœur de feu Charles M.\_\_\_\_, était propriétaire de l'autre moitié de ladite parcelle. Ensuite, elle en est devenue usufruitière avec son époux, la nu-propriété étant transférée à sa fille, Anick B.\_\_\_\_.

Sur la parcelle 10169 sont notamment érigés trois bâtiments attenants n<sup>os</sup> 2213, 2214 et 2473. Les bâtiments n<sup>os</sup> 2214 et 2473 abritent un atelier d'imprimerie et de reliure exploité par P.\_\_\_\_ SàrL, dont les associés sont Ivana M.\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_. Le bâtiment n<sup>o</sup> 2213 est occupé par Germaine S.\_\_\_\_ et son mari, Bruno, qui utilisent le toit plat du bâtiment adossé au n<sup>o</sup> 2214 comme terrasse.

**b)** En 2001, les époux S.\_\_\_\_ ont décidé de procéder à la réfection du toit plat du bâtiment n<sup>o</sup> 2214. En avril 2001, Bruno S.\_\_\_\_ a informé Ivana M.\_\_\_\_ de leur décision d'entreprendre les travaux de remise en état de la terrasse. Pour ce faire, ils ont mis en œuvre V.\_\_\_\_ Sàrl, entreprise active notamment dans la pose de chape.

Le matin du vendredi 4 mai 2001, les ouvriers de V.\_\_\_\_ Sàrl, mise en œuvre par les époux S.\_\_\_\_, ont commencé à démolir la chape du toit du bâtiment n<sup>o</sup> 2214.

Immédiatement, Ivana M.\_\_\_\_\_ a informé les époux S.\_\_\_\_\_ qu'elle s'opposait aux travaux.

Par courrier exprès recommandé du 4 mai 2001 adressé aux époux S.\_\_\_\_\_, reçu par ces derniers le même jour à 16 heures 55, Ivana M.\_\_\_\_\_ leur a fait interdiction de procéder à de quelconques travaux sur la copropriété sans au préalable lui avoir indiqué la nature des travaux et obtenu son autorisation écrite.

Par courrier recommandé du 5 mai 2001, Bruno et Germaine S.\_\_\_\_\_ ont notamment exposé à Ivana M.\_\_\_\_\_ que des travaux en cours consistaient en la démolition de la chape existante et la pose d'une nouvelle chape, et indiqué prendre à leur charge le coût des travaux.

Le 4 mai 2001 au soir, les ouvriers de V.\_\_\_\_\_ Sàrl avaient totalement enlevé la chape du toit plat du bâtiment n° 2214. La toiture alors découverte fut toutefois laissée sans protection.

c) Durant le week-end du 5 au 6 mai 2001, il a plu abondamment. Le lundi 7 mai 2001, Ivana M.\_\_\_\_\_ a constaté que le bâtiment abritant l'atelier d'imprimerie et de reliure avait été l'objet d'inondations causées par des infiltrations provenant du plafond.

Par la suite, V.\_\_\_\_\_ Sàrl a posé une nouvelle chape sur le toit.

Dans la déclaration de sinistre à l'assureur couvrant les dégâts d'eau du bâtiment, Ivana M.\_\_\_\_\_ a indiqué que les infiltrations d'eau avaient été occasionnées par les travaux entrepris sur le toit sur l'initiative de Bruno S.\_\_\_\_\_. Selon l'expert dudit assureur, l'absence de protection de l'étanchéité du toit durant les travaux était à l'origine du sinistre. L'expert de l'assureur couvrant les dégâts d'eau causés aux objets de l'atelier d'imprimerie et de reliure est arrivé à la même conclusion.

Ivana M.\_\_\_\_\_ a fait établir par huissier judiciaire le constat des dégâts causés à l'atelier d'imprimerie par les infiltrations d'eau.

d) Par acte déposé en vue de conciliation le 8 avril 2003, Ivana M.\_\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_\_ ont assigné Germaine S.\_\_\_\_\_ devant le Tribunal de première instance en paiement de dommages et intérêts en 52 058 fr. 20 avec intérêts à 5% dès le 10 décembre 2001, soit :

9025 fr. pour le matériel et le papier endommagés par l'eau ;

9444 fr. 10 pour la location de déshumidificateurs, le remplacement du frigo, le remplacement du linoléum et la facture d'électricité ;

4520 fr. de perte de gain ;

2909 fr. 40 de factures d'avocat et d'huissier judiciaire ;

26 159 fr. 70 correspondant au coût de réfection de la toiture tel que devisé le 10 juillet 2002 par Z.\_\_\_\_\_ SA.

En substance, ils ont considéré que Germaine S.\_\_\_\_\_ avait violé les art. 647c et 647d al. 1 CC en entreprenant les travaux de réfection sans leur consentement préalable. Par ailleurs, V.\_\_\_\_\_ Sàrl avait mal exécuté les travaux de réfection du toit puisqu'elle n'avait pas couvert la toiture d'une protection provisoire après avoir

enlevé l'ancienne chape, d'une part, et qu'elle avait posé une nouvelle chape sans se soucier de l'état de vieillissement de l'étanchéité existante, d'autre part. Dès lors que Germaine S.\_\_\_\_\_ avait mis en œuvre cette entreprise, elle devait assumer la responsabilité des actes commis par cette dernière.

Germaine S.\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de la demande en paiement. Elle a considéré que les travaux effectués par V.\_\_\_\_\_ Sàrl procédaient d'actes d'administration courante qui ne nécessitaient pas l'accord des autres copropriétaires. De plus, dans l'hypothèse où il ne s'agissait pas d'actes d'administration courante, elle a soutenu qu'elle et feu Charles M.\_\_\_\_\_ avaient convenu tacitement de la répartition de la jouissance de certaines parties de la parcelle 10 169, chacun des copropriétaires devant effectuer les travaux d'entretien et de réparation des parties dont il avait la jouissance sans devoir demander l'accord de l'autre. Cet accord était opposable à Ivana M.\_\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_\_, de sorte que les travaux n'avaient pas été entrepris en violation des règles sur l'administration de la copropriété. En outre, selon la défenderesse, l'art. 41 CO ne fondait la responsabilité que de l'auteur de l'acte illicite dommageable et elle n'était pas employeur de V.\_\_\_\_\_ Sàrl au sens de l'art. 55 CO. Ainsi, elle ne pouvait être responsable des actes de cette dernière. Enfin, selon Germaine S.\_\_\_\_\_, les dégâts d'eau ne résultaient pas de l'intervention de V.\_\_\_\_\_ Sàrl car le bâtiment avait déjà été l'objet d'infiltrations d'eau auparavant.

e) Alléguant de nouveaux dégâts consécutifs à des infiltrations d'eau survenues en février 2004, Ivana M.\_\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_\_ ont augmenté le 15 mars 2004 leurs conclusions en paiement de 26 490 fr. avec intérêts à 5% dès le 31 mars 2004.

L'expert désigné par le Tribunal a constaté que l'étanchéité des bâtiments n<sup>os</sup> 2214 et 2473 n'avait pas été réalisée selon les règles de l'art. Il a estimé que la réfection de la chape sur la toiture du bâtiment n<sup>o</sup> 2214 avait été effectuée sans précaution, ce qui avait brutalement aggravé les infiltrations d'eau de la toiture dont souffraient lesdits bâtiments, en déclenchant en une seule fois un phénomène qui serait apparu normalement de façon progressive.

Se fondant sur l'estimation de l'expert judiciaire du coût des travaux nécessaires afin de rendre étanche la toiture et celui des travaux de réfection intérieure du bâtiment sinistré, Ivana M.\_\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_\_ ont encore amplifié, dans leur dernière écriture, leur demande de Fr. 23 070.30 avec intérêts à 5% dès le 6 janvier 2005.

C. Dans le jugement querellé, le Tribunal a retenu que Germaine S.\_\_\_\_\_ avait respecté les règles conventionnelles concernant l'administration de la copropriété mises en place, conformément à la loi, du vivant de Charles M.\_\_\_\_\_. Il a constaté de plus qu'Ivana M.\_\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_\_ n'avaient pas indiqué en quoi la violation de ces règles aurait causé le dommage allégué. Par ailleurs, le premier juge a retenu que seul V.\_\_\_\_\_ Sàrl avait créé un état de fait dangereux de sorte qu'il lui appartenait de prendre les mesures nécessaires afin de prévenir les inondations. De surcroît, il n'existait aucun devoir général de protéger le patrimoine d'autrui contre toute atteinte. Ainsi, Germaine S.\_\_\_\_\_ n'encourait aucune responsabilité du chef de l'art. 41 CO. De même, l'art. 55 CO ne lui était pas applicable puisque V.\_\_\_\_\_ Sàrl n'était pas auxiliaire au sens de cette disposition. Enfin, l'art. 58 CO n'était pas

applicable puisque aucun défaut de construction ou d'entretien n'était à l'origine des infiltrations d'eau du mois de mai 2001 et que Germaine S.\_\_\_\_\_ n'était plus propriétaire au moment de l'inondation du mois de février 2004.

L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après dans la mesure utile.

– EN DROIT –

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 296 et 300 LPC).

Les dernières conclusions prises en première instance ayant porté sur une valeur litigieuse supérieure à 8000 fr. en capital, le Tribunal a statué en premier ressort, ce qui ouvre la voie d'appel ordinaire; la Cour revoit en conséquence la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 22 al. 2 et 24 LOJ; 291 LPC; SJ 1984 p. 466 consid. 1).

2. Les appelants font implicitement grief au premier juge de n'avoir pas appliqué les art. 647c et 647d al. 1 CC. En effet, ils considèrent que les travaux entrepris nécessitaient leur accord.

2.1 Selon l'art. 647c CC, une décision prise à la majorité de tous les copropriétaires est nécessaire pour les travaux d'entretien, de réparation et de réfection qu'exige le maintien de la valeur et de l'utilité de la chose, sauf s'il s'agit d'actes d'administration courante que chacun d'eux peut faire. L'art. 647d al. 1 CC prescrit que les travaux de réfection et de transformation destinés à augmenter la valeur de la chose ou à améliorer son rendement ou son utilité sont décidés à la majorité de tous les copropriétaires représentant en outre, leurs parts réunies, plus de la moitié de la chose. Par ailleurs, les copropriétaires peuvent convenir d'un règlement d'utilisation et d'administration dérogeant aux dispositions légales et le faire mentionner au registre foncier (art. 647 al. 1 CC).

En l'absence de base légale concrète, la validité de la décision des copropriétaires ne dépend pas du respect de la procédure de prise de décision et les seules sanctions de l'inobservation de cette procédure sont l'action en dommages-intérêts et l'action en dissolution de la copropriété (MEIER-HAYOZ, Commentaire bernois, vol. IV.1.1, 1981, n. 103 ad art. 646 CC et n. 30 ad art. 647 CC).

2.2 Cela étant, il importe peu, en définitive, de savoir si le consentement des appelants était nécessaire ou si, comme le soutient l'intimée, le règlement d'administration convenu tacitement du vivant de Charles M.\_\_\_\_\_ autorisait chaque copropriétaire à entreprendre sans l'accord de l'autre les travaux concernant la partie de la parcelle dont il avait la jouissance.

En effet, le lien de causalité est une condition générale de la responsabilité civile et de l'obligation de réparer. Ainsi, l'auteur d'un préjudice n'est tenu de le réparer que s'il existe un rapport de cause à effet entre le facteur qui fonde son obligation et le préjudice. Le rapport de cause à effet entre deux événements est une relation telle que sans le premier événement, le second ne serait pas produit. (DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 1982, § 2 n. 23, § 4 n. 2 et n. 7). Ainsi, il y a causalité naturelle lorsque le comportement critiqué constitue une condition sine qua non du

résultat (ATF 128 III 180 consid. 2d). Toutefois, il serait contraire à l'équité de faire supporter la réparation à toute personne qui a joué un rôle dans la série causale. Aussi, le fait générateur de responsabilité n'est retenu par le droit que s'il a le caractère d'une cause adéquate (DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., § 4 n. 30). Constitue la cause adéquate d'un dommage tout fait qui, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, était propre à entraîner un effet du genre que celui qui s'est produit, en sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisé par le fait en question (ATF 123 III 110 consid. 3c = JdT 1997 I 791).

Lorsque le manquement consiste en une omission, l'établissement du lien de causalité revient à se demander si l'accomplissement de l'acte omis aurait empêché la survenance du résultat dommageable (ATF 126 III 10 consid. 2b p. 12).

En l'espèce, l'accord des appelants aux travaux mis en œuvre par l'intimée n'aurait pas empêché la survenance du dommage, puisqu'il est établi que la cause du dommage réside notamment dans l'omission de l'entreprise mise en œuvre par l'intimée de prévoir une protection provisoire après avoir démolé la chape du toit, circonstance qui n'aurait pas été différente en cas d'accord des appelants avec les travaux. De plus, cette circonstance était imprévisible dans la mesure où l'entreprise choisie n'était pas notoirement incompétente.

### 3. Les appelants font grief au Tribunal de n'avoir pas examiné la responsabilité de l'intimée à la lumière de l'art. 679 CC.

Selon cette disposition, celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit, peut actionner ce propriétaire pour qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts. En tant qu'elle prévoit une responsabilité objective, il s'agit d'une *lex specialis* par rapport à l'art. 41 CO et elle absorbe celle de l'art. 55 CO. De plus, le défendeur à l'action de l'art. 679 CC est responsable pour ses auxiliaires (STEINAUER, Les droits réels, tome II, 2002, n. 1900 et 1905b).

Toutefois, l'art. 679 CC n'est pas applicable entre copropriétaires. En effet, l'excès doit provenir de l'utilisation d'un fonds et se produire sur un autre fonds. Ce bien-fonds doit être indépendant et distinct de celui touché par les immissions (STEINAUER, op. cit., n. 1916; MEYER-HAYOZ, Commentaire bernois, vol. IV.1.3, 1975, n. 189 ad art. 679 CC). Plus précisément, l'excès doit dépasser les limites physiques du bien fonds d'où provient l'atteinte (MEYER-HAYOZ, Commentaire bernois, vol. IV.1.2, 1964, n. 83 ad art. 679 CC). Ainsi, l'art. 679 CC peut s'appliquer dans les relations entre propriétaires d'étages (STEINAUER, op. cit., n. 1916; MEYER-HAYOZ, op. cit., n. 83 ad art. 679 CC et n. 191 ad art. 684 CC; ATF n.p. du 15 novembre 1991 consid. 2 in RNRF 1994 p. 290; ATF 106 II 315 consid. 2b = JdT 1981 I 306; ATF 55 II 21), mais non à la copropriété ordinaire (MEYER-HAYOZ, op. cit., n. 191 ad art. 684 CC), dès lors que dans la copropriété ordinaire, le bien-fonds n'est pas divisé physiquement, mais uniquement réparti en quote-part comptable de sorte qu'il ne peut exister de relation de voisinage (ENDER, Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, 1995, n. 235).

En l'espèce, les parties sont copropriétaires ordinaires d'un bien-fonds. Il s'ensuit que l'art. 679 CC n'est pas applicable.

4. Selon l'art. 58 al. 1 CO, le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien. Cette disposition est une *lex specialis* par rapport aux 41 et 55 CO. Le sujet de la responsabilité est le propriétaire au moment de la survenance de l'atteinte. Celui qui n'a qu'un droit réel limité tel l'usufruitier ne peut donc pas être tenu pour responsable au sens de l'art. 58 CO. Le propriétaire n'encourt de responsabilité que si le dommage est dû à un vice de construction ou à un défaut d'entretien (WERRO, Commentaire romand, 2002, n. 12, 13, 16 et 25 ad art. 58 CO). A cet égard, la responsabilité du propriétaire de l'ouvrage concerne le défaut d'un ouvrage terminé et utilisé conformément à l'usage destiné. L'application de l'art. 58 CO est inapplicable non seulement aux ouvrages en cours de construction, mais également lors de réparation ou de travaux de transformation (BREHM, Commentaire bernois, vol. IV.1.3.1, 1998, n. 48 et 49 ad art. 58 CO; DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., § 12 n. 45; ATF 95 II 231 consid. 2).

En l'espèce, lors des dégâts d'eau survenus les 5 et 6 mai 2001, les travaux de réfection de la toiture étaient en cours de sorte que l'art. 58 CO n'est pas applicable. Pour les dégâts dont les appelants allèguent la survenance en février 2004, l'intimée n'était qu'usufruitière de la part de copropriété et ne peut ainsi être recherchée en qualité de propriétaire du bâtiment.

5. Selon l'art. 55 al. 1 CO, l'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Cette disposition constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 41 CO. L'employeur est toute personne physique ou morale qui, dans ses affaires professionnelles ou domestiques charge un subordonné d'accomplir une tâche. Le critère essentiel est le rapport de subordination qu'il appartient au lésé de prouver. Est seule déterminante à cet égard la relation de fait entre l'employeur et l'auxiliaire (WERRO, op. cit., n. 7 et 30 ad art. 55 CO). Cela étant, l'entrepreneur n'est pas l'auxiliaire dans ses relations avec le maître de l'ouvrage (SCHNYDER, Commentaire bâlois, 2003, n. 8 ad art. 55 CO).

En l'espèce, à défaut d'indications contraires, il est hautement vraisemblable que l'intimée et V.\_\_\_\_\_ Sàrl ont été liées par un contrat d'entreprise. Quoi qu'il en soit, les appelants n'ont pas établi l'existence d'un rapport de subordination. Il s'ensuit que l'art. 55 CO n'est pas applicable.

6. Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer (art. 41 al. 1 CO). L'art. 41 CO institue une responsabilité fondée sur la théorie objective de l'illicéité. Un acte dommageable est ainsi illicite s'il viole un devoir légal général, soit qu'il porte atteinte à un droit absolu du lésé (illicéité de résultat) soit qu'il provoque une atteinte de nature purement patrimoniale et heurte une norme de protection pertinente (illicéité de comportement). L'illicéité de résultat, par nature, est justifiée par le fait que la lésion des droits subjectifs absolus est toujours illicite, peu importe la manière dont cette lésion a été causée. Une responsabilité fondée sur l'art. 41 CO

suppose cependant que la lésion qui s'est produite puisse être attribuée au comportement illicite du lésant présumé. Alors que les actions provoquant la lésion d'un bien juridiquement protégé sont sans autre illicites – pour autant qu'il n'existe aucun fait justificatif – l'illicéité d'une abstention suppose que soit violé un devoir juridique spécifique tendant à prévenir la menace d'une lésion. Par conséquent, nonobstant la lésion d'un bien juridique absolument protégé, une omission n'est illicite que si un devoir d'agir est violé ; ce devoir est, au sens de l'illicéité de comportement, à l'origine de la position de garant assumée par le lésant à l'égard du lésé (ATF n.p. du 28 janvier 2000 consid. 1a, in SJ 2000 I p. 549).

En l'absence de lésion d'un droit absolu ou de violation d'une norme protectrice, il est admis que la victime peut fonder l'illicéité sur le principe de la création d'un état de fait dangereux (WERRO, op. cit., n. 59 ad art. 41 CO). D'après ce principe, celui qui crée ou laisse subsister une situation dangereuse doit prendre les mesures de protection nécessaires de manière à éviter la survenance d'un dommage. La responsabilité qui en découle ne suppose pas une action, mais une omission. Il convient donc de s'interroger d'une part sur l'existence d'un devoir juridique d'agir (devoir d'assurer la sécurité, Sicherungspflicht) et d'autre part sur le rapport de causalité normative entre l'omission et le résultat. Ainsi, la violation d'un devoir juridique tendant à prévenir un dommage est seule constitutive d'un acte illicite, et pas non déjà la création ou la tolérance d'une situation dangereuse (ATF, in SJ 2000 I p. 549).

En l'espèce, il est constant que les appelants se prévalent de dommages matériels découlant d'une atteinte à leurs biens. Toutefois, il apparaît que l'atteinte a été causée par V.\_\_\_\_ Sàrl qui n'a pas mis en place une protection provisoire pour le week-end après avoir enlevé l'ancienne chape de la terrasse située sur le toit et qui a coulé une nouvelle chape sans se soucier de vérifier l'étanchéité du toit. En d'autres termes, ces omissions ne sont pas le fait de l'intimée. Par ailleurs, l'on ne saurait considérer que la mise en œuvre d'une entreprise pour l'exécution de travaux de réfection constitue la création d'un état de fait dangereux. De surcroît, il est douteux qu'il existe à charge de celui qui engage une entreprise pour l'exécution de travaux le devoir juridique de veiller à ce que l'entreprise n'agisse pas de manière à léser les tiers. En effet, c'est l'entrepreneur qui supporte en premier lieu la responsabilité envers les tiers pendant la construction ou les travaux d'entretien. Le propriétaire de l'ouvrage en tant que maître répond quant à lui de sa propre faute ou selon l'art. 55 CO (BREHM, op. cit., n. 52 ad art. 58 CO). Par ailleurs, il ne saurait être reproché à l'intimée d'avoir choisi un entrepreneur qui s'est avéré peu qualifié pour effectuer des travaux relatifs à l'étanchéité d'une toiture, puisque les travaux projetés ne portaient que sur le remplacement d'une chape.

Il s'ensuit que l'intimée n'encourt aucune responsabilité du chef de l'art. 41 CO.

7. Au vu de ce qui précède, il n'existe aucune responsabilité à charge de l'intimée. C'est donc à juste titre que le Tribunal a débouté les appelants des fins de leur demande.

8. Les appelants, qui succombent intégralement, seront condamnés aux dépens d'appel.

\* \* \* \* \*

**Par ces motifs,  
La cour:**

**A la forme:**

Déclare recevable l'appel interjeté par Ivana M.\_\_\_\_\_ et Yan M.\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/1864/2005 rendu le 17 février 2005 par le Tribunal de première instance dans la cause C/7217/2003-13.

**Au fond:**

Confirme ce jugement.

Condamne Ivana M.\_\_\_\_\_ et Yann M.\_\_\_\_\_ en tous les dépens d'appel, lesquels comprennent une indemnité de procédure de 7500 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de Germaine S.\_\_\_\_\_.

**Siégeant:**

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Monsieur François CHAIX, Monsieur Daniel DEVAUD, juges; Monsieur Jean-Daniel PAULI, greffier.

## Arrêt de la Cour de justice de Genève du 23 septembre 2005

Entre

Monsieur Marc C.\_\_\_\_\_, recourant contre une ordonnance du Président du Tribunal de première instance de ce canton du 15 juillet 2004, comparant par M<sup>e</sup> Jean-François Marti, avocat, quai Gustave-Ador 26, case postale 6253, 1211 Genève 6, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

d'une part,

Et:

Monsieur Claude S.\_\_\_\_\_, intimé, comparant en personne,  
d'autre part,

– EN FAIT –

**A.** Par acte déposé le 29 juillet 2004 au greffe de la Cour de justice, Marc C.\_\_\_\_\_ recourt contre une ordonnance, prononcée le 15 juillet et reçue le 19 juillet 2004, aux termes de laquelle le Tribunal de première instance a rejeté sa requête de mesures provisionnelles et l'a condamné aux dépens.

Marc C.\_\_\_\_\_ conclut à l'annulation de l'ordonnance précitée. Reprenant les conclusions de sa requête, il demande à la Cour, avec suite de dépens, d'ordonner à Claude S.\_\_\_\_\_, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, de faire procéder sans délai aux travaux de réfection du mur de soutènement érigé tout au long de sa limite de propriété, bordant le chemin privé donnant accès au 5, chemin B.\_\_\_\_\_ et ce, depuis l'intersection du chemin B.\_\_\_\_\_ jusqu'à la fin de ce mur se situant à l'entrée de la parcelle n° 1030, propriété de Marc C.\_\_\_\_\_. Il prie la Cour de dire que si les travaux précités n'ont pas débuté d'ici au 16 août 2004, et/ou ne se sont pas achevés d'ici au 23 août 2004, il sera autorisé à faire exécuter lesdits travaux aux frais, risques et périls exclusifs de Claude S.\_\_\_\_\_.

Claude S.\_\_\_\_\_ conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

**B.** Il ressort de la procédure les faits pertinents suivants :

**a)** Marc C.\_\_\_\_\_ est propriétaire de la parcelle n° 1030 de la commune de C.\_\_\_\_\_, située au 5, chemin B.\_\_\_\_\_.

Claude S.\_\_\_\_\_ est propriétaire de la parcelle n° 558 de la même commune, sise au 15, chemin B.\_\_\_\_\_.

L'accès à la propriété de Marc C.\_\_\_\_\_ s'effectue par un chemin privé, depuis le chemin B.\_\_\_\_\_. Ce chemin privé (ci-après: le chemin d'accès) est longé par un mur de soutènement, érigé sur la parcelle de Claude S.\_\_\_\_\_, constitué, sur une partie, de béton brut et sur une autre partie, de pierres surmontées de plots de ciment.

**b)** Marc C.\_\_\_\_\_ a mandaté le bureau d'architectes I.\_\_\_\_\_ Sàrl afin de procéder à d'importants travaux sur sa parcelle, à savoir la rénovation complète de sa

villa, la création de combles, la construction d'une piscine et d'un local technique, la rénovation de la cour et l'installation de nouvelles plantations dans le jardin.

Dans un premier temps, les entreprises mandatées ont emprunté le chemin d'accès pour se rendre sur le chantier.

Par la suite, certaines entreprises ont refusé de passer par ce chemin, invoquant le mauvais état du mur de soutènement le bordant et le risque que ce dernier ne s'effondre.

I.\_\_\_\_ Sàrl a alors informé les entreprises concernées que le chemin d'accès était dorénavant interdit à toute circulation, sous réserve d'un passage à pied ou en camionnette d'un poids ne dépassant pas 1,5 tonnes.

Certaines entreprises ont pu accéder au chantier par le bas de la parcelle mais cet accès présente des difficultés, liées notamment à la présence d'une dénivellation du terrain d'environ deux mètres clôturant la propriété de Marc C.\_\_\_\_, par dessus laquelle le matériel doit être hissé, à défaut d'ouverture de ce côté.

Les interventions effectuées pour la construction de la piscine par l'alimentation du chantier depuis le bas de la parcelle ont déjà fait l'objet d'une facture d'environ 30000 fr., qui n'inclut pas les incidences financières dues au retard des travaux.

Par courrier du 7 juin 2004, Marc C.\_\_\_\_ a mis Claude S.\_\_\_\_ en demeure de faire consolider le mur bordant sa propriété, ne serait-ce que de façon provisoire, pour garantir la sécurité des utilisateurs du chemin d'accès. Claude S.\_\_\_\_ a répondu qu'il consulterait son architecte dans le courant du mois d'août, en précisant que si l'entretien d'une maison relevait de son propriétaire, on ne pouvait aller jusqu'à lui demander de transformer son bien-fonds pour répondre aux exigences de ses voisins.

c) Par décision du 29 juillet 2004, la Sécurité civile a demandé à Claude S.\_\_\_\_ de procéder, pour le 18 août 2004, à la présentation d'une expertise effectuée par un ingénieur civil déterminant si le mur de soutènement était encore sûr. Il était précisé que des travaux d'assainissement seraient à entreprendre immédiatement si un manque de sécurité était relevé. Cette décision a été déclarée exécutoire nonobstant recours «vu l'urgence de la situation». La Sécurité civile a relevé que le mur de soutènement était en mauvais état, qu'il était poussé en avant par la terre, que de grosses fissures ainsi qu'un fruit négatif étaient visibles et qu'un arbre situé derrière le mur penchait du côté du chemin d'accès.

L'ingénieur civil Philippe K.\_\_\_\_, mandaté par Marc C.\_\_\_\_, a émis les plus grandes réserves quant à la pérennité du mur de soutènement en raison de son état «particulièrement dégradé». Selon lui, «la face avale présente d'importants dégâts au niveau de la chaussée. Les maçonneries sont descellées, le crépi est fusé. Le couronnement du mur, semble-t-il rehaussé par des plots en ciment est déversé, il menace de basculer». Les travaux de fouille pour les introductions des services industriels «pourraient mettre en péril la sécurité au glissement de l'ouvrage». Philippe K.\_\_\_\_ a suggéré à I.\_\_\_\_ Sàrl de renoncer à l'usage du chemin pour les besoins futurs du chantier en raison du risque que représentait le mur.

Selon l'architecte sollicité par Claude S.\_\_\_\_, il ne semblait pas y avoir urgence. Le mur de soutènement faisait apparaître quelques problèmes, lesquels pouvaient être résolus, une expertise par un bureau d'ingénieurs étant toutefois indiquée.

L'ancien propriétaire de la parcelle de Marc C.\_\_\_\_ a confirmé à I.\_\_\_\_ Sàrl qu'il avait rendu Claude S.\_\_\_\_ attentif au mauvais état du mur à plusieurs reprises au cours des dix dernières années, certaines parties de ce mur n'étant qu'un tas de pierres en désagrégation.

I.\_\_\_\_ Sàrl a établi un rapport concernant «la précarité d'accès au chantier par le bas de la parcelle». Il en ressort notamment ce qui suit :

- la hauteur du mur au bas de la parcelle de Marc C.\_\_\_\_ est trop importante pour créer un accès provisoire ;
- la forte déclivité du terrain ne rend possible ni l'accès ni l'évacuation de véhicules ou de matériel lourd ;
- le transbordement de matériel léger de façon manuelle est possible moyennant des surcoûts importants ;
- le projet de construction d'un local technique est bloqué par l'impossibilité d'utiliser le chemin d'accès ;
- les travaux de rénovation de la cour d'entrée ne sont pas envisageables car il est impossible d'évacuer les containers qui y sont entreposés ;
- la sécurisation du mur de soutènement par le biais de contreventements latéraux n'est pas envisageable.

C. Le 25 juin 2004, Marc C.\_\_\_\_ a saisi le Tribunal d'une requête de mesures provisionnelles, tendant à ce que le Tribunal prononce les mesures aujourd'hui requises en appel.

Selon le premier juge, l'octroi d'une mesure fondée sur l'art. 59 CO n'était pas justifié. Une telle mesure paraissait disproportionnée, les travaux pouvant être effectués, moyennant certes des surcoûts, en passant par le bas de la parcelle où Marc C.\_\_\_\_ pouvait créer une ouverture. Marc C.\_\_\_\_ n'avait au surplus pas rendu vraisemblable que sa propriété était privée d'électricité.

D. A l'appui de son recours, Marc C.\_\_\_\_ soutient être exposé à un danger imminent, dû au risque d'effondrement du mur de soutènement. Il invoque l'impossibilité future d'alimenter sa villa en électricité, le chemin d'accès ne pouvant pas être ouvert pour les travaux y relatifs et l'installation actuelle étant insuffisante pour une villa moderne. Marc C.\_\_\_\_ fait valoir d'importants surcoûts.

A l'audience de plaidoiries du 2 septembre 2004 devant la Cour, Marc C.\_\_\_\_ a plaidé qu'il était exposé à un dommage économique en raison du blocage de certains travaux. Il a soutenu qu'il n'y avait pas d'autre façon de procéder aux modifications projetées qu'en passant par le chemin d'accès. Pour le surplus, il a persisté dans ses conclusions, sous réserve des dates fixées pour le début et l'achèvement des travaux de réfection du mur, qu'il a reportées respectivement aux 13 et 30 septembre 2004. Claude S.\_\_\_\_ a contesté les risques pour la sécurité des usagers du chemin d'accès, ainsi que l'urgence de la mesure sollicitée.

– EN DROIT –

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par l'art. 331 al. 2 LPC, le recours est recevable. Il est instruit en procédure sommaire (art. 331 al. 3 LPC).

La Cour statue avec plein pouvoir d'examen (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 7 ad art. 331 LPC; SJ 1985 p. 480), quel que soit le montant litigieux (SJ 1985 p. 478; Mémorial du Grand Conseil 1981 p. 1734).

2. Le juge peut ordonner les mesures conservatoires ou provisionnelles prévues par les lois fédérales et cantonales (art. 324 al. 1 LPC).

L'octroi de mesures provisionnelles est soumis à quatre conditions:

- le requérant doit rendre vraisemblable les faits qu'il allègue pour déduire le droit auquel il prétend;
- il doit ensuite établir l'apparence du droit invoqué (SJ 1977 p. 60 et 588-589);
- il doit en outre rendre vraisemblable que, sans la mesure sollicitée, l'atteinte pourrait lui causer un préjudice difficilement réparable (SJ 1977 p. 588);
- il doit enfin faire apparaître que les mesures sollicitées sont urgentes.

S'agissant de l'apparence du droit invoqué, l'appelant se réfère à l'art. 59 CO. Selon cette disposition, celui qui est menacé d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui a le droit d'exiger du propriétaire que celui-ci prenne les mesures nécessaires pour écarter le danger. L'art. 59 CO n'ouvre la voie qu'aux mesures urgentes et nécessaires pour prévenir un dommage imminent (ATF 98 II 319 = JT 1973 I 252). Cette disposition est soumise aux conditions d'application de l'art. 58 CO (ATF 100 II 134 = JT 1976 I 637).

L'exclusion des dangers que présente un ouvrage est une question à la fois de proportionnalité économique et de possibilités techniques. Les coûts nécessaires à la suppression de dommages ou à la prise de mesures de sécurité doivent être raisonnablement proportionnés au besoin de protection des usagers et au but de l'ouvrage. Plus les améliorations sont faciles et peu coûteuses et plus le juge sera sévère dans l'appréciation du défaut (WERRO, *op. cit.*, n. 18 ad art. 58 CO). Un ouvrage est réputé défectueux lorsqu'il ne garantit pas une sécurité suffisante, conforme à son but et à sa fonction (ATF 129 III 65 = SJ 2003 I 161).

Le dommage est purement économique lorsqu'une diminution du patrimoine a lieu sans qu'une personne ait été tuée ou blessée, ni qu'une chose ait été endommagée, détruite ou perdue. Un tel dommage n'est pas réparable. Selon la jurisprudence, il ne l'est que s'il résulte de la violation d'une norme de comportement destinée à protéger le patrimoine de la victime (WERRO, Commentaire romand du code des obligations I, n. 19 ad art. 41 CO; SJ 2001 I 525, c. 3).

3. En l'espèce, le recourant a invoqué l'imminence d'un dommage corporel et économique, ce dernier résultant des surcoûts qu'il subit et de la prétendue absence future d'électricité dans sa villa.

L'imminence d'un dommage économique ne justifie cependant pas le prononcé des mesures requises, car le recourant ne peut prétendre à la réparation d'un tel dommage en vertu d'une norme de comportement spécifique destinée à protéger son patrimoine. Au demeurant, s'agissant du manque d'électricité, outre qu'il n'est pas rendu suffisamment vraisemblable, il n'apparaît pas imminent.

En ce qui concerne la menace d'un dommage corporel, le recourant craint l'effondrement du mur de soutènement. Certes, le mur de soutènement semble être en mauvais état. Toutefois, un danger imminent ne sera pas retenu. En effet, le bureau d'architectes mandaté par le recourant lui-même n'a pas interdit tout passage sur le chemin d'accès. Si les camions à fort tonnage n'empruntent plus ce chemin, un passage à pied ou en camionnette d'un poids ne dépassant pas 1,5 tonnes est autorisé. En outre, la Sécurité civile n'a pas pris des mesures immédiates, instruisant dans un premier temps à l'intimé d'obtenir une expertise du mur litigieux.

Enfin, le chemin d'accès peut actuellement être emprunté par des piétons et des camionnettes d'un poids maximum de 1,5 tonnes. En effet, le mur litigieux garantit une sécurité suffisante à ces usagers. Sous l'angle de la proportionnalité, il n'y a dès lors pas lieu d'ordonner les mesures requises.

Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté et la décision querellée confirmée.

4. Le recourant, qui succombe, supportera les dépens du recours (art. 176 al. 1 LPC).

\* \* \* \* \*

**Par ces motifs,  
La cour:**

**A la forme:**

Déclare recevable le recours formé par Marc C.\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance OTPI/430/2004 rendue le 15 juillet 2004 par le Tribunal de première instance dans la cause C/13723/2004-16.

**Au fond:**

Le rejette.

Condamne Marc C.\_\_\_\_\_ aux dépens du recours.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.



---

# Les principales difficultés d'application de l'article 679 du Code civil

DENIS PIOTET

*Professeur à la Faculté de droit et des sciences criminelles  
de l'Université de Lausanne*

## 1. Champ d'application

### 1.1. La division artificielle des immeubles

Sous la note marginale « responsabilité du propriétaire », l'art. 679 CC est inséré dans le Chapitre II du Titre XIX<sup>e</sup> portant sur les effets de la propriété foncière, sans être directement inséré dans le droit du voisinage proprement dit (art. 684 à 698 CC). Cette norme sanctionne, respectivement prévient, l'excès du droit de la propriété foncière, soit le dépassement des limites du droit de cette propriété : si la source de l'atteinte est ainsi facilement identifiable, les biens protégés ne ressortent pas expressément du texte légal : il n'est plus guère discuté que n'importe quel tiers subissant un dommage ne saurait être visé par l'art. 679 CC, soit particulièrement celui qui n'a qu'une relation « fortuite et momentanée » avec les immeubles voisins<sup>1</sup>. En d'autres termes, la norme qu'est l'art. 679 CC se rattache au droit de voisinage, au sens large du terme, alors même que sa position systématique n'est pas strictement liée à ce dernier<sup>2</sup>.

Cela implique qu'il y ait rapport entre deux objets immobiliers distincts, et non pas, comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de l'admettre<sup>3</sup>, une relation de voisinage entre titulaires de droits sur le même immeuble. L'exception n'a pas lieu d'être, malgré la jurisprudence précitée, pour des droits distincts et permanents sous le prétexte qu'ils sont immatriculés et traités juridiquement comme des immeubles : un droit de superficie reste intrinsèquement une servitude, et l'immatriculation de ce droit n'en modifie pas la nature juridique<sup>4</sup> ; l'excès au sens de l'art. 679 CC ne peut s'apprécier de la

---

<sup>1</sup> *Infra*, ch. 2.3.

<sup>2</sup> Plus restrictif, Bénédicte FoEx, A propos de l'action en responsabilité du propriétaire de l'immeuble, *in* JdT 1999 I 438.

<sup>3</sup> ATF 111 II 236, JdT 1986 I 115 ; situation inverse, ATF 106 II 315, JdT 1981 I 306 ; le Tribunal fédéral avait jusqu'alors exigé une relation entre deux fonds au moins pour appliquer l'art. 679 CC, cf. ATF 88 II 331, JdT 1963 I 277 ; ATF 91 II 190, c.3, rés. JdT 1966 I 255.

<sup>4</sup> Par exemple ATF 118 II 115, JdT 1993 I 233.

même façon pour un voisin que pour le propriétaire grevé d'un droit de superficie, lequel doit voir son droit de propriété nécessairement restreint par l'étendue de la servitude, de même qu'encore pour les relations de voisinage entre plusieurs titulaires de droits réels limités sur le même immeuble, situation où leur rang respectif doit dicter des devoirs de tolérance distincts qui ne peuvent pas s'intégrer dans le système de l'art. 679 CC ; enfin, s'agissant de droits personnels d'usage, la nature contractuelle variable des prétentions qu'ils peuvent exercer confirme l'impossibilité du règlement d'un tel conflit sur le modèle purement légal et égalitaire de l'art. 679 CC, sans même parler de la problématique spécifique à leur nature relative<sup>5</sup>. De toutes ces hypothèses, l'on conçoit mal comment un régime uniforme peut être appliqué à toutes ces situations qui en divergent fondamentalement<sup>6</sup>.

Il n'en va différemment que dans le cas de la propriété par étages. Ici, l'art. 679 CC permet de sanctionner la violation de l'art. 712a al. 2 CC : il s'agit de l'excès dans l'exercice de droits exclusifs d'aménagement et d'utilisation de chaque copropriétaire, soit également dans le cadre de relations de voisinage entre droits placés sur le même rang, et disposés dans un rapport de proximité matérielle<sup>7</sup>. Cette extension se justifie alors, contrairement aux relations entre droits réels limités et droits personnels sur le même objet, par l'égalité de rang des droits absolus emportant des prérogatives d'exercice qui peuvent se gêner l'une l'autre comme dans la situation traditionnelle de deux terrains voisins. D'ailleurs, la notion d'excès de l'art. 679 CC s'apprécie différemment dans le cadre de l'art. 712a CC que dans celui plus général des rapports entre terrains privés<sup>8</sup>. L'on peut ainsi admettre que chaque fois que le droit réel du copropriétaire sur l'ensemble est réglementairement localisé à titre exclusif, les rapports entre les différents titulaires de tels droits réglementaires, qui ont au demeurant un caractère réel parce que relevant de l'exercice réciproque de leurs propres droits réels sur le tout<sup>9</sup>, les art. 712a et 679 CC doivent s'appliquer par extension.

En fin de compte, l'excès de l'art. 679 est l'expression d'un dépassement des limites juridiques de la propriété immobilière, soit une forme de débordement de l'exploitation de l'immeuble, qui, franchissant les limites tant matérielles que juridiques de l'objet de la propriété immobilière, atteint le voi-

---

<sup>5</sup> Cf. *infra*, ch. 2.3 et 6.

<sup>6</sup> Autre proposition, B. FoËx, cité note 2, p. 487.

<sup>7</sup> Il n'y a pas de rapport de proximité matérielle en revanche entre immeubles juridiques au sens de l'art. 655 ch. 4 CC, en l'absence de tels droits d'usage exclusifs.

<sup>8</sup> L'excès peut ainsi consister en une immission négative, cas sanctionné par l'art. 712a CC, alors que tel n'est pas nécessairement le cas de la situation traditionnelle de deux terrains voisins, cf. *infra*, ch. 4.4.

<sup>9</sup> Cf. notamment Denis PIOTET, Le statut du locataire dans la propriété collective, Neuchâtel 2000, p. 7-8 et les références citées.

sinage. Son absence du droit de la propriété mobilière s'explique par le fait que, du fait de la division artificielle de la surface du sol en objet de droits réels distincts, les immeubles s'exposent durablement à l'exploitation dommageable de l'un d'entre eux, et que l'éloignement d'objets (mobiliers) naturellement délimités est par opposition précisément de nature à parer à ce risque. Dans ce sens, on peut bien considérer que l'art. 679 CC est une règle de droit du voisinage, mais droit de voisinage au sens large, soit au-delà du seul cadre des art. 684 à 698 CC.

## 1.2. L'exploitation d'un immeuble

L'excès sanctionné par l'art. 679 CC est toujours le fruit d'un comportement humain, soit une forme d'exploitation de l'immeuble qui cause ou peut causer un préjudice au voisinage. Le phénomène purement naturel n'est ainsi comme tel pas susceptible de constituer un excès au sens de l'art. 679 CC: il en va ainsi d'une tempête entraînant des chutes d'arbres ou de toitures, des inondations dues à des intempéries exceptionnelles, etc.<sup>10</sup>. Mais le comportement humain peut consister en une omission excessive, soit en la non-exécution de mesures préventives que les règles de la prudence pouvaient obliger à mettre en place<sup>11</sup>. Ce devoir de prévention dépend des risques à éviter, soit en particulier de la probabilité du sinistre; il faut admettre que cette obligation de parer aux risques par des mesures matérielles anticipées est liée à la nature des biens-fonds en cause, notamment à leur aménagement naturel ou artificiel<sup>12</sup>.

Le comportement humain touche à l'exploitation de l'immeuble: la source du dommage peut être géographiquement située hors des limites de bien-fonds, pourvu qu'elle soit rattachée à l'exploitation de l'immeuble par un mécanisme que l'on peut rapprocher d'une relation de causalité adéquate. Ainsi en va-t-il d'un chantier privé débordant des limites de la parcelle privée par des engins ou infrastructures placés sur le domaine public riverain, pour les nuisances générées par ces dernières installations<sup>13</sup>. De même encore, des troubles nés sur le domaine public riverain autour de l'entrée d'un établissement public bordier<sup>14</sup>, ou encore ceux inhérents à la présence de toxicomanes autour d'une « scène ouverte de la drogue »<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> ATF 93 II 230, JdT 1968 I 580; ATF 91 II 474, JdT 1966 I 551; ATF 80 II 216, JdT 1955 I 290.

<sup>11</sup> ATF 73 II 151, JdT 1948 I 132; ATF 93 II 230, JdT 1968 I 580.

<sup>12</sup> Christian ROTEN, *Intempéries et droit privé*, thèse Fribourg, 2000, n. 1620 ss, p. 515 ss.

<sup>13</sup> ATF 83 II 375, JdT 1958 I 348; ATF 114 II 230, JdT 1989 I 144; sur les travaux dits nécessaires, cf. ch. 5 *infra*.

<sup>14</sup> ATF 120 II 15, JdT 1995 I 186.

<sup>15</sup> ATF 119 II 411, rés. JdT 1995 I 349.

### 1.3. Le texte de l'art. 679 CC

Avant d'en examiner les conditions de mise en œuvre, il n'est pas inutile de rappeler que le texte de l'art. 679 CC traite simultanément de la responsabilité, de type délictuel, du propriétaire foncier, et des actions en cessation et en prévention d'une atteinte aux droits du voisin, soit en exécution de certaines mesures matérielles. Ce traitement simultané se justifie dans la mesure où les deux moyens, même si le texte légal ne le dit pas expressément, ne sont pas assujettis à l'exigence d'une faute du responsable<sup>16</sup>; il s'agit néanmoins de deux moyens essentiellement différents quant à leur nature: l'action réparatrice procède de l'exercice d'une créance contre le propriétaire responsable, alors que les mesures de cessation ou de prévention du dommage sont de nature «réelle»<sup>17</sup>. Comme nous le verrons, certains titulaires de droits relatifs peuvent ainsi, pour protéger leurs droits relatifs, exercer l'action réelle, ce qui suscite certains développements à notre avis nécessaires<sup>18</sup>, qui doivent être liés aux modalités pratiques divergentes d'exercice des deux types d'actions<sup>19</sup>.

## 2. Champ d'application et personnes protégées

### 2.1. Délimitation d'avec l'action négatoire de l'art. 641 al. 2 CC et la responsabilité délictuelle générale (41 ss CO)

La fixation du champ d'application de l'art. 679 CC pose un problème délicat tout d'abord par rapport à l'action négatoire générale de l'art. 641 al. 2 CC, laquelle permet de repousser tout trouble ou atteinte aux droits de propriété, et dont la sanction réparatrice doit se fonder sur la responsabilité générale de l'art. 41 CO.

Selon la distinction traditionnelle, l'excès en relation avec une atteinte indirecte relève de l'art. 679 CC, par opposition à l'atteinte directe, qui, elle, relève de l'art. 641 CC<sup>20</sup>. Ainsi, le déboulement de terres d'un fonds sur l'autre

---

<sup>16</sup> Expressément, dans l'histoire de l'art. 679 CC, pour la responsabilité: Procès verbaux de la Grande Commission d'experts, III, 6.11.1902, p. 48-49.

<sup>17</sup> Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2002, n. 1923, p. 230 s.

<sup>18</sup> Cf. *infra*, ch. 2.3.

<sup>19</sup> Cf. *infra*, ch. 6.

<sup>20</sup> Cf. notamment P.-H. STEINAUER, cité note 17, n. 1896, p. 221; Thomas ENDER, Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, thèse Fribourg, 1995, p. 54 ss; Heinz REY, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, vol. II, Berne 2000, n. 2056b, p. 495; critique justifiée chez B. Foëx, cité note 2, p. 491.

ensuite de travaux<sup>21</sup> ou la pénétration de branches ou de racines d'arbres du voisin au-delà la limite<sup>22</sup>, sont autant de cas d'application de la seule action négatoire générale, à l'exclusion d'excès au sens de l'art. 679 CC : un corps étranger pénètre « physiquement » dans la sphère protégée du propriétaire foncier voisin ; de même, si un avion pénètre dans la sphère de hauteur utile de la propriété du sol, l'art. 641 al. 2 est applicable<sup>23</sup>, alors que si de tels avions gênent, par leurs nuisances, l'immeuble à la surface du sol sans violer pour autant en hauteur la propriété privée, l'art. 679 CC s'applique<sup>24</sup>.

Raisonnement sur la seule base du principe « *lex specialis* », qui voudrait faire passer l'art. 679 CC avant l'art. 641 al. 2 CC chaque fois qu'il y a violation d'un rapport de voisinage au sens des art. 684 ss CC, n'est pas non plus tellement satisfaisant : les nuisances des toxicomanes allant et venant autour d'une « scène ouverte de la drogue » relèvent bien d'une violation de l'art. 684 CC<sup>25</sup>, mais si l'un d'eux entre sans droit dans le fonds de la victime, il atteint directement son droit de propriété, de sorte que l'art. 641 al. 2 CC peut devoir s'appliquer à son égard : certes, les responsables ne sont pas les mêmes, et tout dépend, en fait, du point de vue duquel l'on se place pour l'appréciation<sup>26</sup>.

Ici, c'est surtout dans ses résultats pratiques que la jurisprudence fédérale apparaît critiquable : pourquoi le voisin devrait-il répondre sans faute de sa part du dommage né de bruits excessifs de son chantier, alors qu'il ne devrait répondre qu'en cas de faute de sa part si le résultat dommageable de l'exploitation du même chantier tient au déboulement de terres sur le fonds du voisin ? Cette différenciation, si elle peut apparaître encore logique, est certainement injuste, et devrait certainement être revue par le Tribunal fédéral.

## 2.2. La légitimation passive

### a) *Le propriétaire – les propriétaires*

Nous avons souligné préliminairement que l'excès consistait en un comportement humain d'exploitation de l'immeuble en cause<sup>27</sup>. Toute activité d'exploitation engage-t-elle sur l'immeuble la responsabilité de l'art. 679 CC ? Il s'agit maintenant de définir la légitimation passive des personnes protégées par cette disposition.

---

<sup>21</sup> ATF 111 II 24, JdT 1986 I 162 ; ATF 73 II 151, JdT 1948 I 132 ; *a contrario*, ATF 107 II 134, JdT 1982 I 462.

<sup>22</sup> ATF 131 III 505, JdT 2006 I 27.

<sup>23</sup> ATF 122 II 349, c. 4b.

<sup>24</sup> Cf. *infra*, ch. 3.

<sup>25</sup> Cf. ATF 119 II 411, JdT 1995 I 349, cité *supra* note 15.

<sup>26</sup> B. FoEX, cité note 2, p. 495-496.

<sup>27</sup> *Supra*, ch. 1.2.

Le texte légal définit le responsable par le terme « propriétaire ». Le propriétaire de l'immeuble est ainsi au premier chef le responsable désigné par la loi : il n'est pas douteux qu'il doit du reste assumer la responsabilité à raison de l'activité de ceux auxquels il confie l'exploitation de l'immeuble, qu'il s'agisse de locataires, fermiers, ou autres occupants : le Tribunal fédéral a expressément reconnu cette responsabilité du fait de l'excès d'autrui en relation avec l'immeuble du propriétaire<sup>28</sup> ; cela peut aller jusqu'à une responsabilité du fait d'une simple tolérance d'excès au vu et au su du propriétaire<sup>29</sup>.

En cas de propriété collective, même si la solidarité n'est pas prévue par la loi (dans la propriété en main commune, selon les règles de chaque communauté), les propriétaires collectifs engagent une responsabilité solidaire au sens de l'art. 679 CC, au même titre que pour l'art. 58 CO<sup>30</sup>, alors que les mesures matérielles de cessation et de prévention doivent être ordonnées nécessairement à l'égard de l'ensemble des membres de la propriété collective. Enfin, la communauté des propriétaires d'étage, même si elle peut avoir, pour atteindre son but légal, un droit lié à l'immeuble qui relève d'elle, ne peut engager de responsabilité délictuelle<sup>31</sup> de sorte que les actions de l'art. 679 CC doivent être, là encore, adressées contre les propriétaires collectifs individuellement.

Dans le cadre déjà exposé<sup>32</sup>, relevant essentiellement de l'art. 712a al. 2 CC, l'art. 679 CC peut avoir à s'appliquer dans les relations entre copropriétaires : comme nous l'avons admis, il s'agit là, comme pour les relations de voisinage entre immeubles-terrains, d'une conséquence de la délimitation artificielle de l'exercice des droits de propriété de même rang sur le même objet. Nous avons déjà souligné qu'il ne peut être question d'étendre, au-delà, l'art. 679 CC à des relations entre titulaires de droits sur le même objet immobilier.

## **b) Les servitudes**

En revanche, dans la mesure où l'exploitation de la propriété, par le jeu de la rupture du principe de l'accession, est divisée, il est logique de soumettre à l'art. 679 CC la responsabilité du superficiaire par rapport aux voisins de l'immeuble grevé<sup>33</sup> ; logiquement, la jurisprudence admet une telle dissociation

---

<sup>28</sup> ATF 120 II 15, JdT 1995 I 186, cf. *supra*, ch. 1.2.

<sup>29</sup> Cf. B. FoËx, cité note 2, p. 482, et l'arrêt grison, RNRF 1989, p. 220 ; sur la responsabilité du propriétaire à raison de l'activité de squatters tolérés, même non autorisés, cf. Gwendoline EGGER ROCHAT, *Les squatters*, thèse Lausanne, Zürich 2002, n. 470, p. 181 et n. 483 ss, p. 186 ss.

<sup>30</sup> ATF 117 II 50, rés. JdT 1992 I 222.

<sup>31</sup> ATF 119 II 404, JdT 1995 I 180.

<sup>32</sup> *Supra*, ch. 1.1.

<sup>33</sup> Cf. notamment ATF 88 II 252, JdT 1963 I 166 ; ATF 132 III 689, SJ 2007 I 185, c. 2.3.

pour des servitudes qui n'ont pas le caractère d'un droit de superficie au sens des art. 779 ss CC<sup>34</sup>, la dissociation dans l'exercice des facultés de la propriété n'ayant pas à être calquée strictement sur le modèle de la superficie pour des droits qui peuvent secondairement impliquer une telle dissociation<sup>35</sup>. La question est alors de savoir si le propriétaire grevé doit aussi répondre, à côté du titulaire de la servitude, de l'exercice excessif de celle-ci : si un comportement propre, objectivement illicite, ne peut lui être reproché, il est admis qu'il n'y a pas ici matière à responsabilité solidaire entre le propriétaire grevé lui-même, le cas échéant non responsable pour son propre fait, et l'auteur direct de l'excès<sup>36</sup>.

### c) *Les droits personnels d'usage et le possesseur illégitime*

Il en va différemment de la légitimation passive des locataires, fermiers, emprunteurs ou autres titulaires de droits personnels d'usage sur l'immeuble. Ici, leur exploitation de l'immeuble en cause ne procède pas d'une dissociation ayant des effets réels, mais uniquement de droits relatifs inopposables et ne pouvant profiter à des tiers. Le Tribunal fédéral a néanmoins admis la légitimation passive de tels titulaires de droits personnels d'usage sur l'immeuble exploité<sup>37</sup>, en argumentant de façon pragmatique, malgré une forte résistance de la doctrine<sup>38</sup>. Les arguments d'ordre pratique ne nous paraissent pas décisifs dès lors que la légitimation passive du locataire ou fermier, responsables directs de l'excès, exclut en principe celle du propriétaire qui n'aurait pas lui-même participé à cette exploitation excessive<sup>39</sup>; quant à la construction théorique, elle ne nous paraît pas résister à l'examen : comment tirer parti d'un droit relatif d'usage pour à la fois légitimer la responsabilité à l'égard de tiers, non partie au rapport de droit, et alors même que ce rapport de droit relatif peut lui-même conférer un droit à l'excès à l'égard de son débiteur, le propriétaire bailleur ou prêteur ? Condamnée par le texte légal clair, impossible à justifier sur le plan théorique, et dictée par des considérations d'ordre

---

<sup>34</sup> Servitude de source, ATF 70 II 85, JdT 1944 I 523; servitude de passage, SJ 1991, p. 184 ss.

<sup>35</sup> Propriété du captage de la source, des conduites de la servitude, etc.

<sup>36</sup> Arthur MEIER-HAYOZ, Commentaire bernois, vol. IV.1.2, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1965/1974, n. 65 s. *ad* art. 679 CC; SJ 1991, p. 184, c. 3.

<sup>37</sup> ATF 104 II 15, JdT 1978 I 599; ATF 101 II 248, JdT 1976 I 252; ATF 107 II 134, JdT 1982 I 462; ATF 109 II 304, JdT 1984 I 629; question réservée, ATF 132 III 689, SJ 2007 I 185, c. 2.2.1.

<sup>38</sup> Cf. parmi d'autres, A. MEIER-HAYOZ, cité note 36, n. 62 *ad* art. 679 CC; Peter LIVER, *Schweizerisches Privatrecht*, V/1, 1977, p. 234; Hubert BAUER, La responsabilité du propriétaire foncier (art. 679 CC) : Les personnes responsables et les personnes protégées, Genève 1973, p. 11-12; Laurent L'HUILLIER, La responsabilité du propriétaire foncier selon l'art. 679 du Code civil suisse, *in* RDS 1952 II, p. 76a ss; Pascal SIMONIUS / Thomas SUTTER, *Schweizerisches Immoiliarsachenrecht*, Tome I, Bâle 1995, 13/12, p. 419-420; B. FOËX, cité note 2, p. 482 ss.

<sup>39</sup> Cf. par exemple P.-H. STEINAUER, cité note 17, n. 1105c, p. 225.

pratique relativement aléatoires, la jurisprudence fédérale nous paraît sur ce point devoir être revue pour en revenir à une conception plus restrictive de la légitimation passive à l'action.

A l'opposé, le titulaire d'un bail annoté jouit, comme tout titulaire d'un droit personnel annoté, d'un véritable droit réel accessoire<sup>40</sup>, ayant à lui seul des effets d'opposabilité universelle, et comprimant l'exercice du droit de la propriété objet de cette écriture au registre foncier : il est justifié de traiter un tel droit annoté comme une servitude<sup>41</sup>.

Enfin, l'exigence d'une possession légitime a pour effet d'exclure un possesseur illégal de l'immeuble, tel un squatter<sup>42</sup>; cet occupant illicite, s'il n'est pas ne serait-ce que toléré par le propriétaire qui néglige d'utiliser les voies de droit utiles<sup>43</sup>, pour les excès qui lui sont imputables, peut être l'objet aussi bien d'une action du propriétaire de l'immeuble occupé que des propriétaires voisins de celui-ci : un tel occupant illégitime ne s'expose cependant qu'à une responsabilité fondée sur la faute, selon l'art. 41 CO; l'on retrouve ici une dissociation injustifiée, telle que déjà exposée précédemment<sup>44</sup>, où le squatter, occupant par effraction, ne répond personnellement du trouble à l'égard des tiers qu'au même titre qu'à l'égard du propriétaire occupé, soit pour faute seulement, alors que l'occupant « légitimé » par contrat, ou du moins au bénéfice d'un droit subjectif à la possession, répond lui, obligatoirement, à l'égard des tiers, même sans faute de sa part pour tout excès. Cet argument nous paraît devoir s'ajouter à ceux qui plaident en faveur d'un changement de la jurisprudence fédérale.

#### *d) Les immeubles juridiques*

Il faut, pour les autres personnes ayant le cas échéant la légitimation passive, se rappeler que le mécanisme de l'art. 679 CC repose sur les limites artificielles imposées quant à la division du sol<sup>45</sup>. Nous avons évoqué le cas du droit de superficie ou d'autres servitudes<sup>46</sup>, sans qu'il soit nécessaire de distinguer selon qu'il soit immatriculé ou non au registre foncier<sup>47</sup>; nous avons également

---

<sup>40</sup> Cf. notamment ATF 104 II 170, JdT 1979 I 68; ATF 114 III 18, JdT 1990 II 60, c. 3; ATF 120 Ia 240.

<sup>41</sup> Cf. Paul PIOTET, Les effets typiques des annotations au registre foncier, in Contributions choisies, Zürich 2004, spécialement p. 471-472.

<sup>42</sup> B. FoËX, cité note 2, p. 483-484.

<sup>43</sup> *Supra*, spécialement note 28.

<sup>44</sup> Cf. *supra*, ch. 2.1.

<sup>45</sup> Ch. 1.1.

<sup>46</sup> Ch. 2.2. lit. b.

<sup>47</sup> Ch. 1.1.

retenu l'application de l'art. 679 CC aux rapports entre copropriétaires, dans la mesure où la localisation artificielle des droits de chacun est opérée<sup>48</sup>.

Il reste à déterminer ce qu'il en est de la légitimation d'éventuels concessionnaires<sup>49</sup>; le traitement, pour le commerce juridique, de tels droits comme des immeubles privés ne saurait impliquer la mise en œuvre du droit privé fédéral pour fixer le régime de responsabilité du titulaire<sup>50</sup>; la nature intrinsèque du droit dicte le régime de la responsabilité, indépendamment de toute immatriculation; pour l'excès qui peut toucher des ouvrages immobiliers dépendant de la concession, il faut à notre sens raisonner comme pour le droit de superficie, et appliquer l'art. 679 CC à titre de droit fédéral; en revanche, le seul excès dommageable résultant de l'exploitation de la concession de droit public relève de la responsabilité ordinaire du concessionnaire envers les tiers, fondée sur le seul droit public. En matière de mines, la réserve du droit civil minier cantonal permet une réglementation par la loi cantonale des rapports de voisinage entre concessionnaires<sup>51</sup>.

### *e) Pluralité d'immeubles*

Si l'on a abordé, dans les lignes qui précèdent, le pluralité d'exploitants d'un même immeuble<sup>52</sup>, la pluralité d'immeubles distincts dont l'exploitation contribue au même excès dommageable pose la question de la relation entre les différents exploitants de chaque immeuble à l'égard de la victime. Le Tribunal fédéral a à cet égard à juste titre abandonné l'idée d'une solidarité quant à la responsabilité de l'art. 679 C à l'égard de la victime<sup>53</sup>; en effet, source de l'excès, l'exploitation de chaque immeuble doit être appréciée pour elle-même et par rapport au titulaire légitimé à défendre pour cet immeuble, et dans la mesure seulement de la contribution de cette exploitation de cet immeuble à la survenance causale, actuelle, passée ou future, du dommage visé par l'art. 679 CC.

## **2.3. La légitimation active**

La légitimation active est définie par la loi par les termes très larges de « celui qui » (jemand, chiunque). La jurisprudence fédérale a cependant restreint le

---

<sup>48</sup> Ch. 1.1 et 2.2. lit. a.

<sup>49</sup> De mine, art. 655 ch. 3 et 943 ch. 3 CC; de concession hydraulique, art. 59 de la Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques, du 22 décembre 1916.

<sup>50</sup> Ch. 1.1.

<sup>51</sup> Cf. Denis PIOTET, *Droit cantonal complémentaire, Traité de droit privé suisse I/II*, Fribourg 1998, n. 715, p. 234-235 et note 79 avec les références cantonales (Schweizerisches Privatrecht, I/2, Bâle 2001, n. 715, p. 203).

cercle des lésés légitimés à agir aux personnes d'un immeuble voisin en vertu d'un droit réel ou personnel, de façon à écarter une prétention en responsabilité d'une personne qui n'aurait avec l'immeuble voisin qu'une relation « fortuite et momentanée »<sup>54</sup>; l'on peut souscrire au souci du Tribunal fédéral d'écarter de telles prétentions nées de situations occasionnelles, encore que la circonscription exacte des cas non visés par la loi peut emporter des difficultés d'ordre pratique<sup>55</sup>. Il faut également déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral que la légitimation active est déduite d'un droit subjectif à la possession, ce qui écarte par exemple la prétention d'un squatter, simplement gêné par l'exploitation d'un immeuble voisin<sup>56</sup>.

Il reste cependant douteux que la possession soit un critère décisif<sup>57</sup>. Le créancier gagiste immobilier n'a pas de droit à la possession, mais son droit réel de garantie peut être déprécié illicitement par l'exploitation excessive du fonds voisin: l'atteinte illicite au droit de gage justifie certes l'exercice de l'action hypothécaire<sup>58</sup>, au même titre que serait ouverte l'action négatoire pour le droit de propriété dans une situation analogue; mais la responsabilité pour le dommage dépendrait toujours d'une faute du voisin (art. 41 ss CO) alors qu'il n'y a aucun motif d'écarter ce titulaire de droits réels atteint illicitement sur un fonds voisin de la protection de l'art. 679 CC.

Tout à l'opposé, celui qui a signé un contrat de bail à loyer ou à ferme, mais qui n'a pas encore pris possession de l'immeuble, peut subir un dommage identique à celui qui est déjà en possession des lieux, mais qui doit renoncer à cette possession en raison des nuisances subies: n'admettre de responsabilité objective de l'auteur de l'excès que dans la seconde hypothèse n'est matériellement nullement justifié, d'autant que le bail qui est conclu est déjà lié à la propriété de l'immeuble en cas d'aliénation volontaire ou forcée, et cela sans égard à la mise en possession<sup>59</sup>. En réalité, la mise en possession du locataire ne modifie pas la nature de la protection purement personnelle de la jouissance du preneur, dont seul le bailleur est débiteur, et qui, selon les

<sup>52</sup> Propriétaires et autres ayants-droit, lettres b)-c) ci-dessus, plusieurs propriétaires collectifs, lettre a) ci-dessus.

<sup>53</sup> ATF 127 III 257, JdT 2002 I 249, revenant sur ATF 68 II 369, JdT 1943 I 466.

<sup>54</sup> ATF 104 II 15, JdT 1978 I 599; TF in SJ 1985, p. 323; cf. aussi ATF 119 II 411, rés. JdT 1995 I 349; ATF 109 II 304, rés. JdT 1984 I 629.

<sup>55</sup> Par exemple, le locataire pour un week-end, B. FoEX, cité note 2, p. 479.

<sup>56</sup> L'absence de droit serait d'ailleurs un motif de rejet au fond de la prétention, cf. ch. 4.1.

<sup>57</sup> Doutes également émis par B. FoEX, cité note 2, p. 479-480.

<sup>58</sup> Art. 808 CC: applicable au tiers auteur de l'atteinte, et non uniquement au propriétaire: Hans LEEMANN, Commentaire bernois, vol. IV. II, Berne 1925, n. 34 *ad* art. 808 CC; Bernhard TRAUFFER, Commentaire bâlois, ZGB II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2003, n. 12 *ad* art. 808 CC.

<sup>59</sup> Texte légal clair et historique de l'art. 261 CO, cf. Denis PIOTET, Le principe « la vente ne rompt pas le bail » et le système général des droits réels, Berne 1993, n. 40 ss, p. 36 ss.

principes généraux du droit, ne peut être opposé aux tiers, dont les voisins de l'immeuble loué.

Dans le cas d'un droit personnel d'usage, il faut à notre avis admettre que la légitimation du titulaire à agir contre un voisin, auteur de l'excès, repose sur le droit réel de celui dont il tient l'immeuble, un peu sur le modèle de la possession des choses mobilières prévu à l'art. 931 al. 1 CC, mais dans un contexte ici différent. Cela a pour conséquence par exemple que le locataire qui se plaint de troubles apportés à une jouissance contractuelle ne peut agir contre les tiers que dans les limites du droit réel du bailleur propriétaire, ou encore qu'un locataire qui n'a pas de relation même indirecte avec le titulaire d'un droit réel sur l'immeuble, notamment par sous-locations successives, ne nous paraît pas légitimé à agir selon l'art. 679 CC. Cette conclusion nous paraît impliquer que le preneur ne peut, par une forme de délégation de l'exercice du droit réel de son auteur le plus proche, exercer à l'égard des voisins des prétentions relevant de son droit de bail qui ne seraient pas couvertes par le même droit réel de son auteur<sup>60</sup>. L'on conclura sur cette question de la légitimation active en soulignant le caractère large de la notion de voisinage dans laquelle s'inscrit l'art. 679 CC : plusieurs kilomètres peuvent séparer des immeubles en présence de certaines relations de causalité avec l'excès<sup>61</sup>.

## 2.4. Délimitation d'avec l'art. 2 CC

L'on rappellera enfin, pour terminer, la question du champ d'application de la norme, que la sanction de l'art. 2 CC par l'action de l'art. 679 CC est controversée, sans qu'à ce jour le Tribunal fédéral n'ait eu l'occasion de trancher cette difficulté. Avec la doctrine récente<sup>62</sup>, il faut admettre que l'abus de droit procède d'un détournement de l'institution en cause (ici, le droit de propriété) sans que ses limites matérielles ne soient pour autant nécessairement dépassées (ce qui relèverait de l'art. 679 CC en l'espèce); il s'agit donc d'une situation matériellement distincte de l'excès, et le recours à la responsabilité objective prévue par cette dernière disposition paraît exclu. En revanche, l'abus de droit peut protéger le voisin là où l'art. 679 CC ne peut être appliqué : l'exemple classique du mur de chicane, élevé pour obstruer une vue agréable du voisin sur un paysage, ne peut donner lieu à application de l'art. 679 CC, inapplicable en droit actuel et futur aux immissions négatives provenant de constructions : l'art. 2 CC en revanche pourrait être invoqué, l'action en

---

<sup>60</sup> Cf. aussi *infra*, ch. 6.

<sup>61</sup> ATF 109 II 304, rés. JdT 1984 I 629.

<sup>62</sup> L. L'HUILLIER, cité note 38, p. 24a ss; A. MEIER-HAYOZ, cité note 36, p. 34-35 *ad* art. 679 CC; Grégory BOVEY, L'expropriation des droits de voisinage, thèse Lausanne, Berne 2000, p. 62 et les références.

démolition du voisin ne pouvant se heurter alors à l'objection de l'exercice légitime du droit de propriété (effet paralysant de l'abus de droit).

### 3. La relation avec les immeubles « publics »

Comme nous l'avons relevé d'emblée (ch. 1.1.), le débordement des limites du droit de la propriété privée de l'immeuble fonde la règle de l'art. 679 CC. Logiquement, il s'ensuit que le lésé peut être touché dans ses droits privés ou ses droits publics sans que la nature de la responsabilité du défendeur ne sorte du cadre du droit privé: l'art. 679 CC est ainsi applicable à l'excès des riverains privés par rapport aux droits (privés ou publics) de la collectivité publique sur une route.

Logiquement, la situation inverse, où l'excès d'un immeuble public est en cause, ne peut relever de l'art. 679 CC, puisque l'étendue d'un droit fixée par le droit public ne peut relever d'une notion de droit privé fédéral. Il faut ici rappeler que, au vu de la réserve purement déclarative de l'art. 664 CC, le droit de la collectivité sur l'immeuble public dépend précisément du droit public, et non du droit privé fédéral<sup>63</sup>; ainsi, si le patrimoine administratif est généralement associé à un système dualiste (application du droit privé pour autant que l'affectation au service public ne recommande pas d'y déroger dans l'intérêt public), il existe pour le domaine public au sens étroit des systèmes cantonaux dualistes et monistes, ces derniers excluant entièrement l'application du droit privé fédéral de la propriété<sup>64</sup>.

Pour des raisons pratiques, fondées largement sur l'absence de prescriptions spécifiques du droit public – et contribuant par là à maintenir cette carence –, le Tribunal fédéral a admis de longue date le principe de l'application à titre de droit fédéral de l'art. 679 CC s'agissant des excès provenant d'immeubles publics, et de routes et d'eaux publiques en particulier<sup>65</sup>; cette même jurisprudence constante tient compte, sur un modèle dualiste, de l'intérêt public en jeu en admettant l'absence d'action civile lorsqu'il y a matière à ex-

---

<sup>63</sup> Cf., notamment, ATF 109 II 76, JdT 1983 I 276; ATF 113 II 236, JdT 1988 I 242, c. 4; ATF 123 III 454, c. 3b, JdT 1999 I 53; la doctrine est pratiquement unanime à soutenir cette solution, tant en droit privé qu'en droit public, cf. notamment D. PIOTET, cité note 51, n. 599, p. 194-195, et les très nombreuses références note 34 (Schweizerisches Privatrecht, n. 599, p. 167 *ibidem*).

<sup>64</sup> Système dit des droits réels publics, cf. D. PIOTET, cité note 51, n. 609 ss, p. 199 ss et les nombreuses références (Schweizerisches Privatrecht, n. 609 ss, p. 170 ss) .

<sup>65</sup> ATF 61 II 323, JdT 1936 I 290 c. 3; ATF 70 II 85, JdT 1944 I 523; ATF 91 II 474, JdT 1966 I 551; ATF 96 II 337, JdT 1971 I 181; ATF 111 Ib 15, JdT 1987 I 631; ATF 119 II 411, JdT 1995 I 349 (simple patrimoine administratif); ATF 132 III 49, c. 2.3, JdT 2006 I 99.

propriation du droit de voisinage en cause (excès inévitables découlant de la mise en œuvre de l'intérêt public)<sup>66</sup>. Il faut souligner que cette jurisprudence, si elle prescrit l'application du droit privé, n'implique pas que la collectivité publique ait sur son domaine public un droit réel privé, un droit réel de nature publique pouvant aussi y être assimilé<sup>67</sup>.

Même si elle prétend appliquer le droit privé fédéral, la jurisprudence du Tribunal fédéral aboutit matériellement à s'en écarter en fonction de critères d'intérêt public qui échappent à la codification civile: il s'agit bien matériellement d'une jurisprudence de droit public, où le système de l'art. 679 CC est en réalité appliqué supplétivement, dans les limites de l'intérêt public résultant de l'affectation.

L'on a en définitive la confirmation de cette qualification avec la jurisprudence fédérale relative à l'expropriation des droits de voisinage à raison de grands ouvrages publics, tels les autoroutes<sup>68</sup>, les voies ferrées<sup>69</sup> ou les aéroports<sup>70</sup>, subordonnant l'existence de droits privés expropriables aux conditions cumulatives de l'imprévisibilité, de la spécialité, et de la gravité du préjudice<sup>71</sup>. Si le Code civil avait été réellement appliqué comme tel, il eût été impossible d'admettre qu'un droit privé supprimé en raison de l'intérêt public, soit une action en cessation ou prévention d'une atteinte illicite, ou encore une prétention en dommages-intérêts existante, puisse disparaître sans indemnisation. En réalité, le Tribunal fédéral comble ici une lacune du droit public, et applique l'art. 679 CC matériellement à titre de règle de droit public supplétive<sup>72</sup>, ce qui pose un problème constitutionnel lorsque l'expropriation est cantonale, et un problème législatif lorsqu'elle relève de la loi fédérale: il est à craindre que ces difficultés ne contribuent en réalité à stabiliser une jurisprudence illogique dont le contenu devrait être exprimé par le législateur lui-même, compétent en fonction des attributions de la Constitution fédérale.

---

<sup>66</sup> Cf. notamment G. BOVEY, cité note 62, p. 145 ss et les nombreuses références.

<sup>67</sup> Cf. aussi D. PIOTET, *Le droit privé vaudois de la propriété foncière*, Lausanne 1991, n. 295, p. 198-199 et les références.

<sup>68</sup> ATF 94 I 286, JdT 1968 I 515; ATF 101 Ib 405, JdT 1977 I 88; ATF 102 Ib 271, JdT 1978 I 542; ATF 110 Ib 340, JdT 1986 I 661; ATF 111 Ib 233, JdT 1987 I 642, ATF 116 Ib 11, JdT 1992 I 637; ATF 119 Ib 348, rés. JdT 1995 I 600; ATF 123 II 560, JdT 1998 I 415 (réserve supplémentaire des mesures d'assainissement); cf. aussi ATF 133 II 30.

<sup>69</sup> ATF 117 Ib 15, JdT 1994 I 29; ATF 132 II 427.

<sup>70</sup> ATF 122 II 337, rés. JdT 1997 I 415; ATF 123 II 481, JdT 1998 I 395; ATF 124 II 543, c. 3, rés. JdT 1999 I 754; ATF 128 II 231; ATF 130 II 394; TF in SJ 2005 I 510.

<sup>71</sup> Cf., en dernier lieu, G. BOVEY, cité note 62, p. 166 ss et les nombreuses références.

<sup>72</sup> Même conclusion, G. BOVEY, cité note 62, p. 194 ss et les références.

## 4. Les conditions de la protection

### 4.1. L'excès distingué de l'atteinte aux droits d'autrui

La principale difficulté de mise en œuvre de l'art. 679 CC tient sans doute à la définition de la notion d'« excès » : elle focalise l'attention des analystes au point que l'autre condition matérielle, nécessaire à l'application de l'art. 679 CC, qui est l'atteinte aux droits des demandeurs, est souvent passée au second plan. Il s'agit pourtant là d'un point essentiel, également lié à la qualité pour agir dans les procès de l'art. 679 CC<sup>73</sup>. La doctrine est unanime sur cette question<sup>74</sup>.

Il paraît évident ainsi que le possesseur illégitime de l'immeuble voisin, et particulièrement le squatter non autorisé, n'a aucun droit subjectif qui puisse être atteint par l'excès impliquant un dommage sur le fonds qu'il occupe sans droit. Il faut à notre avis fixer le critère, lié à la légitimation active, comme étant celui d'un droit subjectif à la possession : une tolérance, ou même un simple précaire<sup>75</sup>, ne suffisent pas à cet effet.

Le droit atteint par l'excès, lié à l'immeuble, n'est pas nécessairement un droit relevant du droit privé fédéral. Ainsi, le concessionnaire d'eaux publiques peut être atteint dans l'exercice de son droit subjectif public par une pollution des eaux due à un voisin : l'application du droit privé dépend en effet uniquement du droit dont les limites font l'objet de l'excès, et non pas du droit atteint par un tel débordement<sup>76</sup>. Le cas échéant, cette question constituera une question préjudicielle de droit public dans le procès civil et, si elle relève du droit cantonal, elle ne peut être revue en principe par le Tribunal fédéral<sup>77</sup>.

De façon surprenante, le Tribunal fédéral a, à plusieurs reprises, admis une atteinte au droit du voisin, entre autres nuisances, du seul fait que l'accès à son immeuble riverain était obstrué ou gêné par l'extension de travaux

---

<sup>73</sup> Cf. *supra* ch. 2.3.

<sup>74</sup> Cf. notamment A. MEIER-HAYOZ, cité note 36, n. 97 *ad* art. 679 CC ; P.-H. STEINAUER, cité note 17, n. 1918, p. 229 ; Hans LEEMANN, Commentaire bernois, vol. IV.1, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1920, n. 14 *ad* art. 679 CC ; B. FOËX, cité note 2, p. 490-491 ; cette condition est toutefois complètement passée sous silence par certains auteurs : ainsi TH. ENDER, cité note 20, n. 239 ss, p. 68 ss et n. 281 ss, p. 79 ss, n. 310 ss, p. 88 ss ; Heinz REY, Commentaire bâlois, ZGB II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2003, n. 8 ss et 23 s. *ad* art. 679 CC.

<sup>75</sup> Ne conférant à l'occupant qu'un droit limité à ce que l'autre partie ne se prévale pas de l'illicéité de sa possession, sans avoir directement un droit subjectif à l'occupation, cf. G. EGGER ROCHAT, citée note 29, n. 829-830, p. 321 s.

<sup>76</sup> *Supra*, ch. 3.

<sup>77</sup> Cf. ATF 55 II 531, JdT 1930 I 250 ; ATF 93 II 170, JdT 1968 I 229 c. 9 ; l'art. 95 LTF ne modifie pas ce système.

sur le domaine public<sup>78</sup>. Or, il convenait naturellement avant toute chose de déterminer si le riverain est atteint dans un droit à l'accès, question relevant le cas échéant du droit public, même en présence d'une garantie constitutionnelle « pragmatique » de principe<sup>79</sup>; les lois cantonales sur les routes règlent, dans ces limites, la question de l'accès, et, à défaut la jurisprudence cantonale statue sur cette question<sup>80</sup>. Il n'est pas question, en droit fédéral, de permettre l'indemnisation d'avantages de pur fait qui ne font pas l'objet d'un droit privé ou public subjectif du seul fait de l'émission d'excès de la part d'un voisin: nous l'avons souligné ailleurs, argument auquel on ne peut ici que renvoyer<sup>81</sup>; le Tribunal fédéral, à défaut d'être renseigné, devrait dans un tel cas renvoyer la question de l'application du droit cantonal à la juridiction cantonale intimée<sup>82</sup>.

La question de l'atteinte aux droits du demandeur se pose surtout dans le domaine des immissions dites négatives. Beaucoup d'auteurs ont considéré pouvoir trancher définitivement cette question en débattant de la notion d'« immissions » au sens de l'art. 684 CC<sup>83</sup>; tel ne saurait être le cas: même visée par l'art. 684 CC, et jugée le cas échéant comme pouvant l'emporter sur les dispositions réservées du droit civil cantonal<sup>84</sup>, il faut encore établir que la prérogative qui est atteinte appartient effectivement à un droit du voisin, et n'est pas un simple avantage de fait lié à ce dernier. Personne ne met en doute en effet que celui qui a habité une maison auparavant isolée dans un quartier non bâti, et qui se trouve désormais environné par de nouvelles constructions, ne peut se plaindre au sens de l'art. 679 CC, de l'immission négative résultant du fait que la construction de ses voisins lui a fait perdre sa quiétude antérieure, même si la valeur vénale de son immeuble a pu chuter de plusieurs dizaines de milliers de francs: si la tendance est à l'opposé

<sup>78</sup> ATF 83 II 375, lit. a et c. 3, JdT 1958 I 348; ATF 91 II 100, JdT 1965 I 590; ATF 114 II 230, JdT 1989 I 144, c. 3b; TF in SJ 2006 I 237, c. 2.2; cf. aussi SJ 1987 p. 145 (lit. b); SJ 1969, p. 481 ss; RJB, 1983 p. 479 ss.

<sup>79</sup> Le riverain a qualité pour recourir en droit public contre la privation ou la diminution d'accès à sa propriété privée, la garantie constitutionnelle paraissant s'étendre à des « conditions pratiques » relatives à l'exercice du droit garanti, sans constituer pour autant un élément de ce droit, ATF 126 I 213, c. 1bb, RDAF 2001 I 709; ATF 131 I 12, RDAF 2006 I 699, revenant sur ATF 105 I a 219, c. 2; ATF 100 I a 131, c. d; ATF 93 I 638, spécialement p. 645, JdT 1968 I 608.

<sup>80</sup> En droit vaudois par exemple, la solution traditionnelle est celle du contrat ou quasi-contrat de fait résultant de l'aménagement matériel des limites de l'immeuble sur le domaine public; cf. art. 33 de la loi du 10 décembre 1991 sur les routes, ainsi que JdT 1917 III 34; JdT 1909 II 119; JdT 1880, p. 364; JdT 1871, p. 723; JdT 1853/54, p. 54; cf. D. PIOTET, cité note 59, n. 469 ss, p. 278 ss.

<sup>81</sup> Cf. Denis PIOTET, A propos de deux questions touchant aux immissions excessives inévitables causées au voisinage, in JdT 1989 I 153 s.

<sup>82</sup> L'application complémentaire directe du droit cantonal prévue par l'art. 65 de l'ancienne OJF ne paraît pas en effet reprise dans le système de la LTF.

<sup>83</sup> Cf. *infra*, ch. 4.4.

<sup>84</sup> Cf. *infra*, ch. 4.4.

à la reconnaissance d'un « droit au soleil »<sup>85</sup>, toute une série de situations intermédiaires posent difficultés, allant du dégagement à une jolie vue sur un paysage, autant de questions qui jusqu'ici n'ont pas été clairement tranchées par la jurisprudence fédérale dans le cadre de l'art. 684 CC.

#### 4.2. La définition de l'excès : source de l'illicéité

Il y a excès du droit de propriété lorsqu'une disposition du droit du voisinage a été violée par le défendeur : il faut compter ici l'art. 685 al. 1 CC<sup>86</sup>, l'art. 689 CC<sup>87</sup> et naturellement également l'art. 684 CC ; le cadre de cet exposé ne nous permet pas de développer les critères de l'excès à propos des immissions de l'art. 684 CC, principale disposition fondant l'illicéité, si ce n'est sur la question des immissions psychiques et des immissions négatives, sur lesquelles nous reviendrons.

La position systématique de l'art. 679 CC laisse admettre<sup>88</sup> qu'il sanctionne les dispositions non seulement des seuls art. 684 à 698 CC, mais encore d'autres règles de voisinage. Outre le cas particulier de l'art. 712a al. 2 CC déjà évoqué plus haut, d'autres sources d'illicéité peuvent se rencontrer dans le droit de la propriété foncière, par exemple lorsque le propriétaire d'un terrain exerce son droit au-delà de la hauteur ou de la profondeur utile au sens de l'art. 667 CC pour gêner par ce fait ses voisins<sup>89</sup>.

Il faut admettre en revanche que la responsabilité envers le premier exploitant d'une source est un cas de responsabilité pour immissions négatives qui échappe complètement à l'art. 679 CC, les art. 706 et 707 CC y dérogeant quant au système de protection, surtout sur le plan de la faute et du montant de l'indemnisation (art. 706 CC), l'action en rétablissement, exceptionnelle<sup>90</sup>, de l'art. 707 CC étant de surcroît de nature personnelle, à l'opposé des actions réelles prévues à l'art. 679 CC<sup>91</sup>.

La question de la sanction, par le biais de l'art. 679 CC, d'une règle de droit cantonal de voisinage nécessite sans doute un bref développement. Il

---

<sup>85</sup> Cf. *infra*, ch. 4.4.

<sup>86</sup> ATF 107 II 134, JdT 1982 I 462 ; ATF 127 III 257, rés. JdT 2002 I 249.

<sup>87</sup> ATF 68 II 369, JdT 1943 I 466.

<sup>88</sup> Cf. ch. 1.1.

<sup>89</sup> Il est tout à fait logique, dans un tel contexte, que le demandeur ait à démontrer l'atteinte à son droit (ch. 4.1), soit l'extension utile de la propriété selon l'art. 667 CC, cf. ATF 132 III 689, SJ 2007 I 185, c. 4.3.

<sup>90</sup> ATF 128 II 68, JdT 2003 I 719, c. 2.2.

<sup>91</sup> Cf. notamment H. LEEMANN, cité note 74, n. 39 *ad* art. 706/707 CC ; Eugen HUBER, *in* Procès-verbaux de la Grande commission d'experts, 3, 7.11.1902, p. 72-73 ; l'art. 701 du projet de CC regroupait à l'origine les deux actuels art. 706 et 707 CC.

faut d'une manière générale souligner que la source d'illicéité justifiant l'application du droit fédéral de la responsabilité civile peut aussi bien appartenir au droit fédéral qu'au droit cantonal<sup>92</sup>; rien ne permet de penser que l'art. 679 CC suivrait ici un régime différent de celui valant pour l'ensemble du droit de la responsabilité civile fédérale.

Si l'on devait ainsi admettre le principe d'une illicéité de droit cantonal, il faudrait constater toutefois que le champ d'application en est limité: il faut tout d'abord extraire toutes les questions touchant à l'action négatoire de la propriété, sous sa forme cantonale, particulièrement pour des constructions, fouilles, plantations et clôtures non conformes<sup>93</sup>, comme les obligations cantonales de faire des aménagements ou des travaux: le mécanisme de l'art. 685 al. 2 CC, même limité aux distances cantonales prévues par la loi, confirme que les conditions d'application de l'art. 679 CC ne peuvent valoir pour de telles questions. En revanche, il existe des règles cantonales sur les constructions qui tendent à prévenir des immissions positives sur le fonds voisin, et qui peuvent à ce titre constituer une source d'illicéité définissant l'excès de l'art. 679 CC. Ainsi, la règle civile vaudoise qui exige que tout remblai ou terrassement sis sur un fonds supérieur soit aménagé à une certaine limite du fonds voisin, et à défaut ait une certaine configuration à défaut d'ouvrage de protection, est une mesure préventive d'affaissement ou d'éboulement préjudiciable au voisinage, et peut justifier de l'art. 679 CC<sup>94</sup>. Il est également possible d'admettre que lorsqu'elle est excessive, et sous réserve de droit public, la chute de feuilles d'un arbre du voisin sis en-deçà de la distance légale minimale de la loi cantonale puisse constituer une source d'illicéité dans la mesure où cette chute ne serait pas aussi importante (soit ne serait pas excessive) si la distance minimale légale avait été respectée.

Dans le domaine des accès et passages, il est nécessaire de se restreindre aux seuls accès du droit de voisinage: celui qui use du terrain voisin au-delà de ce que permet le tour d'échelle de la loi cantonale, violant le cas échéant une limite du droit fédéral à cette compétence cantonale<sup>95</sup>, excède certainement son droit de propriété auquel le tour d'échelle est rattaché: mais en

<sup>92</sup> Cf., parmi de nombreux auteurs, Hans MERZ, *Die Widerrechtlichkeit als Rechtsquellenproblem*, in RJB 1955, 91bis, p. 308; Andreas VON TUHR / Hans PETER, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, vol. I, Zürich 1974/79, p. 409; Hans HUBER, *Commentaire bernois*, vol. I.1, Berne 1962, n. 205 *ad* art. 6 CC; Vito ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002, 4/46, p. 15; Anton K. SCHNYDER, *Commentaire bâlois*, OR I, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2003, n. 35 *ad* art. 41 CO.

<sup>93</sup> Cf. notamment D. PIOTET, cité note 51, n. 886 ss, p. 291 s et n. 893, p. 294 (*Schweizerisches Privatrecht*, p. 253 s, 255).

<sup>94</sup> Cf. D. PIOTET, cité note 59, n. 1798, p. 750; l'action de droit cantonal réservée à l'art. 686 CC, qui n'est pas soumise aux mêmes conditions matérielles, subsiste le cas échéant parallèlement, cf. art. 36 et 40 du Code rural et foncier vaudois, du 7 décembre 1987.

<sup>95</sup> ATF 104 II 166, JdT 1980 I 13.

débordant matériellement sur la propriété voisine, il s'expose plutôt à l'action de l'art. 641 al. 2 CC qu'à celle de l'art. 679 CC; quant à l'obligation de réparer le dommage résultant directement de l'exercice du droit d'accès de voisinage dans les limites que prévoit la loi cantonale, il s'agit le cas échéant d'une responsabilité pour acte licite, dont l'étendue doit dépendre certainement du système de la loi cantonale<sup>96</sup>.

L'idée d'illicéité est aujourd'hui l'objet d'un vaste débat en relation avec les normes du droit public qui tendent à protéger l'environnement, incluant par là aussi la protection des droits des voisins. Cette question se pose particulièrement pour les valeurs-limites dictées par les ordonnances portant exécution de cette législation fédérale, notamment en matière de bruit ou de protection de l'air, mais cette question se pose en réalité pour toute exploitation visée par la législation fédérale sur la protection de l'environnement. Pour le Tribunal fédéral, les valeurs limites sont des indications dont doit s'inspirer le juge civil appelé à statuer sur la base de l'art. 679 CC<sup>97</sup> suivant par là une avancée de la doctrine remontant à la décennie précédente<sup>98</sup>. A notre avis la finalité protectrice de la LPE couvre notamment les droits des voisins, de sorte qu'il nous paraît évident qu'une illicéité au sens de la loi spéciale administrative doit toujours être considérée comme telle au sens de la loi civile. Comment justifier, dans la solution contraire, que le perturbateur engage une responsabilité selon la loi spéciale, et soit susceptible de sanctions pénales, sans que les voisins atteints dans leurs droits par la même activité puissent user de l'art. 679 CC à son encontre? Mais l'absence d'illicéité en droit public ne justifie pas pour autant l'absence d'excès civil; ainsi, un délai administratif pour prendre une mesure d'assainissement selon la LPE signifie certes que l'installation non conforme n'est pas susceptible d'être enlevée ou arrêtée actuellement au vu du droit public, mais ce délai d'assainissement ne saurait lier le juge civil, le retardement de la mesure administrative n'entraînant nullement un acte licite au sens du droit privé. L'illicéité du droit administratif apparaît ainsi comme une seuil plancher – et non un plafond – de l'excès civil visé à l'art. 679 CC.

---

<sup>96</sup> Cf. Paul-Henri STEINAUER, La mise à contribution du fonds voisin lors de travaux de construction, *in* DC 1990, p. 34; cf. D. PIOTET, cité note 51, n. 898, p. 296 (*Schweizerisches Privatrecht*, p. 257) et les références.

<sup>97</sup> Cf. ATF 126 III 223, JdT 2001 I 58; ATF 132 III 49, c. 5.3, JdT 2006 I 99.

<sup>98</sup> Cf. notamment Jean-Baptiste ZUFFEREY, Les valeurs limites du droit de l'environnement: un instrument objectif pour tout l'ordre juridique?, *in* DC 1994, spécialement p. 40; Alain WÜRZBURGER, De quelques incidences de la loi fédérale sur la protection de l'environnement sur le droit privé, *in* «Juridiction constitutionnelle et juridiction administrative», Zürich 1992, p. 185 s; Niccolò RASELLI, *Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes*, *in* DEP 1997, p. 273 ss; sur l'ensemble de la question, Anne-Christine FAVRE, La protection contre le bruit dans la loi sur la protection de l'environnement, thèse Lausanne, Zürich 2002, p. 360 ss.

### 4.3. Le cas particulier de l'immission psychique

Alors qu'il n'est pas possible de traiter dans ces lignes de toutes les situations d'immissions excessives visées par l'art. 679 CC, notre attention sera retenue par deux types particuliers d'immissions, l'immission psychique, ainsi que l'immission négative. Pour ce qui concerne l'immission psychique, l'exploitation de l'immeuble prend alors la forme d'une « image », intolérable ou pénible à supporter pour le voisinage. C'est cette image qui « se projette » fictivement sur le fonds voisin, de sorte que cette forme particulière d'immission peut se rapprocher des immissions positives, où des particules de matière, des ondes ou des odeurs se déplacent d'un fonds sur un autre. Même si le caractère supportable de l'image varie selon les usages dans le temps, le Tribunal fédéral a de tous temps retenu ce type d'immission au sens de l'art. 679 et de l'art. 684 CC<sup>99</sup>.

De tels excès peuvent aussi atteindre la personnalité psychique du voisin, et donner lieu à illicéité au sens de l'art. 28 CC, soit justifier la mise en œuvre de la protection des art. 28a ss CC<sup>100</sup>; les deux protections peuvent coexister, mais ne recouvrent pas les mêmes objets protégés: la souffrance psychique, soit le cas échéant l'indemnité pour tort moral, ne se conçoit pas dans le système de l'art. 679 CC, mais bien dans celui de l'art. 49 CO, pour violation de l'art. 28 CC. Inversement, l'atteinte à la valeur vénale de l'immeuble du fait des immissions psychiques d'un voisin ne peut relever que de l'art. 679 CC, et non pas des prétentions fondées sur l'art. 28, y compris l'art. 28a al. 3, CC. On retiendra encore que les conditions de la protection peuvent diverger, l'art. 28 al. 2 CC évoquant des faits justificatifs étrangers, pour partie, à ceux de l'art. 679 CC, et l'art. 28 CC étant abstrait des conditions d'utilisation durable des immeubles touchant à la légitimation active de l'art. 679 CC; enfin, l'art. 28 CC peut être appliqué aussi à des immissions qui ne sont pas (exclusivement) psychiques, mais doctrine et pratique en limitent souvent l'application à ce domaine spécifique<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Home de malades incurables et gravement atteints, ATF 42 II 446, JdT 1918 I 34; abattoir d'animaux à l'air libre, ATF 84 II 85, JdT 1958 I 258; « peep-show », ATF 108 Ia 140, JdT 1984 I 7; « scène ouverte de la drogue », ATF 119 II 411, rés. JdT 1995 I 349; l'immission psychique peut aussi consister en ce que les regards du public soient attirés par l'aménagement matériel implanté par un voisin immédiat, TF in RNR 1994, p. 290 (statue grotesque à la limite du droit du voisin).

<sup>100</sup> Par exemple, Pierre ENGEL, Notes de droit civil sur l'horreur en matière de construction immobilière, in RSJ 1973, p. 17 ss.

<sup>101</sup> Cf. notamment Susanne AUER, *Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz*, Dissertation Zürich, 1997, p. 103 ss; Franz WERRO, La définition des biens de la personnalité: une prérogative du juge, in *Contributions en l'honneur de P. Tercier*, Fribourg 1993, p. 29 s; RSJ 1991, p. 264.

Même si les actions préventives et réparatrices des art. 679 et 28a ss CC peuvent aboutir au même résultat, la nature des droits protégés reste substantiellement différente. On l'observe déjà en droit civil, où les cas d'immissions rendus licites, notamment, selon la jurisprudence fédérale, les cas des travaux dits nécessaires<sup>102</sup>, procèdent de la collision de droits de même nature, ce qui ne serait pas le cas si le droit de la propriété entraînait en conflit avec un droit de la personnalité (à la santé particulièrement) d'un voisin; de même, si la protection institutionnelle de la propriété permet l'expropriation, soit la suppression ou le transfert d'un droit garanti moyennant paiement d'une indemnité, cette manière de procéder est en soi exclue pour la liberté personnelle du citoyen, à laquelle s'attache le droit à la santé; la pesée de l'intérêt public prépondérant à l'expropriation ne correspond pas nécessairement à celle qui peut imposer une lésion au droit de la santé, ce qui apparaît déjà dans le mécanisme de pesée des intérêts du droit privé (art. 28 al. 2 CC). Il y a dans ce domaine une nouvelle piste à explorer, tant en droit privé qu'en droit public<sup>103</sup>.

#### 4.4. Le cas particulier des immissions négatives

Si nous nous arrêtons encore sur le cas particulier des immissions négatives, c'est moins en considération des controverses qui entourent toujours leur protection, et de l'évolution de la jurisprudence fédérale, qu'en considération d'une révision importante du Code civil en cours touchant à ce sujet.

Peu de domaines des droits réels immobiliers sont aussi controversés en effet que celui de la protection contre les immissions négatives, soit contre les conséquences privatives d'un avantage préexistant sur un immeuble ensuite de nouveaux aménagements sur le fonds voisin: la grande variété des situations en cause (privation d'une vue ou d'un dégagement, du soleil, de la réception d'ondes électriques, de la tranquillité ou de l'isolement, etc.) et la variété des sources concevables (exploitation industrielle, construction nouvelle, plantations ou clôtures, privation temporaire pendant la durée des travaux seulement,...) ont amené à des prises de position extrêmement variées en doctrine et à des décisions contradictoires dans la jurisprudence cantonale, allant de l'exclusion de toute protection contre les immissions négatives jusqu'à l'admission d'une protection complète au même titre que les immissions matérielles et psychiques, y compris pour les actions défensives<sup>104</sup>. Le Tribu-

---

<sup>102</sup> *Supra*, ch. 5.

<sup>103</sup> Plus complet, avec des propositions, G. BOVEY, cité note 62, p. 231 ss et 299 ss.

<sup>104</sup> Panorama de la littérature scientifique in D. PIOTET, cité note 51, n. 813 ss, p. 268 ss (Schweizerisches Privatrecht, p. 232 ss) et les références; Christina SCHMID-TSCHIRREN, *Die negativen Immissionen im schweizerischen Privatrecht*, Dissertation Berne, 1997, p. 14 ss, 24 ss, 50 ss, 93 ss et les références; D. PIOTET, cité note 59, n. 52 ss, p. 83 ss et les références complémentaires.

nal fédéral a tantôt admis une protection exceptionnelle du droit fédéral face à des immissions négatives causées par des plantations pourtant conformes au droit cantonal<sup>105</sup>, tantôt refusé une telle protection face au droit public des constructions<sup>106</sup>; cette jurisprudence contribue à notre sens à l'insécurité du droit en traitant la même protection de manière distincte selon le domaine du droit cantonal en cause, ce que rien dans le système dans la loi ne permet de justifier.

Cette jurisprudence fédérale en effet heurte la systématique du Code civil: indépendamment du régime incertain de la réserve de droit cantonal de l'art. 697 al. 2 CC, la différenciation des régimes des art. 686 et 688 CC, toutes réserves attributives d'une protection contre les immissions négatives, n'est en définitive justifiée que par des motifs d'opportunité par rapport au contenu des règles réservées. Le Code civil montre bien lui-même que la protection contre de telles immissions négatives dépend toujours d'une réglementation spéciale, le cas échéant dérogeant au système général de l'art. 684 CC: tel est le cas de la protection dans le régime de la propriété par étage, couvrant ce type d'immissions (712a al. 2 CC), soit dans un domaine où la réserve des art. 686 et 688 CC est inopérante; tel est également le cas des art. 706 et 707 CC, où la privation de l'exploitation d'une source par l'aménagement d'un voisin bâtisseur ne peut précisément pas donner lieu à une protection de l'art. 679 CC, la protection légale étant beaucoup plus étroite dans une telle hypothèse<sup>107</sup>.

La jurisprudence fédérale n'a au surplus nullement débattu des droits protégés en cas d'immission négative: en protégeant l'ensoleillement préexistant, elle ne règle pas pour autant la question d'un droit à la vue, au dégagement, voire même à la tranquillité, soit ne tranche nullement l'étendue des droits protégés par un tel mécanisme, même si l'immeuble touché subit une moins-value<sup>108</sup>.

Il est temps ainsi de codifier ce domaine abandonné aux aléas de la casuistique jurisprudentielle et aux controverses de la doctrine. L'avant-projet de révision partielle du Code civil, soumis à consultation en mars 2004, admettait le principe d'une protection contre les immissions négatives, objet également d'une extension de cas complémentaires à l'art. 684 al. 2 du projet,

<sup>105</sup> ATF 126 III 452, JdT 2001 I 542, confirmé in ATF 132 III 6, rés. JdT 2006 I 128; cf. aussi RVJ 2003, p. 270 ss. Cette jurisprudence fédérale a divisé la doctrine: cf., dans l'ordre croissant des critiques, Christina SCHMID-TSCHIRREN, *Wo viele Bäume sind, ist auch viel Schatten*, in *Recht* 2001, p. 238 ss; P.-H. STEINAUER, cité note 17, II, n. 1811a, p. 183; Lukas ROOS, *Pflanzen im Nachbarrecht*, Dissertation Zürich, 2002, p. 37-38; Denis PIOTET, *Le droit au soleil doit-il obscurcir la systématique de la loi?*, in *JdT* 2001 I 552 ss, et note in *PJA* 2001, p. 594 ss.

<sup>106</sup> ATF 129 III 161, JdT 2003 I 226, confirmé ATF 132 III 49, JdT 2006 I 99; cf. aussi RFJ 2005 II 3 ss.

<sup>107</sup> Cf. *supra*, ch. 4.2. et les références note 90.

<sup>108</sup> Cf. *supra*, ch. 2.3.

mais restreignait cette protection à des simples dommages-intérêts pour les immissions dues à une construction voisine (art. 679 al. 2 du projet), le cas d'une protection contre la suppression totale ou partielle de la vue ou du dégagement étant par ailleurs exclue (art. 679 al. 3 du projet). Cette solution, claire et équilibrée, a néanmoins suscité une majorité de voix opposées à cet élargissement de la protection des droits du voisin touché par l'immission. Si l'on devait tenir compte de cette prise de position il conviendrait alors de reprendre les textes mis en consultation : à la consécration de la protection de principe contre les immissions négatives excessives à l'art. 684 al. 2 CC doit se coupler une règle qui exclut toute action civile lorsque l'aménagement privatif d'avantages du fonds voisin est conforme aux dispositions spécifiques d'aménagements du droit public et du droit privé. Cette formulation doit permettre d'une part d'assurer une protection contre les immissions négatives, qu'elles soient le résultat d'un aménagement du sol, ou de simples travaux par exemple, et d'autre part de rendre efficace cette protection du droit civil que la construction à l'origine de la privation n'est elle-même pas conforme aux règles applicables, particulièrement aux dispositions de la police des constructions. Mais cette solution doit d'autre part aussi garantir au propriétaire qui a respecté les distances, hauteurs, volumétries et coefficients, ou qui dispose d'une autorisation administrative exécutoire, d'avoir la garantie que son bâtiment ou tout autre aménagement ne sera pas remis en question sur le plan civil dans le cadre de l'action de l'art. 679 CC à raison des seules immissions négatives. Cette solution favorisera ainsi un compromis entre les partisans d'une protection renforcée et leurs adversaires, en garantissant sans doute une meilleure sécurité du droit que celle qui demeure aujourd'hui au vu de la jurisprudence fédérale; seule la question de la distinction entre avantages de fait et véritables droits liés à la propriété restera à être tranchée par la jurisprudence.

## **5. L'effacement de l'illicéité: le cas des travaux dits « nécessaires »**

L'excès de l'art. 679 CC n'est supprimé que moyennant réunion des conditions d'un fait justificatif, gommant l'illicéité de l'atteinte au droit du voisin. Outre les motifs d'ordre général (art. 52 CO), il en existe certains propres au droit de voisinage (par exemple l'art. 690 al. 1 CC). Ces règles peuvent ressortir également au droit public, et justifier un excès alors même qu'il n'y a pas pour autant une atteinte d'une gravité telle qu'elle justifierait l'expropriation d'un droit de voisinage<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Ainsi, par exemple: la protection de droit public cantonal des arbres, ATF 132 III 6, rés. JdT 2006 I 128.

Parmi ces circonstances constituant des faits justificatifs, l'on s'arrêtera sur celui que le Tribunal fédéral a déduit d'une lacune de la loi: l'hypothèse des travaux de construction dits «nécessaires»: selon la jurisprudence fédérale d'une grande constance<sup>110</sup>, les immissions inévitables dues à l'exécution de travaux de construction importants ne peuvent donner lieu à une interdiction par le voisin lésé, mais doivent au contraire être supportés comme telles, le lésé n'ayant droit qu'à une indemnité, non pas complète pour l'ensemble de son préjudice, mais seulement fondé sur l'équité, dans la mesure où le préjudice qu'il subit est «sensible». Ce «privilege» du constructeur par rapport à d'autres usages du droit de propriété a été critiqué, notamment par la limitation exorbitante de l'indemnisation prévue par la jurisprudence fédérale<sup>111</sup>.

Une bonne partie de la doctrine de toute manière souhaite la codification de la jurisprudence fédérale dite sur les travaux nécessaires, le Tribunal fédéral s'étant à tel point écarté de la lettre de la loi qu'une codification de cette jurisprudence apparaît non seulement comme souhaitable, mais comme indispensable. C'est sur cette tentative de codification que nous allons encore nous arrêter.

Selon l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile (art. 59a de l'avant-projet de 2000), une codification de la jurisprudence sur ce point était tentée, mais sans véritable regard critique<sup>112</sup>. L'avant-projet de révision partielle du Code civil mis en consultation en 2004 s'est écarté de l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile en ce sens que la jurisprudence fédérale est transcrite à l'art. 679 du projet sous son aspect de droit civil, et non exclusivement sous son aspect de responsabilité civile: le texte de 2000 était en effet insuffisant, parce qu'il ne réglait pas le sort des actions défensives de l'art. 679 CC, soit les conditions d'un caractère néanmoins licite d'immissions objectivement excessives<sup>113</sup>. Un alinéa 2, qui a essuyé des revers en procédure de consultation, devait prescrire que l'atteinte portée aux droits du voisin devait s'évaluer selon la pesée des intérêts.

En réalité, l'alinéa 2 de l'art. 679a du projet peut être supprimé sans que cela ne modifie le système même de l'art. 679a du projet: l'on sait en effet que, contrairement à ce qui a été parfois affirmé<sup>114</sup>, il ne peut y avoir ici d'état de nécessité, soit un régime proche à celui des art. 52 CO ou 701 CC. En effet, il

---

<sup>110</sup> ATF 83 II 375, JdT 1958 I 348; ATF 91 II 100, JdT 1965 I 590; ATF 114 II 230, JdT 1989 I 144; TF *in* SJ 2006 I 237; ATF 132 II 427.

<sup>111</sup> D. PROTET, cité note note 67, p. 152 ss; B. FoËX, cité note 2, p. 489.

<sup>112</sup> Rapport explicatif, par Pierre WIDMER et Pierre WESSNER, Berne 2000, p. 276 ss.

<sup>113</sup> Ou, si on préfère, le cadre exact où l'illicéité du seul résultat est défini, selon Franz WERRO, La responsabilité civile. Berne 2005, n. 698 ss, p. 181 s.

<sup>114</sup> Pierre TERCIER, La protection contre les nuisances liées à des travaux de construction, *in* DC 1987, p. 83.

n'y a jamais d'état de nécessité lorsqu'il faut parer à un danger ou à un dommage que l'on a soi-même provoqué<sup>115</sup>; le propriétaire prend la décision de construire un immeuble de l'ampleur ou de la hauteur envisagée, et ne peut ensuite se prévaloir de la nécessité de créer de ce fait des immissions excessives au voisinage inhérentes à l'ampleur du bâtiment envisagé.

Il s'agit en définitive de la pesée entre deux intérêts légitimes résultant de deux droits absolus de même valeur dont l'exercice est conflictuel: celui à construire pour l'un des droits de propriété, et celui à ne pas subir de lésions excessives, pour l'autre<sup>116</sup>. Lorsque la loi, en l'état de la jurisprudence, permet d'étendre l'exercice d'un droit de propriété au détriment de l'autre, elle oblige alors à indemniser pleinement le titulaire du droit préterité par l'exercice de l'autre droit (art. 691 al. 1, 694, 710 ou 736 al. 2 CC): il n'en va différemment que s'il s'agit de tenir compte de la bonne foi de celui qui bénéficie d'une telle prérogative, soit de celui qui ne savait pas et ne pouvait pas savoir qu'il attenterait aux droits d'autrui (par exemple art. 672, 674 al. 3 CC). Les travaux dits nécessaires entrent à l'évidence dans la première catégorie, et la restriction jurisprudentielle d'une simple indemnité «équitable», et encore dans la mesure où le préjudice serait sensible («*beträchtlich*») apparaît clairement comme contraire au système. Un recours aux normes de la responsabilité civile peut paraître ici moins adéquat que la simple justification d'un cas d'expropriation privée d'un droit par l'exercice de celui d'un autre particulier, obligeant alors nécessairement à une pleine et entière indemnisation.

Si l'on devait ainsi au vu des résultats de la consultation, renoncer à la discussion de l'ampleur de l'atteinte excessive qui résulterait normalement d'une pesée des intérêts en présence, alors qu'elle prévaut déjà en droit actuel selon une bonne partie de la doctrine<sup>117</sup>, il conviendrait alors d'admettre une indemnisation complète selon les principes de l'expropriation privée, connue du domaine des droits réels du Code civil suisse.

## 6. L'action en justice

a) En traitant pour conclure de problèmes d'ordre technique liés à la mise en œuvre de l'action de l'art. 679 CC, nous renouons avec la nature intrinsèque des droits protégés par cette disposition.

---

<sup>115</sup> Cf. par exemple Arthur MEIER-HAYOZ, Commentaire bernois, vol. IV.1.3, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1975, n. 16 *ad* art. 701 CC; Roland BREHM, Commentaire bernois, vol. VI.1.3.1, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2006, n. 46 *ad* art. 52 CO.

<sup>116</sup> Sur la problématique générale dans une telle situation, cf. Denis PIOTET, Méthodologie de la pesée des intérêts dans le conflit entre droits absolus, *in* Festschrift H.P. Walter, Berne 2005, p. 161 ss.

<sup>117</sup> Cf. Th. ENDER, cité note 20, n. 548, p. 151; D. PIOTET, cité note 81, p. 152-153.

Nous avons souligné la coexistence, dans le même texte légal, de l'action personnelle réparatrice avec les actions dites « réelles »<sup>118</sup> en prévention ou cessation de l'atteinte. La première est de nature obligatoire, les secondes sont de nature réelle, donc absolues, opposables aux tiers, comme d'ailleurs attachées à l'immeuble à l'origine de l'excès.

Cette dissociation entraîne certaines conséquences d'ordre pratique. L'attachement de l'action préventive et en cessation du trouble à l'immeuble a pour effet que seul le titulaire actuel d'un droit sur l'immeuble à l'origine de l'excès a vocation pour défendre à l'action; en revanche, la responsabilité pour le dommage subi par un voisin est attaché à l'ancien titulaire, pour la période où il avait la légitimation passive, et ne passe pas, malgré le transfert de l'immeuble, à l'actuel titulaire: le régime de l'action réelle est, à ce point de vue, fixé sur l'art. 641 al. 2 CC<sup>119</sup> alors qu'il apparaît clairement que la créance en dommages-intérêts n'est nullement attachée passivement à l'immeuble.

Une dissociation différente est rendue apparente par l'hypothèse de la faillite du défendeur: l'action réelle est opposable, par définition, à la masse en faillite ou concordataire, alors que l'action réparatrice, simple créance, ne peut que subir la loi du dividende.

Autre différence, alors que la créance en dommages-intérêts engage le cas échéant le responsabilité solidaire de co-titulaires<sup>120</sup>, mais non pas en cas de pluralité d'immeubles distincts<sup>121</sup>, les mesures matérielles impliquées par l'action en prévention ou en cessation entraînent des prestations indivisibles entre co-titulaires pour chaque immeuble à l'origine de l'excès, obligeant à attraire l'ensemble des co-titulaires en justice.

Il faut également évoquer ici la prescription, l'action réparatrice de l'art. 679 CC se prescrivant selon l'art. 60 CO, même si la computation du délai relatif est jugée avec une certaine souplesse dans la jurisprudence<sup>122</sup>, alors que l'action dite « réelle » est, quant à elle, imprescriptible.

Enfin, au nombre des différences importantes, il faut encore mentionner celle qui touche à la Loi fédérale sur les fors, l'action réelle relevant en principe de l'art. 19 LFors, alors que l'action personnelle relève elle de l'art. 25 LFors, cette différenciation pouvant toutefois être atténuée par le jeu de l'art. 7 al. 2 LFors.

---

<sup>118</sup> Ainsi, P.-H. STEINAUER, cité note 17, n. 1923, p. 230.

<sup>119</sup> Cf. ATF 100 II 307, JdT 1976 I 249.

<sup>120</sup> *Supra*, ch. 2.2. lit. a.

<sup>121</sup> *Supra*, ch. 2.2. lit. e.

<sup>122</sup> ATF 127 III 257, rés. JdT 2002 I 249; ATF 109 II 418, JdT 1984 I 630.

b) Les deux types d'action peuvent être utilisés sans restriction par toute personne lésée et ayant légitimation active pour l'atteinte, subie ou à subir, aux droits protégés contre l'excès. Le titulaire d'un droit personnel d'usage – locataire, fermier, emprunteur – peut ainsi exercer une action réelle en suppression d'une immission excessive du voisin tombé en faillite, alors que si le failli était son débiteur, la créance d'un tel lésé serait transformée en simple dividende.

Il y a là une certaine incohérence apparente qui doit être expliquée par un mécanisme, question qui n'a guère jusqu'ici retenu l'attention de la doctrine. Une solution serait de fixer la nature de l'action en cessation ou en prévention de l'atteinte en fonction de la nature du droit lésé : si celui-ci n'est qu'un droit relatif, cette action serait alors nécessairement une prétention personnelle. Cette solution, à notre avis, ne peut être retenue, car elle introduit une dissociation entre les lésés, non prévue par le législateur dans le système légal : elle tend également à entraîner d'autres incohérences, si l'étendue des prérogatives exerçables par le lésé dépendait de la nature du droit qui lui appartient vis-à-vis de son partenaire contractuel, le droit contractuel du preneur à bail ou de l'emprunteur ne correspondant pas nécessairement avec le droit de propriété du bailleur ou du prêteur à l'égard de ses voisins. Ainsi, l'emprunteur d'un immeuble peut en effet s'engager à ne pas se plaindre d'un voisinage bruyant à l'égard du prêteur, sans qu'il ait pour autant perdu la qualité pour agir à l'égard du voisin auteur d'un excès au sens de l'art. 679 CC ; de même, inversement, le bailleur peut garantir contractuellement à un locataire un voisinage tranquille, sans que cette garantie contractuelle soit opposable à un voisin entrepris par le locataire en application de l'art. 679 CC.

Il nous semble plus correct de construire, comme déjà relevé plus haut<sup>123</sup>, un modèle s'inspirant de l'art. 931 al. 1 CC, appliqué ici par analogie. Le locataire, l'emprunteur ou le fermier n'ont de vocation à intenter une action réelle contre un voisin, au sens de l'art. 679 CC, que par l'invocation fiduciaire du droit réel du premier titulaire (ayant également le cas échéant légitimation active) dont il tient la chose, soit directement, soit indirectement (par exemple, pour un sous-locataire). Logiquement, celui qui exerce un droit d'usage personnel sur un immeuble qui n'a pas été autorisé par le légitime propriétaire, directement ou indirectement, ne peut prétendre exercer une action réelle contre un voisin. Pas plus que n'est légitimé à agir celui qui est faussement indiqué comme propriétaire au registre foncier, celui qui a conclu un bail avec un bailleur non propriétaire de l'immeuble, et qui n'est pas même indirectement autorisé par le légitime propriétaire à demeurer en place, ne peut être admis légalement à formuler contre des voisins des prétentions qui ne relèvent pas de droits opposables existant sur l'immeuble voisin

---

<sup>123</sup> *Supra*, ch. 2.3.

subissant l'excès, son bail n'en fût-il pas moins valable à l'égard du bailleur non propriétaire.

Cette construction nous paraît justifiée quant à ses conséquences pratiques: elle est en outre à nos yeux une suite logique de la seule explication qui puisse être fournie à la possibilité, pour le titulaire d'un droit relatif, de disposer d'une action réelle qui doit permettre de protéger son droit relatif d'usage.

## **7. Pour conclure**

D'une grande importance pratique, l'art. 679 du Code civil fait preuve d'une concision trompeuse sur le nombre de questions juridiques qu'il soulève; parfois éloignée du système de la loi, la jurisprudence fédérale en est arrivée, sur deux points au moins, et pour ce motif, à susciter l'intervention du législateur aux nouveaux art. 679, 679a et 684 projetés, la proposition du Conseil fédéral n'étant pas connue au jour où ces lignes sont mises sous presse. La pratique de l'art. 679 CC nécessite, pour nombre d'autres facettes, la prise en compte très large d'autres domaines du droit, le droit de l'environnement, le droit d'expropriation, les droits de la personnalité, le droit cantonal privé ou public.

La liberté jurisprudentielle, et cette ouverture, doivent être encouragées dans le cadre de l'art. 679 CC: mais il nous semble qu'elles auraient plus de valeur et de portée si elles étaient plus strictement encadrées. Cet encadrement doit tenir aux fondements même de cette disposition, à la nature des droits protégés et au concept général d'illicéité qui n'est pas spécifique à l'art. 679 CC; comme toutes les formes d'art, ne faut-il pas admettre que l'art judiciaire s'épanouit dans la contrainte, et se meurt dans la liberté?



---

# Le contrat de courtage immobilier\*

LUC THÉVENOZ

*Professeur à l'Université de Genève*

AUDE PEYROT

*Titulaire du brevet d'avocat*

Les litiges relatifs au contrat de courtage occupent une place importante dans la jurisprudence de nos tribunaux. Ils portent presque inmanquablement sur la rémunération du courtier, dont l'exigibilité ou le montant sont souvent contestés par le mandant. Le caractère aléatoire de cette rémunération et ses conditions légales sont les causes de nombreux différends que, bien souvent, seul un jugement contraignant est à même de résoudre.

Le présent exposé vise à présenter les particularités du contrat de courtage, et tout particulièrement du courtage immobilier, à examiner – sans prétention à l'exhaustivité – quelques-uns des problèmes rencontrés en pratique et à livrer, quand elles existent, les solutions de la jurisprudence.

## I. Le courtage, un mandat très particulier

Le contrat de courtage, qui fait l'objet des art. 412 à 418 du Code des obligations (ci-après CO), est un mandat très particulier à deux égards au moins. Il se distingue de la plupart des autres contrats de service par le caractère aléatoire de la rémunération du courtier<sup>1</sup>. Celle-ci n'est due que si le mandant conclut un contrat valable avec un tiers, et pour autant que cette conclusion soit due à l'indication donnée par le courtier (courtage d'indication) ou aux négociations qu'il a menées pour lui (courtage de négociation). Cela découle

---

\* Cette contribution est le reflet d'une conférence donnée le 5 mai 2006 par le Professeur Luc Thévenoz dans le cadre de la 6<sup>e</sup> Journée du droit de la propriété 2006. Les auteurs adressent leurs remerciements à Madame Manjolia Manoku, qui a établi la documentation à la base du présent exposé.

<sup>1</sup> Arrêts du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3 et 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 2.3.

de l'art. 412 al. 1 CO<sup>2</sup>. La rémunération du courtier est donc soumise à une condition suspensive potestative, qui est la conclusion d'un (autre) contrat auquel le courtier n'est pas partie<sup>3</sup>. Le Tribunal fédéral a insisté sur la liberté du mandant de renoncer, même de façon arbitraire, à l'affaire indiquée ou négociée par le courtier sans que ce dernier ait droit à une quelconque rémunération. Cette liberté est une prérogative reconnue au mandant par l'art. 413 al. 1 CO<sup>4</sup>. Elle n'est limitée que par l'abus de droit, appliqué à ce jour par le Tribunal fédéral que dans un seul cas d'espèce<sup>5</sup>.

En contrepartie du caractère aléatoire de sa rémunération, le courtier n'a en principe pas l'obligation de déployer une activité en faveur du mandant : il est tenu d'une simple incombance<sup>6</sup>. Il n'engage dès lors pas sa responsabilité s'il n'entame ou ne poursuit pas de démarches pour rechercher un cocontractant potentiel. Il n'en va autrement que si les parties ont convenu du contraire, ce qui est notamment le cas dans un contrat de courtage exclusif. Les clauses dites d'exclusivité sont parfaitement valables et ont pour effet de mettre à la charge du courtier un véritable devoir de déployer une activité en faveur du mandant<sup>7</sup>. Nous reviendrons ultérieurement sur ces clauses et les conséquences de l'inactivité du courtier<sup>8</sup>.

Ce double caractère, aléatoire quant à la rémunération du courtier et discrétionnaire quant à son activité, confère au courtage un aspect unique et déconcertant. Le courtage est certes une variété de mandat<sup>9</sup>, ce qui ressort de la structure du code et du renvoi de l'art. 412 al. 2 CO, mais il se distingue nettement du mandat « proprement dit » des art. 394 ss CO. Tandis que la commission du courtier suppose le succès de ses efforts, la rémunération du mandataire ne dépend pas (ou pas principalement) d'un résultat, mais du temps consacré à l'affaire et aux efforts fournis. De même, à la différence du courtier, le mandataire ne peut renoncer à loisir à déployer son activité ;

---

<sup>2</sup> La doctrine indique encore l'existence d'un troisième type de courtage, non prévu par la loi, dénommé « courtage de présentation », où l'activité du courtier consiste à amener un tiers à entrer en relation avec le client en vue de négocier le contrat. Cf. AMMANN, n. 1 *ad* art. 412 ; RAYROUX, n. 4 *ad* art. 412. En cas de doute sur la nature du contrat, il y a lieu de retenir la forme de courtage la moins étendue, soit celle du courtier indicateur : arrêt du TF 4C.322/2003 du 5 avril 2004, c. 2.4.1.

<sup>3</sup> Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 3.2 ; RAYROUX, n. 37 *ad* art. 412.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Cf. *infra* IV/B/1.

<sup>6</sup> ENGEL, p. 521, n. 102 ; RAYROUX, n. 27 *ad* art. 412 ; TERCIER, p. 733, n. 5064.

<sup>7</sup> Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005 c. 3 ; arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, SJ 2000 I 321. De telles clauses peuvent impliquer une renonciation à l'exigence d'un lien de causalité comme condition à une rémunération du courtier. Cf. *infra* IV/B/2.

<sup>8</sup> Cf. *infra* III et V/A.

<sup>9</sup> TERCIER, p. 731, n. 5051.

il est moins libre dans celle-ci et doit se conformer aux instructions de son client (art. 397 CO)<sup>10</sup>. En cas de procédure judiciaire, le juge peut être amené à requalifier un contrat dont les clauses seraient ambiguës, ce qui crée une insécurité juridique non négligeable<sup>11</sup>.

Comme exposé en préambule, les spécificités du courtage sont aisément sources de querelles entre les parties qui se disputent sur des questions récurrentes: Un contrat de courtage a-t-il été conclu en l'espèce? Le contrat principal (le contrat entre le mandant et un tiers) est-il venu à chef grâce à l'entremise du courtier? En présence de plusieurs contrats et de plusieurs courtiers, plusieurs rémunérations sont-elles dues? La rémunération stipulée *in casu* est-elle excessive et peut-elle être réduite par le juge?

## II. La formation du contrat

Les biens immobiliers étant rares et les courtiers nombreux, on constate fréquemment des prises de contact insistantes entre courtiers et vendeurs potentiels. Il en résulte des situations ambiguës où un courtier croit (ou prétend croire) s'être fait promettre une rémunération en cas de succès alors que le vendeur est de l'opinion inverse. La première question que chaque partie doit se poser avant toute autre est celle de savoir si un contrat de courtage a été conclu.

La formation d'un contrat de courtage suppose un accord de volontés sur deux éléments essentiels. Selon la formule du Tribunal fédéral, «il doit être conclu à titre onéreux et les services procurés par le courtier, qu'il soit indicateur ou négociateur, doivent tendre à la conclusion d'un contrat, quelle qu'en soit la nature.»<sup>12</sup>

Le premier élément est sans ambiguïté. La rémunération du courtier doit faire l'objet d'un accord de principe entre les parties, selon lequel un salaire sera dû si l'activité déployée par le courtier aboutit à la conclusion du contrat principal. Un contrat qui prévoit que les services du courtier sont fournis à titre gratuit n'est pas un courtage, mais un mandat ordinaire<sup>13</sup>. Il n'est en

---

<sup>10</sup> ATF 131 III 268, c. 5.1.2, SJ 2005 I 401; arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3.

<sup>11</sup> Cf. par exemple ATF 131 III 268, SJ 2005 I 401. Dans cette affaire, le courtier (spécialiste en matière de crédit maritime) prétendait qu'il était lié à son mandant non par un courtage mais par un mandat ordinaire, de sorte qu'il avait droit à des honoraires en fonction du temps consacré à rechercher un financement. Le Tribunal fédéral a considéré que les divers éléments du contrat plaidaient en faveur du courtage. Les démarches du courtier n'ayant pas abouti en l'espèce, il s'est vu dénier toute rémunération.

<sup>12</sup> Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; ATF 131 III 268, c. 5.1.2, SJ 2005 I 401.

<sup>13</sup> AMMANN, n. 2 *ad* art. 412.

revanche pas nécessaire que les parties déterminent à l'avance le montant de la rémunération<sup>14</sup>.

Tel qu'énoncé par le Tribunal fédéral dans les arrêts précités, le second élément est moins clair. La formule employée ne permet pas de déterminer précisément le point essentiel sur lequel les parties doivent s'entendre. Il faut se référer ici à une décision de 1964, dans laquelle le Tribunal fédéral a affirmé: « Il est au contraire essentiel de connaître l'activité que le courtier doit exercer pour avoir droit au salaire promis. Le contrat de courtage ne lie donc les parties (art. 2 CO) que si celles-ci se sont entendues sur ce point. »<sup>15</sup> Outre le principe de la rémunération, les parties doivent ainsi se mettre d'accord sur la *nature* de l'activité que le courtier doit fournir (par exemple courtage d'indication et/ou de négociation). Ce point de vue est suivi par la doctrine quasi unanime<sup>16</sup>. Si le contrat ne prévoit rien à ce sujet, un tel accord peut être déduit de l'attitude concluante des parties<sup>17</sup>. Il est toutefois préférable de régler expressément cet aspect dans le contrat.

La conclusion du contrat de courtage n'est soumise à aucune forme particulière. Même s'il se rapporte à un immeuble, il peut être conclu oralement ou par actes concluants<sup>18</sup>. Si la forme orale suffit<sup>19</sup>, elle rend plus difficile la preuve du contrat si celui-ci vient à être contesté. Le consentement d'une partie peut également résulter d'actes concluants (art. 1 al. 2 CO), c'est-à-dire de comportements qui expriment sa volonté de s'engager ou dont l'autre partie peut de bonne foi, selon le principe de la confiance, déduire cette volonté. Sur le plan procédural, il incombe au courtier qui réclame une rémunération de prouver les circonstances permettant de constater l'existence d'un accord entre les parties (art. 8 CC)<sup>20</sup>. A défaut d'y parvenir, il sera privé de toute rémunération, même s'il a fourni des efforts importants.

La jurisprudence n'a pas, à notre connaissance, eu l'occasion de se prononcer sur des prétentions fondées, à titre subsidiaire, sur l'enrichissement illégitime ou la gestion d'affaires sans mandat. La piste ne paraît guère prometteuse car le courtier avec qui un client a refusé d'entrer dans un rapport contractuel ne peut généralement pas invoquer qu'il a fourni volontairement

---

<sup>14</sup> Cf. *infra* IV/A.

<sup>15</sup> ATF 90 II 92, JdT 1965 I 37, c. 6.

<sup>16</sup> Cf. notamment ENGEL, p. 523; GAUTSCHI, n. 1a *ad* art. 412; MARQUIS, p. 180; RAYROUX, n. 11 *ad* art. 412; SCHWEIGER, p. 25; TERCIER, p. 732, n. 5058; *contra*: BUCHER, p. 236.

<sup>17</sup> ATF 90 II 92, JdT 1965 I 37, c. 8; RAYROUX, n. 12 *ad* art. 412.

<sup>18</sup> Arrêt du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003 c. 3.1, SJ 2004 I 257; arrêt 4C.54/2001 du 9 avril 2002 c. 2a, SJ 2002 I 557; arrêt du TF 4C.66/1992 du 29 septembre 1992, SJ 1993 p. 189.

<sup>19</sup> Le Tribunal fédéral a notamment retenu la conclusion d'un contrat de courtage oral dans l'arrêt 4C.136/2004 du 13 juillet 2004, c. 2.2.1, partiellement reproduit dans ATF 130 III 633.

<sup>20</sup> Arrêt du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003, c. 3.1, SJ 2004 I 257.

un service en croyant par erreur qu'il en avait l'obligation (art. 63 al. 1 CO). Et le refus du client de se lier par un contrat manifeste sans ambiguïté que son intérêt ne commande pas une gestion d'affaire sans mandat (art. 422 al. 1 CO).

La conclusion du contrat de courtage est donc un souci central pour le courtier, et les tribunaux sont relativement souvent amenés à interpréter les comportements des parties pour déterminer si elle est intervenue, le cas échéant par actes concludants<sup>21</sup>. L'arrêt de principe en la matière a été rendu le 29 septembre 1992<sup>22</sup>. La propriétaire d'une villa avait répondu à une annonce ainsi libellée :

« Achète directement du propriétaire terrain ou villa (GE ou VD) paiement comptant. Discretion assurée. Intermédiaires s'abstenir [...] ».

Ayant pris contact avec l'auteur de l'annonce, la propriétaire avait affirmé clairement et à diverses reprises qu'elle ne souhaitait pas traiter avec un intermédiaire. Celui-ci lui adressa cependant un acheteur potentiel, que la propriétaire reçut et avec qui elle finit par conclure la vente. *In casu*, le Tribunal fédéral a débouté le courtier professionnel qui se cachait derrière l'annonce des fins de sa demande en paiement de la commission usuelle. Il a retenu que la partie venderesse avait clairement manifesté son refus de se lier par un contrat de courtage. Dans cette décision, et dans des arrêts ultérieurs<sup>23</sup>, il a rappelé que le silence du vendeur à l'égard de telle ou telle démarche du courtier ne peut valoir déjà acceptation de celui-ci quant à la conclusion d'un contrat de courtage. Un tel accord ne peut être retenu que si l'on peut déduire du comportement du vendeur, sans aucun doute possible, une volonté correspondante<sup>24</sup>. Comme le relève le Tribunal fédéral, cette jurisprudence restrictive vise à ne pas récompenser l'insistance de certains agents immobiliers qui reviennent constamment à la charge dans l'espoir de faire admettre la conclusion d'un contrat par actes concludants<sup>25</sup>.

Quels sont les enseignements de cette décision ? Le premier est certainement le rappel qu'un contrat écrit vaut toujours mieux qu'un accord oral. *Post factum*, la commission paraît toujours trop chère au vendeur le mieux intentionné. Elle vient réduire un prix durement négocié et déjà diminué

<sup>21</sup> Cf. arrêt du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003, c. 3.2, SJ 2004 I 257 ; arrêt du TF 4C.334/2000 du 29 janvier 2001, c. 3a.

<sup>22</sup> Arrêt du TF 4C.66/1992 du 29 septembre 1992, c. 2b, SJ 1993 p. 189.

<sup>23</sup> Arrêt du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003, c. 3.1, SJ 2004 I 257 ; arrêt du TF 4C.54/2001 du 9 avril 2002, c. 2a, SJ 2002 I 557 ; arrêt du TF 4C.333/2000 du 28 mars 2001, c. 2b.

<sup>24</sup> Selon la formule employée par le Tribunal fédéral dans les arrêts précités : « Une telle acceptation ne peut se déduire d'un comportement que si son interprétation permet, sans nul doute, d'en déduire l'expression d'un accord portant sur la conclusion d'un contrat. »

<sup>25</sup> Cf. les références citées sous notes 22 et 23.

d'autres prélèvements effectués par le notaire. Même s'il n'est pas exigé par la loi, un écrit clarifie les obligations respectives des parties, attire l'attention du mandant sur un élément important des coûts de la transaction projetée et facilite grandement la preuve d'un accord des parties sur tous les points qui y sont réglés. Le second est que dans les situations ambiguës, les tribunaux tendent à protéger le client inexpérimenté ou peu expérimenté sur le marché en question de préférence au courtier professionnel. Relevons qu'il existe des cas dans lesquels un accord par actes concluants a été retenu, mais ils concernaient généralement des parties liées à un moment ou à un autre par un accord écrit<sup>26</sup>. On ne saurait donc trop insister sur l'importance d'un contrat écrit, dont en pratique il revient au courtier de proposer les termes.

### III. Les obligations du courtier, notamment l'obligation de fidélité

On a déjà relevé que dans la règle l'activité du courtier est l'objet d'une incombance et non d'une obligation<sup>27</sup>. En d'autres termes, il peut rester inactif sans s'exposer à devoir indemniser le mandant en raison de cette inactivité.

Cette règle ne va pas sans exception. Les tribunaux et la doctrine admettent que le courtier peut effectivement s'obliger à déployer une activité en faveur du mandant. Cela est la règle lorsqu'il se fait promettre une exclusivité<sup>28</sup>. Importante dans son principe, cette exception ne semble pas donner lieu à un abondant contentieux judiciaire, sans doute parce que l'inactivité du courtier est toujours pour le mandant un juste motif de révoquer le contrat avec effet immédiat et sans indemnité (art. 404 CO). Le Tribunal fédéral a néanmoins eu l'occasion de juger dans un arrêt relativement récent que l'inactivité totale du courtier exclusif pouvait constituer une violation des obligations de sauvegarde et de diligence du courtier, susceptible d'entraîner la perte de son droit à rémunération, et ce quand bien même le mandant n'aurait pas respecté la clause d'exclusivité<sup>29</sup>.

Lorsque le courtier déploie son activité, il est tenu, comme tout autre mandataire, d'une obligation de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO)<sup>30</sup>. L'obligation de fidélité (ou de loyauté, qui en est synonyme) est renforcée par l'art. 415 CO, qui statue la perte du salaire si le courtier « agit dans l'intérêt

---

<sup>26</sup> Cf. par exemple arrêts du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003 et 4C.334/2000 du 29 janvier 2001.

<sup>27</sup> Cf. *supra* I.

<sup>28</sup> Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, SJ 2000 I 321; ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 3.

<sup>29</sup> Arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, SJ 2000 I 321.

<sup>30</sup> AMMANN, n. 8 *ad art.* 412; RAYROUX, n. 28 *ad art.* 412; TERCIER, p. 733, n. 5066.

du tiers contractant au mépris de ses obligations, ou s'il se fait promettre par lui une rémunération dans des circonstances où les règles de la bonne foi s'y opposaient. »<sup>31</sup>

De façon générale, l'obligation de fidélité interdit au courtier de nuire aux intérêts de son mandant. Elle se traduit notamment par une obligation de confidentialité<sup>32</sup> qui lui interdit de divulguer ce que le mandant lui a confié ou ce que lui-même a appris si cette révélation peut nuire au mandant. Il faut cependant être conscient du fait que le courtier immobilier joue également un certain rôle de conseiller pour la partie contractante, qu'il accompagne souvent longtemps dans la recherche d'un bien conforme à ses attentes et en faveur de laquelle il déploie une certaine activité (présentation du bien immobilier, renseignements et conseils divers). Parfois, le courtier s'autorise même à donner son avis sur le prix demandé par le mandant, suggérant parfois qu'une négociation est possible...

Le Tribunal fédéral a relevé que l'obligation de diligence et de loyauté imposée au courtier est plus limitée que celle du mandataire ordinaire<sup>33</sup>. Au demeurant, il est aussi dans l'intérêt du mandant qu'un acheteur potentiel ne se méprenne pas sur le bien qui lui est proposé. En tant que professionnel de l'immobilier, le courtier est bien placé pour prévenir des malentendus qui pourraient plus tard faire avorter une négociation bien engagée, voire même déclencher la garantie du vendeur à raison des défauts après la transaction.

Distinguer entre une franchise de bon aloi et une indiscretion qui viole la loyauté due au mandant reste une question fort délicate, qui fait appel au bon sens et à la conscience déontologique du courtier. L'obligation générale de loyauté du courtier se traduit en principe par une obligation d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque de tels conflits se manifestent, d'éviter qu'ils ne portent préjudice au mandant<sup>34</sup>. L'intensité de cette obligation et sa concrétisation sont complexes et diverses; elles ne permettent guère de généralités<sup>35</sup>. La jurisprudence relative au double courtage – par lequel le courtier agit pour le vendeur et pour l'acheteur dans la même opération – est d'ailleurs nuancée; on y reviendra plus loin<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Cf. *infra* IV/B/3.

<sup>32</sup> AMMANN, n. 8 *ad* art. 412; RAYROUX, n. 30 *ad* art. 412; TERCIER, p. 733, n. 5067.

<sup>33</sup> ATF 124 III 481, JdT 1999 I 455, c. 3a. Cf. également AMMANN, n. 2 *ad* art. 412; TERCIER, p. 737, n. 5092.

<sup>34</sup> RAYROUX, n. 32 *ad* art. 412.

<sup>35</sup> Sur le caractère fragmenté de l'analyse des conflits d'intérêts et la possibilité d'en systématiser le régime, cf. chapitre 1, Conflicts of Interest: Disclosure, Incentives and the Market, *in* L. THÉVENOZ et R. BAHAR (éd.), Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Markets, Deventer (Kluwer Law International) et Zurich (Schulthess) 2007.

<sup>36</sup> Cf. *infra* IV/B/3.

Le courtier qui est investi d'un mandat large (par exemple parce qu'il doit participer activement à la négociation, à la rédaction ou à l'exécution du contrat principal) est censé agir au mieux des intérêts de son mandant. Il est réputé apte à choisir la technique de vente la plus avantageuse pour son client. A défaut, il peut engager sa responsabilité. Tel a été le cas dans une affaire de 1985 où le courtier, interrogé par son mandant, lui avait répondu qu'il était indifférent qu'il vende son fonds de commerce ou les parts de la société exploitante dont il était l'unique actionnaire. Le vendeur procéda selon la première méthode et découvrit par la suite qu'elle était bien plus désavantageuse sur le plan fiscal au vu notamment de l'apparition d'un bénéfice imposable dans le bilan de la société. Le Tribunal fédéral a estimé qu'un agent expérimenté doit pouvoir être au courant des incidences fiscales possibles qu'entraîne le choix d'une technique de vente plutôt que d'une autre. S'il est interrogé sur leurs avantages respectifs, il doit soit donner une réponse qui tienne compte des conséquences fiscales pertinentes, soit s'abstenir de répondre ou formuler des réserves. La responsabilité du courtier a été en l'espèce retenue tant au regard de l'art. 97 CO que de l'art. 41 CO, mais l'importance de sa faute a été diminuée en raison de diverses circonstances<sup>37</sup>.

## IV. Le droit à la commission<sup>38</sup>

Le législateur fait mention dans les dispositions consacrées au courtage du « salaire » (*Lohn*) du courtier. Cette terminologie est malheureuse, puisque le mot s'applique aujourd'hui au travail exécuté à titre dépendant dans le cadre d'un contrat de travail<sup>39</sup>. Le courtage constitue au contraire un service offert à titre indépendant et non pas subordonné, et dont la rémunération est aléatoire<sup>40</sup>. Les termes de « commission » et de « provision » désignent plus adéquatement la rémunération du courtier.

### A. Son montant

Comme indiqué précédemment, il est essentiel que le contrat de courtage ait été conclu à titre onéreux, c'est-à-dire qu'il prévoit le principe d'une rémunération en faveur du courtier si ses démarches sont couronnées de suc-

---

<sup>37</sup> SJ 1985 p. 69.

<sup>38</sup> Le remboursement des frais, réglé à l'art. 413 al. 3 CO, n'est pas discuté ici.

<sup>39</sup> AMMANN, n. 1 ad art. 413; RAYROUX, n. 3 ad art. 413.

<sup>40</sup> Cf. *supra* I.

cès. Mais il n'est pas nécessaire que son montant soit fixé d'avance<sup>41</sup>. Faute d'accord sur ce point, l'art. 414 CO dispose que le salaire du courtier sera déterminé par le tarif applicable, ou à défaut par référence à l'usage en la matière.

La notion de tarif est équivoque: elle désigne tant les tarifs officiels autrefois édictés par quelques cantons<sup>42</sup> que les tarifs privés des associations professionnelles<sup>43</sup>. Les tribunaux sont cependant méfiants à l'égard de ces derniers. En 1991, le Tribunal fédéral a relevé incidemment que ces tarifs, qui garantissent unilatéralement les intérêts de l'une des parties, ne peuvent être considérés comme l'expression de la pratique commerciale<sup>44</sup>. En 1976, la Cour de justice genevoise a remis en cause la commission de 3% figurant dans le tarif professionnel de la Société des régisseurs en relevant que celui-ci n'est «aucunement officiel, ni l'expression d'un usage local», mais elle a finalement retenu que ce taux était «équitable»<sup>45</sup>. L'*Obergericht* de Lucerne a jugé en 1968 que les tarifs professionnels pouvaient être considérés comme l'indice d'un usage, mais non comme l'usage lui-même<sup>46</sup>. Pour sa part, la doctrine récente ne retient l'application des tarifs professionnels que s'ils correspondent à l'usage local au sens de l'art. 5 al. 2 CC<sup>47</sup>.

Précisons toutefois, comme cela ressort de l'art. 414 CO, que la question de l'applicabilité d'un tarif ne se pose que lorsque les parties n'ont rien prévu quant au montant de la rémunération. Si le contrat de courtage se réfère expressément à un tarif, le montant de la provision est fixé conventionnellement<sup>48</sup>. Le tarif en cause devient alors un élément contractuel et s'applique directement.

<sup>41</sup> Cf. AMMANN, n. 2 *ad* art. 414 («*vertraglicher Nebenpunkt*»); RAYROUX, n. 1 *ss ad* art. 414.

<sup>42</sup> MARQUIS (p. 116) recensait en 1993 l'existence de tels tarifs dans les cantons d'Argovie, Berne, Fribourg et Jura, qui ont entre-temps été abrogés. D'une manière générale, les régimes cantonaux d'autorisation des courtiers en immeubles ont été libéralisés ou supprimés en même temps que disparaissait, avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 (RS 211.412.11), l'obligation pour les cantons de soumettre à autorisation le courtage des immeubles agricoles.

<sup>43</sup> AMMANN, n. 3 *ad* art. 414; RAYROUX, n. 3 *ad* art. 414.

<sup>44</sup> ATF 117 II 286, JdT 1992 I 303, c. 5b.

<sup>45</sup> Arrêt de la Cour de justice genevoise du 16 janvier 1976, SJ 1977 p. 33, c. Dc. En l'absence d'un accord des parties sur le montant du salaire du courtier, l'art. 414 CO renvoie le juge au salaire «usuel», qui doit être prouvé comme un fait s'il n'est pas notoire, et non à un salaire «équitable».

<sup>46</sup> Décision de l'*Obergericht* de Lucerne du 9 février 1966, RSJ 64 (1968) p. 140.

<sup>47</sup> RAYROUX, n. 4 *ad* art. 414.

<sup>48</sup> RAYROUX, n. 3 *ad* art. 414; TERCIER, p. 737, n. 5094.

## B. Ses conditions légales

A teneur de l'art. 413 al. 1 CO, sous réserve de clauses contractuelles contraires, la commission n'est due au courtier que lorsque certaines conditions sont réalisées. Il faut d'abord que le vendeur et le courtier soient liés par un contrat de courtage<sup>49</sup>. Il faut ensuite que le contrat principal recherché par le mandant soit conclu (ci-après 1), qu'il existe un rapport de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion du contrat principal (ci-après 2), et qu'il n'existe pas de cause de déchéance de la provision (ci-après 3).

Les parties sont néanmoins libres de prévoir que le courtier obtiendra une rémunération même si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas réalisée, ce dont il sera question ultérieurement<sup>50</sup>.

### 1. Conclusion d'un contrat principal et principe d'équivalence

Le droit du courtier à sa commission suppose d'abord la conclusion d'un contrat entre le mandant et la personne indiquée par le courtier indicateur ou avec laquelle le courtier négociateur a négocié. La simple possibilité conférée au mandant de conclure un contrat ne suffit pas<sup>51</sup>. Il faut que ce contrat soit conclu et valable en droit, ce qui exige en matière immobilière une vente passée en la forme authentique (art. 216 al. 1 CO)<sup>52</sup>. En revanche, point n'est besoin que le contrat ait été exécuté, c'est-à-dire que les prestations des parties aient été effectuées. Le paiement effectif du prix de vente n'est en principe pas une condition de la rémunération du courtier. Les parties peuvent toutefois faire usage de leur liberté contractuelle et prévoir que le courtier ne sera rémunéré qu'une fois le prix de vente acquitté. L'art. 413 al. 1 CO est une norme de droit dispositif à laquelle les parties peuvent déroger<sup>53</sup>. L'intérêt d'une telle clause pour le vendeur est de faire participer le courtier aux risques d'une inexécution ou d'une exécution tardive du contrat principal. Il n'aura pas à payer de commission sur un prix de vente qu'il n'a pas (encore) perçu!

Quand le contrat principal conclu est-il conforme à celui envisagé par le contrat de courtage? La jurisprudence exige une équivalence économique (et non une identité juridique) entre l'opération pour laquelle le courtier a été

---

<sup>49</sup> Cf. *supra* II.

<sup>50</sup> Cf. *infra* V.

<sup>51</sup> ATF 113 II 49, c. 1.

<sup>52</sup> RAYROUX, n. 12 *ad* art. 412.

<sup>53</sup> SJ 1983 p. 593, c. 3a (contrat de courtage portant sur la vente d'actions d'une société); SJ 1979 p. 623.

engagé et le contrat principal. Ce principe d'équivalence exige d'examiner si le contrat effectivement conclu représente la même valeur et peut remplir la même fonction que le contrat souhaité par le mandant. En cas de procédure judiciaire, le juge est donc amené à interpréter le but économique poursuivi par le mandant et à rechercher s'il a été atteint par le contrat principal<sup>54</sup>. Par exemple, le Tribunal fédéral a considéré la condition comme réalisée lorsque le mandant entendait se procurer des mandats d'architecte et qu'il a pu, grâce aux démarches du courtier, conclure en outre un contrat d'entreprise générale et vendre des terrains construits<sup>55</sup>. La condition d'équivalence économique fut également retenue lorsque le propriétaire économique d'une société, exploitant un café-restaurant, avait chargé un courtier de rechercher un acquéreur pour le fonds de commerce (ce qui implique la cession du contrat de gérance et la vente de l'inventaire du restaurant) et qu'il finit par vendre la société d'exploitation<sup>56</sup>. En revanche, la réalisation de cette condition fut niée lorsque le mandant entendait vendre une parcelle à CHF 600/m<sup>2</sup> alors que la vente fut finalement réalisée pour un prix de CHF 450/m<sup>2</sup><sup>57</sup>.

La condition d'équivalence économique est relativement sévère pour le courtier, puisqu'elle peut avoir pour effet de le priver de rémunération en cas d'écart sensible entre ce qui était souhaité et ce qui a été obtenu. Relevons toutefois qu'il suffit que les intentions principales du mandant soient réalisées, de légères différences ne devant pas porter préjudice au courtier<sup>58</sup>.

Comme indiqué précédemment, la conclusion du contrat dépend de façon discrétionnaire du bon vouloir du mandant<sup>59</sup>. Celui-ci peut en principe librement renoncer à conclure l'opération pour laquelle il avait engagé un courtier<sup>60</sup>. De même, il peut librement conclure cette opération avec un autre acheteur que celui que lui a présenté le courtier.

Dans des circonstances exceptionnelles, l'art. 156 CO permet de sanctionner l'abus de droit du mandant qui aurait empêché « au mépris des règles de la bonne foi » la réalisation de la condition suspensive dont dépend la rémunération du courtier. Les principes dégagés par le Tribunal fédéral sont les suivants :

---

<sup>54</sup> Arrêt du TF 4C.320/2003 du 4 mars 2004, c. 2.1; arrêt du TF 4C.334/2000 du 29 janvier 2001, c. 4baa; ATF 114 II 357, JdT 1989 I 177, c. 3a.

<sup>55</sup> ATF 114 II 357, JdT 1989 I 177, c. 3a et 3b, mais la commission a été réduite en raison du fait que l'opération ne s'est faite que pour une partie des terrains.

<sup>56</sup> Arrêt du TF 4C.320/2003 du 4 mars 2004, c. 2.2.

<sup>57</sup> Arrêt du TF 4C.334/2000 du 29 janvier 2001, c. 4bcc.

<sup>58</sup> Arrêt du TF 4C.334/2000 du 29 janvier 2001, c. 4baa.

<sup>59</sup> Cf. *supra* l.

<sup>60</sup> Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 3.2; décision du *Handelsgericht* de Zürich du 30 janvier 1990, ZR 88 (1989) p. 279, c. IVb.

«Plus généralement, le mandant n'a aucune obligation d'accepter le contrat indiqué ou négocié par le courtier. Le droit au salaire du courtier est subordonné à une condition potestative suspensive qui est l'acceptation du contrat par le mandant. Celui-ci a la faculté de renoncer, même arbitrairement, à l'affaire sans avoir à rémunérer le courtier. Le mandant ne peut donc pas se voir reprocher l'exercice d'un droit que lui accorde la loi (art. 413 al. 1 CO), soit celui de refuser de conclure le contrat qui lui est proposé par le courtier ; mais il doit exercer son droit dans les limites de la bonne foi (art. 2 CC). Ainsi, celui qui renonce à l'affaire proposée par le courtier dans le seul but de profiter de l'activité déjà déployée par celui-ci, sans bourse délier, peut se voir reprocher une attitude contraire à la bonne foi.

Le seul fait que le courtier soit privé de son droit au salaire si, en définitive, aucun contrat n'a été conclu avec l'une des personnes qu'il a contactée [sic], ne suffit pas à qualifier de mauvaise foi le comportement du mandant. Il faut que l'on soit à l'évidence en présence d'une attitude déloyale. On doit, en effet, se garder d'assimiler à un abus de droit tout comportement entraînant l'échec de la conclusion du contrat principal avec un client contacté par le courtier puisque, sauf stipulation contraire, le mandant n'a pas l'obligation de favoriser cette conclusion ; la bonne foi n'exige pas qu'il sacrifie ses propres intérêts à cette fin. Ne sera donc sanctionné que le comportement revêtant un caractère déloyal.»<sup>61</sup>

Le Tribunal fédéral a tout récemment admis un tel abus de droit dans les circonstances suivantes<sup>62</sup>. Le propriétaire d'un immeuble locatif avait conclu un contrat de courtage non exclusif avec deux courtiers. Le premier déploya une activité importante et trouva un acquéreur potentiel en la personne de C. Un projet d'acte de vente fut établi avec ce dernier pour un prix déterminé. Le deuxième courtier indiqua toutefois être intéressé à acheter l'immeuble pour lui-même, en offrant un prix légèrement supérieur. Bien que C se fût aligné sur cette offre, le propriétaire décida de vendre l'immeuble au deuxième courtier tout en lui permettant de se substituer un autre acquéreur. Usant de cette faculté, le deuxième courtier céda ensuite son droit à C pour le prix auquel il l'avait acheté majoré d'un certain montant. Le premier courtier réclama sa rémunération en se prévalant du fait qu'il avait présenté l'acquéreur C à son mandant. Le Tribunal fédéral a fait droit à cette prétention : en substituant un tiers (le deuxième courtier) à la personne (C) que le premier courtier lui avait présentée, alors qu'il savait C être le véritable acquéreur final de l'immeuble, le mandant avait usé d'un subterfuge pour priver le premier courtier de sa commission ; il s'était comporté de façon contraire à la bonne foi.

Relevons enfin que le moment de la conclusion du contrat principal qui donne lieu à la commission convenue est sans importance. Cette conclusion

---

<sup>61</sup> Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 3.2.

<sup>62</sup> Arrêt du TF 4C.93/2006 du 14 juillet 2006.

peut en particulier intervenir après la résiliation ou l'expiration du contrat de courtage, pour autant qu'elle résulte des démarches entreprises par le courtier<sup>63</sup>. Une telle règle permet notamment d'empêcher qu'un vendeur, après s'être fait indiquer un acquéreur potentiel par le courtier, prive ce dernier de sa rémunération en résiliant le contrat de courtage avant de vendre l'immeuble à l'intéressé. La jurisprudence introduit donc une deuxième condition : l'exigence d'un lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion du contrat principal.

## 2. *Lien de causalité entre l'activité du courtier et le contrat principal*

Pour que la commission convenue soit due, il ne suffit pas que le contrat principal soit conclu, il faut encore qu'il existe un lien de causalité entre celui-ci et l'activité déployée par le courtier. Cette condition est d'une grande utilité pratique. Elle permet non seulement de déterminer si le courtier est fondé à réclamer une commission, mais aussi de trancher les litiges en présence de plusieurs courtiers.

Le lien de causalité est un lien psychologique entre les efforts fournis par le courtier et la décision du tiers. Il est apprécié avec une certaine souplesse. « Il n'est pas nécessaire que la conclusion d'un contrat principal soit la conséquence immédiate de l'activité fournie. Il suffit que celle-ci ait été une cause même éloignée de la décision du tiers satisfaisant à l'objectif du mandat. »<sup>64</sup> Une rémunération peut être due au courtier même si le contrat principal est conclu après la résiliation du contrat de courtage<sup>65</sup>.

Ce lien psychologique peut subsister en dépit d'une rupture temporaire des pourparlers entre le mandant et l'acheteur potentiel. Le temps écoulé entre les démarches du courtier et la conclusion du contrat principal est sans importance. Il se peut toutefois qu'une rupture définitive des pourparlers supprime tout lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion ultérieure d'un contrat avec l'acheteur potentiel, de sorte que le courtier perde irrémédiablement son droit à la commission<sup>66</sup>. Tel a été le cas dans une affaire où l'acheteur potentiel, très insatisfait de l'activité du courtier en raison d'une information lacunaire, avait retiré son offre d'achat, s'était ensuite adressé au courtier concurrent également mandaté par le vendeur et avait finalement conclu la vente par l'intermédiaire de ce dernier. Le Tribunal fédéral

---

<sup>63</sup> Arrêt du TF 4C.322/2003 du 5 avril 2004, c. 2.4.1; ATF 97 II 355, c. 3.

<sup>64</sup> Arrêt du TF 4C.93/2006 du 14 juillet 2006, c. 2.1; arrêt du TF 4C.259/2005 du 14 décembre 2005, c. 2, SJ 2006 I 216.

<sup>65</sup> Cf. *supra* IV/A/1.

<sup>66</sup> Cf. arrêts cités sous note 64.

a considéré que la conclusion du contrat principal était l'œuvre exclusive du second courtier<sup>67</sup>.

Dans une affaire récente concernant le transfert d'un joueur de football du Servette FC, le Tribunal fédéral a affirmé, à propos d'un contrat de courtage d'indication, que « le lien de causalité requis existe si le courtier prouve qu'il a été le premier à désigner le tiers intéressé et que c'est sur la base de cette indication que les parties sont entrées en relation et ont conclu le marché. »<sup>68</sup>

Devant les tribunaux, il appartient au courtier de prouver le rapport de causalité. Sa tâche est facilitée par l'existence d'une présomption de fait : si la preuve d'une activité objectivement propre à favoriser la conclusion du contrat principal est rapportée, la jurisprudence présume que cette activité a effectivement entraîné cette conclusion, pour autant que le contraire ne ressorte pas des circonstances<sup>69</sup>. La présomption de fait allège le fardeau de la preuve, mais ne le renverse pas<sup>70</sup>. Le mandant conserve de son côté la possibilité de démontrer l'absence de lien de causalité entre les efforts du courtier et la conclusion du contrat principal<sup>71</sup>.

Si le droit à une commission requiert en principe l'existence d'un rapport de causalité, le mandant peut toutefois renoncer conventionnellement à cette exigence pour favoriser le courtier, comme on le verra plus loin<sup>72</sup>.

### 3. Absence de déchéance (art. 415 CO)

Si le courtier parvient à démontrer qu'un contrat principal a été conclu et que cette conclusion est due à son activité, il peut en principe prétendre à une commission, à moins que le mandant ne démontre qu'il est déchu de son droit. L'art. 415 CO dispose : « [l]e courtier perd son droit au salaire et au remboursement de ses dépenses, s'il agit dans l'intérêt du tiers contractant au mépris de ses obligations, ou s'il se fait promettre par lui une rémunération dans des circonstances où les règles de la bonne foi s'y opposaient ». Cette disposition sanctionne, dans des circonstances particulières, les man-

---

<sup>67</sup> Arrêt du TF 4C.259/2005 du 14 décembre 2005, SJ 2006 I 216.

<sup>68</sup> Arrêt du TF 4C.136/2004 du 13 juillet 2004, partiellement reproduit dans ATF 130 III 633 et SJ 2005 I 28.

<sup>69</sup> Arrêt du TF 4C.259/2005 du 14 décembre 2005, SJ 2006 I 216, c. 2 ; arrêt du TF 4C.136/2004 du 13 juillet 2004 (arrêt Servette FC), dans lequel la présomption de fait a été appliquée avec succès, un lien de causalité ayant été retenu entre la conclusion du contrat principal et l'indication du courtier.

<sup>70</sup> ATF 120 II 248, c. 2c ; ATF 117 II 256, c. 2b.

<sup>71</sup> Décision de la Cour de justice genevoise du 30 novembre 1990, SJ 1991 p. 217.

<sup>72</sup> Cf. *infra* V/A.

quements graves du courtier à son devoir de diligence et de loyauté envers le mandant<sup>73</sup>.

L'application de cette norme a été principalement discutée dans des situations de double courtage où le courtier agissait simultanément pour les deux parties au contrat principal<sup>74</sup>. Le double courtage n'est pas prohibé de façon absolue; il est admis dans certaines limites précisées par le Tribunal fédéral.

Dans un arrêt de 1985<sup>75</sup>, le Tribunal fédéral s'est penché sur le cas d'un courtier indicateur mandaté tant par l'acheteur que le vendeur d'un même immeuble. Le premier lui avait promis CHF 30 000, à titre de provision, et le second CHF 40 000. La vente a été conclue pour un montant de CHF 1 450 000. Le vendeur a payé le montant convenu au courtier. L'acheteur ayant refusé pour sa part de verser la rémunération promise, le courtier l'a actionné en paiement. Le Tribunal fédéral a relevé que « [e]u égard au danger inhérent à la défense d'intérêts contradictoires, le double courtage n'est en principe admissible que dans d'étroites limites, soit en règle générale pour le cas du courtier indicateur ». Il a admis en l'espèce la validité du double courtage d'indication, dans la mesure où le courtier n'avait pas à défendre des intérêts opposés. Cela étant, il a donné raison sur le principe à l'acheteur qui invoquait subsidiairement le caractère excessif de la rémunération totale de CHF 70 000 relativement au prix de vente, et a renvoyé le dossier à l'instance inférieure<sup>76</sup>. Dans un arrêt de 1998<sup>77</sup>, le Tribunal fédéral a précisé que le double courtage était admis à condition qu'il n'ait pas été exclu contractuellement et qu'il ne conduise pas à une collision des intérêts en présence.

Il semble donc que seul le double courtage d'indication soit compatible avec l'art. 415 CO. Le double courtage de négociation crée un conflit d'intérêts insoluble, puisqu'une même personne ne peut négocier en même temps dans l'intérêt du vendeur, qui recherche un prix élevé, et dans celui de l'acheteur, qui recherche un prix bas. Certains auteurs l'admettent à titre exceptionnel<sup>78</sup>, par exemple lorsque le courtier a reçu des instructions précises quant aux conditions auxquelles la transaction doit être conclue<sup>79</sup>.

La prudence reste de mise, comme le suggère un arrêt récent du Tribunal fédéral relatif à la double représentation<sup>80</sup>. Dans cette affaire, le courtier,

<sup>73</sup> MARQUIS, p. 155 s. Cf. également ATF 106 II 224, JdT 1981 I 153, c. 4, qui énonce que l'art. 415 CO sanctionne spécialement certains abus.

<sup>74</sup> TERCIER, p. 734, n. 5070 et p. 677, n. 4694.

<sup>75</sup> ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499.

<sup>76</sup> Cf. *infra* VI pour la problématique de la réduction du salaire excessif.

<sup>77</sup> ATF 124 III 481, c. 3a, JdT 1999 I 455 (courtage d'assurances).

<sup>78</sup> HOFSTETTER, p. 167; MARQUIS, p. 163; RAYROUX, n. 3 *ad* art. 415.

<sup>79</sup> RAYROUX, n. 3 *ad* art. 415.

<sup>80</sup> Arrêt du TF 4C.35/2005 du 11 août 2005.

initialement mandaté par l'acheteur, avait agi comme intermédiaire entre les parties dans la négociation en vue de la vente d'unités de PPE. Bien qu'agissant pour l'acheteur, le courtier représenta le vendeur lors de la conclusion de l'acte devant notaire. Le Tribunal fédéral a rappelé ici qu'un acte conclu par l'effet d'une double représentation était nul, « à moins que le risque de porter préjudice au représenté ne soit exclu par la nature de l'affaire, que celui-ci n'ait spécialement autorisé le représentant à conclure le contrat ou qu'il ne l'ait ratifié par la suite ». *In casu*, il a considéré que le conflit d'intérêts n'avait pas porté préjudice au vendeur car celui-ci et son avocat avaient pu examiner préalablement le projet d'acte de vente, ils avaient pris connaissance de la procuration rédigée par le notaire en vue de ladite représentation et une copie de l'acte de vente passé avait ensuite été envoyée au vendeur représenté, sans que celui-ci ne soulève d'objection. En outre, le mandat conféré par l'acheteur au courtier autorisait ce dernier à négocier, mais pas à conclure en son nom.

Dans une situation de double courtage ou double représentation, le courtier est en tous les cas tenu d'informer ses mandants de cette circonstance<sup>81</sup>, voire de requérir des instructions.

### C. En cas de pluralité de courtiers

Il n'est pas rare que la conclusion du contrat principal soit le résultat de la présentation du même client par plusieurs courtiers. Par exemple, un amateur peut répondre à l'annonce de divers courtiers, en ignorant que leurs démarches portent sur le même bien immobilier. La question de la rémunération est en priorité réglée par le critère du lien de causalité. Seul le courtier dont l'activité aura conduit à la conclusion du contrat de vente a droit à une commission.

Si toutefois il n'est pas possible de déterminer en pratique laquelle des activités a été décisive de sorte que la conclusion du contrat paraît due aux efforts parallèles de plusieurs courtiers, le Tribunal fédéral retient un partage de la commission entre eux proportionnellement à leur contribution au succès de l'affaire. Il est indifférent à cet égard que les courtiers aient été commis simultanément ou successivement<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> GAUTSCHI, n. 2h *ad art.* 415; RAYROUX, n. 3 *ad art.* 415.

<sup>82</sup> ATF 72 II 421, JdT 1947 I 293. Cette règle du partage proportionnel a été rappelée dernièrement dans l'arrêt du TF 4C.178/2001 du 28 novembre 2001, c. 3b. Le Tribunal fédéral y a relevé qu'elle ne faisait pas l'unanimité en doctrine et qu'elle ne valait que si aucun accord contraire n'avait été conclu. Pour un cas d'application de cette règle, cf. la décision de la Cour de justice genevoise du 30 novembre 1990, SJ 1991 p. 217, c. 2b.

Cette règle est critiquée en doctrine<sup>83</sup>. La plupart des auteurs proposent de la nuancer en fonction des situations. Les solutions avancées ne sont pas uniformes. Les propositions vont notamment dans le sens d'une distinction entre les cas où le mandant a commis *simultanément* plusieurs courtiers et ceux où il les a sollicité *successivement*<sup>84</sup> et/ou selon que le courtage est d'indication ou de négociation<sup>85</sup>.

Le courtier qui entend se prémunir contre le risque d'un tel partage de la commission cherchera à obtenir une clause d'exclusivité de son mandant.

## D. Débiteur de la rémunération

En principe, la rémunération du courtier est à la charge du mandant, dont c'est l'obligation principale<sup>86</sup>. Il arrive cependant que les parties au contrat de courtage prévoient qu'elle devra être réglée ou supportée par un tiers<sup>87</sup>.

On peut hésiter sur la qualification du contrat qui prévoit que l'intermédiaire sera rémunéré par le tiers qu'il est chargé d'indiquer ou avec lequel il doit négocier<sup>88</sup>. S'agit-il d'une simple modalité de règlement de la commission due par le mandant<sup>89</sup>? Le mandant se porte-t-il implicitement fort de la prestation du tiers (art. 111 CO)? Ou encore le courtier fournit-il un service gratuit au mandant, auquel cas on peut se demander s'il relève encore du courtage<sup>90</sup>? Il paraît difficile de qualifier abstraitement des situations qui ne peuvent être appréciées qu'au regard des enjeux et des circonstances du cas d'espèce.

## V. Le renforcement du droit à la commission

Les courtiers sont généralement mécontents du caractère aléatoire conféré par la loi à leur rémunération. Le Tribunal fédéral l'a reconnu en ces termes:

---

<sup>83</sup> GAUTSCHI, n. 15b *ad* art. 412; HOFSTETTER, p. 165, n. 6; TURRETTINI, p. 169 s.

<sup>84</sup> Cf. par exemple HOFSTETTER, p. 165, n. 6.

<sup>85</sup> Cf. HOFSTETTER, p. 165, n. 6; TURRETTINI, p. 163 ss. MARQUIS, p. 215 ss, estime pour sa part que le mandant doit dans tous les cas verser à chaque courtier la rémunération totale qu'il lui a promise, si les conditions sont remplies.

<sup>86</sup> RAYROUX, n. 36 *ad* art. 412.

<sup>87</sup> Cf. par exemple l'arrêt du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, où le contrat de courtage prévoyait que la commission devait être versée par l'acheteur, sous contrôle du mandant.

<sup>88</sup> Indécis: ATF 124 III 481 c. 4a, JdT 1999 I 455 (courtage d'assurances).

<sup>89</sup> Arrêt du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, c. 4.1 (courtage immobilier).

<sup>90</sup> Dans ce sens: arrêt du TF 4C.17/2003 du 28 janvier 2004, c. 3.2.2 («contrat de réservation» se rapportant à la conclusion d'un contrat d'entreprise).

«Il est au contraire normal que le courtier cherche, par un accord avec son mandant, à se protéger contre certaines conséquences très dures du caractère aléatoire de ce type de contrat.»<sup>91</sup> La pratique contractuelle voit donc fleurir des clauses qui tendent à renforcer le droit à la commission en atténuant son caractère aléatoire<sup>92</sup>.

En soi, de telles clauses sont licites, puisque les règles sur la rémunération du courtier sont supplétives, et l'on songe ici tout particulièrement à l'art. 413 al. 1 CO. En pratique, elles ont presque toutes pour effet d'atténuer ou de supprimer l'exigence d'un lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion du contrat principal.

## A. Les clauses d'exclusivité

Les plus fréquentes de ces clauses prennent la forme d'une promesse d'exclusivité. Les clauses d'exclusivité simples consistent à interdire au mandant de faire appel à d'autres intermédiaires<sup>93</sup>. Les clauses d'exclusivité dites renforcées lui interdisent en outre de conclure tout contrat avec une personne qui ne lui a pas été présentée par le courtier<sup>94</sup>. Doivent être rangées dans cette seconde catégorie les clauses qui obligent le mandant à adresser au courtier tous les intéressés qui prendraient directement contact avec lui.

La finalité des clauses d'exclusivité est de garantir au courtier qu'il sera rémunéré, complètement ou partiellement<sup>95</sup>, même si la conclusion du contrat principal résulte de l'activité d'un autre ou du mandant lui-même. Elles impliquent donc une renonciation à l'exigence d'un lien de causalité entre son activité et la conclusion du contrat principal<sup>96</sup>.

Ces clauses ne signifient en revanche pas que le courtier aura droit à une provision, indépendamment de toute activité<sup>97</sup>. Bien au contraire, doctrine et jurisprudence admettent qu'elles mettent à la charge du courtier une véritable obligation d'agir<sup>98</sup>. Si le courtier exclusif reste inactif, ou l'est insuffi-

---

<sup>91</sup> ATF 100 II 361, c. 3d.

<sup>92</sup> RAYROUX, n. 18 *ad art.* 412.

<sup>93</sup> Arrêt du TF 4C.94/2000 du 20 juillet 2000, c. 1.

<sup>94</sup> Pour un exemple de clause d'exclusivité renforcée figurant dans des conditions générales incorporées à un contrat, cf. arrêt du TF 4C.320/2003 du 4 mars 2004.

<sup>95</sup> Cf. notamment SJ 1973 p. 298, où le courtier s'était fait promettre une commission usuelle selon le tarif d'une association professionnelle si la vente résultait de son activité et une commission réduite de 1% dans le cas contraire.

<sup>96</sup> Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; arrêt du TF 4C.94/2000 du 20 juillet 2000, c.1; ATF 100 II 361, c. 3d; AMMANN, n. 13 *ad art.* 412.

<sup>97</sup> Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; ATF 100 II 361, c. 3d.

<sup>98</sup> Arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, c. 3a, SJ 2000 I 321; RAYROUX, n. 27 *ad art.* 412; TERCIER, p. 733, n. 5066.

samment, et que le mandant conclut un contrat avec un tiers, il perd son droit à la commission malgré la clause d'exclusivité<sup>99</sup>.

Dans un arrêt de 1974<sup>100</sup>, le Tribunal fédéral a jugé que la clause d'exclusivité n'est soumise à aucune forme particulière, de sorte qu'elle pourrait même être convenue par actes concluants<sup>101</sup>. Les juges fédéraux ont cependant durci le ton dans des arrêts ultérieurs, puisqu'ils ont jugé que la partie qui entend déroger à l'art. 413 al. 1 CO doit le faire avec suffisamment de clarté<sup>102</sup>. Ils ont rappelé qu'en cas de doute sur l'existence d'une clause d'exclusivité ou sur sa portée, la disposition ambiguë est interprétée en défaveur de la partie qui l'a rédigée, tout particulièrement s'il s'agit d'un courtier professionnel<sup>103</sup>.

Les clauses d'exclusivité bien rédigées stipulent que la commission de courtage est due même si le mandant a vendu son bien sans s'y conformer. Si l'exclusivité a été promise sans que les conséquences juridiques de sa contravention soient stipulées, le mandant répond du dommage aux conditions de l'art. 98 al. 2 CO: le courtier supporte alors le fardeau de la preuve de son dommage et de la causalité naturelle et il peut se voir opposer une faute concomitante<sup>104</sup>.

En pratique, la plupart des contrats de courtage immobiliers exclusifs (ou les clauses d'exclusivité elles-mêmes) sont limités dans le temps. La jurisprudence estime qu'une telle limitation est superflue du fait que le contrat de courtage, exclusif ou non, peut être résilié en tout temps conformément à l'art. 404 CO<sup>105</sup>.

## B. Les garanties de provision (au sens étroit)

Le courtier peut-il se faire promettre une commission, totale ou partielle, même si le contrat principal n'est pas conclu? En particulier, le contrat peut-il stipuler que la commission est due aussitôt que le courtier a présenté une

<sup>99</sup> Arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, c. 3b, SJ 2000 I 321. Dans cette affaire, le courtier avait déployé une faible activité en début de mandat, puis plus aucune pendant une année, alors qu'il savait la vente de l'immeuble était pressante. Le Tribunal fédéral y a vu une violation des obligations de sauvegarde et de diligence du courtier qui justifiait une suppression totale de la rémunération du courtier, et non pas une simple réduction. ATF 103 II 129, c. 3. Cf. *supra* III.

<sup>100</sup> ATF 100 II 361.

<sup>101</sup> ATF 100 II 361, c. 4; AMMANN, n. 14 *ad* art. 412.

<sup>102</sup> Cf. notamment arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; arrêt du TF 4C.94/2000 du 20 juillet 2000.

<sup>103</sup> Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 6 (mandat exclusif); arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 2.4.2 (garantie de provision). Cf. également *infra* V/C à propos de l'interprétation des clauses ambiguës.

<sup>104</sup> ATF 100 II 361, c. 4; RAYROUX, n. 40 *ad* art. 413.

<sup>105</sup> ATF 100 II 361, c. 3d.

contrepartie apte et disposée à conclure le contrat aux conditions annoncées par le mandant, même si l'affaire n'aboutit pas ?

Les clauses qui poursuivent une telle finalité sont des « garanties de provision » au sens strict<sup>106</sup>. Elles sont en soi licites car elles ne violent aucune règle impérative. Le Tribunal fédéral a indiqué dans un arrêt récent que l'art. 413 CO est de droit dispositif, de sorte que les parties étaient libres de « convenir d'une garantie de provision assurant au mandataire des honoraires, même si l'affaire n'a pas abouti »<sup>107</sup>. Quinze ans auparavant, le tribunal d'appel de Bâle-Ville avait également admis la licéité d'une telle clause, pour autant que le courtier présente un tiers souhaitant conclure aux conditions du contrat de vente proposé, ce qui n'était pas le cas en l'espèce<sup>108</sup>. Il conviendrait encore d'ajouter la condition que ce tiers ait la capacité financière de s'exécuter.

Cela étant, de telles clauses tendent à éloigner le contrat du courtage pour le rapprocher du mandat. Dans une décision de 2005, le Tribunal fédéral a indiqué que « [l]e contrat qui ne subordonne pas la rémunération du courtier au succès de son intervention, mais la fixe par exemple, selon le temps qu'il a consacré à l'affaire et les efforts qu'il a déployés, de sorte que des honoraires sont dus même si le résultat recherché n'a pas été atteint ne saurait être qualifié de contrat de courtage, mais bien de mandat ordinaire. »<sup>109</sup>

### C. Importance de la rédaction de ces clauses

Les clauses qui viennent d'être évoquées (clause d'exclusivité et garanties de provision au sens strict) s'écartent des règles légales. Pour qu'elles puissent déployer l'effet voulu, elles doivent être rédigées avec clarté et n'être pas contredites par d'autres dispositions du contrat. L'examen attentif de la jurisprudence montre que les juges, confrontés à une incertitude ou une contradiction, tranchent le plus souvent en défaveur du courtier, qui intervient en tant que professionnel et qui est presque toujours l'auteur du contrat signé

---

<sup>106</sup> Cette dénomination est parfois utilisée comme terme générique englobant les divers types de clauses permettant au courtier de renforcer son droit à la provision, dont les clauses d'exclusivité.

<sup>107</sup> Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 2.3. Cf. également *infra* V/C à propos de cette décision, dans laquelle le Tribunal fédéral a considéré que la clause litigieuse ne prévoyait pas avec suffisamment de clarté qu'une rémunération serait acquise au courtier même en l'absence de résultat.

<sup>108</sup> Décision du Tribunal civil de Bâle-Ville du 30 mai 1990, BJM 1991 p. 252.

<sup>109</sup> ATF 131 III 268, c. 5.1.2, SJ 2005 I 403. En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la volonté présumée des parties était de lier la rémunération du courtier à la conclusion d'un contrat principal. Il a donc qualifié de courtage le contrat conclu entre un armateur et un courtier financier spécialisé en crédit maritime. Constatant ensuite l'absence de résultat, il a dénié au courtier le droit à une rémunération.

par le mandant. L'importance de la rédaction de ces clauses est illustrée par deux exemples récents.

Dans le premier<sup>110</sup>, une actionnaire d'une société holding à caractère familial souhaitait vendre sa participation. Les pourparlers entre actionnaires ayant échoué, elle conclut un « mandat exclusif » avec une société spécialisée. Le contrat comportait la clause suivante: « Notre rémunération sera calculée sur la base de 1% de la valeur de la participation ou des actifs cédés dans le cadre de [sic] négociations que nous aurons conduites. » La provision était due « quelle que soit l'identité de l'acquéreur, y compris les coactionnaires bénéficiant d'un droit de préemption ». L'opération se fit en définitive avec l'un des frères de la venderesse, sans que l'activité de l'intermédiaire y ait contribué. Le courtier factura néanmoins des honoraires, en se prévalant du caractère exclusif du mandat et de la clause précitée. Tant la Cour de justice genevoise que le Tribunal fédéral ont débouté l'intermédiaire des fins de sa demande en paiement, au motif qu'il ne ressortait pas de façon suffisamment claire du contrat qu'une rémunération était due même si l'activité n'avait pas contribué au résultat final. Il a considéré en particulier qu'« il incombait à la demanderesse, dont l'administrateur était courtier professionnel et dont l'avocat avait rédigé le contrat, de prévoir avec suffisamment de clarté la dérogation à l'art. 413 al. 1 CO qu'elle entendait obtenir. »

Dans la seconde affaire<sup>111</sup>, le contrat de courtage stipulait notamment que le mandant s'engageait à « payer au mandataire, dès que le mandataire lui aura indiqué une personne prête à acheter le bien immobilier au prix indiqué à l'art. 3 ci-dessus, une commission de [...] ». Le courtier présenta des personnes prêtes à acquérir aux conditions annoncées. Le vendeur augmenta alors ses exigences en matière d'acompte, qui furent refusées. Le vendeur rompit alors les discussions et conclut la vente avec d'autres acheteurs aux conditions qui avaient été acceptées par les premiers intéressés, y compris l'acompte. Le courtier se fonda sur la clause susmentionnée pour réclamer sa commission. Il fut débouté, le Tribunal fédéral considérant que cette clause ne prévoyait pas avec suffisamment de clarté qu'une rémunération lui serait acquise même en l'absence de résultat.

Il faut conclure de ces décisions que les juges sont réticents à admettre qu'une commission est due si elle ne repose pas directement et concrètement sur une transaction procurée au mandant par le courtier lui-même. Les expressions ambiguës et les contradictions sont généralement interprétées au bénéfice du client. Les courtiers doivent ainsi faire preuve d'une attention particulière dans la formulation de ces clauses.

---

<sup>110</sup> Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005.

<sup>111</sup> Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004.

## VI. La réduction des commissions excessives

A teneur de l'art. 417 CO, « lorsqu'un salaire excessif a été stipulé soit pour avoir indiqué une occasion de conclure un contrat individuel de travail ou une vente d'immeuble, soit pour avoir négocié l'un de ces contrats, il peut être, à la requête du débiteur, équitablement réduit par le juge. » Outre la protection du mandant, le Tribunal fédéral estime que cette règle tend à « empêcher des gains injustifiés et leur fâcheux effets sur le marché immobilier »<sup>112</sup>. Elle est de droit impératif, de sorte que les parties ne peuvent renoncer valablement à l'exception qu'elle contient<sup>113</sup>.

L'art. 417 CO s'applique à tout contrat portant sur l'aliénation d'un immeuble<sup>114</sup>. Il n'est en revanche pas certain si cette norme sanctionne uniquement la commission stipulée par les parties ou si elle peut aussi s'appliquer aux tarifs au sens de l'art. 414 CO. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte, tout en marquant une préférence pour la première solution<sup>115</sup>.

Savoir si une commission est excessive requiert un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Le juge opère par comparaison en recherchant les rémunérations versées habituellement<sup>116</sup>. En matière immobilière, la commission correspond généralement à un pourcentage du prix de vente obtenu, souvent fixé par un barème dégressif. Une commission peut dépasser légèrement le tarif ou le taux usuel sans pour autant correspondre à un salaire excessif<sup>117</sup>. Cela résulte du fait que l'art. 417 CO doit être interprété de façon restrictive, dans la mesure où il entrave la liberté contractuelle des parties<sup>118</sup>.

Pour des exemples concrets, la jurisprudence a tenu pour admissibles les rémunérations suivantes :

- un taux de 3% sur un prix de vente de CHF 1 695 000<sup>119</sup> ;
- un taux de 3% du prix de vente de diverses parcelles s'élevant à CHF 16 400 000, ce qui correspondant à un salaire de CHF 492 000<sup>120</sup> ;

<sup>112</sup> RAYROUX, n. 1 *ad art.* 417; TURRETTINI, p. 87.

<sup>113</sup> ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499, c. 3a.

<sup>114</sup> Cf. à ce sujet RAYROUX, n. 3 *ad art.* 417.

<sup>115</sup> ATF 117 II 286, JdT 1992 I 303, c. 5b.

<sup>116</sup> Arrêts du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, c. 4.2.1; 4C.362/1999 du 22 mars 2000, c. 4baa.

<sup>117</sup> *Idem*.

<sup>118</sup> Arrêt du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, c. 4.2.1; ATF 106 II 56.

<sup>119</sup> Arrêt du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, c. 4.2.2.

<sup>120</sup> Arrêt du TF 4C.362/1999 du 22 mars 2000. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a pris en compte les circonstances suivantes: la vente avait porté sur des parcelles qui auraient pu être vendues séparément, auquel cas, un taux de 3% aurait paru adapté car se référant à des transactions

- un taux de 3.57% pour des ventes immobilières portant l'une sur CHF 1 750 000 et l'autre sur CHF 2 800 000, alors que le taux usuel, au moins pour le second montant, aurait été de 3%<sup>121</sup>.

Ont en revanche été considérées comme excessives les rémunérations suivantes :

- un taux de 11% comparé à une commission usuelle se situant autour des 2%<sup>122</sup> ;
- un taux de 10% du prix de vente d'une villa, correspondant à un salaire de CHF 25 000<sup>123</sup> ;
- un taux de 5% pour un prix de vente de CHF 300 000<sup>124</sup>.

En cas de double courtage<sup>125</sup>, le Tribunal fédéral a jugé que le salaire déterminant pour la base de calcul est la rémunération totale perçue par le courtier. Il n'y a pas lieu de traiter séparément le salaire promis respectivement par les deux parties au contrat principal. Dans l'affaire en question, le courtier s'était fait promettre des rémunérations respectives de CHF 30 000 et CHF 40 000. Le salaire global de CHF 70 000 correspondait à 4.8% du prix de vente, ce qui a été jugé *a priori* excessif par le Tribunal fédéral. Faute de constatations suffisantes sur ce point, il a renvoyé l'affaire à la juridiction inférieure pour qu'elle complète le dossier, non sans lui indiquer une clé de répartition entre les parties à la vente pour le paiement du salaire du courtier, après éventuelle réduction<sup>126</sup>.

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, le mandant ou son conseil devra être attentif à conclure expressément à une réduction de salaire au sens

---

moins onéreuses; aucune des parcelles n'était construite, ce qui plaidait en faveur d'un taux de rémunération plus élevé; les mandants avaient accepté de rémunérer le courtier à un taux de 3% alors qu'au moment de signer le contrat, ils savaient que son activité était pratiquement terminée. Le Tribunal fédéral a considéré en définitive que la rémunération se situait à la limite de ce qui est admissible, en raison du prix élevé de la transaction. Il a considéré que la cour cantonale n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation, en considérant le salaire comme non excessif et a confirmé le jugement querellé.

<sup>121</sup> Arrêts du TF non publiés du 16 juin 1999, cités dans l'arrêt 4C.362/1999 du 22 mars 2000, c. 4baa.

<sup>122</sup> ATF 83 II 151, c. 4c. Cette commission a été considérée comme « manifestation excessive » et d'autant plus choquante que l'intimé n'était pas courtier de profession, de sorte qu'il ne pouvait arguer du fait que la réussite de cette affaire compensait les échecs subis dans d'autres cas. Il n'avait en outre pas de frais généraux. La commission a été réduite de CHF 20 000 à CHF 6000.

<sup>123</sup> Arrêt de la Cour civile valaisanne du 4 juin 1992, RVJ 1993 p. 290, qui a retenu que le courtier n'avait exercé qu'une activité d'indication, qu'il n'avait pas prouvé que cette activité lui aurait occasionné des frais importants ni qu'il devait supporter des frais généraux.

<sup>124</sup> Arrêt de la Cour civile valaisanne du 5 juillet 1977, RVJ 1977 p. 356.

<sup>125</sup> Lequel est admis à des conditions restrictives, cf. *supra* IV/B/3.

<sup>126</sup> ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499. Cf. *supra* VI/B/3 pour les autres aspects de cette décision.

de l'art. 417 CO. La disposition prévoit en effet que le salaire peut être réduit par le juge « à la requête du débiteur ». Cela dit, vu le but d'intérêt public de la norme, les juges se montrent peu formalistes à cet égard. S'il est sans conséquence que la partie omette de conclure expressément à la réduction, il faut néanmoins que les conclusions tendent implicitement, de près ou de loin, à la réduction du salaire. Ceci est notamment le cas si le mandant conclut à une libération de dette totale<sup>127</sup>.

## VII. La fin du contrat

Le contrat prend ordinairement fin par son exécution, c'est-à-dire lorsque le but qu'il visait a été atteint, à savoir la conclusion d'un contrat principal. Il s'éteint lorsque la durée pour lequel il était prévu arrive à échéance, sans que le courtier n'ait pu réaliser sa mission. Il peut en outre faire l'objet d'une résiliation en tout temps par l'une ou l'autre partie<sup>128</sup> en application de l'art. 404 al. 1 CO<sup>129</sup>. Selon le Tribunal fédéral, ce droit est de nature impérative<sup>130</sup>. Un courtage conclu pour une durée déterminée peut donc également être résilié avant son terme<sup>131</sup>. Les parties ne sont pas tenues de respecter un délai d'avertissement (préavis) pour ce faire<sup>132</sup>. La résiliation peut en outre intervenir sans motif<sup>133</sup>.

Les peines conventionnelles visant à sanctionner une résiliation anticipée ne sont pas admissibles<sup>134</sup>. Selon le Tribunal fédéral, une telle clause insérée dans le contrat ne peut empêcher une partie de révoquer le contrat en tout temps. Elle peut néanmoins garantir le respect des obligations respectives des parties (par exemple une clause d'exclusivité) tant que la révocation n'intervient pas. La peine peut par ailleurs être réduite si elle est disproportionnée<sup>135</sup>.

La question de savoir si une partie peut réclamer la réparation du dommage causé par une résiliation en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO) est

<sup>127</sup> ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499, c. 3a; ATF 83 (1957) II 153, c. 4a.

<sup>128</sup> La loi parle de « révocation » du contrat, qui s'applique au mandant, et de « répudiation », qui s'applique au courtier.

<sup>129</sup> Cf. ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 1. Pour les autres causes d'extinction du contrat, cf. TURRETTINI, p. 173 ss.

<sup>130</sup> ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 1.

<sup>131</sup> ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 1. AMMANN, n. 6 *ad* art. 412; HOFSTETTER, p. 159.

<sup>132</sup> MARQUIS, p. 230; TERCIER, p. 692, n. 4808.

<sup>133</sup> RAYROUX, n. 19 *ad* art. 412; TERCIER, p. 739, n. 5107.

<sup>134</sup> AMMANN, n. 6 *ad* art. 412.

<sup>135</sup> ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150.

controversée en doctrine. La majorité des auteurs qui y répondent par l'affirmative reconnaissent en tout cas que cette disposition ne peut s'appliquer que de façon restrictive<sup>136</sup>.

Rappelons enfin que lorsque le contrat principal est conclu *après* la résiliation du rapport de courtage, la commission est acquise au courtier si la vente est due à l'activité qu'il a déployée<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Cf. RAYROUX, n. 21 *ad* art. 412, qui se réfère aux développements de Marquis, pp. 230-239, exposant les avis de divers auteurs.

<sup>137</sup> Arrêt du TF 4C.322/2003, c. 2.4.1; ATF 95 II 355, c. 3. Cf. *supra* IV/B/1.

## Bibliographie

- Caterina AMMANN, Art. 412-418 OR, *in* Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I, 3<sup>e</sup> éd., Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 2265-2282.
- Hannes BAUMANN, Die Courtage des Versicherungsmaklers, thèse, Zürich: Schulthess, 1996.
- Eugen BUCHER, Obligationenrecht: besonderer Teil, 3<sup>e</sup> éd., Zürich: Schulthess, 1988
- Pierre ENGEL, Contrats de droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne: Staempfli, 2000.
- Josef HOFSTETTER, Deuxième section: Le contrat de courtage, *in* Le mandat et la gestion d'affaires, édition française révisée et mise à jour, Fribourg: Editions Universitaires, 1994 [Traité de droit privé suisse, VII,II,1], p. 155-171.
- Ernst A. KRAMER, Aktuelle Judikatur zum Vertragsrecht der Absatz- und Geschäftsmittler, *Pratique juridique actuelle* 1997 p. 165-171.
- Christian MARQUIS, Le contrat de courtage immobilier et le salaire du courtier, Lausanne: Payot 1993.
- François RAYROUX, Art. 418-418 CO, *in* Commentaire romand du Code des obligations I, sous la dir. de L. Thévenoz et F. Werro, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 2109-2132.
- Werner SCHWEIGER, Der Mäklerlohn, thèse, Zürich 1986.
- Pierre TERCIER, Les contrats spéciaux, 3<sup>e</sup> éd., Zürich: Schulthess, 2003, p. 729-740.
- Pierre TURRETTINI, Le contrat de courtage et le salaire du courtier, thèse, Genève 1952.

## Liste des ouvrages

- Baddeley, Margareta* 1994  
**L'association sportive face au droit**  
Les limites de son autonomie
- Baddeley, Margareta (éd.)* 1999  
**La forme sociale de l'organisation sportive**  
Questions de responsabilité  
Actes de la Journée de Droit du sport  
de la Faculté de droit de l'Université de  
Genève 25 mars 1999
- Bellanger, François (éd.)* 2000  
**L'Etat face aux dérives sectaires**  
Actes du colloque du 25 novembre 1999
- Bino, Maria-Antonella* 2006  
**Hospitalisation forcée et droits  
du malade mental**  
Etude de droit international et de droit  
comparé
- Botoy Ituku, Elangi* 2007  
**Propriété intellectuelle et  
droits de l'homme**  
L'impact des brevets pharmaceutiques  
sur le droit à la santé dans le contexte  
du VIH/SIDA en Afrique
- Cattaneo, Daniele* 1992  
**Les mesures préventives et de  
réadaptation de l'assurance-chômage**  
Prévention du chômage et  
aide à la formation en droit suisse, droit  
international et droit européen
- Chaix, François* 1995  
**Le contrat de sous-traitance en droit  
suisse**  
Limites du principe de la relativité des  
conventions
- Chappuis, Christine* 1991  
**La restitution des profits illégitimes**  
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires  
sans mandat en droit privé suisse
- Chatton, Gregor T.* 2005  
**Die Verknüpfung von Handel und  
Arbeitsmenschenrechten innerhalb  
der WTO**  
Politisches Scheitern und rechtliche  
Perspektiven
- Chavanne, Sylvie* 1993  
**Le retard dans l'exécution des travaux  
de construction**  
Selon le Code des obligations et la norme  
SIA 118
- Currat, Philippe* 2006  
**Les crimes contre l'humanité dans le  
Statut de la Cour pénale internationale**
- Défago Gaudin, Valérie* 2006  
**L'immeuble dans la LP: Indisponibilité  
et gérance légale**
- Ducrot, Michel* 2005  
**La procédure d'expulsion du locataire  
ou du fermier non agricole: quelques  
législations cantonales au regard du  
droit fédéral**

- Dunand, Jean-Philippe* 2000  
**Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»**  
*Mancipio dare ut remancipetur*  
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005  
**Le dommage écologique**  
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998  
**Les paiements transfrontières dans un espace financier européen**
- Fehlbaum, Pascal* 2007  
**Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?**
- Foëx, Bénédicte* 1997  
**Le contrat de gage mobilier**
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992  
**Le principe de la double incrimination**  
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garrone, Pierre* 1991  
**L'élection populaire en Suisse**  
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997  
**La nature cassatoire du recours de droit public**  
 Mythe et réalité
- de Gottrau, Nicolas* 1999  
**Le crédit documentaire et la fraude**  
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000  
**La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers**
- Guibentif, Pierre* 1997  
**La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale**  
 Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Hack, Pierre* 2003  
**La philosophie de Kelsen**  
 Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000  
**Le principe de l'universalité en droit pénal international**  
 Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990  
**L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse**
- Hottelier, Michel* 1995  
**Le Bill of Rights et son application aux Etats américains**  
 Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Jeanneret, Yvan* 2002  
**La violation des devoirs en cas d'accident**  
 Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994  
**Le chèque de voyage**
- Junod Moser, Dominique* 2001  
**Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation**  
 Etude de droit suisse et de droit européen

- Junod, Valérie* 2005  
**Clinical drug trials**  
 Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993  
**Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce**
- Lampert, Frank* 2000  
**Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG**
- Languin, Noëlle/ Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/ Roth, Robert/Sardi, Massimo/ Strasser, François Roger* 1994  
**La libération conditionnelle: risque ou chance?**  
 La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ Robert, Christian-Nils* 2006  
**L'art de punir**  
 Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Lempen, Karine* 2006  
**Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur**  
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999  
**Les droits du patient face à la médecine contemporaine**
- Mandofia Berney, Marina* 1993  
**Vérités de la filiation et procréation assistée**  
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994  
**Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale**  
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999  
**L'autonomie constitutionnelle des cantons**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991  
**Les instruments d'action de l'Etat**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992  
**Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992  
**La légalité: un principe à géométrie variable**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995  
**Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures**
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996  
**La pesée globale des intérêts**  
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002  
**Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document**
- Morin, Ariane* 2002  
**La responsabilité fondée sur la confiance**  
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991  
**Les taxes d'orientation**  
 Nature juridique et constitutionnalité

*Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002  
**L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux**

*Peter, Henry* 1990  
**L'action révocatoire dans les groupes de sociétés**

*Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992  
**Le pouvoir législatif dans le canton du Valais**

*Rohmer, Sandrine* 2006  
**Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée**  
Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

*Sambuc Bloise, Joëlle* 2007  
**La situation juridique des Tziganes en Suisse**  
Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits l'homme

*Scartazzini, Gustavo* 1991  
**Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale**  
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

*Schneider, Jacques-André* 1994  
**Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation**  
Etude de droit suisse et comparé

*Schröter, François* 2007  
**Les frontières de la Suisse: questions choisies**

*Stieger-Chopard, Arlette* 1997  
**L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme**  
Etude de droit allemand et de droit suisse

*Tanquerel, Thierry* 1996  
**Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis**

*Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990  
**Le crédit documentaire en droit suisse**  
Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

*Trigo Trindade, Rita* 1996  
**Le conseil d'administration de la société anonyme**  
Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

*Voïnov Kohler, Juliette* 2006  
**Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit**

*Vulliéty, Jean-Paul* 1998  
**Le transfert des risques dans la vente internationale**  
Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

*Werly, Stéphane* 2005  
**La protection du secret rédactionnel**

*Wisard, Nicolas* 1997  
**Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile**

# Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

*Auer, Andreas/* 2001

*Delley, Jean-Daniel/Hottelier,  
Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)*

## **Aux confins du droit**

Essais en l'honneur du  
Professeur Charles-Albert Morand

*Chappuis, Christine/* 2006

*Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)*

## **Le législateur et le droit privé**

Colloque en l'honneur du professeur  
Gilles Petitpierre

*Dufour, Alfred/Rens, Ivo/* 1998

*Meyer-Pritzl, Rudolf/  
Winiger, Bénédicte (éd.)*

## **Pacte, convention, contrat**

Mélanges en l'honneur du Professeur  
Bruno Schmidlin

*Foëx, Bénédicte/Hottelier,* 2007

*Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)*

## **Les recours au Tribunal fédéral**

*Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)* 2000

## **Insolence, désendettement et redressement**

Etudes réunies en l'honneur de Louis  
Dallèves, Professeur à l'Université de  
Genève

*Kellerhals, Jean/* 2002

*Manai, Dominique/Roth, Robert (éd.)*

## **Pour un droit pluriel**

Etudes offertes au Professeur  
Jean-François Perrin

*Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.)* 1997

## **Problèmes actuels de droit économique**

Mélanges en l'honneur du Professeur  
Charles-André Junod

*Reymond, Jacques-André* 1998

## **De l'autre côté du miroir**

Etudes récentes

*Schönle, Herbert* 1995

## **Droit des obligations et droit bancaire**

Etudes

*Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.)* 2006

## **Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer Law**

Liber amicorum Bernd Stauder

*Ouvrages collectifs*

## **Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique**

Mélanges offerts à la Société suisse des  
juristes pour son congrès 1991  
à Genève. 1991

## **Problèmes actuels de droit fiscal**

Mélanges en l'honneur du Professeur  
Raoul Oberson 1995

# Droit civil

*Baddeley, Margareta* 2007

## **La protection de la personne par le droit**

Journée de droit civil 2006  
En l'honneur du Professeur Martin Stettler

# Démocratie directe

*Arx, Nicolas von* 2002

## **Ähnlich, aber anders**

Die Volksinitiative in Kalifornien und  
in der Schweiz

*Auer, Andreas (éd.)* 1996

**Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie**

*Auer, Andreas (éd.)* 2001

**Sans délais et sans limites?**

L'initiative populaire à la croisée des chemins

**Ohne Fristen und Grenzen?**

Die Volksinitiative am Scheideweg

*Auer, Andreas/* 2001

*Trechsel, Alexander H.*

**Voter par Internet**

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

*Delley, Jean-Daniel (éd.)* 1999

**Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/**

**Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik**

*Schuler, Frank* 2001

**Das Referendum in Graubünden**

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

*Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe* 1999

**Kaleidoskop Volksrechte**

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

*Trechsel, Alexander* 2000

**Feuerwerk Volksrechte**

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

## Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands juristes» et «Grands textes»)

*Dufour, Alfred/Roth, Robert/* 1994

*Walter, François (éd.)*

**Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)**

*Dufour, Alfred (éd.)* 1998

**Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)**

Genevois et Suisse à vocation européenne

*Dufour, Alfred (éd.)* 2001

*Rossi, Pellegrino*

**Cours d'histoire suisse**

*Dufour, Alfred* 2003

**L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées**

*Dunand, Jean-Philippe* 2004

*Keller, Alexis (éd.)*

*Stein, Peter*

**Le droit romain et l'Europe**

Essai d'interprétation historique, 2<sup>ème</sup> éd.

*Manai, Dominique* 1990

**Eugen Huber**

**Jurisconsulte charismatique**

*Monnier, Victor (éd.)* 2002

**Bonaparte et la Suisse**

Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803)  
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

**Bonaparte, la Suisse et l'Europe**

Colloque européen d'histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998

**Autonomie et démocratie dans les communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/ 1991

Dufour, Alfred (éd.)

**Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève**

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

**La responsabilité aquilienne romaine**

*Damnum Iniuria Datum*

Winiger, Bénédicte 2002

**La responsabilité aquilienne en droit commun**

*Damnum Culpa Datum*

## Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte/ 2007

Hottelier, Michel (éd.)

**Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier**

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

**Les gages immobiliers**

Constitution volontaire et réalisation forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

**L'aménagement du territoire**

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003

Foëx, Bénédicte (éd.)

**La propriété par étages**

Fondements théoriques et questions pratiques

Hottelier, Michel/ 2005

Foëx, Bénédicte (éd.)

**Protection de l'environnement et immobilier**

Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

## Droit administratif

Bellanger, François/ 2002

Tanquerel, Thierry (éd.)

**Les contrats de prestations**

Tanquerel, Thierry / 2002

Bellanger, François (éd.)

**L'administration transparente**

# Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine/* 2005  
*Winiger, Bénédicte (éd.)*

## **Le préjudice**

Une notion en devenir  
(Journée de la responsabilité civile 2004)

*Etier, Guillaume* 2006

## **Du risque à la faute**

Evolution de la responsabilité civile  
pour le risque du droit romain au droit  
commun

Cet ouvrage présente les Actes de la sixième Journée du droit de la propriété, qui s'est tenue à Genève au mois de mai 2006 et qui a été consacrée à divers thèmes actuels du droit privé de l'immobilier, à savoir:

- Servitudes foncières et droit de superficie: développements récents, par Paul-Henri Steinauer, professeur à l'Université de Fribourg
- La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers, par Bénédicte Foëx, professeur à l'Université de Genève
- La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment (art. 58 CO), par François Chaix, juge à la Cour de Justice de Genève
- Les principales difficultés d'application de l'article 679 du Code civil, par Denis Piotet, professeur à l'Université de Lausanne
- Le contrat de courtage immobilier, par Luc Thévenoz, professeur à l'Université de Genève, et Aude Peyrot, titulaire du brevet d'avocat

Les Journées du droit de la propriété sont organisées tous les deux ans par la Chambre genevoise immobilière, la Faculté de droit de l'Université de Genève et l'Institut d'études immobilières.