



## Analyse des arrêts du Tribunal fédéral 6B\_360 et 361/2016 du 1er juin 2017

Alexandre Guyaz

### I. Objet des arrêts

Dans cette décision, le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si la jurisprudence dite des « *Rolling Stones* » doit être corrigée, et renonce à examiner la question de la causalité lorsque deux auteurs agissent en parallèle, sans que l'on puisse déterminer lequel des deux a effectivement causé le résultat. En l'espèce, fait défaut toute entreprise commune délictueuse.

### II. Résumé des arrêts

#### A. Les faits

Deux cousins, un soir de Nouvel-An, prennent la décision de faire partir chacun deux fusées depuis la terrasse d'un appartement situé au rez-de-chaussée. Les deux fusées ont été allumées en étant plantées dans le sol plutôt que dans une bouteille ou dans un tuyau. L'une des quatre fusées ainsi allumées de manière dangereuse met le feu à un balcon d'un immeuble voisin, causant un dommage de CHF 870'000.- environ. L'enquête n'a pas permis d'établir lequel des deux jeunes hommes avait allumé la fusée à l'origine de l'accident. D'autres causes peuvent par contre être écartées.

#### B. Le droit

Comme le Tribunal cantonal s'était fondé sur cet arrêt, le TF rappelle que la jurisprudence dite des « *Rolling Stones* » (ATF 113 IV 58) est controversée en doctrine, notamment en ce qu'elle semble admettre la notion de coactivité par négligence. Il relève par contre que plusieurs auteurs approuvent quant à son résultat la solution retenue (cons. 4.7).

Passant en revue sa jurisprudence, le TF relève notamment que, dans l'ATF 126 IV 84, il a retenu que la coactivité par négligence n'était pas concevable (cons. 4.8). Dans le cas d'espèce, il considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la pertinence de la jurisprudence des « *Rolling Stones* », ni d'examiner la question de la causalité, puisque l'état de fait s'écarte selon lui clairement de la situation visée par ladite jurisprudence. En effet, les deux auteurs potentiels n'ont pas discuté entre eux de la façon de faire partir les fusées, et n'ont pas procédé ensemble à une analyse des risques en présence. Ils ont seulement décidé d'un

commun accord d'allumer des fusées dehors, et plus précisément deux chacun. Les deux cousins ont par contre décidé seuls comment ils voulaient allumer les fusées. Dans ces circonstances, il n'existe pas d'entreprise commune au sens de l'ATF 113 IV 58, ni de décision commune portant sur un comportement violent les règles de prudence (cons. 4.9).

### III. Analyse

#### A.

On peut tout d'abord regretter qu'en examinant la question de savoir s'il existait une entreprise commune au sens de l'ATF 113 IV 58, le Tribunal fédéral se soit limité à la méthode choisie par les deux cousins pour faire partir les fusées. Il aurait en effet peut-être été utile d'examiner plus en détail si le lieu retenu par les auteurs n'avait pas finalement fait aussi l'objet d'une décision commune, ou si, plus précisément, il n'y avait pas eu entente tacite quant à la terrasse située directement devant l'appartement du rez-de-chaussée. Car, manifestement, l'endroit d'où avaient été tirées les fusées revêtait à lui seul un caractère dangereux et illicite, puisque les distances de sécurité en la matière n'étaient pas respectées. En d'autres termes, le Tribunal fédéral aurait sans doute dû se demander si, en décidant d'aller tirer quatre fusées dehors tout en se répartissant le travail, les deux jeunes gens n'avaient pas nécessairement convenu d'une entreprise commune dangereuse, ne serait-ce qu'en raison de l'endroit où elle était pratiquée, indépendamment de la méthode utilisée.

Il est douteux en effet qu'ils aient voulu se donner mutuellement une totale liberté quant au choix du lieu de tir. Plus vraisemblablement, il ressortait de leur entreprise commune qu'ils tireraient leurs fusées à proximité l'un de l'autre. Comme l'on se trouvait manifestement dans un quartier d'habitation, soit à moins de 40 mètres de bâtiments, on peut se demander si leur décision commune n'englobait pas malgré tout l'intégralité des composantes d'un comportement dangereux contraire au devoir de diligence.

#### B.

Manifestement, le Tribunal fédéral est mal à l'aise avec la jurisprudence des « *Rolling Stones* », au sujet de laquelle il prend la peine d'exposer en détail la position de la doctrine, tant majoritaire qu'alternative. Sa position est d'autant plus délicate que cette jurisprudence est en partie contredite par des arrêts postérieurs, qui excluent clairement la notion de coactivité par négligence (ATF 126 IV 84 ; arrêt 6B\_477 2011 du 24 novembre 2011, cons. 1.1). Il y a donc manifestement la volonté, au sein de notre Haute Cour, de corriger quelque peu la jurisprudence de l'ATF 113 IV 58, en adoptant une autre motivation dogmatique, mais dans le but d'arriver au même résultat, le résultat en question faisant l'objet d'un consensus sensiblement plus large. C'est sans doute dans cette perspective que le Tribunal fédéral prend la peine de citer JOSE HURTADO POZO (*Droit pénal, Partie générale*, Zurich 2008, ch. 1409), tout en précisant que cet auteur, avec sa conception de communauté de négligence (*Unsorgfaltsgemeinschaft*) propose un projet dogmatique constructif en relation avec cette problématique.

Plus précisément, JOSE HURTADO POZO estime que la position doctrinale dominante est insuffisante pour répondre convenablement aux problèmes concernant la production d'un préjudice à l'occasion d'un événement impliquant l'intervention de deux ou plusieurs personnes, lesquelles agissent ensemble et non pas séparément. Toujours selon cet auteur, dans l'affaire des « *Rolling Stones* » ou dans le cas de deux vacanciers qui allument un feu en

forêt pour griller des saucisses sans prendre les précautions nécessaires, il s'agit, d'une part, de la réalisation conjointe d'un projet commun de comportement, laquelle est la cause du résultat préjudiciable ; d'autre part, les auteurs pouvaient et devaient connaître le caractère dangereux de leur comportement. Ils violent ainsi collectivement un devoir de précaution ou de diligence (*Unsorgfaltsgemeinschaft*) et causent de ce fait un résultat prévisible et évitable. Ainsi, la notion d'auteurs directs juxtaposés (*Nebentäter*) est dépassée en faveur d'une notion de coauteurs propre aux infractions par négligence (JOSE HURTADO POZO : *op. cit.*).

Dans le même ordre d'idée, BERNHARD STRÄULI, lui aussi cité par le Tribunal fédéral, considère que chacun des protagonistes adopte en pareil cas un comportement imprévoyant constituant une cause naturelle et adéquate du résultat, soit parce qu'il a fait rouler la pierre fatale, soit parce qu'il a appuyé la résolution de son compagnon de faire rouler la pierre fatale (BERNHARD STRÄULI : *Code pénal I, Commentaire Romand*, Bâle 2009, ch. 116 ad Intro aux art. 24 à 27 CP).

### C.

Dès lors, tout amène à penser que le Tribunal fédéral, s'il va prochainement modifier la motivation de la jurisprudence des « *Rolling Stones* », va en maintenir le résultat. Du présent arrêt, on peut déduire cependant qu'il entend définir de façon relativement stricte la notion de *communauté de négligence*, dans ce sens où la conscience et la volonté de tous les auteurs concernés doivent porter sur l'ensemble des éléments constitutif du comportement contraire au devoir de diligence et susceptible de créer un préjudice.

Cette approche présente au moins l'avantage d'être particulièrement bien compatible avec la notion de *faute commune* prévue par l'art. 50 CO en matière de solidarité parfaite, cette notion incluant par ailleurs sans autre la négligence (FRANZ WERRO : *Codes des obligations I, Commentaire Romand*, Bâle 2012, ch. 3 ad art. 50 CO). En retenant une responsabilité solidaire à la charge des deux promeneurs qui ont lancé chacun une pierre, en raison du fait qu'ils ont adopté ensemble une attitude dangereuse et fautive, on contourne de façon élégante la difficulté consistant à rendre responsable aussi celui des deux promeneurs qui n'a pas causé le préjudice. En effet, comme le comportement en lien de causalité naturelle et adéquate avec le dommage est un comportement collectif, on ne peut plus considérer qu'un seul des protagonistes a causé le préjudice. L'argument des opposants à une responsabilité en cas de causalité alternative (voir par exemple : ROLAND BREHM : *Commentaire Bernois*, Berne 2013, ch. 145 ss ad art. 41 CO) devient sans objet, et aucun innocent n'est condamné à réparer un dommage qu'il n'a pas causé, puisqu'il a par définition participé – collectivement – à sa survenance.

Cette façon de faire est en outre conforme à une jurisprudence déjà ancienne. Dans un arrêt de 1978, le Tribunal fédéral avait déjà fait application de l'art. 50 CO à propos de trois enfants qui jouaient ensemble avec un arc et des flèches ; à chaque fois que l'un d'eux était touché, il devait prendre l'arc et toucher à son tour l'un de ses camarades. Notre Haute Cour a considéré alors que, en participant ensemble à une activité dont ils pouvaient et devaient reconnaître le caractère dangereux, les trois enfants avaient commis une faute commune, dont l'importance était certes sensiblement atténuée en raison de leur jeune âge, mais qui engageait néanmoins leur responsabilité solidaire selon l'art. 50 al. 1 CO pour le dommage en relation de causalité adéquate avec cette activité. Peu importe que la flèche qui avait atteint l'œil la victime ait été

tirée par un seul enfant. Ses deux camarades jouaient au même titre, chacun à leur tour, le rôle de tireur et de cible ; aucun n'était un simple spectateur (ATF 104 II 184, cons. 2).

En d'autres termes, la solution proposée par HURTADO POZO en droit pénal, et qui semble vouloir s'imposer prochainement dans la jurisprudence, a le mérite de la cohérence avec la notion de solidarité (parfaite) du droit des obligations. La direction prise ainsi par le Tribunal fédéral doit donc être saluée quant à son principe.