



## LA SOLIDARITE

### SOLIDARITÉ ET RÉPARATION DE DOMMAGES

PARIS, SEANCE DU 6 JUIN 2019

#### RAPPORT SUISSE

(RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE N°3 PAR VINCENT BRULHART ET ANNE-SYLVIE DUPONT)

#### Introduction générale

Les remarques introductives font état du **lien entre solidarité et réparation**, la **réparation** étant envisagée sous l'angle pécuniaire et sous l'angle non pécuniaire. Nous comprenons que dans cette seconde acception, non pécuniaire donc, la réparation présente d'une connotation morale, laquelle peut être influencée aussi par la façon dont on conçoit la vie communautaire. C'est ainsi que se déterminent les attentes liées au pardon, à l'engagement de pas répéter les fautes commises ou à d'autres règles de comportement qui font suite à l'*injuria* entendue ici comme une injustice au sens général.

Ce qui a été dit de la réparation s'impose également pour la **solidarité**, notion qui revêt diverses significations. La solidarité peut être envisagée, tout d'abord, sous la forme d'une **technique de mutualisation** ; dans cette hypothèse, on attend d'elle qu'elle pourvoie à l'existence de moyens suffisants pour permettre la réparation pécuniaire d'un dommage. Ainsi considérée, la solidarité peut être directe ou indirecte. Directe, elle désigne l'engagement des individus les uns à l'égard des autres. Indirecte, elle fait appel à un tiers qui administre les intérêts de la communauté ; les individus prennent dans ce cas un engagement à l'égard du tiers, non plus immédiatement à l'égard des membres du groupe ; c'est bien cette modalité qui permet la mise en place des mécanismes d'assurance, publique ou privée, le tiers revêtant alors la qualité d'assureur. Mais la solidarité, ce peut être également un **engagement moral** de porter assistance aux autres personnes de la communauté ou, à tout le moins, de ne pas les desservir<sup>1</sup>.

Il en résulte que solidarité et réparation sont des notions qui, toutes deux, présentent un *caractère technique* (réparation envisagée sous l'aspect pécuniaire et solidarité envisagée comme une technique de mutualisation) et un *aspect moral* (réparation considérée comme une expression de la façon de vivre ensemble et solidarité comme forme d'entraide). Aussi, d'un point de vue conceptuel, peut-on envisager deux binômes : (1) solidarité technique et réparation pécuniaire ; (2) solidarité morale et réparation non pécuniaire. Les deux aspects, technique d'une part et moral de l'autre, ne sont pas dépourvus de liens entre eux. L'engagement moral ne saurait faire abstraction en effet de toute référence aux moyens existants, ce qui pose la question des ressources. Ces dernières n'étant pas inépuisables, il

---

<sup>1</sup> Petit Robert, 2009.

convient le plus souvent de procéder à des choix. Or, ceux-ci dépendent d'une échelle des valeurs. Ces dernières sont ainsi dépendantes, en partie du moins, de considérations matérielles. La question se pose alors de savoir, lorsque sont en jeu des orientations sociales, dans quelle mesure les considérations relatives aux ressources disponibles sont déterminantes, et dans quelle mesure on peut s'en déprendre.

C'est aussi sur cette toile de fond que peut être discutée la question de savoir si les mécanismes de réparation doivent être placés dans une perspective de justice commutative et distributive. On sait que, fondamentalement, dans le premier cas de figure (justice commutative), il convient de prendre pour point de départ une forme d'égalité des individus entre eux ; dans la seconde hypothèse (justice distributive), il s'impose de considérer les mérites et la situation particulière de chacun.

Il semble aujourd'hui admis généralement que la justice distributive domine dans nos sociétés, dans la mesure où il s'agit d'une forme d'égalité proportionnée et d'une règle de coordination jugée efficace. Aussi la justice distributive reste-t-elle le principe directeur, même s'il est vrai que certains ont tenté de renverser le rapport entre justice distributive et justice commutative en se fondant sur des points de vue qui tendent à penser « soi-même comme un autre »<sup>2</sup>.

Le problème pourrait se poser au surplus lorsqu'il est question d'indemnisation découlant de fonds. Ces derniers interviennent le plus souvent de manière subsidiaire, lorsque les dispositions légales ne permettent pas (ou plus) la réparation, alors que l'idée de justice imposerait tout de même une forme de compensation. Le plus souvent, ces fonds ne sont à l'origine d'aucun droit, et l'allocation de prestations peut dépendre d'appréciations faites en *équité*. Le procédé peut ainsi reposer sur un principe commutatif ou distributif (soit égalité dans l'allocation, soit allocation en fonction des mérites), selon les règles propres au fond considéré, et en considération aussi des moyens à disposition, selon ce qui a été rappelé plus haut.

## **I. Solidarité, justice et réparation : l'influence réciproque entre la solidarité et l'indemnisation est-elle marquée par la notion de justice commutative ou de justice distributive ?**

### **1. Dans votre pays la solidarité est-elle invoquée par des textes juridiques ? Si oui, dans quels textes et quelle est l'influence de cette invocation sur la notion de réparation de dommages ?**

Cf. question 2 ci-dessous.

### **2. Plus précisément, quelles sont les règles générales du droit commun (code civil, code des obligations, principes fondamentaux posés par la jurisprudence) qui visent à réaliser, d'une manière ou d'une autre, le principe de solidarité dans votre système ? (par exemple : responsabilité solidaire, réduction de l'indemnisation pour faute grave de la victime, devoir de diminuer le dommage, limitations des clauses exclusives de RC, etc.).**

---

<sup>2</sup> Cf. Paul Ricoeur, cité par BERNARD BILLAUDOT, Justice distributive et justice commutative dans la société moderne, Journées de l'association Charles Gide pour l'Étude de la Pensée économique, Toulouse 2011, p. 17.

La solidarité est invoquée dans plusieurs dispositions du **droit privé**. Elle peut être prévue par la loi ou par les parties (art. 143 al. 2 CO<sup>3</sup>). Elle a pour effet de permettre au créancier d'agir pour le tout à l'encontre de chacun des débiteurs solidaires (art. 143 al. 1 CO) (rapports externes). La répartition entre codébiteurs (rapports internes) peut être réglée par la loi ou par les parties. À défaut de règle expresse, la loi présume que chacun des codébiteurs assume une part égale du paiement fait au créancier (art. 148 al. 1 CO).

La loi prévoit la solidarité dans plusieurs cas de figure. C'est le cas, par exemple, en matière de circulation automobile à l'art. 60 al. 1 LCR<sup>4</sup>, disposition qui impose une obligation solidaire de réparation à charge de tous les détenteurs impliqués dans un accident dont un tiers est la victime. C'est également le cas lorsque plusieurs auteurs causent ensemble un dommage ; tous répondent solidairement à l'égard de la victime (art. 50 al. 1 CO).

A noter que la loi connaît encore l'institution du « concours d'actions » (art. 51 al. 1 CO). La jurisprudence l'a qualifiée de « solidarité imparfaite » ou solidarité « implicite », ainsi nommée parce qu'on lui reconnaît les effets principaux de la solidarité, quand bien même la loi ne la qualifie pas, formellement, comme telle. C'est le cas lorsque plusieurs auteurs répondent du même dommage pour des causes différentes (faute extracontractuelle, faute contractuelle ou responsabilité objective). Une thèse récente remet toutefois le concept en question et propose de distinguer entre la solidarité explicite (prévue par la loi ou les parties) et le simple concours d'actions auquel ne s'appliquerait pas les règles de la solidarité (chacun des auteurs n'est tenu qu'en fonction des modalités de la responsabilité dont il répond personnellement et peut opposer les exceptions qui lui sont propres)<sup>5</sup>.

En matière de responsabilité civile, la solidarité a pour effet de permettre à la victime de requérir l'indemnisation à l'égard de l'un quelconque des responsables, mais celle-là ne pourra obtenir qu'une seule fois la réparation de son dommage. Il existe des règles qui permettent de tenir compte du rôle de la victime dans la survenance du dommage (faute ou fait concomitant, dans certains cas exceptionnels la prédisposition constitutionnelle<sup>6</sup> ; cf. art. 43 et 44 CO). Elles ne sont cependant pas propres à la solidarité et s'appliquent sans égard au fait que l'auteur intervient à titre de codébiteur solidaire ou de débiteur unique.

La solidarité constitue par ailleurs le principe directeur de certaines institutions de **droit public**, notamment celles qui sont à l'origine des assurances sociales. Il en va ainsi particulièrement de l'AVS/AI, dont le financement repose largement sur un mécanisme de solidarité *financière*. Si les prestations sont plafonnées et égales pour tous, le financement repose sur des contributions en fonction du revenu qui ne connaissent, quant à elles, aucun plafond. Il en découle qu'une partie de la population active finance le système de manière plus que proportionnelle aux prestations qui lui reviennent. C'est alors une solidarité économique qui ressortit à des choix de société, qui procède également de jugements moraux et d'une certaine idée de la justice sociale.

### **3. Dans votre pays existent-ils des textes juridiques autorisant l'application de la justice distributive pour déterminer l'étendue de la réparation de dommages ?**

#### **a. Si oui, dans quels cas et quelle est l'étendue de cette invocation ?**

<sup>3</sup> Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220).

<sup>4</sup> Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01).

<sup>5</sup> Cf. PERRITAZ VINCENT, *Le concours d'actions et la solidarité*, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2017.

<sup>6</sup> Cf. WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2017, p. 380 ss.

D'une manière générale, le principe de la *restitutio in integrum* tient compte de la situation telle qu'elle prévalait avant la survenance du préjudice et impose au responsable le rétablissement de cet état. La charge de l'indemnisation est fonction par conséquent de la situation personnelle du lésé. La réparation prend ainsi une tonalité de justice distributive. Le phénomène se manifeste, par exemple, dans le domaine de l'atteinte à l'avenir économique, dont les modalités reposent sur des hypothèses étroitement dépendantes de la situation personnelle et des mérites reconnus à la victime avant l'événement dommageable<sup>7</sup>.

**b. Pouvez-vous citer et expliquer des exemples où la réparation tienne en compte les circonstances sociales et/ou culturelles des victimes ?**

Le principe de la *restitutio in integrum* repose en règle générale sur la différence entre le patrimoine de la victime avant et après l'événement dommageable. Pour autant, il est des situations dans lesquelles un dommage est reconnu, et qualifié de réparable, même s'il ne peut faire l'objet d'une identification par le critère de la différence. On parle dans ce cas de préjudices « normatifs », soit de dommage dont on admet l'existence en fonction de jugement de valeur, lesquels présideront également aux modalités de sa réparation. Il en va ainsi, en particulier, du préjudice ménager dont l'indemnisation peut être imposée alors même que ne se produit aucune perte patrimoniale (femme au foyer n'exerçant aucune activité lucrative ou membre d'une communauté religieuse)<sup>8</sup>. Ces situations restent toutefois exceptionnelles, sur le plan conceptuel tout du moins, la détermination du dommage en fonction de la théorie de la différence demeurant la règle. Il faut remarquer au passage qu'il est des auteurs pour rappeler que toute obligation de réparation repose sur un jugement de valeur ; ces derniers proposent pour cette raison de définir les principes d'indemnisation, non au travers de règles générales, mais en fonction de groupe de situations qui présenteraient des caractéristiques communes<sup>9</sup>.

**c. Pouvez-vous citer et expliquer des exemples qui prennent en compte, pour mesurer la réparation, les patrimoines en jeu à la suite du dommage ? (Celui du responsable et celui de la victime)**

La prise en compte de la situation patrimoniale des parties en présence est possible en application des art. 43 et 44 CO, même si ces cas sont plutôt exceptionnels en pratique. Il a été jugé à cet égard admissible de considérer le fait que l'auteur dispose d'une assurance de la responsabilité civile, en particulier lorsque l'obligation de l'auteur se détermine en fonction de critères d'équité (auteur incapable de discernement : art. 54 CO ; gestion d'affaires sans mandat : art. 422 CO<sup>10</sup>). Au surplus, l'art. 44 al. 2 CO prévoit que lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages et intérêts. D'une façon générale, l'extension de l'assurance sociale a cependant pour effet de reporter ce type de discussion dans le champ de l'action récursoire ; il est évident que dans de telles hypothèses, la composante économique est appelée à jouer un rôle plus important (ce peut être le cas si le recours oppose l'institution d'assurance sociale et une personne privée responsable, ou si l'institution d'assurance sociale se trouve face à l'assureur de la responsabilité du responsable).

<sup>7</sup> Cf. ATF 131 III 360 ; ATF 129 III 135 ; ATF 116 II 295 ; TF 4A\_79/2011 du 1<sup>er</sup> juin 2011 ; TF 4C.252/2003 du 23 décembre 2003.

<sup>8</sup> Sur le préjudice normatif, cf. par exemple WERRO (note 6), p. 27 ss.

<sup>9</sup> Cf. ROBERTO VITO, *Schadensrecht*, thèse d'habilitation Saint-Gall, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997.

<sup>10</sup> Cf. par exemple ATF 129 III 181 = JdT 2003 I 236.

**d. Lorsque le montant de la réparation pour le responsable devienne lourde d'une manière disproportionnée, existe-t-il une manière de la réduire ?**

Cf. question 3.c ci-dessus.

**e. Pouvez-vous expliciter des cas où le responsable est insolvable et pour pouvoir réparer la victime il faut appliquer la notion de solidarité envers les victimes ? Si oui, comment et laquelle ?**

Il existe des fonds<sup>11</sup>. Les principaux visent la circulation routière (fonds de garantie qui couvre les dommages causés par des détenteurs inconnus), les dommages liés à l'amiante et l'institution supplétive LPP (cf. art. 11 et 60 LPP) qui garantit l'allocation des prestations légales en matière de prévoyance professionnelle lorsque l'ayant-droit n'a pas fait l'objet d'une affiliation régulière ou encore dans les cas dans lesquels l'institution de prévoyance vient à défaillir (cf. art. 60 al. 2 let. a LPP)<sup>12</sup>.

**4. Existe-t-il dans votre pays la notion de « réparation transformatrice » ? Si oui, quelle est son étendue en droit privé et en droit public ?**

Le droit suisse ne connaît rien de tel. Tout au plus certaines modalités de règlement des sinistres peuvent-elles favoriser une évolution de la situation de la victime. Ce peut être le cas, par exemple, de l'allocation d'un capital en lieu et place d'une rente. Il reste à observer cependant que les modalités de réparation en capital, si elles peuvent des avantages liés à l'allocation immédiate à une somme d'argent importante, conduisent le plus souvent à une réparation moins complète ; cela vaut surtout pour les préjudices qui affectent des personnes jeunes et cela tient aux calculs des taux de capitalisation, qui se traduisent par un taux d'escompte défavorable lorsqu'il est question d'indemnisation couvrant de longues périodes<sup>13</sup>.

**5. Le juge peut-il accorder des réparations de dommages fondés sur la notion de justice distributive même en dehors d'autorisation légale ? Si oui, donnez des exemples.**

Le juge est tenu par les dispositions légales et par les principes qui conduisent la réparation des dommages. En droit de la responsabilité, il dispose d'une certaine marge d'appréciation s'agissant de fixer un dommage dont la preuve, qui incombe normalement à la victime, ne peut être établie (art. 44 al. 2 CO). Pour le reste, le dommage réparable se détermine en application de la loi et de la jurisprudence qui, toutes deux, tablent essentiellement sur le principe de la restitutio in integrum voire, dans certaines situations, sur la notion de préjudice normatif. Reste une certaine liberté dans la manière de rétablir l'état qui précédait

<sup>11</sup> Pour plus de détails, cf. questions II.C.10 et 14.

<sup>12</sup> GREBER PIERRE-YVES/KAHIL-WOLFF BETTINA/FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE /MOLO ROMOLO, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. I, Berne 2010, p. 309.

<sup>13</sup> Sur ces discussions, cf. par exemple WERRO (note 6), p. 355 ss.

l'événement dommageable. Si le principe porte plutôt sur une indemnisation pécuniaire, des formes de réparation en nature peuvent être envisagées également<sup>14</sup>.

**6. *Existe-t-il, dans votre droit, une manière spécifique de réparer des dommages subis par des groupes minoritaires ou discriminés ? Si oui, lesquelles ?***

En droit suisse, il n'existe pas à proprement parler de manière spécifique de réparer les dommages subis par des groupes minoritaires ou discriminés.

Cependant, le législateur suisse a prévu quelques lois spécifiques pour protéger certaines catégories de personnes exposées aux inégalités et aux discriminations. La principale d'entre elles est la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand<sup>15</sup>). La LHand met en œuvre le postulat prévu à l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.<sup>16</sup>), selon lequel « nul ne doit subir de discrimination notamment (...) du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique ». La LHand a pour but « de prévenir, de réduire ou d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées », en créant « des conditions propres à faciliter aux personnes handicapées la participation à la vie de la société, en les aidant notamment à être autonomes dans l'établissement de contacts sociaux, dans l'accomplissement d'une formation et dans l'exercice d'une activité professionnelle » (art. 1 LHand).

Cette loi donne aux personnes en situation de handicap des droits subjectifs en matière de constructions et installations accessibles au public, dans le domaine de la formation, le domaine des prestations accessibles au public et dans le domaine des rapports de travail de droit public. En cas d'entrave à l'accès à un équipement, par exemple à un système d'émission de billet, ou à un transport public, la personne en situation de handicap peut demander à ce que l'on s'abstienne de l'inégalité ou que celle-ci soit éliminée (cf. art. 7 LHand). Elle peut également demander l'élimination ou l'abstention d'une inégalité dans le cadre de formations offertes par une collectivité publique. Dans le cas de formations proposées par les particuliers, la personne en situation de handicap peut demander au tribunal une indemnité pour discrimination (art. 6 et 8 al. 3 LHand).

Lorsque l'accès à des prestations fournies par un concessionnaire ou une collectivité publique est impossible ou difficile pour les personnes en situation de handicap, la personne victime de cette discrimination peut demander à ce que le prestataire élimine la cause de l'inégalité ou, s'en abstienne, pour autant que cette élimination paraisse proportionnée (art. 8 al 1 LHand, art. 11 al. 1, 12 al. 2 et 3 LHand). Par contre, dans le cas de discriminations dans l'accès à une prestation fournie par un particulier, la personne souffrant de handicap ne peut demander que le versement d'une indemnité. Cette indemnité est fixée en tenant compte des circonstances et ne peut dans tous les cas excéder CHF 5'000.-. Il n'est donc pas possible de demander que le prestataire privé s'abstienne de la discrimination ou l'élimine, ce qui signifie que la discrimination fondée sur le handicap dans l'accès à une prestation fournie par un particulier peut demeurer, en contrepartie d'une indemnisation. Dans le domaine de l'emploi, la LHand s'applique uniquement aux rapports de travail entre la Confédération et son personnel. L'art. 13 LHand prévoit que « la Confédération utilise tous les moyens dont elle dispose pour assurer des chances égales aux personnes handicapées.

---

<sup>14</sup> Cf. par exemple BRULHART VINCENT, *Rechtliche Probleme mit der Naturalrestitution durch Privatversicherer*, SVT 2012, p. 205 ss.

<sup>15</sup> RS 151.3.

<sup>16</sup> RS 101.

Elle prend les mesures propres à mettre en œuvre la présente loi dans les rapports de travail à tous les échelons, en particulier lors de l'engagement de son personnel ». Cette disposition est programmatique et ne prévoit pas de sanction en l'absence de mesures de mise en œuvre.

Par ailleurs, les organisations d'importance nationale d'aide aux personnes handicapées ont, si elles existent depuis dix ans au moins, qualité pour agir ou pour recourir en leur propre nom contre une inégalité qui affecte un nombre n'important de personnes handicapées. Les organisations disposant de ce droit sont désignées par le Conseil fédéral (cf. également question III.A.1).

Les procédures concernant ces droits subjectifs sont gratuites. Toutefois, des frais de procédure peuvent être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoin de légèreté.

En matière parajudiciaire, notons que d'autres formes de réparation sont envisageable. En droit pénal, par exemple, en cas de médiation dans le cadre par exemple d'une affaire de discrimination raciale, la réparation peut prendre diverses formes comme l'indemnisation, mais aussi des excuses.

**7. Lorsque des normes constitutionnelles ou légales imposent des devoirs abstraits de solidarité, existe-t-il une manière de réclamer la jouissance du droit ? Si oui, comment ?**

Non. La Suisse est, d'une manière générale, très réticente à admettre la possibilité de saisir un organe judiciaire ou quasi judiciaire chargé du contrôle des « droits sociaux fondamentaux », en d'autres termes, à admettre la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux, sauf dans des cas très limités.

Ainsi, au niveau international, la Suisse a ratifié le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu sous l'égide des Nations Unies (Pacte ONU I). En revanche, elle n'a pas signé le Protocole facultatif se rapportant au Pacte ONU I, qui prévoit un mécanisme de contrôle de la mise en œuvre des droits garantis par le Pacte ONU I (notamment le droit au travail, le droit à la sécurité sociale, le droit à un meilleur état de santé possible et le droit à l'éducation) par le biais de communications individuelles adressées au Comité des droits de l'homme par toute personne qui s'estime victime de la violation de l'un de ces droits. Ce refus est précisément justifié, selon le Conseil fédéral, par « la question fondamentale de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels », « la question de savoir si le Pacte I de l'ONU fonde directement des prétentions individuelles examinées dans le cadre d'une procédure quasi judiciaire » restant controversée aussi bien dans la pratique des Etats que dans la doctrine<sup>17</sup>.

La Suisse n'a pas non plus ratifié le Protocole additionnel n° 1 à la CEDH, qui consacre notamment le droit à l'instruction, mais aussi le droit à la propriété, en raison notamment de l'interprétation internationale très large de cette notion, qui porte aussi, selon la Cour européenne des droits de l'homme, sur les prestations sociales.

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral se montre tout aussi réticent à reconnaître aux droits sociaux fondamentaux reconnus par les textes internationaux une portée autre que

---

<sup>17</sup> Cf. réponse du Conseil fédéral du 20.05.2009 à la motion 09.3279 sur la ratification du protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, déposé par la conseillère nationale Alleman Evi.

programmatisque. Il a ainsi notamment confirmé l'absence d'effet direct pour le droit à un niveau de vie suffisant<sup>18</sup>, le droit à la sécurité sociale<sup>19</sup> et le principe de l'interdiction de la discrimination<sup>20</sup>.

Au niveau interne, le Titre 2 de la Constitution sur les « Droits fondamentaux et buts sociaux », consacre un chapitre à chacune des deux catégories, qui sont conceptualisées différemment :

- les *buts sociaux* font obligation à l'Etat d'œuvrer à leur réalisation, mais ils ne donnent pas directement à toute personne le droit d'obtenir, par voie judiciaire, telle ou telle prestation de sécurité sociale, que la loi ne prévoirait pas<sup>21</sup>. En effet, dans son chapitre relatif aux « buts sociaux », la Constitution dispose à l'art. 41 que « la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que notamment : « toute personne bénéficie (..) de la sécurité sociale, des soins nécessaires à sa santé, (...) toute personne en quête d'un logement puisse trouver, pour elle-même et sa famille, un logement approprié à des conditions supportables ». On retrouve ainsi exprimée ici l'idée de la subsidiarité de l'action étatique, la responsabilité individuelle demeurant la règle. L'art. 41 al. 4 Cst. précise « [qu'] aucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut être déduit directement des buts sociaux ». La Constitution fédérale exclut ainsi explicitement la justiciabilité des buts sociaux, ne conférant aucun droit subjectif aux justiciables ;
- les *droits sociaux*, ou encore droits sociaux fondamentaux, soit les droits fondamentaux qui ont pour but d'assurer un certain bien-être ou certains avantages matériels aux particuliers<sup>22</sup> désignent quant à eux des normes dont les particuliers peuvent se prévaloir directement en justice, autrement dit conférant aux particuliers des droits subjectifs impliquant, le plus souvent, une prestation positive de l'Etat.

Parmi les droits sociaux fondamentaux se trouvent à la fois des droits qui, selon la terminologie constitutionnelle suisse, font partie des libertés (la liberté syndicale, la liberté de la langue, la liberté économique, la liberté de la science, etc.), et des droits qui confèrent aux particuliers le droit à des prestations étatiques. Parmi ces derniers, on compte habituellement le droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29 al. 3 Cst.), le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit (art. 19 Cst.) et le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse, aussi appelé le droit à des conditions minimales d'existence (art. 12 Cst.).

L'assistance judiciaire gratuite (art. 29 al. 3 Cst.) confère un droit à des prestations pécuniaires de la part de l'État, afin de garantir aux personnes indigentes un accès effectif à la justice et le droit à un procès équitable. Ce droit est soumis à la condition que la cause ne soit « pas dépourvue de toute chance de succès ». Il concerne toute procédure, contentieuse et non contentieuse, et comprend, d'une part, le droit de se voir dispenser des frais et dépens et, d'autre part, le droit à un défenseur d'office, dans la mesure où ce soutien est nécessaire.

Le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit (art. 19 Cst.) fonde une garantie fondamentale destinée à garantir l'égalité des chances. Ce droit confère « à chaque enfant une formation de base gratuite et correspondant à ses capacités pendant une période

---

<sup>18</sup> ATF 122 I 101 consid. 2a.

<sup>19</sup> ATF 139 I 257 consid. 6 ; ATF 121 V 246 consid. 2.

<sup>20</sup> ATF 135 I 161 consid. 2.2.

<sup>21</sup> DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, vol. I, Bâle 2017, N 89.

<sup>22</sup> DUBEY (note 21), N 88.



d'enseignement obligatoire d'au moins neuf années ». La formation doit être suffisante d'un point de vue quantitatif et qualitatif afin de « préparer les élèves d'une manière adéquate à une existence indépendante dans la vie quotidienne moderne ». Cette garantie suppose que l'école ne soit pas trop éloignée du domicile des élèves ou qu'elle soit à tout le moins rendue accessible par l'État, et que l'enseignement soit adapté aux aptitudes individuelles des enfants, y compris des élèves handicapés.

Le droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse ou le droit à des conditions minimales d'existence (art. 12 Cst.) est également connu sous l'appellation de droit à l'aide d'urgence ou au minimum d'existence. Ni le contenu de l'aide qui doit être fournie par l'Etat, ni son ampleur, ne sont décrits dans la Constitution, et ces éléments doivent être concrétisés par le législateur ; ils dépendent alors de la situation individuelle de la personne se trouvant dans une situation de détresse, et peuvent intervenir non seulement sous forme de prestations financières, mais aussi de prestations en nature, comme un hébergement d'urgence ou des soins de santé. Le texte constitutionnel prévoit que « quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ». D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce droit « ne garantit pas un revenu minimum, mais uniquement la couverture des besoins élémentaires pour survivre d'une manière conforme aux exigences de la dignité humaine, tels que la nourriture, le logement, l'habillement et les soins médicaux de base »<sup>23</sup>. L'art. 12 Cst. a pour but d'éviter qu'un être humain ne soit « abandonné à la rue et réduit à la mendicité ». Il ne vise qu'un soutien minimal, une protection censée être temporaire. Des prestations davantage protectrices, comme l'aide sociale, ne relèvent pas des droits fondamentaux selon la Constitution fédérale et sont mentionnés en tant qu'objectifs de politiques sociales dans le chapitre consacré aux buts sociaux<sup>24</sup>.

#### **8. *Existe-t-il dans votre pays des changements de régimes de responsabilité vers la responsabilité objective inspirés par la solidarité ? Si oui, lesquels et dans quels domaines ?***

En Suisse, la création de chefs de responsabilité sans faute n'est pas directement inspirée par des motifs tenant à la solidarité.

La responsabilité objective, en particulier la responsabilité fondée sur le risque, repose avant tout sur une approche économique du principe de précaution. Selon ce principe, il faudrait en principe renoncer aux activités présentant un risque, afin d'éviter que ce dernier ne se réalise. Cependant, l'utilité de l'activité jugée dangereuse est suffisamment importante pour qu'on en autorise l'exercice. Dans le même temps, les dangers importants que cette activité fait courir à autrui justifient qu'on oblige celui qui l'exerce à réparer les conséquences liées à la réalisation du risque prévu, même s'il n'y a aucun manquement de sa part.

Par ailleurs, en autorisant une activité particulièrement dangereuse, on permet aussi à celui qui l'exerce d'en tirer des profits. C'est donc aussi pour éviter que les profits soient « internalisés » et les risques « externalisés » sur l'ensemble de la société que le législateur a retenu que certaines activités risquées justifiaient une responsabilité particulière du seul fait de ce risque. Ce sont ici des raisons économiques qui incitent à rendre responsable l'auteur de l'activité dangereuse. On veut éviter que, pour maximiser son profit, ce dernier renonce à prendre des mesures de précaution, et, partant, à réduire la probabilité de

<sup>23</sup> ATF 135 I 119 consid. 5.3 ; TF 8C\_239/2014 du 14 mai 2014, consid. 4.3.

<sup>24</sup> ATF 135 I 119 consid. 5.3.

survenance du risque. S'il veut maintenir son profit, l'auteur de l'activité dangereuse doit chercher à éviter tout accident, puisque sur le long terme ces coûts seront toujours inférieurs aux conséquences de la réalisation du risque. La responsabilité pour risque se justifie aussi par le fait que celui qui exerce l'activité à risque a le plus grand intérêt à éviter sa survenance et les meilleurs atouts pour décider des mesures appropriées qu'il lui faut prendre.

Finalement, l'instauration d'une responsabilité pour risque permet de faciliter la demande de réparation, dès lors que la personne lésée n'a pas à démontrer la faute du ou de la responsable.

En Suisse, la dernière loi qui a instauré une responsabilité objective, précisément fondée sur le risque, est la loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG<sup>25</sup>)<sup>26</sup>. Est soumis à ce régime de responsabilité quiconque utilise des organismes génétiquement modifiés en milieu confiné, dissémine de tels organismes dans l'environnement à titre expérimental ou les met sans autorisation en circulation.

### **9. Dans le domaine du droit du travail, dans votre pays, au cas d'un accident de travail l'employeur supporte par définition le risque du dommage ?**

Oui. Cette responsabilité remonte, historiquement, à la loi sur les fabriques adoptée en 1877, qui imposait à l'employeur de prendre en charge les soins de santé de l'ouvrier accidenté ou malade à cause de son emploi, et de compenser la perte de salaire.

En 1914, ce régime de responsabilité a été partiellement mutualisé au moment de la création de l'assurance-accidents, une assurance sociale qui prévoit le versement de prestations sociales très étendues en cas d'accident professionnel ou non professionnel, ou encore de maladie professionnelle.

Fondamentalement, la création de l'assurance sociale n'a rien changé à la responsabilité de principe de l'employeur. En effet, le financement de l'assurance-accidents obéit aux principes suivants : les primes afférentes aux accidents et maladies professionnels sont à la charge exclusive de l'employeur, qui n'est pas autorisé à en reporter tout ou partie sur les personnes qu'il emploie (cf. art. 91 LAA<sup>27</sup>). Les primes étant fixées, d'une part, en fonction du degré de risque présenté par le secteur d'activité dans lequel l'entreprise est active, et, d'autre part, en fonction des statistiques des accidents pour les années précédentes, les employeurs s'acquittent de primes plus élevées dans les branches d'activités où le risque d'accident est élevé<sup>28</sup>. A noter qu'il est également tenu compte de l'état des mesures de prévention (cf. art. 92 LAA). Les primes afférentes aux accidents non professionnels sont en principe à la charge des travailleurs, mais l'employeur peut les prendre à sa charge, en tout ou partie, s'il le souhaite (cf. art. 91 LAA).

Le travailleur conserve la possibilité d'actionner son employeur en responsabilité civile (contractuelle et/ou extracontractuelle) si les prestations de l'assurance sociale ne couvrent pas l'intégralité de son préjudice (cf. question II.C.14).

---

<sup>25</sup> RS 814.91.

<sup>26</sup> Cf. art. 30 LGG.

<sup>27</sup> Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20).

<sup>28</sup> FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/KAHIL-WOLFF BETTINA/PERRENOUD STÉPHANIE, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, Berne 2015, p. 466 N 422.

10. ***Existents-ils des restrictions à l'indemnisation intégrale du dommage subi lors d'un accident de travail ? Si oui, lesquelles ? Est-ce qu'il y a des cas où la solidarité a joué pour que le travailleur obtienne l'indemnisation intégrale même avec de restrictions ?***

Cf. question II.C.14.

11. ***La théorie de la rupture du principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement de responsabilité de l'Etat existe-t-elle dans votre pays ? Si oui, ce fondement existe en droit public, en droit privé ou même dans les deux cas ?***

Non, cela n'existe pas en Suisse.

## **II. Solidarité, réparation, fonds publics d'indemnisation ou fonds de garantie et assurance : mécanismes pour faire face aux dommages massifs**

### **A. Concernant les contrats d'assurance**

1. ***Quels sont dans votre ordre juridique les mécanismes d'assurance approuvés par le législateur ou par l'exécutif pour faire face aux tragédies de grande allure ?***
- a. Préciser quels sont ses traits généraux.***
- b. Comment fonctionne la triangulation entre l'auteur, son assureur et le lésé ?***

Dans l'assurance privée, en matière d'assurance directe, il existe des dispositions dans la législation sur la surveillance qui fixent le contenu obligatoire des contrats d'assurance incendie, tout en prévoyant les modalités de couverture des dommages dus aux éléments naturels (art. 33 LSA<sup>29</sup> ; art. 171 ss OS<sup>30</sup>). Le financement de ces dommages repose sur un mécanisme qui institue une solidarité entre les régions à risques et celles qui le sont moins.

De surcroît, certains cantons imposent une assurance obligatoire des bâtiments auprès de monopoles de l'État (contrats de droit public). Ces institutions reposent sur des lois publiques cantonales dont les dispositions prévoient à leur tour la prise en charge des dommages dus aux événements de la nature.

S'agissant de dommages dont la cause peut être attribuée à un auteur déterminé, la question s'examine sous l'angle de l'assurance de la responsabilité. Or, cette dernière ne prévoit pas de modalité particulière liée aux dommages de grande envergure. L'assureur procédera à une appréciation du risque et limitera son intervention par le biais de l'introduction d'une somme d'assurance.

---

<sup>29</sup> Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01).

<sup>30</sup> Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (RS 961.011).

Diverses propositions ont été faites tendant à la mise en place d'un dispositif pour les sinistres catastrophiques. Tel a été le cas récemment pour les collisions en chaîne, mais la proposition n'a pas été suivie d'effet<sup>31</sup>. Un mécanisme plus général avait été envisagé en son temps, mais les idées qui avaient été émises dans ce contexte n'avaient connu aucune suite<sup>32</sup>.

**2. Les contrats d'assurance dans votre pays prennent-ils en compte la solidarité (par exemple la pauvreté d'un secteur social) pour fixer la prime du contrat d'assurance ? Si oui, mentionnez quelques exemples.**

En matière d'assurance privée, la prime est avant tout corrélée au risque ; la situation sociale ne joue aucun rôle. Tout au plus les actuaires pourront-ils considérer que certaines catégories sociales présentent le caractère d'un risque aggravé, ou au contraire un risque plus faible parce que certaines activités à l'origine d'un péril déterminé n'y sont pas exercées. Aussi, ce n'est pas la situation sociale en elle-même qui est décisive, mais bien le rôle que cette circonstance est appelée à jouer sur l'appréciation du risque.

**3. Existent-ils dans votre pays des cas où la limitation de garantie fixé par le sinistre dans le contrat d'assurance peut être méconnu par le juge au nom de la solidarité aux personnes ou à la nature ? Si oui, mentionnez les cas.**

La réponse est non. Le contrat est déterminant, sous réserve d'un contrôle matériel (contrôle du contenu des clauses) qui ne revêt, en Suisse, qu'un impact limité et qui n'est pas appelé à jouer un rôle déterminant s'agissant de fixer les limites de garantie<sup>33</sup>. Ces dernières sont d'ailleurs indispensables à l'actuaire pour fixer la prime d'assurance ; c'est une exigence technique.

**4. Qu'en est-il si un assureur sollicité ne veut pas couvrir le proposant à l'assurance ? Y a-t-il un processus subsidiaire ? Connaît-on comme en Suisse pour le risque nucléaire un pool d'assureurs ?**

La réponse est non. La liberté contractuelle prévaut. L'impossibilité de conclure un contrat d'assurance peut d'ailleurs se traduire par une interdiction d'exercer une certaine activité, si cette dernière suppose une assurance obligatoire (circulation automobile, exercice de certaines professions) et ce, que l'obligation d'assurance soit conçue sous la forme d'une obligation légale ou d'une obligation professionnelle<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. par exemple la motion Claude Janiak 14.3043 « Responsabilité civile. Uniformiser la réglementation et modifier quelques points » du 5 mars 2014.

<sup>32</sup> Cf. TERCIER PIERRE, L'indemnisation des préjudices de catastrophes en droit suisse : pour une intervention législative urgente, in : J. Arnold/ M. Borghi (édit.), *Gestione di una catastrofe e responsabilità Management of a disaster and responsibility – Insegnamenti e proposte normative scaturite dall'incidente del 24 Ottobre 2001 nella galleria stradale del S. Gottardo. Lessons and Normative Proposals derived from the Accident of October 24th 2001 in the St. Gotthard Tunnel*, Bâle 2003, p. 443 ss.

<sup>33</sup> Cf. par exemple DUPONT ANNE-SYLVE, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in : F. Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 99 ss.

<sup>34</sup> Cf. par exemple HEISS HELMUT, *Vertragsfreiheit im Versicherungsrecht*, HAVE 2011, p. 423 ss ; PÄRLI KURT, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen*

**5. *Existent-ils dans votre pays des contrats d'assurance qui ne peuvent pas, d'après la loi, exclure certains types de dommage par des raisons de solidarité nationale ? Si oui, lesquels ?***

Oui. Cela se produit en matière de circulation automobile où le contenu de la garantie est fixé, pour partie, par la loi sur la circulation routière (cf. art. 58 ss LCR : sommes minimales, personnes et dommages assurés). Cela se produit également pour l'assurance des dommages naturels dont les modalités sont prescrites par la législation sur la surveillance, laquelle impose certaines couvertures dans les contrats d'assurance incendie de droit privé. Par ailleurs, dans certains cas, le législateur, en même temps qu'il institue une responsabilité à caractère objectif, fixe une obligation d'assurance assortie d'un droit d'action directe et de l'interdiction faite à l'assureur d'opposer à la victime les exceptions découlant du contrat (non-paiement de prime, défaut de couverture pour sinistre intentionnel, réduction de couverture pour faute grave, etc.).

**B. Concernant les fonds de garantie publics**

**6. *Existent-ils dans votre pays des fonds de garantie publics adoptés par le législateur ou par l'exécutif pour faire face aux tragédies de grande allure ?***

**a. *Si oui, quels sont les traits généraux.***

**b. *Comment ces organismes ou ces fonds sont-ils financés ? Assurent-ils une pleine réparation au lésé ?***

On peut faire mention, à nouveau, des dommages naturels dont la prise en charge découle d'un contrat, contrat dont le contenu qui se rapporte à cette partie de risque revêt un caractère obligatoire, et dont le financement repose sur un pool de sinistre. Le mécanisme est à l'origine d'une forme de solidarité entre les preneurs dans la mesure où la répartition finale des dommages est opérée par les compagnies d'assurance en fonction des parts de marché.

**7. *Les fonds de garantie peuvent s'appliquer même pour aider au cas des dommages causés par une personne privée ou par une personne publique qui ait causé le dommage ? Si oui, quelles sont les différences s'agissant d'une personne privée ou d'une personne publique ?***

Il n'existe pas de tel fond. Si le privé répond, son éventuel assureur de la responsabilité civile entrera en jeu, aux conditions du contrat.

**C. L'intersection entre les assurances et les fonds de garantie et son rapport avec la RC**

**8. *Quels sont les critères pour lesquels le législateur ou le gouvernement décident-ils créer un fond de garantie ou un système d'assurance privée ?***

Les fonds revêtent un caractère subsidiaire, lorsque les règles ordinaires ne permettent pas (ou plus) l'indemnisation d'un dommage dont on estime qu'il doit néanmoins faire l'objet d'une compensation. Tel avait été le cas dans le domaine de l'amiante. En cette matière, le fond tire son origine première du fait que les revendications de certains lésés tombaient sous le coup d'un régime de prescription absolue, le dommage ne s'étant pas manifesté avant l'échéance du délai, un résultat qui avait été jugé inéquitable. Il est à noter que l'industrie de l'assurance avait prêté son concours à cette mise en place<sup>35</sup>.

On observe par conséquent que ces fonds peuvent apparaître sur base de considérations pragmatiques, au fil des besoins, en particulier lorsque les règles légales paraissent insatisfaisantes ou insuffisantes. La question est alors de savoir s'il n'est pas préférable, en pareille hypothèse, d'amender le dispositif légal, plutôt que de s'en satisfaire et tenter de corriger les conséquences qui en découlent par l'instauration de fonds. Enfin, doivent être fixées les règles de gestion, et notamment la question du financement et des conditions auxquelles on peut prétendre à l'allocation de prestations.

Il faut réserver évidemment les situations dans lesquelles le fond ne constitue qu'une modalité de financement de prestations dues en application de la loi. Tel est bien le cas du pool des dommages naturels dont l'intervention est régie par la législation sur la surveillance.

**9. *Existe-t-il dans votre pays un système d'échelle de réparation de dommages qui mélange la réparation entre la RC, les assurances et les fonds de garantie pour le même fait dommageable ? C'est-à-dire un système où chaque échelle prend en pyramide la réparation d'une partie du dommage ? Si oui, quels sont ses principes et son organisation ? Pour ces cas, existe-il des niveaux de réparation pour chaque étage ?***

Le droit suisse prévoit une intervention pas étages des différentes sources de réparation du dommage. La priorité est donnée aux assurances sociales, puis l'éventuel dommage résiduel (on parle de « dommage direct ») est indemnisé par les assurances privées contractées par le lésé, et, en dernier lieu, par le tiers responsable.

Le système suisse d'assurances sociales, caractérisé par la pluralité des régimes d'indemnisation, exige une coordination entre prestations ; on parle de coordination *intra-* et *intersystémique*. Etant donné que plusieurs assurances sociales sont susceptibles d'intervenir suite à la réalisation d'un même risque, la loi règle leur intervention coordonnée, en prévoyant, selon le type de prestation, un versement exclusif ou cumulé. Dans tous les cas, l'éventuel cumul des prestations sociales ne doit pas conduire à la surindemnisation de la personne assurée, ce qui signifie que le total des prestations versées ne doit pas excéder un montant déterminé par la loi.

La coordination des assurances sociales avec les assurances privées n'est pas réglée par la loi et dépend essentiellement du contenu des contrats conclus avec les secondes. Le principe de l'interdiction de la surindemnisation ne s'applique pas dans ce domaine, et il appartient aux assureurs privés de prévoir des clauses contractuelles à cet effet<sup>36</sup>.

La responsabilité civile n'intervient qu'à condition que le dommage ne soit pas entièrement couvert par les différentes prestations perçues auprès des assurances sociales et des assurances privées. L'impossibilité, pour le lésé, de rechercher la personne responsable du dommage couvert par les assurances n'exclut toutefois pas nécessairement la responsabilité

<sup>35</sup> Cf. question II.C.10 ci-dessous.

<sup>36</sup> TF, arrêt 4A\_451/2015 du 26 février 2015.

de cette dernière, puisque tant les assurances sociales que les assurances privées conservent, selon les cas, la compétence de se retourner contre le tiers civilement responsable<sup>37</sup>.

Lorsqu'un fonds de garantie existe pour indemniser le dommage en question, celui-ci intervient en principe à condition que les prestations des assurances sociales et privées ainsi que le dédommagement obtenu auprès du tiers civilement responsable ne couvrent pas l'ensemble du dommage<sup>38</sup>.

Le tout dernier filet de sécurité est l'aide sociale, qui intervient indépendamment de tout événement dommageable pour assurer un revenu de base permettant aux personnes dans le besoin de maintenir une existence digne, quelle que soit l'origine du besoin. Le versement de l'aide sociale est subsidiaire à toutes les autres prétentions que la personne pourrait encore faire valoir auprès de tiers.

- 10. Est-ce que dans votre pays ont été créés des fonds de garantie ou des assurances à la suite de requêtes déposées par des nombreuses victimes contre l'Etat ou contre une personne privée ? C'est-à-dire, des cas où la création des fonds est la suite de multiples requêtes devant les juges ?**
- a. Si oui, cela a-t-il empêché aux autres victimes de continuer avec la procédure judiciaire? Cela a limité le montant de la réparation ?**
  - b. Si oui, l'État ou l'assurance se sont-ils subrogés pour demander le montant de la condamnation au directement responsable ?**
  - c. Si oui, existent des cas où le juge avait déjà alloué une réparation plus ample que le fonds de garantie créés pour faire face aux mêmes dommages ? Au cas où la situation soit arrivée, qu'arrive-t-il lorsque les personnes qui comparaissent devant le juge reçoivent des sommes qui sont supérieures aux sommes allouées par les fonds publics ?**

En Suisse, à notre connaissance, il n'existe pas de fonds de garantie public ou privés, ni d'assurances qui auraient été créés à la suite d'une affluence de requêtes judiciaires. Dans ce contexte, il est cependant intéressant de relater les circonstances qui ont conduit à la création du Fonds de garantie pour les victimes de l'amiante.

En droit suisse de la responsabilité civile, les victimes de l'amiante et leurs familles se sont le plus souvent, en cas de demande judiciaire de réparation, heurtée à l'obstacle de la prescription. En effet, le droit suisse prévoit, à cette heure encore, un régime de prescription extrêmement sévère, qui voit cette dernière intervenir, dans tous les cas, dix ans après le moment où l'acte illicite ou la violation contractuelle a été commise. Les cancers liés à une exposition à l'amiante apparaissant généralement bien après ce temps-là, les personnes concernées se sont heurtées à l'obstacle de la prescription à chaque fois qu'elles ont voulu intenter une action en justice<sup>39</sup>. L'injustice de cette solution a été régulièrement relayée dans la presse afin d'alerter l'opinion publique depuis le début des années 2000.

Les dangers liés à l'amiante ont alors fait l'objet de nombreuses dénonciations et interpellations émanant des associations d'aide aux victimes de l'amiante, comme le CAOVA, le Comité d'aide et d'orientation des victimes de l'amiante, fondé en 2003. Les articles de presse, les interviews, les enquêtes, les émissions télévisuelles et les stands de

---

<sup>37</sup> Cf. question II.C.14.

<sup>38</sup> Cf. question II.C.14.

<sup>39</sup> Cf. « Vers une vague de plaintes après le jugement de Strasbourg sur l'amiante ? », 11 mars 2014, <https://www.rts.ch/info/suisse/5680225-la-famille-d-une-victime-de-l-amiante-obtient-gain-de-cause-a-strasbourg.html>.

rue se sont multipliés afin d'informer la population sur les risques créés par l'amiante et les mesures de protection, et d'inciter les victimes à exercer leurs droits afin d'être reconnues et indemnisées<sup>40</sup>.

En 2014, la Suisse a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>41</sup>, qui a jugé que l'application systématique de la règle de prescription à des victimes de maladies qui ne peuvent être diagnostiquées que de longues années après les événements pathogènes privait ceux-ci de la possibilité de faire valoir leurs droits en justice, en violation de l'art. 6 § 1 CEDH<sup>42</sup>. A la suite de cet arrêt, la Suisse a entrepris de réviser son droit de la prescription. Le nouveau droit, qui entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2020, prévoit de porter à 20 ans le délai absolu de prescription.

En 2015, une Table ronde a été mise en place, sur la proposition d'Alain Berset, chef du Département fédéral de l'intérieur, en vue de favoriser le soutien aux victimes. La Table ronde a permis d'obtenir la création d'un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), le 28 mars 2017, financé par une fondation privée, par des commissions professionnelles paritaires, par l'industrie de transformation de l'amiante et par le secteur des assurances et des entreprises ferroviaires. L'indemnisation des victimes de l'amiante se fonde principalement sur la responsabilité de droit privé des auteurs du dommage, soit des particuliers, notamment celle des employeurs envers leurs employés. La création d'un fonds public permettant une indemnisation complète des victimes de l'amiante reporterait la responsabilité privée sur l'état. Le Conseil fédéral estime qu'il incombe aux auteurs des dommages et à leurs assurances de répondre aux problèmes de l'indemnisation des victimes de l'amiante<sup>43</sup>.

Notons encore que ce fonds ne permet d'indemniser que les personnes victimes de mésothéliomes, alors que cette pathologie constitue seulement un quart des maladies dues à l'amiante<sup>44</sup>. De plus, l'accès à un dédommagement de la part du FIVA implique pour les victimes de devoir renoncer à toute action civile<sup>45</sup>.

**11. *Existe-il dans votre pays une étude sur l'évolution de fonds publics permettant que les dommages soient payés par ces fonds ? Si oui, ces fonds sont-ils créés à partir de la notion de solidarité publique ? Ces fonds sont-ils plus nombreux qu'auparavant ? Quels fonds considérez-vous créatifs (compte tenu de leur structure et de leur étendue) ?***

Non. La Suisse connaît un nombre très limité de fonds d'indemnisation, en raison d'une tradition libérale plutôt réfractaire à l'indemnisation par ce biais et favorisant la responsabilité individuelle. Bien que la logique solidaire se soit considérablement développée parallèlement à l'émergence du droit social sur le plan international, le libéralisme reste solidement ancré dans la tradition suisse, et s'oppose encore largement à l'intervention de l'Etat dans la

---

<sup>40</sup> Bulletin d'information de CAOVA N°32\*, Lausanne, Novembre 2018, <http://caova.ch/wp-content/uploads/2018/11/Bulletin-no-32.pdf>.

<sup>41</sup> Arrêt CourEDH *Moor et autres contre Suisse* du 11 mars 2014, requête n° 41072/11.

<sup>42</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

<sup>43</sup> Réponse du Conseil fédéral sur la motion 14.3664 du 14.08. 2014, déposée par la Commission des affaires juridiques du Conseil national, un fonds pour une indemnisation juste des victimes de l'amiante.

<sup>44</sup> Bulletin d'information de CAOVA N°32\*, Lausanne, Novembre 2018, <http://caova.ch/wp-content/uploads/2018/11/Bulletin-no-32.pdf>

<sup>45</sup> Cf. Règlement du Fonds, disponible sur le site Internet <https://www.stiftung-efa.ch/fr>.



régulation des inégalités sociales et à une approche concrète de la solidarité. Aucun des fonds existant ne peut à notre avis être qualifié de créatif.

Les fonds de garantie existants sont essentiellement privés. Il en va notamment ainsi du Fonds national de garantie (FNG), qui est une association de droit privé formée par les assureurs responsabilité civile et qui est financé par une contribution des automobilistes (art. 76a al. 1 LCR). La mission de ce fonds est principalement d'indemniser les dommages causés par les véhicules à moteur, les remorques, les cycles et les engins assimilés à des véhicules non identifiés ou non assurés dans la mesure où il existe une obligation d'assurance prévue par la loi sur la circulation routière applicable. Le Fonds de garantie pour les victimes de l'amiante, dont il sera question ci-après<sup>46</sup>, est une fondation de droit privé.

Nous pouvons identifier comme fonds publics le fonds créé dans le but de dédommager les personnes placées de forces avant 1981<sup>47</sup>, ou encore, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parlé d'un fonds d'indemnisation, le mécanisme de dédommagement prévu pour les victimes d'infraction contre leur intégrité physique, psychique ou sexuelle lorsque ce dédommagement ne peut être perçu auprès du responsable<sup>48</sup>. Mentionnons encore le Fonds pour dommages d'origine nucléaire, instauré par la loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN<sup>49</sup>), sous la responsabilité de la Confédération et financé par les exploitants de centrales nucléaires<sup>50</sup>.

A notre sens, deux mécanismes peuvent être mentionnés sous l'angle de la solidarité publique. Dans le domaine des assurances sociales, la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA<sup>51</sup>) instaure une caisse supplétive<sup>52</sup>, financée par les assureurs privés autorisés à pratiquer l'assurance-accidents sociale, qui a pour vocation de servir les prestations sociales légalement dues lorsque l'assureur social fait défaut, par exemple parce que l'employeur n'a pas payé ses primes et a vu sa police d'assurance résiliée. La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (LPP<sup>53</sup>) en fait de même et impose le financement d'une caisse supplétive<sup>54</sup>, qui remplit différents rôles, dont celui de verser les prestations en l'absence de caisse de pension compétente. Par ailleurs, le Fonds de garantie, également financé par les caisses de pension qui y sont affilié, a notamment pour tâche de verser les prestations en cas d'insolvabilité de la caisse de pension compétente.

## **12. *Existent-ils des plafonds ou de barèmes indemnitaires pour la réparation des dommages ?***

- a. *Si oui, précisez les cas où cela s'applique dans certaines activités économiques ou dans certaines situations de la vie sociale.***
- b. *Quel est le montant du plafond par rapport à ce qui serait la réparation intégrale du dommage ?***

---

<sup>46</sup> Cf. question II.C.10.

<sup>47</sup> Cf. loi fédérale du 30 septembre 2016 sur les mesures de coercition à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux antérieurs à 1981 (LMCFA ; RS 211.223.13). Dans le cadre de cette loi, les personnes concernées peuvent obtenir une « contribution de solidarité » (cf. art. 4 al. 1).

<sup>48</sup> Cf. loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI ; RS 312.5).

<sup>49</sup> RS 732.44

<sup>50</sup> Cf. art. 15 s. LRCN.

<sup>51</sup> RS 832.20.

<sup>52</sup> Cf. art. 72 s. LAA.

<sup>53</sup> RS 831.40.

<sup>54</sup> Cf. art. 60 LPP.

**c. *Existent-ils des plafonds indemnitaires ou des interdictions de réparer certains chefs du préjudice ?***

**i. *Pécuniaires***

**ii. *Non pécuniaires***

Oui, tel est le cas dans le domaine des dommages naturels. Il existe en cette matière des montants maximaux d'indemnité qui se définissent en fonction du dommage total lié à un événement donné.

**13. *Les plafonds limitant la réparation intégrale des dommages sont-ils conformes à la Constitution Politique ? Quelles sont les raisons ?***

S'agissant de fonds régis par la loi, les conditions fixant le droit aux prestations sont déterminées par le régime légal. Pour le reste, le fond pour les dommages dus à l'amiante est régi par ses propres règles ; le principe directeur tend évidemment à la prise en charge de dommages causés par l'amiante, mais l'intervention est subsidiaire ; autrement dit, il y a effectivement une forme d'interdiction : tout dommage qui tombe sous le coup de la loi est exclu du champ d'application du fond.

**14. *Existe-t-il dans votre pays l'interdiction aux victimes de réclamer la réparation intégrale du dommage lorsque celle-ci a été payée par un fonds de garantie ou par une assurance ?***

**a. *Si oui, quelles sont les règles interdisant aux victimes la réparation intégrale de son dommage ?***

**b. *Au cas où la somme d'argent donnée par le fonds est déduite de la réparation donnée par le juge ?***

Cf. question II.C.10.

Lorsque le risque réalisé est couvert par une assurance sociale, la personne lésée voit son dommage prioritairement couvert par cette dernière, qui est alors subrogée aux droits de la personne lésée contre le tiers civilement responsable. Ce n'est que si les prestations sociales ne couvrent pas l'intégralité du préjudice que le lésé peut rechercher le tiers responsable pour le montant du dommage excédant les prestations sociales (dommage direct).

L'assureur subrogé, de son côté, a la possibilité de se retourner contre le tiers responsable jusqu'à concurrence des prestations qu'il a versées. L'art. 75 LPGA<sup>55</sup> prévoit deux exceptions à cette possibilité (privilèges de recours), si la personne responsable n'est pas obligatoirement couverte, de par la loi, par une assurance responsabilité civile<sup>56</sup> pour le sinistre en question :

- lorsque le responsable est le conjoint/partenaire, un parent en ligne directe ou une personne qui fait ménage commun avec la personne lésée, si la réalisation du risque a été provoquée par une négligence non fautive ;

<sup>55</sup> Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1).

<sup>56</sup> Par exemple, la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR ; RS 741.01) prévoit que le détenteur d'un véhicule automobile doit obligatoirement souscrire une assurance de responsabilité civile répondant aux conditions légales (cf. art. 63 ss LCR).

- pour les accidents professionnels provoqués par une négligence non fautive, lorsque que le responsable est l'employeur du lésé, un membre de la famille de celui-ci ou un autre travailleur de l'entreprise.

Notons que si l'indemnité civile est insuffisante pour couvrir à la fois le dommage direct de la personne lésée et la créance récursoire de l'assureur social, la victime bénéficie d'un droit préférentiel et doit être indemnisée en priorité (cf. art. 74 LPGGA).

Jusqu'au 31 décembre 2002<sup>57</sup>, l'employeur et les membres de la famille du lésé étaient couverts par un privilège de responsabilité qui leur évitait d'être recherchés par l'assureur social ou par le lésé en pour la réparation du dommage direct. A l'égard de l'employeur, ce privilège ne s'étendait qu'aux accidents professionnels. L'abrogation de cette réglementation a plusieurs fois été proposée, car on lui reprochait de défavoriser les victimes d'accidents professionnels par rapport aux victimes d'accidents non professionnels en les empêchant de réclamer la part non couverte de leur préjudice, tant sous l'angle du dommage que du tort moral<sup>58</sup>.

Lorsqu'une assurance privée verse des prestations, le mécanisme applicable aux prestations indemnitaires est le même que celui qui est applicables aux prestations sociales (art. 72 LCA<sup>59</sup>). Si, toutefois, l'assureur verse des prestations non indemnitaires (assurances de somme, sans égard pour la perte économique effective), aucune subrogation n'a lieu et le lésé conserve la totalité de ses droits contre le tiers responsable (art. 96 LCA). Dans ce second cas, les prestations versées par l'assurance et l'éventuel dédommagement civil sont cumulables sans restrictions.

En cas d'intervention d'un fonds de garantie, la solution dépend du fonds dont il est question :

- le Fonds national de garantie (circulation routière) n'indemnise que le dommage direct. Il pallie l'absence de responsable civil, respectivement d'assureur responsabilité civile ;
- dans le système de la LAVI<sup>60</sup>, l'indemnisation est subsidiaire à l'indemnisation par le responsable et les autres débiteurs. Le canton qui verse des prestations en application de la LAVI est subrogé à concurrence des prestations versées ; il est prioritaire pour être désintéressé par le responsable, sauf intérêt particulier de la victime ou du responsable ;
- les personnes qui demandent des prestations au Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante renoncent à l'action en responsabilité<sup>61</sup> ;
- le Fonds mis en place pour dédommager les enfants placés de force<sup>62</sup> prévoit une « contribution de solidarité » d'un montant unique, versée aux victimes indépendamment de la preuve d'un dommage ;
- le Fonds de garantie LPP (prévoyance professionnelle) n'intervient qu'en cas d'insolvabilité de la caisse de pension compétente, et donc de manière subsidiaire.

<sup>57</sup> Soit jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

<sup>58</sup> KAHIL-WOLFF BETTINA, Au sujet de l'abrogation du privilège de responsabilité de l'employeur, REAS 1/2003, p. 301 ss.

<sup>59</sup> Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1).

<sup>60</sup> Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5).

<sup>61</sup> Cf. question II.C.10.

<sup>62</sup> Cf. question II.C.11.

**15. Concevez-vous possible que la responsabilité civile soit prise totalement par la sécurité sociale réparant les victimes avec de sanctions contre les responsables ? Si oui, quels sont les arguments et, au cas où, quels sont les avancés de votre pays dans cette voie ?**

Dans les faits, il est vrai que cette tendance peut s'observer avec l'extension du régime de l'assurance sociale, laquelle couvre de plus en plus de situations. Le droit de la responsabilité civile joue dans cette constellation un rôle avant tout préventif. D'ailleurs, certains ordres juridiques envisagent de renforcer le rôle préventif du droit de la responsabilité (par opposition à sa fonction compensatrice) au travers de l'introduction de norme permettant au juge civil d'imposer une mesure de prévention (voir notamment le projet français de révision du droit de la responsabilité civile). La question peut se poser également sous l'angle du principe de précaution dont certains se demandent s'il peut être à l'origine de revendications en droit de la responsabilité<sup>63</sup>.

En tout état de cause, l'auteur doit savoir qu'il n'est pas libéré de la charge de la réparation du préjudice qu'il a causé, même si un assureur social intervient en première ligne à l'égard de la victime. La responsabilité de l'auteur permet à l'institution sociale d'exercer un recours. Même s'il est vrai que le responsable peut disposer d'une assurance, il reste que cette dernière ne couvre pas tout, dans la mesure notamment où il existe des réserves pour les sinistres intentionnels et les sinistres gravement fautifs. C'est ainsi que l'on peut favoriser des comportements socialement désirables.

Par ailleurs, l'assurance sociale doit être financée et finançable ; il en découle de nécessaires limites d'indemnisation, ce qui laisse un champ libre à la réparation en application du droit de la responsabilité. Autrement dit, les deux régimes doivent coexister.

### **III. Solidarité, recours judiciaires et réparation en cas de dommages collectifs, droits constitutionnels, fondamentaux et droit économiques, sociaux et culturels**

#### **A. Droits collectifs**

**1. Existe-t-il dans votre droit un recours juridique pour que n'importe quelle personne puisse ester en justice pour défendre les droits collectifs ? Si oui, quelles sont les conditions et son ampleur ?**

Selon le droit en vigueur, les personnes physiques n'ont aucune possibilité d'ester en justice pour défendre des droits collectifs. S'agissant des personnes morales, soit exclusivement des associations, ces possibilités sont très limitées.

En matière administrative, la loi confère en effet parfois la qualité pour recourir aux organisations qui poursuivent un but idéal et qui invoquent en procédure des arguments relevant de la défense de l'intérêt public (recours corporatif idéal). La loi définit alors de manière détaillée les conditions auxquelles l'association peut recourir, ainsi que les actes

---

<sup>63</sup> HAUTEREAU-BOUTONNET MATHILDE/ SAINT-PAU JEAN-CHRISTOPHE, L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé, Lyon/Bordeaux 2016, p. 15 ss ; FASEL BRIGITTE, La précaution en matière de santé publique, démarche ou principe ?, thèse Neuchâtel, Bâle 2011, p. 83.

attaquables. De telles possibilités se rencontrent le plus fréquemment en droit social et en matière de protection de l'environnement. Dans tous les cas, les différentes lois qui habilite les associations à recourir à des fins idéales font dépendre ce droit de la poursuite d'un but social spécifique, relevant de l'intérêt général et concernant le domaine du droit dans lequel le recours a vocation à s'inscrire. L'association ne peut formuler que des griefs en rapport avec ses objectifs statutaires, et ne peut se prévaloir de la violation d'autres dispositions légales qui auraient vocation à s'appliquer au cas d'espèce. Pour éviter que des associations soient spécifiquement fondées en vue d'une procédure judiciaire, l'accès au recours idéal est généralement réservé aux associations existant depuis un certain temps, en principe dix ans. La loi impose parfois au Conseil fédéral d'établir une liste des organisations reconnues.

En procédure civile, l'art. 89 du Code de procédure civile (CPC<sup>64</sup>) permet aux associations et aux autres organisations « d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé » d'agir en leur propre nom « pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe ». L'action d'une association doit alors avoir pour objet une atteinte à la personnalité des membres du groupe dont elle a pour but statutaire de défendre les intérêts. Il n'est pas nécessaire de démontrer effectivement l'atteinte à la personnalité de tel ou tel membre du groupe. L'atteinte doit potentiellement concerner les membres du groupe défendu, qui ne sont par ailleurs pas nécessairement membres de l'association.

Dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 89 CPC, les associations peuvent uniquement requérir du juge d'interdire une atteinte illicite si elle est imminente, de la faire cesser si elle dure encore, ou d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste. En revanche, les organisations ne peuvent pas intenter de demande en dommages-intérêts ou d'action de remise de gain ; elles ne peuvent pas demander la réparation d'un préjudice. Par conséquent, il ne peut y avoir par exemple d'action de groupe de consommateurs, au sens strict du terme<sup>65</sup>.

Notons que dans les activités soumises à une surveillance, par exemple dans le domaine de l'assurance privée, les associations de consommateurs peuvent dénoncer une mauvaise pratique auprès de l'autorité de surveillance. Cela ne leur confère cependant pas de droits procéduraux.

## **2. La Class action ou action de groupe permet la défense de droits collectifs ? Si oui, donnez des exemples.**

Le droit suisse ne connaît pas d'action de groupe à proprement parler<sup>66</sup>.

L'action des organisations en procédure civile<sup>67</sup> donne la possibilité aux organisations d'agir en leur propre nom, mais le jugement n'a d'effets qu'entre les parties à la procédure et aucune réparation pécuniaire ne peut être accordée. Il appartient aux membres de l'organisation de faire valoir leurs prétentions individuellement. Dans ce cadre, les juges ne sont pas liés par la décision rendue au terme de l'action de l'organisation.

---

<sup>64</sup> RS 272.

<sup>65</sup> Cf. à ce propos les art. 9 et 10 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 sur la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

<sup>66</sup> Notons qu'une proposition de révision du Code de procédure civile est actuellement à l'étude, l'un des points discutés étant précisément l'introduction d'une action de groupe (pour plus d'informations : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>).

<sup>67</sup> Cf. question III.A.1.

La seule voie par laquelle une réparation pécuniaire serait envisageable serait la cession, par un groupe de personnes lésées par un même état de fait, des créances à une seule organisation, à charge pour elle de faire valoir ces droits au cours d'une action unique au sens de l'art. 90 CPC.

### **3. *Le juge peut-il ordonner des mesures de réparation symbolique ?***

La seule « réparation » symbolique prévue dans le cadre de la mise en œuvre collective des droits est le constat, par le juge, de l'illicéité d'une atteinte à la personnalité (art. 89 al. 2 let. c CPC). Il est aussi possible de demander au tribunal de publier le jugement, non anonymisé, ou de le communiquer à des tiers<sup>68</sup>.

## **B. Droits constitutionnels fondamentaux et Droits économiques, sociaux et culturels**

### **4. *Dans votre pays, le juge a-t-il des instruments juridiques pour assurer la protection d'un droit fondamental lésé ?***

**a. *Si oui, doit-il rétablir le droit ? Comment ?***

**b. *Peut-il même ordonner, à la suite du rétablissement du droit constitutionnel fondamental lésé, l'indemnisation de la perte économique ?***

Dans le système suisse, les droits fondamentaux ne sont en général justiciables que lorsqu'ils sont limités par l'Etat dans ses relations avec les citoyens (effet vertical). Il n'y a en principe pas d'effet horizontal direct des droits fondamentaux, c'est-à-dire qu'il ne peuvent pas être directement invoqués dans un rapport entre personnes privées, à l'exception du droit à l'égalité salariale entre hommes et femmes, auquel la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes confère un effet horizontal<sup>69</sup>. Certains rapports de droit privé (en particulier la relation horizontale entre employeur et employés) permettent – et exigent – en outre de donner un effet horizontal à certains droits fondamentaux, à savoir la liberté d'association, la liberté syndicale et le droit de grève.

La Constitution suisse prévoit une méthode d'examen particulière pour déterminer si un droit fondamental est violé (art. 36 Cst.). Les limitations aux droits fondamentaux sont admissibles, à condition de répondre à un intérêt public, de reposer sur une base légale suffisante (la base légale doit avoir d'autant plus de légitimité démocratique que la limitation du droit fondamental est sérieuse), d'être proportionnées (en ceci que la mesure doit être nécessaire et apte à atteindre le but de protection de l'intérêt public, et il ne doit pas y avoir de mesure moins sévère permettant d'atteindre le même but) et de ne pas empiéter sur le noyau dur du droit fondamental en question.

La violation du droit fondamental peut se présenter de deux manières : soit elle intervient dans la décision (acte concret) fondée sur une norme (acte abstrait) conforme à la Constitution, soit la norme elle-même s'avère contraire à la Constitution. Dans le premier cas, le constat de la violation d'un droit fondamental entraîne l'annulation de la décision.

<sup>68</sup> Cf. art. 28a al. 2 du Code civil (RS 210).

<sup>69</sup> Cf. art. 3 LEg (RS 151.1).

Dans ce second cas, il convient de distinguer, parmi les normes au sens formel (respectant une procédure d'adoption démocratique), celles adoptées par l'Etat fédéral et celles adoptées par les cantons. Les premières ont la particularité d'être immunisées, ce qui signifie qu'elles doivent être appliquées en l'état et que leur conformité à la Constitution ne peut pas être contrôlée par un juge, à l'instar du droit international (art. 190 Cst.). Les secondes peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire concret ou abstrait et, cas échéant, ne pas être appliquées ; il appartient ensuite au législateur compétent de modifier sa législation afin de rétablir la conformité à la Constitution.

Lorsqu'une loi fédérale est contraire au droit international, et particulièrement aux sources consacrant des droits fondamentaux, l'art. 190 Cst., qui exclut le contrôle de constitutionnalité n'exclut pas systématiquement<sup>70</sup> le contrôle de conventionnalité<sup>71</sup>, en vertu du principe de primauté du droit international.

La structure fédérale suisse présente la particularité de voir des droits fondamentaux consacrés tant dans la Constitution fédérale que dans les constitutions cantonales. Ainsi, le juge amené à contrôler la validité d'un acte fondé sur le droit cantonal peut également contrôler la conformité à la constitution du canton concerné.

Les droits fondamentaux peuvent être invoqués dans tous types de procédures. Toutefois, le Tribunal fédéral connaît une voie de droit particulière, le recours constitutionnel subsidiaire, permettant de faire valoir, en dernière instance fédérale, la violation d'un droit fondamental consacré par la Constitution lorsqu'aucune autre voie n'est ouverte en raison, par exemple, d'une trop faible valeur litigieuse (cf. art. 113 ss LTF). Cette voie de droit peut être réformatoire ou cassatoire, ce qui signifie que la décision peut être renvoyée, soit à l'instance précédente, soit à l'autorité qui a statué en première instance (art. 107 al. 2 LTF), ou être directement réformée par le Tribunal fédéral.

Lorsque la violation d'un droit fondamental est constatée, il convient d'appliquer les mécanismes indemnitaires habituels de droit privé, respectivement de droit public, à la question de dédommagement de la personne lésée. Lorsque le litige oppose des personnes privées, la responsabilité est régie par les règles générales du droit privé ; lorsqu'il oppose un particulier à l'Etat, la situation est plus complexe, car elle dépend des circonstances. En effet, si la violation a été commise lors de l'exercice d'une tâche publique par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions, sa responsabilité sera déterminée par le droit public, cantonal ou fédéral selon la collectivité publique impliquée. Si la violation n'est pas imputable à l'Etat, la responsabilité sera déterminée selon le droit privé fédéral.

**5. *Est-ce que la violation des droits fondamentaux connaît dans votre pays un régime spécifique d'indemnisation ? Par exemple, le constitutional damage du droit anglo-saxon. Si oui, lequel ? Comment s'applique ce système ?***

Non. Cependant, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral ont attribué des indemnités pour tort moral à des recourants pour détention illicite<sup>72</sup>. La fixation d'une

---

<sup>70</sup> La question de l'applicabilité généralisée de ce principe a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral.

<sup>71</sup> ATF 125 II 417.

<sup>72</sup> Cf. ATAF/2017/II/5) et TF 2C\_397/2012 du 19 décembre 2012.

indemnité en cas de détention illicite s'inspire de motifs d'équité, en particulier pour ce qui a trait au versement d'une indemnité pour tort moral selon les art. 41 ss CO<sup>73</sup>.

**6. Est-ce que les jurisprudences des juridictions internationales ont eu des répercussions sur le système de réparation de votre pays, notamment dans la réparation des violations massives de droits constitutionnels fondamentaux ? Si oui, lesquels ?**

Oui, en matière de prescription des actions en réparation du dommage causé par les maladies liées à l'amiante<sup>74</sup>.

**7. Dans votre pays, le juge a-t-il des instruments juridiques pour assurer la protection des droits économiques, sociaux et culturels ?**

- a. Si oui, ces droits sont-ils des droits subjectifs que les personnes peuvent réclamer par voie judiciaire ?**
- b. Si oui, comment sont-ils réparés ?**

Cf. question I.7

La Constitution suisse n'érige en droit subjectifs qu'une poignée de droits sociaux, au nombre desquels<sup>75</sup> figurent le droit à l'enseignement de base gratuit, le droit à l'aide en cas de détresse, droit à la dignité humaine (dont le droit à une sépulture décente), ou encore le droit d'accès au juge (notamment droit à l'assistance judiciaire gratuite). Certains des droits formulés comme des libertés peuvent également être qualifiés de droits sociaux : liberté syndicale (notamment droit de grève) et égalité hommes/femmes (en particulier droit à l'égalité salariale).

La Suisse applique le système moniste, ce qui signifie que le droit international n'a pas à être transposé dans l'ordre juridique suisse pour s'y appliquer, et les justiciables peuvent tirer des droits subjectifs des sources de droit international, pourvu que celles-ci soient directement applicables (i.e. « contenu suffisamment clair et précis pour servir de fondement à un jugement dans une cause déterminée »<sup>76</sup>). Le Tribunal fédéral suisse peine à reconnaître

---

<sup>73</sup> Cf. ATF 128 IV 53 consid. 7a, ATF 118 IV 420 consid. 2b ; TF 2C\_397/2012 du 19 décembre 2012, consid. 5.3

<sup>74</sup> Cf. question II.C.10.

<sup>75</sup> Selon une qualification variable en fonction des auteurs ; voir DUBEY (note 21), N 289 ; HERTIG-RANDALL MAYA/CHATTON GREGOR, Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, in : Heckendorn Urscheler Lukas (éd.), Rapports suisses présentés au XIX<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, Zurich 2014, p. 289 ss, p. 300 ss.

<sup>76</sup> Cf. notamment ATF 131 III 122.



ces droits comme justiciables et considère que les droits économiques, sociaux et culturels du Pacte ONU I n'ont pas d'effet direct, ce qui signifie qu'ils ne peuvent pas être invoqués devant les tribunaux suisses à l'appui d'une revendication. Le Tribunal fédéral s'est récemment éloigné de l'approche purement binaire de la justiciabilité des droits sociaux en reconnaissant l'obligation, pour la collectivité publique compétente, d'assurer des conditions propices à la mise en œuvre des droits sans pour autant imposer le mode ou l'ampleur de la mise en œuvre effective<sup>77</sup>.

Le principe de l'immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.)<sup>78</sup> affaiblit la protection des droits sociaux en ceci que les tribunaux n'ont pas la possibilité de relever la lésion d'un droit fondamental lorsqu'elle ressort d'une loi fédérale. Toutefois, lorsqu'un droit fondamental exige une action positive entrant dans la compétence des cantons, le juge peut relever l'inaction du législateur cantonal et lui imposer la mise en place de *mesures* assurant l'effectivité du droit fondamental tout en lui laissant une marge de manœuvre dans le choix des mesures à prendre.

Un droit social consacré par la constitution ou reconnu comme directement applicable donne ensuite lieu à la même mise en œuvre judiciaire que les libertés<sup>79</sup>.

**8. *Comment s'applique le principe de non-rétroactivité en droits sociaux, économiques et culturels dans votre pays ? P. ex., interdiction de baisser l'assurance de maisons de personnes économiquement faibles.***

Le principe de la non-rétroactivité des lois constitue la règle en droit public et en droit privé. Est discutée en revanche la question de l'application d'une nouvelle jurisprudence sur des faits qui se sont produits avant son avènement. Dans ces cas, on tend plutôt à faire application immédiate de la nouvelle interprétation, sauf si cela devait décevoir la confiance légitime que les particuliers avaient placée dans l'ancien régime et ce, surtout si elles avaient pris des dispositions en fonction de cette situation<sup>80</sup>. Il reste que ce type de réflexion prévaut avant tout en droit privé. En droit public, la tendance est plutôt de faire application immédiate d'une nouvelle jurisprudence (notamment en matière fiscale).

**9. *Est-ce que dans votre pays les non nationaux peuvent-ils ester en justice pour demander certains droits ? Si oui, comment et lesquels ?***

Les étrangers peuvent se prévaloir en principe des mêmes droits que les nationaux, sous réserve des droits politiques. Cela vaut pour les droits constitutionnels et pour les droits civils. Cas échéant, selon leur statut, les étrangers pourront être confrontés, en droit privé, à des questions de for et de droit applicable. En droit administratif (assurance sociale), le statut des étrangers n'est pas indifférent ; leur situation dépendra notamment du domicile et du fait que la personne concernée exerce ou non une activité lucrative.

---

<sup>77</sup> Cf. ATF 137 I 305.

<sup>78</sup> Cf. question III.4.

<sup>79</sup> Cf. question III.4.

<sup>80</sup> PROBST THOMAS, Die Änderung der Rechtsprechung – Eine rechtsvergleichende, methodologische höchstrichterliche Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), thèse St-Gall, Bâle 1993.

**Prof. Vincent Brulhart**  
Université de Lausanne  
vincent.brulhart@unil.ch

**Prof. Anne-Sylvie Dupont**  
Universités de Genève et Neuchâtel  
anne-sylvie.dupont@unige.ch