Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 65 (1946)

Artikel: Du recours de l'assureur contre le transporteur et spécialement contre le chemin de fer

Autor: Favre, Jean

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896048

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 04.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Du recours de l'assureur contre le transporteur et spécialement contre le chemin de fer.

Par John Favre, Dr en droit,
Adjoint du chef du Contentieux de la Direction générale des C.F.F., Berne.

TABLE DES MATIÈRES

Page

A. Le problème 270
1° Importance de l'assurance-transport 270
2° Les risques couverts par l'assureur et par le transporteur sont en partie les mêmes 270
3° Le lésé peut s'en prendre au transporteur ou à l'assureur 271
4° Solidarité imparfaite entre assureur et transporteur 272
5° L'assureur a-t-il un recours contre le transporteur? 274
6° Quand appliquera-t-on le droit suisse? 274

B. Le recours de l'assureur contre le transporteur d'après le droit suisse 275
1° L'assureur n'a pas d'action directe contre le transporteur 275
2° L'assureur ne peut invoquer la subrogation légale des articles 110 et 149 C.O. 276
3° L'assureur n'a pas d'action pour enrichissement illégitime contre le transporteur 276
4° L'assureur peut-il se prévaloir de la subrogation instituée par l'article 72 L.C.A.? 277
5° Validité d'une cession dépassant le cadre de l'article 72 L.C.A. 279
6° Dans quelle mesure l'article 51 C.O. permet-il à l'assureur de recourir contre le transporteur? 280
a) Principes de l'article 51 C.O. 280
b) But, genèse et application de l'article 51 C.O. . . 281
c) Application de l'article 51 C.O. au recours de l'assureur contre le transporteur 282
aa) Considérations générales 282
bb) L'assureur a un recours contre le transporteur en faute 283
cc) Quid lorsque le transporteur n'est pas en faute? 284

7° Légitimation, nature du droit de recours, prescription 288
a) Qualité pour agir ou pour réclamer 288
b) Nature du recours 289
c) Prescription du recours de l'assureur 289
C. Tentatives de résoudre la dualité entre l'assurance et la responsabilité du chemin de fer 290
D. Conclusions 291

A. Le problème.

1° Importance de l'assurance-transport.

L'assurance-transport joue un rôle important, en trafic international surtout, notamment dans les périodes troublées comme celles que nous traversons. En 1942, par exemple, les sociétés suisses d'assurance-transport n'ont pas encaissé moins de 89,5 millions de primes[1]).

2° Les risques couverts par l'assureur et par le transporteur sont en partie les mêmes.

Dans une mesure plus ou moins grande, selon les conditions d'assurance, les risques couverts par l'assureur et par le transporteur sont les mêmes. La responsabilité de l'assureur est généralement plus étendue que celle du transporteur. L'assureur couvre la plupart des cas de force majeure, excepté les risques politiques et sociaux, tandis que le chemin de fer n'en répond jamais. L'assureur ne peut se prévaloir qu'exceptionnellement d'une présomption d'irresponsabilité comme celle dont bénéficie le chemin de fer en trafic international, lorsque le dommage a pu résulter des dangers inhérents au transport en wagons découverts, au défaut d'emballage, au chargement ou déchargement par l'expéditeur, à la nature particulière de la marchandise, au transport d'animaux vivants[2]). Enfin, l'assureur couvre,

---

[1]) Rapport de l'Office fédéral des assurances pour l'année 1942, p. 43.

[2]) Art. 28 de la Convention internationale concernant le transport des marchandises par chemins de fer (C.I.M.) du 23 novembre

moyennant convention spéciale assez fréquente, tout ou partie du bénéfice espéré, alors que, normalement, le chemin de fer rembourse au maximum la valeur de la marchandise au départ, augmentée des frais de transport, l'indemnité étant même limitée à 100 francs-or par kilogramme en trafic international[3]). La faute de l'ayant droit et le vice propre de la marchandise libèrent l'assureur aussi bien que le transporteur. Il n'en demeure pas moins que, dans une assez grande mesure, assureur et chemin de fer couvrent les mêmes risques.

3⁰ Le lésé peut s'en prendre au transporteur ou à l'assureur.

Le lésé peut se faire indemniser à son choix par l'assureur ou par le transporteur. Le plus souvent, il se fait payer par l'assureur, non sans avoir sauvegardé ses droits vis à vis du transporteur.

Sauf convention contraire expresse, l'assureur ne peut exciper de la responsabilité du transporteur pour refuser d'indemniser l'assuré. Il est tenu même si le dommage assuré a été causé par un tiers[4]). Aux termes de l'article 41 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (L.C.A.) et de l'article 47 des conditions générales suisses pour l'assurance des marchandises contre les risques de transport (C. G. A. T. 1940), l'indemnité incombant à l'assureur est exigible quatre semaines après la remise des documents (facture,

---

1933. Voir aussi § 86 du règlement de transport des entreprises de chemins de fer suisses (R.T).

[3]) Art. 29, al. 1, C.I.M.

[4]) Guhl, Das schweiz. O.R., 3ème édition, pp. 145 et 756; Hartmann, Der Regreß bei Haftung mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen 1942; Roelli-Jaeger ad Art. 72, N. 1; Roos, Über die Subrogation nach schweiz. Recht 1928, p. 47; Philippi, Erhaltung und Durchführung des Subrogationsregresses in der Schadensversicherung 1926, p. 2; Hüppi, Der Regreß des Versicherers, 1924, p. 22; Thut, Der Regreß des Versicherers, 1924, p. 7; von Tuhr, S.J.Z. 18, p. 233 ss.; Protokoll der Verhandlungen zur Beratung eines Entwurfes zu einem B.G. über den V.V., p. 41; Eisenbahnrechtliche Entscheidungen 45, p. 64; 46, p. 375.

titres de transport, procès-verbaux, rapports d'expertise, etc.) qui permettent de se convaincre du bien fondé de la prétention. L'article 45 des conditions précitées, qui oblige le preneur à faire valoir ses droits contre le transporteur à la demande de l'assureur, ne signifie pas que l'assureur puisse refuser d'indemniser, tant que la prétention de l'ayant droit vis-à-vis du transporteur resterait en suspens. Les conditions générales ne contiennent aucune disposition expresse en ce sens. L'obligation imposée au preneur par l'article 45 a simplement pour but de sauvegarder les droits éventuels de l'assureur contre le transporteur, mais non de permettre à l'assureur de faire attendre l'assuré au delà du délai fixé par l'article 49.

4° Solidarité imparfaite entre assureur et transporteur.

Dans la mesure où l'assureur et le transporteur répondent du même dommage, il y a entre eux solidarité imparfaite[5]). Le lésé peut réclamer la réparation du dommage à deux personnes, qui en répondent à des titres juridiques différents (contrat d'assurance et contrat de transport), mais avec cet effet que le paiement de l'un des responsables fait tomber l'action du lésé contre l'autre[6]).

[5]) Guhl, op. cit., p. 145; Hartmann, op. cit., p. 104; Schmitt, Das Regreßrecht des Versicherers, 1941, p. 104; Schaerer, Haftpflicht und Schadenersatz, 1940, p. 57; von Tuhr, Partie générale du C.O., p. 367; Thut, op. cit., p. 25; A.T.F. 63 II, p. 143; J.d.T. 1937 I, p. 666.

[6]) Schaerer, op. cit., p. 55; Guhl, op. cit., p. 756; Hartmann, op. cit., pp. 38, 102; Schmitt, op. cit., p. 4; Oftinger, Schweiz. Haftpflichtrecht, 1940, pp. 273, 277 (nombreux arrêts cités); Oser-Schönenberger, O.R. ad Art. 51, rem. 11, Blume-Weirauch, E.V.O. 1928, ad § 85, p. 322; Brühlmann, Haftung und Rückgriff im Schadenersatz, 1927, p. 82; Philippi, op. cit., p. 3; Rundnagel, Haftung, 1924, p. 123; Hüppi, op. cit., p. 12; von Tuhr, S.J.Z. 18, p. 233 ss.; Ostertag, Das B.G. über den V.V., 1915, p. 203; Rölli-Jaeger, Commentaire de la L.C.A., ad art. 72, N. 1, N. 2; Gröner, Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtsansprüche, 1912, p. l., 33; Message L.C.A., F.F. 1904, p. 00; Rölli, Z.s.R. 18, p. 1899 ss., ad art. 62; Rölli, Entwurf

On ne saurait contester la solidarité imparfaite entre assureur et transporteur, sous prétexte qu'ils ne sont pas toujours tenus vis-à-vis de la même personne. De fait, l'assuré et la personne ayant qualité pour agir contre le transporteur ne se confondent pas toujours. L'acheteur, qui supporte le plus souvent les risques du transport, recourt fréquemment à des intermédiaires, commissionnaires-expéditeurs ou destinataires, pour le transport ou l'assurance. Cela n'empêche point que l'assureur et le transporteur répondent du même dommage. Ce dommage est toujours, en définitive, celui de la personne qui supporte les risques de la chose transportée. C'est à cette personne que l'assuré et celui qui peut agir contre le transporteur sont, en fin de compte, tenus de verser l'indemnité qu'ils reçoivent. Pour qu'il y ait solidarité imparfaite entre deux responsables, il suffit qu'ils aient à répondre du même dommage. Il n'est pas nécessaire qu'ils en répondent directement vis-à-vis de la même personne.

Certains auteurs déduisent du fait que l'indemnité due par le chemin de fer est fixée objectivement sans égard au dommage subjectif effectivement subi [7]), qu'elle est due même si le dommage a déjà été supporté par l'assurance [8]). A tort. Les dispositions qu'ils invoquent concernent le montant de l'indemnité et non la question de savoir si une indemnité est encore due à l'ayant droit déjà indemnisé par un tiers. Cette dernière question n'est pas résolue par le droit des transports, mais par le droit commun. En vertu du droit suisse, la solidarité imparfaite entre assureur et transporteur a pour conséquence que le paiement

V.V.G. mit Motiven, p. 78; A.T.F. 63 II, p. 143, J.d.T. 1937, p. 666; A.T.F. 61 II, p. 85 ss.; Weiss, N. 4371; Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance (publié par le Bureau fédéral des assurances) R.B.A. V, n° 267, IV, n° 222.

[7]) C.I.M., art. 29 et 32; R.T. §§ 89 et 92.

[8]) von Nanassy, Das internationale Eisenbahnfrachtrecht, ad art. 29, rem. 3, p. 407; Seligsohn, I.Ue.G. 1924, p. 435, Loening, I.Ue.G. 1924, ad art. 29, rem. 4.

de l'assureur libère le transporteur vis-à-vis de l'ayant droit [9]).

5° L'assureur a-t-il un recours contre le transporteur ?

Dans quelle mesure l'assureur succède-t-il aux droits des parties au contrat de transport? Le question n'est pas réglée par le droit de transport, mais par le droit commun. Elle présente un intérêt tout spécial en Suisse, étant donné certaines particularités de notre droit quant au recours de l'assureur contre le tiers responsable (art. 72 L.C.A., art. 51 C.O.). Alors que le droit étranger accorde généralement à l'assureur un recours contre tout tiers responsable, l'article 72 L.C.A. lui permet seulement de recourir contre l'auteur d'un acte illicite. L'article 51 C.O. s'en remet en définitive à la libre appréciation du juge.

6° Quand appliquera-t-on le droit suisse ?

Avant d'examiner plus à fond la solution du droit suisse, on doit se demander quand il s'applique. Ce sera le cas chaque fois qu'un assureur suisse ou étranger recourra, en Suisse, contre un transporteur, que les responsabilités du transporteur et de l'assureur soient d'ailleurs soumises à la loi suisse, à la loi étrangère ou à une convention internationale. La question du recours entre responsables doit manifestement être tranchée par la lex fori, puisque l'assureur et le transporteur ne sont pas liés l'un à l'autre par un contrat.

Supposé que le recours de l'assureur contre le chemin de fer soit soumis à la loi suisse, sur quelles dispositions peut-il être fondé et dans quelle mesure peut-il être admis? L'assureur a-t-il une action directe pour acte illicite contre le transporteur, peut-il invoquer la subrogation des articles 110 et 149 C.O., ou celle de l'article 72 L.C.A., une cession conventionnelle ou un droit de recours basé sur l'article 51 C.O.?

---

[9]) Cf. note 6.

B. Le recours de l'assureur contre le transporteur d'après le droit suisse.

1⁰ L'assureur n'a pas d'action directe contre le transporteur.

Aux termes de l'article 41 C.O., «celui qui cause d'une manière illicite un dommage à autrui, soit intentionnellement soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer».

L'assureur peut-il prétendre que le transporteur lui «cause» un «dommage» d'une manière «illicite» et par sa «faute»?

La jurisprudence et la doctrine française l'ont admis jusqu'au début du siècle sur la base des articles 1382 et 1585 du Code civil français[10]). On admettait que le fait du transporteur produisait ses conséquences préjudiciables dans le patrimoine de l'assureur. Même en France, cette thèse est actuellement abandonnée par la jurisprudence et par la doctrine dominantes[11]).

En Suisse, elle est repoussée par la doctrine et la jurisprudence unanimes[12]). L'assureur ne subit pas de dommage au sens juridique de ce terme. Le lésé n'est pas l'assureur, mais l'assuré. L'assureur est couvert d'avance par les primes qu'il a perçues. Abstraction faite du cas où le tiers responsable aurait eu l'intention de léser l'assureur, le fait du transporteur n'est pas illicite à l'égard de l'assureur. Enfin, il n'y a pas causalité adéquate entre le

---

[10]) Clerc, Le recours de l'assureur en matière d'assurance-transport, Bulletin des transports internationaux, octobre 1943.

[11]) Clerc, op. cit.

[12]) Haymann, J.d.T. 1944, I, p. 258 ss., et auteurs cités; Hartmann, op. cit. p. 103; Oftinger, op. cit., p. 37 et p. 277; Lanz, Les rapports entre la responsabilité et l'assurance dans le transport des marchandises par voie ferrée, 1938, p. 75; Rölli-Jaeger, ad art. 72, N. 3; Roos, op. cit., p. 47; Hüppi, op. cit., p. 7; Thut, op. cit., p. 63; Ostertag, op. cit., p. 203; message L.C.A., F.F. 1904, I, p. 316 (éd. all.); Rölli, Z.f.s.R. 18, p. 1899; R.B.A. VIII, n⁰ 233, V, n⁰ 301; A.T.F. 50 II, p. 186; 26 II p. 322 ss.; 23 II, p. 1779.

prétendu dommage de l'assureur et le fait du tiers responsable. L'obligation de l'assureur a sa source non dans le fait du tiers responsable, mais dans le contrat d'assurance. L'action directe de l'assureur doit donc être catégoriquement rejetée, en l'absence de dommage, d'«illicéité» et de «causalité» adéquate, même si le tiers responsable est en faute.

2° L'assureur ne peut invoquer la subrogation légale des articles 110 et 149 C. O.

D'après l'article 110 C. O., le tiers qui paie le créancier est légalement subrogé dans les droits de ce dernier lorsque le créancier a été prévenu par le débiteur que le tiers qui le paie doit prendre sa place. En d'autres termes, celui qui paie la dette d'autrui est subrogé dans les droits du créancier à la condition indiquée ci-dessus. L'assureur ne peut se prévaloir de cette disposition, puisqu'il ne paie pas la dette d'autrui, mais sa propre dette assumée en vertu du contrat d'assurance et trouvant son équivalent dans les primes[13]).

L'assureur ne peut invoquer non plus la subrogation accordée par les articles 148 et 149 C. O. au débiteur solidaire. Concernant la solidarité parfaite, ces dispositions ne s'appliquent pas à la solidarité imparfaite, seule en cause ici, puisque les différents débiteurs ne répondent pas en vertu d'une cause commune, mais de causes différentes[14]).

3° L'assureur n'a pas d'action pour enrichissement illégitime contre le transporteur.

D'après l'article 62 C. O., celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui est tenu à restitution.

---

[13]) Clerc, op. cit., p. 4; Thut, op. cit., p. 31; R.B.A. I, n° 232, 233.

[14]) Becker, O.R. p. 280; A.T.F. 69 II 162; 55 II 313; 43 II 210; 38 II 218.

Sans compter que le transporteur n'est pas, à proprement parler, enrichi par le paiement de l'assureur à l'assuré, il saute aux yeux que ce paiement n'est pas sans cause légitime; il a sa cause dans l'obligation assumée par l'assureur.

4° L'assureur peut-il se prévaloir de la subrogation instituée par l'article 72 L.C.A.?

Aux termes de l'article 72 L.C.A., «les prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée».

Alors que la plupart des droits étrangers subrogent l'assureur contre tout tiers responsable[15]), le droit suisse sur le contrat d'assurance limite la subrogation au cas où le tiers responsable a commis un acte illicite. L'avant-projet suisse subrogeait l'assureur contre tout tiers responsable[16]). La subrogation visant essentiellement à éviter que le tiers responsable ne profite de l'assurance, les commissions d'expert ont considéré que cette raison avait moins de poids lorsque le tiers n'avait pas commis d'acte illicite. Elles ont également voulu empêcher l'assureur de retirer de trop gros avantages de faits dont il ne tient généralement pas compte dans la fixation des primes[17]).

Par acte illicite, au sens de l'article 72 L.C.A., il faut entendre, selon la doctrine et la jurisprudence unanimes, celui-même que définit l'article 41 C.O., soit un acte contraire au droit indépendant de toute obligation contractuelle, et impliquant une faute personnelle[18]). L'assureur

---

[15]) Art. 36 de la loi française du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance; § 67 de la loi allemande sur le contrat d'assurance; § 62 de la loi autrichienne.

[16]) Rölli-Jaeger, op. cit. ad art. 72, rem. 15; Rölli, Projet et exposé des motifs L.C.A. ad art. 68.

[17]) Procès-verbaux des commissions d'experts ad art. 68.

[18]) Oftinger, op. cit., p. 283; Rölli-Jaeger, op. cit. ad art. 72, rem. 15; Guhl, O.R. p. 756; Schärer, op. cit., p. 236; A.T.F. 62 II 181; 49 II p. 89 ss.; 47 II p. 408 ss.; 45 II p. 638 ss.

n'est pas subrogé selon l'article 72 L.C.A. si le tiers répond en vertu de la loi et sans faute (par exemple l'employeur [art. 55 C.O.], le détenteur d'animaux [art. 56], le propriétaire de bâtiments [art. 58], l'incapable de discernement [art. 54], l'entreprise de chemin de fer [L. r. ch.], le propriétaire d'installations électriques [L.I.E.], le détenteur d'automobiles [L.C.A.]). Il n'est pas subrogé non plus si le tiers n'a fait que violer une obligation contractuelle par un acte qui ne serait pas contraire à l'ordre juridique en dehors de toute obligation contractuelle[19]).

Pour qu'un acte illicite puisse être reproché à une personne morale, il ne suffit pas que ses employés soient en faute (il s'agit alors d'une responsabilité ex lege); il faut que ses organes eux-mêmes (conseil d'administration ou direction pour une société anonyme) soient personnellement en faute (art. 55 C.C.S.)[20]). Le Tribunal fédéral a jugé, par exemple, qu'on ne pouvait reprocher un acte illicite aux C.F.F. si leur conseil d'administration, la direction générale ou les directions d'arrondissement n'étaient par personnellement en faute[21]).

Dans ces conditions, le fait du transporteur constituera rarement un acte illicite au sens des articles 72 L.C.A. et 41 C.O. Pour que ce fût le cas, il faudrait d'abord qu'il fût contraire à l'ordre juridique, abstraction faite de tout lien contractuel[22]). Il faudrait ensuite qu'il fût dû à la faute du transporteur, c'est à dire du conseil d'administration ou de la direction du chemin de fer, puisqu'aujour-

---

[19]) Voir note 3 ci-dessus et en outre: Berthoud, L'assurance des marchandises contre les risques de transport, 1942, N. 409; Roos, op. cit., p. 51; Hüppi, op. cit., pp. 22 et 23; Procès-verbaux des commissions d'expert L.C.A. ad art. 68; S.J.Z. 1940/41, p. 365, n° 222.

[20]) Rölli-Jaeger, ad art. 72 L.C.A., rem. 18; Hüppi, op. cit. 162; A.T.F. 49 II, p. 91; 47 II, p. 408 ss.; 45 II p. 638 ss. cons. 1; R.B.A. VIII 235.

[21]) A.T.F. 47 II, p. 408 ss.

[22]) Roos, op. cit., p. 51; Hüppi, op. cit., p. 22 ss.. Prot. commissions d'experts L.C.A. ad art. 68.

d'hui presque tous les chemins de fer appartiennent à l'Etat ou à des sociétés. On peut donc dire qu'en pratique, l'article 72 L.C.A. n'est pas d'un grand secours pour l'assureur contre le transporteur.

5° Validité d'une cession dépassant le cadre de l'article 72 L.C.A.

Aussi bien, l'assureur n'invoque-t-il pas généralement l'article 72 L.C.A., mais une cession conventionnelle des droits de l'assuré.

L'article 49 des conditions générales suisses de 1940 pour l'assurance des marchandises contre les risques de transport (C.G.A.T.) dispose ce qui suit: «En payant l'indemnité, l'assureur est subrogé au preneur dans ses droits contre les tiers responsables du dommage.

«La subrogation se produit même à défaut de cession; mais l'assureur peut exiger un acte de cession.»

En réalité, il ne s'agit pas d'une véritable subrogation, puisqu'en droit suisse, la subrogation est limitée aux cas prévus par la loi[23]). En dépit de l'alinéa 2 ci-dessus, il s'agit d'une cession conditionnelle de droits futurs et incertains. L'assuré cède d'avance à l'assureur les droits qu'il pourrait avoir contre tout tiers responsable, à condition que l'assureur l'indemnise. Cette cession est-elle valable? Le droit suisse admet la cession écrite de créances futures et éventuelles. On doit se demander pourtant si l'article 72 L.C.A., qui limite la subrogation aux prétentions résultant d'un acte illicite, ne fait pas obstacle à une cession des prétentions résultant d'un contrat ou simplement de la loi. De bons auteurs soutiennent que l'article 72 L.C.A., loi spéciale antérieure par rapport au C.O., règle seul le recours de l'assureur[24]) et que ce recours ne saurait être étendu par

---

[23]) Berthoud, op. cit. n° 409.

[24]) Oser-Schönenberger, ad art. 51, rem. 12; von Tuhr, J.Z. 18, p. 233, 235 (a cependant changé d'avis, C.O. p. 367); Roos, op. cit., p. 51; Hüppi, op. cit., p. 20, 57, 91.

convention[25]). A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais tranché la question expressément. Il a cependant laissé entendre occasionnellement que la cession pouvait aller plus loin que la subrogation[26]). De fait, l'article 72 L.C.A., al. 1 et 2, n'est pas mentionné aux articles 97 et 98 L.C.A. dans la liste des dispositions impératives. Les auteurs que nous avons cités ci-dessus soutiennent cependant qu'une cession plus étendue toucherait aux droits des tiers et serait dès lors inopérante. On peut leur donner raison en ce sens que la «subrogation» ne peut être étendue par convention. En revanche, rien n'empêche que, dans le cadre général du droit, l'assuré cède d'avance à l'assureur des droits dans lesquels celui-ci n'est pas déjà subrogé par la loi. Cette cession n'aggrave pas la situation du tiers responsable. La L.C.A. et notamment l'article 72 ont avant tout pour but de régler les rapports de l'assureur avec l'assuré et non ceux de l'assureur ou de l'assuré vis-à-vis des tiers. Cependant la cession doit rester dans le cadre général du droit et notamment de l'article 51 C.O.[27]).

6° Dans quelle mesure l'article 51 C.O. permet-il à l'assureur de recourir contre le transporteur?

a) Principes de l'article 51 C.O.

D'après l'article 51 C.O., «lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales, concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie». Ce renvoi à l'article 50, al. 2, C.O. signifie que le juge apprécie si les divers responsables ont un droit de recours les uns contre les autres et détermine, le cas échéant, l'étendue de ce recours. L'article 51, al. 2, donne cependant une directive au juge en disposant que

---

[25]) Lex posterior generalis non derogut priori speciali.

[26]) A.T.F. 45 II, p. 638.

[27]) Bull. stén. 1909, p. 517 ss.; Becker, C.O., p. 280; A.T.F. 45 II 638 ss.

«le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part, ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi.»

b) But, genèse et application de l'article 51 C.O.

L'article 51 C.O. qui, sauf erreur, n'a pas son pendant dans les droits étrangers, a pour but d'atténuer les conséquences de la solidarité en assurant un règlement de compte équitable entre les responsables, quel que soit celui auquel le lésé s'est d'abord adressé[28]). Il doit son existence à l'initiative du parlement lors des débats de 1909 sur la revision du C.O. Il vise tout spécialement l'assureur et cherche à empêcher ce dernier, couvert d'avance par les primes, de recourir contre un tiers qui n'a pas commis de faute[29]). Le législateur a voulu que le dommage reste en définitive à la charge de celui que désignent l'équité et le sentiment du droit. Sur la base de cette disposition, la jurisprudence exclut en principe le recours de l'assureur contre les personnes responsables en vertu de la loi, sans faute de leur part, par exemple contre l'employeur, le détenteur d'animaux, le propriétaire de bâtiments, l'exploitant d'un chemin de fer, le propriétaire d'installations électriques, la personne morale dont les organes n'ont pas commis de faute[30]). Elle admet au contraire que ces personnes ont un droit de recours contre l'assureur si elles ont indemnisé avant lui.

Le Tribunal fédéral a jugé qu'un établissement d'assurance contre l'incendie n'avait pas de recours contre un locataire qui avait causé un incendie en violant une obligation contractuelle[31]).

[28]) Rölli-Jaeger, op. cit. ad art. 72, rem. 69; Schmitt, op. cit., p. 17 ss.; Haymann, J.d.T. 1944, p. 258 ss., 262. A.T.F. 45 II, p. 638.

[29]) A.T.F. 49 II, p. 92 ss.; 47 II, p. 408.

[30]) A.T.F. 49 II, p. 92 ss.; 47 II, p. 408 ss.; 45 II, p. 638 ss.

[31]) A.T.F. 55 II, p. 121.

Il a précisé, d'autre part, que l'ordre des responsabilités dépend exclusivement du juge et ne peut être fixé valablement par un des responsables, d'entente avec le lésé, au moyen d'une cession par exemple[32]).

L'article 51 C.O. s'applique au recours de l'assureur lorsque le tiers n'a pas commis d'acte illicite au sens de l'article 72 L.C.A., mais que sa responsabilité est contractuelle ou simplement légale. L'article 51 C.O. s'applique même à défaut de cession et malgré l'existence d'une cession. On peut même se demander si l'article 72 L.C.A. n'a pas été abrogé par l'article 51 C.O., adopté spécialement pour régler le recours entre assureur et tiers responsable. Le principe «lex posterior generalis non derogat priori speciali» n'est pas absolu, notamment lorsque le législateur avait apparemment l'intention de créer une règle générale «balayant tout ce qui lui est contraire»[33]).

c) Application de l'article 51 C.O. au recours de l'assureur contre le transporteur.

aa) Considérations générales.

Quoi qu'il en soit, il appartient au juge, et à lui seul, d'apprécier selon l'article 51 C.O. si l'assureur a un droit de recours contre le transporteur, puisque, comme nous l'avons montré ci-dessus, l'hypothèse d'un acte illicite du transporteur est purement théorique.

A quelle solution le juge arrivera-t-il vraisemblablement sur la base de l'article 51 C O. ? Il est nécessaire d'examiner d'abord la nature des responsabilités de l'assureur et du transporteur. La première est sans aucun doute une responsabilité contractuelle engagée en l'absence de toute faute de l'assureur. Quant à la responsabilité du transporteur, c'est une responsabilité contractuelle aggravée, offrant

---

[32]) A.T.F. 45 II, p. 645; Hartmann, op. cit. p. 39, 72; Oftinger, op. cit., p. 273; Oser-Schönenberger, op. cit., p. 358; Hüppi, op. cit., p. 15.

[33]) Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 2ème édition, p. 135.

une certaine analogie avec la responsabilité causale, puisque le chemin de fer peut avoir à répondre du simple cas fortuit, sans que lui-même ou ses employés soient en faute[34]).

Le juge aura donc à régler le recours entre deux responsabilités contractuelles dont l'une ne comporte jamais de faute, dont l'autre n'en comporte pas nécessairement. Certains prétendent que l'article 51 C.O. serait inapplicable, parce qu'il n'y aurait pas concours entre diverses causes de dommage (acte illicite, contrat, loi), mais entre causes de même nature (plusieurs contrats)[35]). Cette opinion n'est pas fondée. Tout en étant de même nature, les causes n'en sont pas moins différentes, puisque l'assureur et le transporteur ne se sont pas engagés par un contrat commun. Au cours des délibérations des Chambres, le rapporteur Huber a pris pour exemple d'application de l'article 51 C.O. un concours de responsabilité entre voiturier et chemin de fer[36]). Le Tribunal fédéral et des cours cantonales ont jugé maintes fois que les causes différentes dont il est question à l'article 51 C.O. peuvent être de même nature[37]). La plupart des auteurs qui n'admettent pas l'application directe de l'article 51 C.O., recommandent d'appliquer cet article par analogie[38]).

Que fera dès lors le juge à l'appréciation duquel le législateur s'en est remis quant au droit de recours entre responsables de même ordre, sans lui donner d'autre directive que son sentiment du droit et de l'équité?

bb) L'assureur a un recours contre le transporteur en faute.

Il est permis d'admettre que, d'ordinaire, le juge mettra le dommage à la charge du transporteur chaque fois que

---

[34]) Lanz, op. cit., p. 27.

[35]) Oftinger, p. 260, 283; Lanz, op. cit., p. 73.

[36]) Bull.stén. C.N. 1909, p. 522.

[37]) A.T.F. 69 II, p. 162; 61 II, p. 85; 55 II, p. 314; 50 II, p. 186; 47 II, p. 430; S.J.Z. 1915, p. 194.

[38]) Hartmann, op. cit., p. 33; Becker, op. cit., p. 282; Schärer, op. cit., p. 55; Oser-Schönenberger, op. cit., p. 359; Gröner, op. cit., p. 83.

ce dernier ou ses gens sont en faute. Cette solution s'imposera généralement, étant donné l'importance primordiale de la faute dans le jeu de l'article 51 et le danger que le chemin de fer et son personnel ne négligent leurs devoirs s'ils pouvaient espérer que les dommages causés par leur faute restent finalement à la charge des assurances-transport. Pour cette dernière raison, on admettra, en principe, le recours chaque fois que le transporteur responsable ne peut prouver que ni lui ni ses employés ne sont en faute. Si l'on exigeait que la faute soit prouvée par l'assureur, le transporteur échapperait fréquemment au recours, puisque l'assureur ignore souvent dans quelles conditions s'est déroulé le transport.

cc) Quid lorsque le transporteur n'est pas en faute?

Quel sort le juge réservera-t-il au recours de l'assureur si le chemin de fer responsable réussit à prouver que ni lui ni ses gens ne sont en faute, en d'autres termes que le dommage est dû à un cas fortuit? S'il établit par exemple que le dommage est dû à une collision avec un camion seul fautif, à une rupture d'essieu que rien ne permettait de prévoir, à un incendie provoqué par un tiers, à un vol de tiers que la surveillance raisonnablement exigible n'eût pas permis de prévenir, soit plus généralement à des faits de tiers ou à des incidents d'exploitation pratiquement inévitables?

Les considérations suivantes pourraient amener le juge à faire droit au recours de l'assureur.

L'assuré ne s'assure pas, dit-on, dans l'intérêt du chemin de fer, mais dans son intérêt. Cet argument ne saurait être décisif puisque l'intérêt de l'assuré n'est plus en jeu et que ce dernier ne s'assure pas non plus dans l'intérêt de l'assureur.

En cédant d'avance tous ses droits à l'assureur, l'assuré aurait manifesté sa volonté que le dommage reste en définitive à la charge du chemin de fer. Nous avons vu ci-dessus que la volonté du lésé n'est pas déterminante,

mais bien le sentiment de l'équité du juge. La cession dont se prévaut l'assureur n'est d'ailleurs pas tant une manifestation de la volonté de l'assuré qu'une condition générale dictée par l'assureur, généralement la partie la plus forte. Rien ne permet de dire que s'il était parfaitement libre, l'assuré consentirait au recours contre le transporteur lorsque ce dernier et ses employés ne sont manifestement pas en faute.

Le chemin de fer, même losqu'il n'est pas en faute, serait plus près du dommage que l'assureur. En l'absence de faute, cette proximité ne saurait être décisive.

La possibilité donnée à l'assureur de recourir contre le chemin de fer permettrait à l'assureur de réduire les primes dans l'intérêt de l'assuré. Cet argument serait assez difficile à réfuter si les assurances-transport étaient fondées sur la mutualité et s'il était certain que tous les versements du chemin de fer reviennent indirectement à l'assuré. Actuellement, il n'en est pas ainsi. Les assurances-transport cherchent à réaliser des bénéfices dans la mesure où la concurrence le leur permet. Rien ne garantit que les sommes que l'assureur réussit à se faire rembourser reviennent intégralement aux assurés. L'exclusion du recours en l'absence de faute n'est pas de nature à compromettre l'équilibre de l'assurance-transport ou à provoquer une augmentation des primes. Les cas où le chemin de fer réussira à prouver qu'il n'est pas en faute resteront une minorité.

Mêmes s'il y avait quelque chose de fondé dans les arguments que nous nous sommes efforcés de neutraliser ci-dessus, d'autres feraient pencher la balance en faveur du transporteur non fautif.

L'article 72 L.C.A., l'article 51 C.O., la doctrine et la jurisprudence sont dominés par le désir de ne pas accorder à l'assureur, qui s'est fait couvrir d'avance par des primes, des droits de recours trop étendus et d'éviter notamment le recours contre celui qui n'a commis aucune faute[39]). Le

[39]) B.Bl. 1904 I, p. 316; Prot. L.C.A., p. 41; Stén.Bull. 1909 C.N., p. 522; Oser-Schönenberger, p. 358; Schaerer, op. cit., p. 57; A.T.F. 49 II 92; 47 II 408; 45 II 638.

Tribunal fédéral permet au juge de libérer partiellement ou totalement le tiers responsable pour des motifs qui ne seraient pas déterminants en cas d'action directe du lésé (situation financière du tiers, faute légère, faute d'un autre tiers, etc.)[40]. Il l'autorise même, par raison d'équité, à exonérer en tout ou en partie un responsable fautif qui devrait supporter le dommage d'après l'ordre des responsabilités fixé à l'article 51, al. 2, C. O.[41]. N'est-il pas allé jusqu'à rejeter le recours d'un établissement d'assurance contre un locataire qui avait causé un incendie en violant une clause de son bail[42]. A notre connaissance, les tribunaux suisses n'ont jamais eu à trancher expressément la question de l'application de l'article 51 C. O. au recours de l'assureur contre le transporteur. Le Tribunal du district de Bâle a admis le recours d'une assurance contre un commissionnaire-expéditeur[43]. Il a précisé cependant que se recours devait être admis dans la mesure où le commissionnaire-expéditeur ou les gens dont il devait répondre étaient en faute. Pour des raisons formelles, le Tribunal fédéral a refusé de se prononcer dans une affaire semblable, l'article 51 C. O. n'ayant pas été invoqué devant les instances cantonales[44]. (C'est dire que la question ne lui paraissait pas jugée d'avance!)

Grâce à l'article 51 C. O. et aux assurances conclues par les lésés, nombre de responsables ex lege (employeur, détenteur d'animaux, propriétaire de bâtiments, d'installations électriques, etc.) échappent à leur responsabilité, lorsqu'une faute ne peut leur être reprochée. Eu égard à cette jurisprudence, il serait inéquitable de condamner le transporteur à indemniser l'assureur, lorsque le premier prouve qu'aucune faute ne peut lui être reprochée.

---

[40]) A.T.F. 50 II 186 ss.
[41]) A.T.F. 55 II 122.
[42]) A.T.F. 55 II 121, J.d.T. 1929 I 450.
[43]) S. J. Z. 1940/41, p. 365, cons. 4 in fine.
[44]) R.B.A. IV, p. 226.

Il est vrai que le transporteur a assumé par contrat une responsabilité pouvant aller jusqu'au cas fortuit et qu'il a perçu des frais de port. Remarquons cependant que l'assureur s'est engagé, lui, à répondre essentiellement du cas fortuit et du cas de force majeure et qu'il a perçu à cette fin des primes importantes[45]), plus importantes en tout cas que la part des frais de port représentant théoriquement l'équivalent de la responsabilité du transporteur. Nous disons bien théoriquement, puisqu'en fait la concurrence empêche parfois le chemin de fer de percevoir des prix couvrant ses frais.

Les chemins de fer sont des services publics travaillant avant tout dans l'intérêt général; leur situation financière est difficile. Au contraire, les sociétés d'assurance sont des entreprises privées, visant, nul ne le leur reproche, à réaliser des bénéfices; elles sont en général en excellente situation financière. Il serait inéquitable que des entreprises privées, encaissant des primes importantes et faisant de bonnes affaires, puissent recourir contre des services publics en difficulté financière, lorsque ces derniers prouvent qu'on ne peut leur reprocher aucune faute.

Lorsqu'il est en droit de recourir contre le transporteur, l'assureur conserve la prime, de sorte que non seulement il ne subit aucun dommage, mais qu'il s'enrichit. Même si cela se justifie, eu égard à la technique de l'assurance, cela facilite l'exclusion du recours dans certains cas. L'assuré n'est pas lésé, puisque les primes ne lui sont jamais remboursées et que l'exclusion du recours, lorsque le tiers n'est pas en faute, n'est pas de nature à amener une augmentation des primes, ces cas restant une minorité.

Le chemin de fer ne négligera pas ses obligations puisque, dans les limites de sa responsabilité, il devra en principe indemniser l'assureur s'il ne prouve que ni lui ni ses gens ne sont en faute.

---

[45]) En 1942 les assurances suisses de transport ont encaissé $89^1/_2$ millions de primes et payé $46^1/_2$ millions d'indemnité. Depuis 1935, les indemnités ont représenté de 43 à 68% des primes.

Rien n'empêchera d'ailleurs le juge d'admettre partiellement le recours si les circonstances particulières du cas lui paraissent équitablement l'exiger.

L'exclusion du recours dans les cas que nous avons dits ne mettrait pas les compagnies suisses d'assurance en état d'infériorité vis-à-vis des compagnies étrangères, puisque le droit suisse s'applique même aux compagnies étrangères recourant en Suisse contre un transporteur suisse.

7° Légitimation, nature du droit de recours, prescription.

Il nous reste à examiner brièvement qui peut faire valoir les droits de recours contre le transporteur, la nature du droit de recours et la prescription à laquelle il est soumis.

a) Qualité pour agir ou pour réclamer.

Dans la mesure où l'assureur a indemnisé, le droit de réclamation ou d'action n'appartient plus qu'à l'assureur dans les limites que nous avons tracées ci-dessus[46]). Rien n'empêche pourtant l'assureur de charger l'assuré (expéditeur, destinataire, commissionnaire-expéditeur, etc.) de réclamer au nom et pour le compte de l'assureur. Rien ne s'oppose non plus à une rétrocession à l'assuré ou à un tiers. Il est inadmissible, en revanche, que la compagnie d'assurance charge l'assuré de réclamer ou d'agir en son propre nom en dissimulant qu'elle l'a déjà indemnisé. Nombre d'assurances recourent néanmoins à ce procédé dans l'espoir que le chemin de fer sera plus «coulant» vis-à-vis de son client. Cela est inadmissible. Le chemin de fer doit savoir qui a qualité pour agir. L'assuré ne saurait faire valoir en son propre nom des droits qu'il n'a plus, rétrocession réservée, bien entendu.

---

[46]) Voir A. 4. Il doit d'ailleurs y avoir correspondance entre le dommage couvert par l'assurance et celui dont la réparation est demandée au transporteur. Hartmann, p. 105; Schmitt, p. 91; Roos, p. 52; Hüppi, p. 63.

b) Nature du recours.

Les règles de la subrogation doivent être appliquées par analogie au recours selon article 51 C.O.[47]). Dans la mesure où ce droit de recours existe, l'assureur est subrogé dans les droits des personnes ayant qualité pour agir ou pour réclamer en vertu du droit des transports. Il ne peut avoir plus de droits qu'elles et il peut se voir opposer toutes les exceptions que le chemin de fer aurait pu leur opposer. Comme le dit le Tribunal cantonal de Zoug dans un jugement du 22 janvier 1937: «il s'agit d'une fiction semblable à celle des articles 110 et 149 C.O.; malgré le paiement, on admet que la créance éteinte continue à subsister en la personne du créancier pour passer à celui qui le paie[48]).»

c) Prescription du recours de l'assureur.

Les droits de l'assureur se prescrivent exactement comme ceux de l'ayant droit en vertu du droit des transports. C'est dire que le délai court dès que les conditions en sont réalisées dans la personne de l'ayant droit, que l'assureur peut se prévaloir des suspensions et des interruptions dont l'ayant droit bénéficie et que les délais sont ceux du droit des transports. La créance de l'assureur est affectée des mêmes risques de prescription que celle de l'ayant droit. Même si l'on ne voulait pas admettre l'application analogique des règles de la subrogation, on aboutirait au même résultat en considérant que le recours de l'assureur ne saurait aggraver la situation du tiers responsable[49]).

---

[47]) Roos, p. 46.

[48]) R.B.A. VIII, p. 233.

[49]) Schmitt, p. 88; Schärer, p. 59; A.T.F. 55 II, p. 123; Z.B.J.V. 65, 573.

C. Tentatives de résoudre la dualité entre l'assurance et la responsabilité du chemin de fer.

Certains auteurs insistent sur le fait que l'assurance et le transporteur couvrent à peu près les mêmes risques. Ils estiment que les deux responsabilités sont insuffisantes, étant donné les prestations de l'assuré. Ils proposent de remplacer la responsabilité du chemin de fer par une assurance obligatoire auprès d'un trust dont feraient parties assureurs et transporteurs. Les primes seraient à la charge de l'usager qui bénéficierait d'une réduction des prix de transport correspondant à l'économie que l'irresponsabilité apporterait au chemin de fer[50]). Nous nous réservons d'examiner cette proposition dans une étude particulière. Pour l'instant, bornons-nous à en relever les faiblesses les plus apparentes:

Les prémisses ne sont pas absolument exactes. L'assureur et le transporteur ne couvrent pas exactement les mêmes risques. L'assurance vise avant tout à couvrir la force majeure, le cas fortuit et le bénéfice espéré, tandis que le transporteur, par le jeu du recours, tel que nous l'avons expliqué ci-dessus, couvre avant tout les dommages causés par sa faute ou celle de ses employés. Sous la pression de la concurrence et des pouvoirs publics, l'assureur est obligé de tenir compte dans une assez grande mesure de ses possibilités de recours contre le transporteur. Dans cette mesure, c'est en apparence que l'assuré paie deux personnes pour couvrir les mêmes risques. L'assurance obligatoire renchérirait fatalement le coût du transport, les prix de transport ne pouvant être réduits dans une mesure appréciable pour tenir compte de l'irresponsabilité[51]). En trafic international, ce régime d'assurance

---

[50]) Lanz, Rudolf, Les Rapports entre la responsabilité et l'assurance dans le transport des marchandises par voie ferrée. Thèse, Genève 1938.

[51]) En 1943, les C.F.F. ont payé, en chiffre rond, 612 000 francs d'indemnités de transport (versements de responsabilité civile non compris) pour 462 millions de recettes de transport.

obligatoire et d'irresponsabilité se heurterait à de sérieux obstacles, étant donné la difficulté d'une entente entre tous les transporteurs et tous les assureurs. Pour autant que l'intérêt général ne l'exige pas, nous sommes hostiles à l'idée d'une assurance obligatoire imposée par l'Etat.

D. Conclusions.

En droit suisse, la question du recours de l'assureur contre le transporteur doit être résolue à la lumière de l'article 51 C. O.

D'ordinaire, le juge admettra le recours lorsque le transporteur responsable ne prouve pas que ni lui ni ses employés ne sont en faute. Il ne l'admettra pas dans le cas contraire.

Une fois que l'assureur a indemnisé, lui seul a qualité pour agir contre le chemin de fer, sauf mandat ou rétrocession. Les règles de la subrogation sont applicables par analogie au droit de recours du transporteur. Ce droit de recours se prescrit comme les droits des parties au contrat de transport.

Le recours de l'assureur résout à peu près la dualité entre l'assurance et la responsabilité du chemin de fer dans la mesure où l'assureur tient compte de ses droits de recours dans l'établissement des primes.