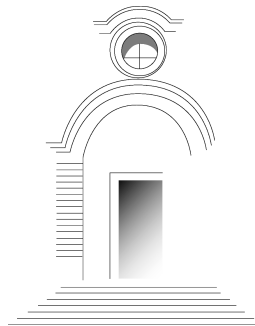


**Quelques dommages dits irréparables
Réflexions sur la théorie de la différence
et la notion de patrimoine**

par

Benoît CHAPPUIS
Docteur en droit, avocat
Chargé de cours à l'Université de Fribourg

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2010 II 165 ss



**QUELQUES DOMMAGES DITS IRRÉPARABLES
RÉFLEXIONS SUR LA THÉORIE DE LA
DIFFÉRENCE ET LA NOTION DE PATRIMOINE***

par

Benoît CHAPPUIS
Docteur en droit, avocat
Chargé de cours à l'Université de Fribourg

INTRODUCTION

Le dommage est une notion aussi couramment utilisée qu'elle reste insaisissable. Que ce soit dans le domaine contractuel ou dans celui de la responsabilité extracontractuelle, le dommage constitue en effet un élément qui retient quotidiennement l'attention des tribunaux, de la doctrine et des praticiens mais qui demeure pourtant une des notions juridiques les plus difficiles à cerner. L'étude des arrêts du Tribunal fédéral nous révèle que, si les définitions semblent maintenant gravées dans le marbre, leur application est plus incertaine.

La première raison de cette difficulté réside sans doute dans le fait que la loi ne définit pas elle-même le dommage (*cf. infra* N 40), de sorte qu'il n'y a pas de limites véritables au contenu que l'on peut vouloir donner à la notion. D'autre part, le texte inchangé de la loi a dû faire face à l'usure du temps. Les conceptions sociales et morales d'aujourd'hui ne sont plus celles d'hier et la fonction de la responsabilité civile a évolué. Les attentes des justiciables mettent ainsi à l'épreuve les limites tracées au dommage au cours des décennies par la jurisprudence, obligeant cette dernière à se remettre en cause. Si aucun véritable bouleversement n'est jamais venu l'ébranler, la jurisprudence n'en a pas moins suivi une évolution qui montre la flexibilité de la notion de dommage.

* Texte remanié de la conférence donnée le 9 novembre 2009 à la Société genevoise de droit et de législation. L'auteur remercie M. Matthieu Sartoretti, bachelor en droit, pour sa relecture minutieuse du texte et de l'appareil critique.

Une très riche littérature est disponible pour apprécier tous les enjeux qui sont discutés aujourd'hui autour de la question du dommage et de sa réparation. Un bref aperçu de cette littérature, donné à la fin de la présente contribution, permettra de mesurer l'ampleur et l'intérêt des analyses menées par la doctrine. L'ambition poursuivie ici n'est pas de reprendre moult questions déjà largement commentées et discutées par les meilleurs auteurs mais plutôt de s'interroger sur l'évolution du concept de dommage dans le Code des obligations, sur celle de ses limites et sur la pertinence de certaines des certitudes que les juristes ont acquises après un siècle d'application de la loi fédérale.

Dans ce cadre, le lecteur se demandera sans doute quel intérêt peut se dégager d'une démonstration axée sur l'étude de la réparation de dommages dits irréparables et s'il ne s'agit pas là d'un simple oxymoron provocateur, plus destiné à accrocher le regard qu'à viser une véritable question de fond. En réalité, commencer l'analyse du dommage par ceux qui ne sont pas considérés comme réparables consiste à se placer au-delà des limites reconnues à la notion et, partant, à mieux en visualiser les contours. L'étude de ces quelques dommages irréparables permettra de vérifier la cohérence et la pertinence des limites posées au gré des années, tant il est vrai qu'il s'avère délicat pour la jurisprudence de faire évoluer une notion juridique d'une portée aussi vaste, alors que le champ d'investigation des tribunaux dépend exclusivement du hasard des affaires qui leur sont soumises.

I. QUELQUES DOMMAGES IRRÉPARABLES À TITRE D'ILLUSTRATION

1 D'entrée de cause, il faut mettre en exergue le fait que la non-réparation d'un dommage peut résulter du défaut de réalisation de l'une quelconque des conditions légales nécessaires à l'indemnisation, qu'il s'agisse de la notion de dommage, de l'illicéité de l'atteinte ou du lien de causalité. Les seuls dommages dont la réparation va être discutée ci-après sont ceux qui sont réputés ne pas correspondre à la notion même de dommage, particulièrement en raison de l'absence de toute lésion patrimoniale.

A. Non-réparation résultant de l'absence d'une atteinte patrimoniale

1. Les dommages de frustration et de commercialisation

2 Le dommage dit de frustration et celui dit de commercialisation présentent des ressemblances telles qu'il se justifie de les examiner ensemble. Tous deux consistent en effet en la perte de

jouissance d'un bien, la frontière entre l'un et l'autre n'étant d'ailleurs pas solidement établie¹.

- 3 Le dommage de frustration résulte du fait que le lésé a engagé volontairement une dépense devenue inutile en raison de l'acte illicite ou a, au contraire, engagé une dépense qui doit être exposée une deuxième fois en raison de la survenance de l'acte illicite²: la victime, blessée à la suite d'un fait générateur de responsabilité, ne peut pas faire usage de son abonnement de fitness pendant quelques mois, ne peut pas partir en vacances alors que ces dernières sont réservées.
- 4 On peut également trouver une illustration d'un tel dommage dans l'arrêt dit du «gypaète barbu», soit l'oiseau réintroduit dans la faune suisse par une association écologique et abattu par un chasseur³. Le rejet par le Tribunal fédéral de la demande d'indemnisation a été critiqué à juste titre par *Piotet* qui voit dans la dépense faite en vain par l'association pour élever l'oiseau un dommage de frustration juridiquement réparable puisque l'association aurait dû exposer cette dépense une deuxième fois pour parvenir au résultat initialement recherché⁴.
- 5 Cette décision négative est toutefois en accord avec la jurisprudence traditionnelle et la doctrine qui, toutes deux, se montrent opposées à une telle forme d'indemnisation. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le souligner explicitement: «*Malgré certaines opinions doctrinales divergentes, il faut en rester à cette conception traditionnelle du dommage tant que la situation économique subjective est en principe appréciée d'après le patrimoine et les revenus, c'est-à-dire d'après l'afflux de biens économiques et non d'après la consommation de biens, de ressources et de services. Il apparaît exclu de ne mesurer le dommage patrimonial qu'aux possibilités de gains manquées du fait de l'événement dommageable, sans se demander si et dans quelle mesure ces possibilités auraient été utilisées économiquement sans l'événement dommageable (...).*»⁵.
- 6 Un important courant se dessine cependant dans le champ extra-contractuel en faveur de la prise en compte, dans une certaine

¹ WERRO, *Responsabilité civile*, N 98.

² ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 610; BK-BREHM, CO 41 N 84a.

³ TF, 4C.317/2002.

⁴ PIOTET, 1265 ss. Cf. également, CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 108 ss et N 123 ss, particulièrement 130-131 et CHAPPUIS B., *Dommage environnemental*, III.C.IV.

⁵ ATF 127 III 403 c. 4a = SJ 2001 I 605.

mesure, de la valeur que représente pour un particulier la perte de l'usage d'un service (billets de concert, loisirs, etc.)⁶. La problématique de l'indemnisation des vacances gâchées s'inscrit dans ce cadre⁷. L'enjeu de ce débat étant au cœur de la présente analyse, il y sera revenu en détail ci-après (*cf.* N 80 ss concernant les dommages de frustration et N 105 ss concernant les vacances gâchées).

- 7 Le dommage dit de commercialisation est celui qui consiste en la perte de l'usage d'une chose⁸. Il se distingue du dommage qu'éprouve le propriétaire d'une chose devenue inutilisable et dont il tirait profit par exemple par le biais d'une location concédée à un tiers. Il se distingue également de la situation d'un propriétaire qui doit se loger à l'hôtel parce que sa maison est devenue inhabitable suite à un fait générateur de responsabilité. La victime du dommage de commercialisation souffre simplement de l'indisponibilité totale ou partielle d'une chose lui appartenant.
- 8 Pour certains auteurs, seule une conception normative du dommage (sur la notion de dommage normatif, *cf. infra* N 50 ss) conduirait à l'indemnisation du dommage de commercialisation, ce qu'ont fait les tribunaux allemands en reconnaissant une valeur économique à l'usage dont le lésé se trouve privé⁹.
- 9 Pour l'heure, la jurisprudence et la doctrine majoritaire helvétiques rejettent l'idée d'une indemnisation du dommage de commercialisation. Ainsi en va-t-il de la pièce d'une maison devenue indisponible suite à des infiltrations d'eau, pièce que le propriétaire n'occupe pas. Le Tribunal fédéral a nié que la seule indisponibilité de cette pièce pût constituer un dommage¹⁰.
- 10 Cette conception restrictive est critiquable, particulièrement parce que le Tribunal fédéral a lui même reconnu, dans la décision en cause, que la perte de l'usage d'une chose pouvait avoir «une valeur économique intrinsèque»¹¹. On s'explique donc mal que les juges fédéraux n'aient pas franchi le pas les menant à

⁶ HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 8, N 56; SCHWENZER, N 14.11; HUGUENIN, N 619-620.

⁷ WERRO, *Responsabilité civile*, N 98.

⁸ WERRO, *Responsabilité civile*, N 91; BK-BREHM, CO 41 N 84a.

⁹ WERRO, *Responsabilité civile*, N 91; WERRO, *Croisée des chemins*, 252; WERRO, *BR/DC*, 78; SCHWENZER, N 14.06.

¹⁰ ATF 126 III 388, dont le principe fut confirmé par l'arrêt du 15 décembre 2009, 4A_282/2009 c. 3; STOESSEL, 606-607.

¹¹ ATF 126 III 388 c. 11a.

accorder une indemnisation pour la perte de cette valeur¹². Le refus d'indemniser le dommage de commercialisation est également critiqué à juste titre par *Vischer*, lorsque les possibilités d'usage de l'objet influent sur sa valeur de marché et lorsque la valeur n'est pas seulement substantielle mais également de rendement¹³.

2. *La perte d'une chance*

- 11 La théorie de la perte d'une chance a été développée pour apprécier les cas où, selon les termes du Tribunal fédéral¹⁴, «*le fait générateur de responsabilité perturbe un processus incertain pouvant produire l'enrichissement ou l'appauvrissement de la personne concernée*», ou pour qualifier de réparable le dommage qui consiste, selon les termes de *Thévenoz*¹⁵, en la perte de «*la chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice*». Le cas d'école est celui du médecin qui tarde à diagnostiquer une maladie, privant ainsi son mandant de ses chances de guérison. L'acte du médecin n'a pas directement causé un dommage; il a privé le malade des chances de guérir, sans toutefois que cette dernière hypothèse puisse être tenue pour certaine. Cette théorie conduit à la reconnaissance d'une forme spéciale de dommage et non à l'allègement des exigences en matière de causalité¹⁶.
- 12 Le débat relatif à l'indemnisation de la perte d'une chance est ouvert en Suisse depuis de nombreuses années et a fait l'objet d'études approfondies¹⁷. Seule une décision zurichoise isolée¹⁸, prononçant l'indemnisation de la famille d'une personne décédée d'un cancer qui n'avait pas été traité à temps, avait fait droit à une prétention s'apparentant à la théorie de la perte d'une chance. Sans faire expressément référence à cette théorie, la décision n'en présentait en effet pas moins toutes les caractéristiques¹⁹.

¹² CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 117; VISCHER, 131.

¹³ VISCHER, 131.

¹⁴ ATF 133 III 462 c. 4.2.

¹⁵ THÉVENOZ, 241.

¹⁶ THÉVENOZ, 241.

¹⁷ Principalement, MÜLLER, *La perte d'une chance*.

¹⁸ RSJ 1989 119 = ZR 1989 209 N 66, confirmé par le *Kassationsgericht*, ZR 1989 216 N 67.

¹⁹ THÉVENOZ, 254; cf. également l'analyse de KELLER, 78.

- 13 Le Tribunal fédéral, quant à lui, a eu récemment l'occasion de trancher la question de façon aussi claire que négative, en référence à la théorie de la différence: «*Vu son caractère dynamique ou évolutif, la chance n'est pas destinée à rester dans le patrimoine. Or, la théorie de la différence, applicable en droit suisse au calcul du dommage, se fonde sur l'état du patrimoine à deux moments précis; elle ne permet ainsi pas d'appréhender économiquement la chance perdue.*»²⁰.
- 14 A teneur de la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral, la perte d'une chance ne constitue donc pas un dommage indemnifiable en droit suisse, en raison du fait qu'il n'y aurait pas de perte patrimoniale. Les avis exprimés postérieurement à cette décision insistent toutefois tant sur la nécessité d'admettre la réparation de la perte d'une chance que sur la compatibilité de cette réparation avec le système de la responsabilité civile suisse²¹ (pour un aperçu des solutions retenues dans d'autres droits européens, cf. *infra* N 67-70).

3. *Le dommage affectif*

a. *Le principe*

- 15 La lésion d'un pur intérêt affectif, soit l'attachement d'une personne pour l'un de ses biens, ne constitue pas un dommage réparable car elle n'entraîne pas une diminution patrimoniale²².
- 16 Il faut toutefois réserver une exception à ce principe lorsque l'intérêt affectif est partagé par d'autres amateurs. Il se peut alors que la chose acquière une valeur d'échange plus élevée en tant qu'objet de collection. A cet égard, on donne souvent l'exemple de deux chiens de cirque dressés pour faire un numéro de sorte que le décès de l'un d'entre eux représente une perte patrimoniale supérieure à la seule valeur marchande de l'animal. La valeur patrimoniale affectée par l'acte générateur de responsabilité est celle que représente le duo. On peut aussi songer à une collection d'art, telle une paire de portraits réalisés par un peintre, dont la valeur particulière réside dans le fait que son

²⁰ ATF 133 III 462 c. 4.4.3.

²¹ LE TENDRE, *passim*.

²² WERRO, *Responsabilité civile*, N 45; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 672; REY, *Haftpflichtrecht*, N 323; SCHWENZER, N 18.04; HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 8 N 46; CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 88.

propriétaire a réuni plusieurs œuvres en un tout cohérent, conférant ainsi à ce dernier une valeur propre²³.

b. La jurisprudence

- 17 Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger que la personne qui a chargé un avocat de s'opposer à une expropriation ne peut faire valoir qu'elle subit un dommage patrimonial réparable du fait que l'expropriation est finalement prononcée. Même s'il était établi que l'avocat ne s'était pas acquitté de son mandat correctement, l'intérêt affectif à la conservation du terrain ne constituait pas une diminution patrimoniale²⁴. Cette solution est évidemment sans influence sur la question de savoir si l'atteinte à un intérêt exclusivement affectif peut fonder une prétention pour tort moral précisément destinée à indemniser, sous une forme financière, la souffrance morale de la victime²⁵.
- 18 Il est intéressant de mettre en évidence la motivation du Tribunal fédéral qui souligne le côté peu satisfaisant de la solution lorsque, dans le domaine de la responsabilité contractuelle, «*un mandat a été conféré précisément pour la sauvegarde d'un intérêt d'affection*». Le Tribunal fédéral justifie cependant le rejet de la prétention de la demanderesse par le souci:
- de ne pas étendre indéfiniment l'obligation de réparation;
 - de ne pas créer «*une brèche dans le système parfaitement cohérent de la responsabilité civile*»;
 - de ne pas ouvrir la porte à une casuistique créant une incertitude juridique.

Le Tribunal fédéral relève encore que si une telle casuistique «*permettrait peut-être des solutions plus équitables dans quelques cas particuliers*», elle aurait en revanche l'inconvénient d'inciter «*à des réclamations pour des atteintes minimes*», ce que le législateur aurait précisément voulu éviter. A l'analyse, nous verrons cependant que la question de l'intérêt affectif se révèle être un peu plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord et que le Tribunal fédéral ne rejette en réalité pas toute prétention qui lui est indirectement rattachée (*cf. infra* N 100 ss).

²³ WERRO, *Responsabilité civile*, N 45; CHAPPUIS B., *Moment du dommage* (thèse), N 88.

²⁴ ATF 87 II 290 c. 4a; LÜCHINGER, N 42.

²⁵ WERRO, *Responsabilité civile*, N 45; REY, *Haftpflichtrecht*, N 323; SCHWENZER, N 18.04; HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 8 N 46.

c. *Le cas particulier de l'art. 43 al. 1^{bis} CO:
l'animal domestique*

- 19 Reste encore à évoquer une nouvelle disposition légale qui prévoit expressément un cas dans lequel l'indemnisation d'une valeur affective est admise. L'art. 43 al. 1^{bis} CO, introduit par le ch. II de la Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur les animaux, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2003²⁶, dispose en effet que: «*lorsqu'un animal qui vit en milieu domestique et n'est pas gardé dans un but patrimonial ou de gain, est blessé ou tué, le juge peut tenir compte dans une mesure appropriée de la valeur affective de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci*».
- 20 La nature exacte de cette indemnisation est discutée. Certains considèrent que l'art. 43 al. 1^{bis} CO ne crée pas une nouvelle catégorie d'indemnisation pour atteinte à une valeur affective²⁷ et qu'il s'agit en réalité d'une indemnisation semblable à celle du tort moral²⁸ sans que le législateur n'ait osé l'avouer²⁹. D'autres voient dans l'art. 43 al. 1^{bis} CO une exception au principe selon lequel le dommage affectif n'est pas réparable³⁰. Cette exception permettrait ainsi une indemnisation qui s'écarterait d'une appréciation purement comptable de l'animal³¹. Le débat est ouvert mais force est de constater que la loi prend aujourd'hui en compte l'intérêt affectif d'une façon qui semble rompre avec la conception classique prévalant en la matière.
- 21 Il faut enfin ajouter que le Tribunal fédéral a rendu des décisions permettant la réparation de dommages causés à des arbres (*cf. infra* N 85 ss), décisions dont les considérants laissent penser que l'intérêt affectif du lésé n'est en réalité pas totalement rejeté puisqu'il constitue l'arrière-plan de l'indemnisation de dommages considérés comme matériels. Il est renvoyé ici à l'analyse de la question faite ci-après (*cf. infra* N 100-103).

²⁶ RO 2003 463; pour un rappel de la procédure législative suivie pour l'adoption de cette loi, STEINAUER, *Tertium*, 52-54.

²⁷ CHAPPUIS G., *Animal*, 94.

²⁸ BaK-SCHNYDER, CO 43 N 24.

²⁹ BREHM, *Animal*, 121.

³⁰ HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 8 N 46; REY, *Haftpflichtrecht*, N 308 et 323. Apparemment dans le même sens également, SCHWENZER, N 18.04.

³¹ CHAPPUIS C., *Animaux*, 25-27 et 31.

B. La non-réparation résultant de l'absence pure et simple d'atteinte

1. Les mesures préventives

- 22 Les mesures préventives évoquées ici sont les mesures prises par une victime, une fois qu'un acte générateur de responsabilité est survenu, afin d'éviter la réalisation d'un dommage qui n'est pas encore apparu³². On imaginera par exemple le propriétaire d'une maison qui prend des mesures pour éviter qu'un talus menaçant de s'effondrer n'endommage l'immeuble.
- 23 Le Tribunal fédéral a refusé de voir dans les coûts engendrés par cette opération un dommage dont la réparation pouvait être exigée du vendeur de la maison³³, estimant que l'art. 41 CO «*bildet [...] keine genügende Grundlage, um die Kosten einer solchen präventiven Schadensabwehr auf einen Dritten abzuwälzen*»³⁴.
- 24 Un arrêt valaisan a également fait sienne la conception étroite du Tribunal fédéral en confirmant que les mesures préventives ne donnent pas droit à réparation au motif que les dépenses faites avant la survenance du dommage dans un but de prévention de l'atteinte (dépenses provisionnelles) ne sont pas indemnisables³⁵. Le fondement de cette dernière décision réside cependant plus dans le constat de l'absence de lien de causalité entre les frais encourus et le fait générateur de responsabilité que dans celui d'une absence d'atteinte patrimoniale.
- 25 Cette approche restrictive est celle d'une partie de la doctrine qui envisage elle aussi l'absence du lien de causalité comme l'une des raisons qui empêchent que l'on puisse qualifier les dépenses préventives de dommage réparable³⁶. La question a été peu étudiée mais la conception majoritaire consiste à refuser l'indemnisation³⁷.

³² Il faut distinguer ce type de mesures intervenant après la survenance du fait générateur de responsabilité, de celles qui sont prises avant — tels l'installation d'une alarme dans un dépôt de marchandises et le recours aux services d'un détective afin de prévenir les vols — qui soulèvent des questions juridiques sensiblement différentes. Cf. ROBERTO, *Schadensrecht*, 237 ss, qui analyse la question à la lumière des droits allemand et américain; CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 438 ss.

³³ ATF 117 II 259.

³⁴ ATF 117 II 259 c. 3.

³⁵ Arrêt du 10 février 2004 du Tribunal cantonal valaisan, RVJ 2004 156.

³⁶ GUHL / KOLLER / SCHNYDER / DRUEY, § 10, N 20; ROBERTO, *Schadensrecht*, 237 et, plus particulièrement, 245 ss.

³⁷ Pour une analyse de la question et une critique de la solution jurisprudentielle, cf. CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 441 ss.

2. *Le dommage virtuel*

- 26 Le dommage virtuel est celui causé au lésé sur le seul plan comptable mais qui ne s'est pas définitivement matérialisé, aussi longtemps que les avoirs dont la valeur est atteinte ne sont pas aliénés par la victime. Il en va ainsi du dommage de gestion de fortune dont il est soutenu en doctrine qu'il serait irréparable tant et aussi longtemps que le client insatisfait n'a pas vendu les titres achetés en violation du contrat de mandat litigieux et n'a pas, de cette manière, concrétisé son dommage³⁸.
- 27 A ce jour, la question n'a pas encore donné matière à une décision du Tribunal fédéral qui a seulement eu l'occasion de l'évoquer sans être amené à la trancher³⁹. On ne peut donc présentement affirmer que ce dommage est irréparable mais seulement qu'il est tenu pour tel par certaines opinions doctrinales.
- 28 On retiendra que l'exigence posée par cet avis minoritaire de vendre les titres n'est pas en harmonie avec la notion du dommage généralement admise⁴⁰. Dès l'origine, lorsqu'il jeta les bases de la théorie de la différence, le Tribunal fédéral posa le principe selon lequel il existe dommage dès que le patrimoine actuel du lésé (*das gegenwärtige Vermögen*) est inférieur à ce qu'il serait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il résulte de cette décision qu'une moins-value constitue un dommage sans qu'il soit nécessaire de la concrétiser par une vente⁴¹.
- 29 Il faut d'autre part se souvenir que le Tribunal fédéral considère, à juste titre, qu'un lésé éprouve un dommage dès lors que son patrimoine diminue en raison de la naissance d'une nouvelle dette à son passif (par exemple la note d'honoraires de son avocat) suite à un acte illicite dont il est victime. Il n'est pas besoin que le lésé acquitte effectivement cette dette pour qu'il soit réputé subir un dommage⁴². Une simple diminution

³⁸ Dans ce sens, LOMBARDINI, *Westlaw*, III.2. Pour une critique de cette solution: CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 761 ss; CHAPPUIS B., *Gérant de fortune*, C.1., 91 ss; CHAPPUIS B., *Fluctuations de la bourse*, 143.

³⁹ TF, 4C.295/2006 c. 5.2.1.

⁴⁰ ATF 64 II 137 = JdT 1938 I 621.

⁴¹ ATF 64 II 137 c. 3 = JdT 1938 I 621. Le Tribunal fédéral avait à juger du montant du dommage subi par un particulier dont la voiture avait été endommagée dans un grave accident. Le fait que le lésé n'ait pas vendu la voiture mais ait encore roulé 20'000 km après l'accident ne l'empêchait pas de réclamer la moins-value dont la voiture était affectée, malgré les travaux de réparation. Cette moins-value représentait une diminution patrimoniale indemnisable. Pour une analyse de cet arrêt, cf. CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 165 ss.

⁴² TF, 2P.165/2005 c. 6.3; pour une présentation de cette question, CHAPPUIS B., *Le moment du dommage (thèse)*, N 227.

comptable est donc suffisante. Il apparaît ainsi que la solution appropriée est de considérer le dommage virtuel comme pleinement réparable dès l'instant qu'une moins-value affecte le patrimoine de la victime d'un fait générateur de responsabilité.

3. *Le dommage écologique au sens étroit*

- 30 Le dommage écologique peut recevoir deux acceptions. Au sens large, c'est le dommage qui se manifeste à travers les nuisances subies par une personne à la suite d'une atteinte portée à l'environnement: suite à une pollution, le lésé souffre dans sa propriété, ses intérêts patrimoniaux ou encore sa santé. Dans cette acception, le dommage écologique ne constitue qu'une forme particulière du préjudice classique. Sa réparation ne pose pas de problème particulier.
- 31 La seconde acception est dite étroite en ce qu'elle n'englobe que le dommage environnemental en tant que tel, indépendamment de toute atteinte subséquente à des intérêts individuels: l'air ou l'eau sont pollués, des animaux sauvages sont tués, un biotope est détruit. Dans tous ces cas, un dommage est ainsi causé à l'environnement sans qu'un particulier ne soit lésé. Force est de constater qu'il s'agit alors d'un dommage sans victime de sorte qu'il ne peut pas être réparé dans le système classique de la responsabilité civile⁴³.
- 32 Dans cette hypothèse, seule une loi spéciale peut instituer un régime de responsabilité spécifique prévoyant la réparation d'un tel dommage. Ainsi en va-t-il de la solution adoptée par le législateur fédéral à l'art. 31 al. 2 de la Loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain (Loi sur le génie génétique, LGG) qui dispose que *«lorsque les composantes de l'environnement détruites ou détériorées ne font pas l'objet d'un droit réel ou que l'ayant droit ne prend pas les mesures commandées par les circonstances, le droit à réparation revient à la collectivité publique compétente»*.

C. **Le cas particulier du dommage purement économique**

- 33 On ne saurait conclure cette brève liste de dommages irréparables sans mentionner le dommage purement économique qui constitue une problématique si connue que le lecteur s'étonnerait en effet de ne pas le voir évoquée ici. Pourtant nous verrons qu'il

⁴³ CHAPPUIS B., *Domage environnemental*, III.A.1.b et III.A.2.b.

échappe aux limites de l'analyse que nous nous proposons d'entreprendre puisque les raisons qui fondent sa non-réparation ne sont pas relatives à la définition du dommage — objet de la présente étude (*cf. supra* N 1) — mais bien à des considérations liées à l'illicéité du comportement ayant provoqué l'atteinte dont se plaint la victime.

- 34 Le dommage purement économique se définit comme un préjudice qui est apparu sans atteinte à l'intégrité d'une personne ni d'une chose⁴⁴. Le patrimoine de la victime est donc atteint sans pour autant qu'aucun des droits absolus de cette dernière n'ait été lésé.
- 35 Dans la conception objective de l'illicéité suivie par le Tribunal fédéral⁴⁵, le préjudice purement économique ne peut donner lieu à réparation que lorsque le comportement dommageable viole une norme qui a pour but de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé⁴⁶. Or, dans l'hypothèse considérée, aucun droit absolu n'est atteint, de sorte qu'il faut que l'acte ou l'abstention de l'auteur du fait générateur de responsabilité ait violé une norme de comportement destinée à protéger les particuliers — qu'elle soit pénale ou administrative — pour que le dommage soit tenu pour illicitement causé et, partant, pour réparable.

II. L'ENJEU: LES NOTIONS DE DOMMAGE RÉPARABLE ET DE PATRIMOINE

A. Les enseignements des dommages irréparables

- 36 La liste des quelques dommages irréparables qui vient d'être dressée ressemble à première vue à un inventaire à la Prévert: une série d'éléments disparates, sans liens apparents les uns avec les autres. Pourtant, l'analyse des divers éléments mis en évidence ci-dessus dans la présentation des dommages irréparables va faire ressortir des points communs et, ainsi, nous conduire à revenir à la notion même de dommage et à nous interroger sur sa définition et l'origine de cette dernière.

⁴⁴ ATF 133 III 323 c. 5.1; 118 II 176 c. 4b; BSK-SCHNYDER, CO 41 N 1; CR-WERRO, CO 41 N 19. Sur la question du dommage purement économique, *cf.* MISTELI, 78 ss concernant la question spécifique de l'illicéité.

⁴⁵ ATF 132 III 122 c. 4.1.

⁴⁶ ATF 133 III 323 c. 5.1; 132 III 122 c. 4.1.

- 37 Hormis le dommage purement économique, dont l'éventuel caractère non réparable est lié à la seule question de l'illicéité du comportement qui en est la cause, tous les autres dommages donnés en exemple en introduction ne peuvent être réparés puisque, aux termes de la jurisprudence, le préjudice invoqué par la victime ne répondrait pas à la définition même du dommage, en raison de l'absence d'une véritable atteinte patrimoniale (par exemple, le dommage affectif, *supra* N 15 ss) ou même de toute atteinte (par exemple, les mesures préventives, *supra* N 22 ss).
- 38 Pour mesurer la portée et le sens exact de cette jurisprudence, il faut retourner aux fondements mêmes du dommage pour se demander si la conception qui prévaut actuellement devant les tribunaux est indiscutable. Cette démarche s'impose lorsque l'on sait qu'il est rare que des liens détaillés soient tissés entre les différents sujets qui viennent d'être évoqués. Si le rejet des demandes d'indemnisation des différents dommages irréparables est généralement fondé de manière identique sur le fait que ces derniers ne répondent pas aux critères posés par la jurisprudence et la doctrine, la consolidation des arguments spécifiques n'est pas entreprise et l'on a souvent affaire à une juxtaposition de décisions rendues dans des domaines déterminés.
- 39 La jurisprudence, développée sur près de cent ans, nous offre donc un vaste kaléidoscope laissant entrevoir des images changeantes et, parfois, bariolées. Paradoxalement, cette variété n'empêche pas que l'accumulation de concepts, de préceptes et de théories ait fini, au cours des décennies, par figer la notion de dommage dans des barrières rigides sinon indiscutées. A cet égard, l'influence du droit allemand⁴⁷ n'est pas restée sans effet sur l'évolution de nos concepts, apportant parfois les contraintes d'une approche excessivement dogmatique. Nous verrons notamment que l'importation de la notion de dommage normatif, dont les contours et les avantages ne sont pas toujours évidents à cerner (*cf. infra* N 50 ss), est peut-être le fruit de ce que le professeur *Roberto* appelle la fascination du droit suisse pour le droit allemand⁴⁸.

⁴⁷ Pour une présentation du droit allemand et de ses liens avec le droit suisse, *cf. ROBERTO, Schadensrecht*.

⁴⁸ ROBERTO, *AJP/PJA*, 726.

B. La notion de dommage

1. La définition du dommage

a. L'absence de définition légale

- 40 Le premier point essentiel de notre réflexion réside dans le fait bien connu que la loi elle-même ne donne aucune définition du dommage⁴⁹. L'art. 41 CO, par exemple, se contente d'énoncer que «*celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer*». Pour le surplus, il n'est nulle autre disposition légale qui ne vienne indiquer ce qu'il faut comprendre de manière générale par dommage.
- 41 Hormis l'art. 41 CO, nombreuses sont les dispositions du Code des obligations et d'autres lois qui prévoient la réparation du dommage (par exemple les art. 26, 36, 39, 97, 257g, 259e, 261, 267, 286, 287, 321e, 340b, 402, 473, 538, 567, 644, 685f, 752 et 754 CO). Seules certaines d'entre-elles apportent des précisions sur son calcul, telles celles concernant la demeure du vendeur (art. 191 al. 2 CO) ou de l'acheteur (art. 215 CO) dans les ventes commerciales. Les autres sont muettes sur l'étendue et les contours du dommage dont elles prévoient la réparation.
- 42 Le Tribunal fédéral semble regretter, vu l'importance de la notion, que le législateur n'ait pas procédé à une définition du dommage. Il relève en effet que: «*das schweizerische Obligationenrecht definiert den ersatzfähigen Schaden trotz seiner zentralen Bedeutung im Schadenersatzrecht nicht*»⁵⁰. Or la nécessité de définir dans la loi la notion de dommage ne s'impose pas forcément. Nombre de notions contenues dans des dispositions légales ne sont pas définies, les tribunaux s'en étant faits les interprètes. On songera au cas fameux du mot «ouvrage» qui connaît deux acceptions bien différentes selon que l'on se réfère à l'art. 58 CO ou à l'art. 363 CO. En promulguant le Code, le législateur s'en est remis à la sagesse des juges, confiant que ces derniers sauraient donner au mot le sens au contexte dans lequel il prendrait place⁵¹.

⁴⁹ ATF 127 III 73 c. 4a = SJ 2001 I 397.

⁵⁰ ATF 127 III 73 c. 4a = SJ 2001 I 397.

⁵¹ Comparant le Code des obligations suisse au BGB allemand, MERZ (p. 14) relève que «*le législateur helvétique s'en est largement remis à la sagacité présumée des tribunaux*», puisque «*le CC et le CO suisses portent indéniablement la marque d'un système ouvert*».

- 43 Concernant le dommage, on citera avec intérêt cet auteur français pour qui «*il n'est pas nécessaire de définir le préjudice car le sens juridique n'est autre que son sens courant*»⁵². Des auteurs anglais soulignent quant à eux que, même si l'on trouve une doctrine et une jurisprudence abondantes sur les dommages-intérêts, peu d'efforts ont en revanche été consacrés à la définition du dommage lui-même. Selon eux, le juriste de *common law*, à l'inverse du juriste de droit civil, se poserait rarement la question de savoir quel est le dommage réparable, dans la mesure où son système ne s'est pas concentré sur la notion de *damnum* mais bien sur celle d'*iniuria*⁵³.
- 44 Laissées libres par le législateur, la jurisprudence et la doctrine suisses ont, quant à elles, fait le choix de la systématisation de la notion en lui conférant au gré des décennies une acception de plus en plus étroitement bordée.

b. La définition jurisprudentielle

- 45 La notion de dommage a donc été circonscrite par la jurisprudence laquelle s'est, dès l'origine du Code des obligations, fondée sur la théorie dite de la différence. Selon cette dernière, le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁵⁴.
- 46 La première décision qui énonça avec précision la définition du dommage selon la théorie de la différence fut rendue en 1938⁵⁵. La définition s'est ensuite imposée et précisée de façon progressive, tant dans la jurisprudence que la doctrine. Autrement dit, le concept s'est forgé au gré du temps dans la jurisprudence qui a apporté petit à petit les éléments de la définition que nous

⁵² MAZEAUD / MAZEAUD / CHABAS, N 407.

⁵³ MARKESNIS / DEAKIN, 782: «*Though one finds a great deal of case law and literature on damages, little effort has been devoted to defining damage. The common lawyer, unlike the civil lawyer, rarely asks himself the question 'what damage is redressable in a tort action?' since his system, for some time at any rate, has not concentrated on damnum but on injuria*».

⁵⁴ ATF 129 III 331 c. 2.1 et les arrêts cités. Il convient toutefois de se référer à l'analyse d'OFTINGER / STARK I, § 2 N 24 qui mettent en évidence le lien étroit qui existe entre la notion de dommage et son calcul. La frontière entre les deux n'est pas étanche («*fließend*» selon OFTINGER / STARK, *loc. cit.*); cf. également LUTERBACHER, 83 n. 122.

⁵⁵ ATF 64 II 137 = JdT 1938 I 621. Pour une présentation de cette décision, CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 165 ss.

connaissons aujourd'hui sans que jamais une discussion fondamentale de la théorie n'ait véritablement eu lieu.

c. Les origines de la définition jurisprudentielle

- 47 C'est Mommsen, juriste allemand du milieu du XIX^{ème} siècle, qui serait censé être le père de la théorie de la différence⁵⁶, dans son ouvrage «*Zur Lehre von dem Interesse*», publié en 1855⁵⁷. Si son influence sur les juristes suisses du début du XX^{ème} siècle fut sans doute réelle, il faut cependant relever que le Tribunal fédéral ne s'y est jamais expressément référé, pas plus que les premiers commentateurs du Code des obligations de 1912, à l'instar de *von Tuhr* qui n'en fit pas mention dans la première édition de son traité de droit suisse⁵⁸.
- 48 C'est essentiellement sur l'œuvre de ce dernier auteur que s'est fondé le Tribunal fédéral, au début de sa jurisprudence relative au nouveau Code des obligations. Première grande œuvre majeure commentant le nouveau Code des obligations, la réflexion de *von Tuhr* contient des analyses dont nous verrons qu'elles sont d'une étonnante actualité et qu'elles répondent à des questions devenues épineuses au cours des années, sans qu'on ne sache finalement très bien pourquoi. Il est important de préciser que le bref retour aux sources qui est suggéré ici ne constitue pas la recherche de quelque âge d'or ou paradis perdu, mais simplement une manière de s'interroger sur la pertinence et les raisons des solutions qui se sont imposées au fil du temps.

2. Les caractéristiques essentielles du dommage

- 49 Avant d'approfondir l'analyse de la notion de dommage, il convient de mettre en exergue les conséquences essentielles qui découlent de l'application stricte de la théorie de la différence et qui guident toute réflexion dans le domaine:
- Le dommage consiste en la diminution du patrimoine de la victime qui résulte d'un fait générateur de responsabilité; il doit impérativement être de nature économique. A défaut de perte patrimoniale, il n'y a pas de dommage (ainsi en va-t-il

⁵⁶ ROBERTO, *Schadensrecht*, 11; HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 8, N 11; BUCHER, § 20/III, 341, n. 53; FELLMANN, *Normativierung*, 15.

⁵⁷ MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse* in *Beiträge zum Obligationenrecht*, Braunschweig 1855. Sur l'origine de la conception de MOMMSEN, cf. HONSELL, *Differenztheorie*, 258-259.

⁵⁸ VON TUHR (1924).

par exemple pour le dommage de commercialisation, *supra* N 7 ss, de la perte d'une chance, *supra* N 11 ss, ou du dommage affectif, *supra* N 15 ss)⁵⁹.

- La réparation octroyée à la victime est, d'une part, dénuée de tout caractère de sanction⁶⁰ et ne doit pas, d'autre part, conduire à l'enrichissement du lésé⁶¹. Ce dernier point constitue, selon les termes du Tribunal fédéral, un «*principe cardinal du droit de la responsabilité civile*»⁶².

3. *L'exception du dommage normatif*

- 50 Cette conception stricte n'est pas sans exception ou contestation. A la notion classique de dommage, on oppose désormais le dommage normatif, soit l'inconvénient que subit un particulier et dont la réparation peut être demandée même s'il ne se manifeste pas sous la forme d'une différence patrimoniale⁶³.
- 51 Autrement dit, la conception normative conduit à considérer que le dommage ne se détermine plus sur le résultat de la comparaison de deux états de patrimoine (théorie de la différence) mais sur l'appréciation abstraite de la valeur d'un inconvénient dont souffre le lésé ensuite de l'acte illicite, même si cet inconvénient n'a pas, à proprement parler, de valeur patrimoniale⁶⁴.
- 52 Le concept a été importé du droit allemand où il a été conçu afin de libérer le dommage d'une conception naturaliste et de le rendre plus à même de servir le but des normes de responsabilité⁶⁵. La portée exacte du mot normatif et la signification précise à attribuer cette notion font l'objet de débats en doctrine allemande qui restent pour l'heure irrésolus (*cf. infra* N 62)⁶⁶. Si l'on veut se référer au sens que le français donne à ce mot, on retiendra que, selon le «Trésor de la langue française», est normatif ce

⁵⁹ ROBERTO, *Schadensrecht*, 109 ss; BK-BREHM, CO 41 N 69; TERCIER, *Préjudices*, 110; ENGEL, 473; CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 77.

⁶⁰ WERRO, *Responsabilité civile*, N 5; REY, N 17; CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 54.

⁶¹ ATF 131 III 360 c. 6.1; ATF 131 III 12 c. 7.1 = SJ 2005 I 113; KELLER, *Haftpflicht*, 27; REY, N 13; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 592.

⁶² ATF 129 III 135 c. 2.2 *in fine*; *cf.* également ATF 132 III 321 c. 2.2.1.

⁶³ TF, 4A_98/2008 c. 2.1; GAUCH, *Festschrift Walter*, 297; WERRO, *Responsabilité civile*, N 48; SCHWENZER, N 14.05; STOESEL, 608.

⁶⁴ STOESEL, 608.

⁶⁵ ROBERTO, *Schadensrecht*, 38; HONSELL, *Differenztheorie*, 265-266.

⁶⁶ ROBERTO, *Schadensrecht*, 39.

«qui fixe, prescrit une norme, émet des jugements de valeur». Le dommage, ainsi compris, est «le reflet d'un jugement de valeur normatif»⁶⁷.

- 53 Le seul dommage normatif expressément reconnu en jurisprudence fédérale est le préjudice ménager, soit la perte de la capacité d'exercer des activités non rémunérées. Dans ce cas, le préjudice équivaut à la dépense que causerait l'engagement, contre paiement, d'une aide de remplacement⁶⁸. Cette réparation intervient en dehors que toute démonstration qu'une perte a effectivement été subie par le lésé.
- 54 Il n'est pas réellement contesté que, ainsi considéré, le préjudice ménager répond à la définition du dommage, encore que l'on diverge sur les raisons qui le rendent normatif⁶⁹. Le professeur *Fellmann* considère qu'en important la notion de dommage normatif concernant le dommage ménager, le Tribunal fédéral n'a fait qu'importer une forme vide de contenu (*der Begriff des normativen Schadens als Leerformel*)⁷⁰. Cela dit, la conception normative de ce dommage fait l'objet de critiques répétées d'une partie de la doctrine⁷¹.
- 55 Il faut rapprocher la question du dommage ménager de celle de l'aide gratuite apportée par les proches de la victime. Dans le premier cas (dommage ménager), on s'interroge sur les conséquences économiques de cette situation et leur indemnisation alors que dans l'autre (aide gratuite) on examine si l'aide gratuite reçue par le lésé, entraînant la suppression ou la diminution des conséquences patrimoniales de l'atteinte, doit être prise en compte dans la détermination du dommage. Il ne s'agit pas tant, selon les termes du Tribunal fédéral «de comparer les revenus d'avant et d'après l'événement dommageable selon la théorie de la différence, mais bien plutôt de déterminer si l'aide gratuite qui a permis au demandeur de conserver son revenu peut être prise en considération dans le calcul du dommage»⁷². Le Tribunal fédéral a répondu affirmativement à cette dernière question, assurant la cohérence avec certaines de ses décisions antérieures

⁶⁷ WERRO, *Responsabilité civile*, N 48.

⁶⁸ ATF 134 III 534 c. 3.2.3.1; 131 III 360 c. 8.1; 129 III 135 c. 4.2.1; 127 III 403 c. 4b = SJ 2001 I 605.

⁶⁹ Sur cette question, cf. WERRO, *Responsabilité civile*, N 1012.

⁷⁰ FELLMANN, *Normativierung*, p. 24.

⁷¹ Voir en particulier, CHAPPUIS G., *HAVE/REAS* et les nombreuses références citées.

⁷² TF, 4C.324/2005 c. 3.4, arrêt du 5 janvier 2006.

par lesquelles il avait accordé une indemnisation pour l'atteinte portée à la capacité de collaborer dans l'entreprise de l'époux⁷³ ou pour les soins prodigués gracieusement à domicile par des proches⁷⁴.

- 56 Hormis ces deux cas précis, la réparation d'autre dommage normatif n'est pas envisagée par la jurisprudence, du moins pas expressément.

C. Les limites du patrimoine comme condition du dommage réparable: l'enjeu de la normativité

1. *L'opposition artificielle du dommage classique au dommage normatif*

a. Le caractère normatif de tout dommage réparable

- 57 L'opposition entre dommage classique et dommage normatif est réductrice et constitue le résultat d'une évolution qui a figé la notion de dommage dans des limites par trop contraignantes et que certains tentent de faire reculer. Telle est du moins la conception qui est défendue ici⁷⁵.
- 58 La théorie de la différence est certes parfois jugée incapable de répondre à toutes les attentes actuelles en matière de réparation de dommage, de sorte qu'une certaine relativisation s'est fait ainsi jour en doctrine⁷⁶, laquelle souligne que la théorie de la différence présente des insuffisances conceptuelles⁷⁷. La tendance majoritaire reste toutefois opposée à une remise en cause fondamentale du système⁷⁸. Il faut partager cet avis: un bouleversement des principes acquis n'est assurément pas inconcevable. Encore faudrait-il, pour le provoquer, que ce bouleversement soit à la fois nécessaire et efficace. Or nous allons voir que si la nécessité d'un bouleversement est douteuse, il apparaît que rien ne garantit qu'une transformation du système ne soit susceptible d'apporter des solutions réellement meilleures.

⁷³ ATF 127 III 403 c. 4c = SJ 2001 I 605.

⁷⁴ TF, 4C.276/2001 c. 6b, arrêt du 26 mars 2002; WERRO, *Responsabilité civile*, N 1000; CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 137 ss.

⁷⁵ Pour une présentation plus développée de cette conception, cf. CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*, N 137-151.

⁷⁶ SCHWENZER, N 14.05.

⁷⁷ Sur cette question, DUPONT, *Domage écologique*, 131 ss.

⁷⁸ SCHWENZER, N 14.09 et références citées; HONSELL, *Differenztheorie*, 265-266.

- 59 L'enjeu du débat réside essentiellement dans la question de savoir si la théorie de la différence présente la souplesse nécessaire pour suivre l'évolution des mentalités et des besoins grandissants d'indemnisation au gré des décennies ou si, au contraire, elle pose des interdits infranchissables. Le fait que la loi n'énonce pas de définition du dommage mène à la conclusion préalable qu'il n'est en tout cas aucun interdit conceptuel légal limitant le juge dans sa réflexion et la solution qu'il donne à la question. Seule l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence est en cause.
- 60 Cela étant acquis, il faut garder à l'esprit l'élément fondamental suivant: un dommage réparable n'existe pas en lui-même, à savoir selon l'ordre naturel des choses. Ce qui existe naturellement, en dehors de toute intervention juridique, ce sont les pertes ou les inconvénients que des particuliers peuvent éprouver, notamment suite à l'acte d'un tiers: une personne a une jambe cassée suite à un choc avec une voiture, une autre ne dort pas et tombe nerveusement malade à cause du bruit de ses voisins, une troisième voit son chiffre d'affaires baisser en raison de la concurrence économique d'un nouvel arrivant dans le quartier. Chacune de ces personnes souffre incontestablement d'un inconvénient plus ou moins grave, provoqué par un tiers. C'est un fait, ce n'est pas encore un «dommage», encore moins un «dommage réparable».
- 61 Le «dommage» et le «dommage réparable» sont quant à eux des notions juridiques élaborées dans un ordre juridique donné. Elles résultent d'une décision législative ou jurisprudentielle fondée sur des choix juridiques, politiques ou moraux. C'est la loi — ou l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux — qui confère ou non la qualité de dommage réparable une perte ou un inconvénient éprouvés par un particulier.
- 62 En conséquence de quoi, on doit retenir, ainsi que le professeur *Merz* l'a souligné il y a longtemps déjà⁷⁹, que tout dommage est en réalité normatif en ce qu'il est le résultat de choix juridiques⁸⁰. C'est d'ailleurs l'un des arguments auxquels certains auteurs allemands recourent pour rejeter le concept de dommage normatif qui serait vide de sens précisément en raison du fait que toute notion de dommage est marquée de son empreinte par un ordre juridique⁸¹.

⁷⁹ WERRO, *Préjudice*, 127; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 620; MERZ, 165, qui souligne que «on peut dire que la notion naturelle du dommage sert de base à la notion juridique de celui-ci, mais que l'ordre juridique seul décide si et dans quelle mesure un préjudice mérite réparation».

⁸⁰ Dans ce sens, WERRO, *Préjudice*, 127.

⁸¹ LARENZ, 427; ROBERTO, *Schadensrecht*, 39.

- 63 Autrement dit, un dommage réparable est un inconvénient subi par un particulier dont le système juridique qui le régit accepte le principe de la réparation.
- 64 Nous allons brièvement voir que tous les ordres juridiques ne traitent pas de manière identique des pertes subies par des particuliers. De plus, il sera observé qu'au sein d'un même ordre juridique, la notion de dommage variera selon les époques; ce qui n'était pas réparable hier, peut le devenir aujourd'hui.
- b. Les variations de la norme selon les ordres juridiques*
- 65 Il n'est pas besoin d'avoir fait de longues études de droit comparé pour savoir que ce qui est vrai en Suisse ne le sera pas forcément en France, aux USA ou dans un autre pays⁸². Pour illustrer le propos, on ne retiendra qu'un seul exemple, celui de l'indemnisation de la perte d'une chance.
- 66 Il a été vu ci-dessus que la jurisprudence du Tribunal fédéral écarte sans discussion l'indemnisation de la perte d'une chance, estimant que le droit suisse ne peut accueillir cette construction, incompatible avec la notion de dommage (*cf. supra* N 11 ss)⁸³. Cette solution est critiquable car elle repose sur une conception trop étroite du dommage⁸⁴; il n'en demeure pas moins que c'est elle qui prévaut actuellement en Suisse.
- 67 Or c'est une solution inverse qui, depuis longtemps, est retenue dans deux systèmes qui ne sont pas éloignés du nôtre. Ce qui nous semble un débat moderne en Suisse se révèle en effet être un acquis en France depuis des décennies.
- 68 Le droit français est considéré comme étant à l'origine de la théorie⁸⁵. C'est en effet depuis la fin du XIX^{ème} siècle⁸⁶ qu'il octroie une indemnisation à la victime de la perte d'une chance pour autant que la chance fût sérieuse⁸⁷, c'est-à-dire «*s'il est*

82 On se souviendra de PASCAL: «*Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-delà*» (Pensées, 1^{re} partie, chap. *De la justice. Coutumes et préjugés*).

83 ATF 133 III 462.

84 Dans ce sens, LE TENDRE, 362.

85 THÉVENOZ, 243; WERRO, *Responsabilité civile*, N 131, n. 117.

86 MÜLLER, *Perte d'une chance*, N 38; cet auteur montre toutefois que, bien que connue et appliquée par les tribunaux français depuis la fin du XIX^{ème} siècle dans divers domaines du droit de la responsabilité civile, la théorie de la perte d'une chance ne fit son entrée dans celui de la responsabilité médicale que beaucoup plus tardivement. Ce n'est en effet qu'en 1962 qu'une Cour d'appel l'utilisa pour indemniser la perte d'une chance de guérir ou de survivre, MÜLLER, N 95 ss, particulièrement 105; *cf. également* KADNER GRAZIANO, 230.

87 LE TOURNEAU, N 516.

probable que l'événement heureux aurait pu se réaliser»⁸⁸. La perte d'une chance constitue aussi bien un dommage actuel⁸⁹ qu'un dommage futur, la réparation du préjudice virtuel futur étant admise par la jurisprudence depuis les années 30 déjà⁹⁰. Les Pays-Bas acceptent eux aussi la théorie sans réserve⁹¹.

- 69 Le droit anglais connaît également l'indemnisation de la perte d'une chance, tant dans le domaine contractuel, dont la première décision rendue remonte à 1911⁹² que dans celui de la responsabilité délictuelle⁹³. Cette théorie est toutefois inapplicable dans le domaine de la responsabilité médicale⁹⁴.
- 70 Les solutions données à cette question sont variées dans les différents pays européens puisque, à côté des trois pays qui viennent d'être cités, douze autres rejettent l'indemnisation de la perte d'une chance, les pays restants retenant des solutions nuancées⁹⁵.
- 71 Autrement dit, le fait qu'une personne voie ses chances amoindries d'obtenir un avantage, un état personnel ou un bien constitue un inconvénient qui est tout d'abord un fait de l'existence. Lorsque la cause de cet inconvénient peut être imputée au comportement illicite d'un tiers, cet inconvénient est qualifié ou non pour de dommage réparable, selon les systèmes juridiques considérés. On a là la démonstration de ce que toute reconnaissance du caractère réparable d'un dommage procède d'un choix juridique.

c. Les variations de la norme dans le temps

- 72 L'écoulement du temps et l'évolution des mentalités qu'il implique constituent également un facteur qui influe sur la reconnaissance du caractère réparable d'un inconvénient subi par un particulier. Quelques exemples choisis dans la jurisprudence du Tribunal fédéral illustreront le propos.

88 MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, N 242; HIRSCH, 264 ss; KADNER GRAZIANO, 230.

89 LE TOURNEAU, N 515; MÜLLER, *Perte d'une chance*, N 53 ss.

90 LE TOURNEAU, N 517; MÜLLER, *Perte d'une chance*, N 73 ss.

91 KADNER GRAZIANO, 230; cf. également HIRSCH, 262.

92 *Chaplin v Hicks*, [1911] KB 786.

93 BURROWS, 54.

94 KADNER GRAZIANO, 231.

95 Pour une présentation de la jurisprudence des différents pays européens concernant la perte d'une chance, on consultera l'étude de KADNER GRAZIANO, 217 ss, particulièrement 230 ss.

- 73 Si la question peut faire sourire aujourd'hui, il n'a pourtant pas toujours été admis qu'une femme puisse être considérée juridiquement comme le soutien de son mari. Le Tribunal fédéral l'affirma pour la première fois en 1927 lorsqu'il indemnisa la perte de soutien qu'un mari éprouvait suite au décès de son épouse⁹⁶.
- 74 C'est en 1931 que, pour la première fois, le Tribunal fédéral octroya une indemnité pour un dommage ménager dont une femme était la victime⁹⁷ (sur la notion de dommage ménager, cf. N 53).
- 75 La réponse à la question de savoir si un homme pouvait également éprouver un dommage ménager ne s'est pas imposée immédiatement après cette décision en faveur d'une femme, tant s'en faut. Septante-deux ans furent en effet nécessaires pour que, en 2002, le Tribunal fédéral octroie finalement une telle indemnité à un homme⁹⁸, en raison du fait «*que la répartition de l'ensemble des tâches ménagères entre l'homme et la femme est devenue une réalité au sein de nombreuses familles au cours de la fin du 20^e siècle*»⁹⁹ (pour une présentation de cette décision, cf. *infra* N 119 ss).
- 76 Enfin, ce fut pendant des années que l'on débattit en doctrine, tant en Suisse qu'à l'étranger, de la question de savoir si les conséquences pécuniaires de la naissance d'un enfant non désiré pouvaient constituer un dommage dont la réparation devait être assumée par le médecin qui n'avait pas stérilisé correctement sa patiente. Le Tribunal fédéral est entré en matière sur certains chefs du dommage, pour la première fois en 2006¹⁰⁰, mettant ainsi un terme à une partie des controverses¹⁰¹.
- 77 L'intérêt essentiel de ce bref rappel réside dans le fait que c'est sur la base d'un texte de loi inchangé et d'une conception non modifiée de la théorie de la différence, que des inconvénients subis par des particuliers ont progressivement été admis au rang de dommages réparables, en raison de l'évolution des mentalités

⁹⁶ ATF 53 II 123 c. 4 = JdT 1927 I 338.

⁹⁷ ATF 57 II 94.

⁹⁸ ATF 129 III 135 c. 4.2.1 et plus particulièrement 4.2.2.1 concernant l'évolution de la répartition traditionnelle du travail entre les hommes et les femmes.

⁹⁹ ATF 134 III 534 c. 3.2.3.2.

¹⁰⁰ ATF 132 III 367.

¹⁰¹ Sur cette question, cf. notamment CHAPPUIS G., *Enfant non désiré*, 378 ss; FELLMANN, *Schadensrecht*, 461; FLEURY, 224 ss; GAUCH, *Abschiedsvorlesung*, 224-225; HÜNERMANN 385; KELLER, 368 ss; MÜLLER, *Responsabilité civile*, 138; MÜLLER, *Jusletter*; RUMO-JUNGO, 375 ss; SCHAETZLE, 373; STEINER, 1150; STEININGER, 382; STÖCKLI, *HAVE/REAS*, 368; TORRIONE, 388 et les nombreuses références citées dans ces contributions.

ayant marqué le passage des années. De même que le Code des obligations n'a pas été révisé sur ce point, le Tribunal fédéral n'a pas revisité sa conception du dommage et pourtant sa jurisprudence a considérablement évolué. Ainsi, la notion de dommage réparable peut évoluer soit parce que l'on change le système légal soit, plus simplement, parce que l'interprétation de ce dernier évolue.

2. *La notion de patrimoine*

78 On l'a vu, le droit suisse retient que, hormis le cas spécifique du tort moral, le dommage n'existe qu'en cas d'atteinte portée au patrimoine d'un particulier (*cf. supra* N 49 ss). S'interroger sur le dommage réparable c'est dès lors s'interroger sur la notion de patrimoine et sur la composition de ce dernier: les atteintes portées aux intérêts, possessions et autres avoirs d'un particulier qui entrent son patrimoine constitueront de ce fait des dommages. Inversement, celles qui toucheront des intérêts hors du patrimoine de cette personne ne pourront être tenues pour des dommages réparables.

79 Le patrimoine est l'«ensemble des biens d'une personne qui peuvent avoir une valeur économique»¹⁰². Pas les biens qui ont une valeur économique, mais ceux qui peuvent en avoir une. Tout intérêt n'a pas une valeur économique; encore faut-il que la vie des affaires lui en donne une et que l'ordre juridique la reconnaisse. Il y a ainsi un jugement de valeur à porter, jugement de valeur qui sous-tend le choix juridique qui sera finalement opéré et qui fera entrer ou non cet intérêt dans le patrimoine d'une personne. A cet égard, la problématique des dommages de frustration évoquée plus haut (*cf.* N 2) offre un champ d'investigation particulièrement révélateur.

a. *Le patrimoine à la lumière des dommages de frustration*

80 Nous avons vu (*cf. supra* N 2) que le dommage de frustration résulte du fait que le lésé a engagé volontairement une dépense devenue inutile en raison d'un acte illicite d'un tiers ou qui, au contraire, doit être exposée une deuxième fois en raison de la survenance de l'acte illicite¹⁰³. Le Tribunal fédéral a jusqu'à ce jour, avec l'appui de la doctrine majoritaire, invariablement

¹⁰² DESCHENAUX / TERCIER, § 3, N 7.

¹⁰³ ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 610; BK-BREHM, CO 41 N 84a.

refusé d'entrer en matière sur l'indemnisation de ce type de dommage. Il a souligné que la privation des possibilités personnelles de production ou de jouissance peut tout au plus, suivant les circonstances, être prise en considération au titre de dommage immatériel (art. 47 et 49 CO) mais qu'elle ne peut s'analyser comme un dommage patrimonial¹⁰⁴.

81 Pour soutenir que ce dommage est irréparable, la doctrine énumère les éléments suivants:

- la dépense exposée par le lésé est volontaire;
- cette dépense intervient avant le fait dommageable.

Ces arguments n'emportent pas l'adhésion mais leur analyse nous éloignerait de notre sujet¹⁰⁵. On se concentrera donc sur le troisième argument mis en avant par la doctrine majoritaire:

- l'attente non satisfaite et pour laquelle la dépense fut consentie ne constitue pas une valeur patrimoniale.

Cette dernière considération mène au cœur du sujet présentement traité. Une réparation ne peut être consentie à la victime puisque l'atteinte dont elle se plaint a été portée à l'un de ses intérêts auquel on ne reconnaît pas de valeur patrimoniale.

82 Il vaut la peine d'observer que débat, devenu si vif aujourd'hui, trouvait une solution très simple sous la plume de *von Tuhr*, dans la première édition de son traité, en 1924 déjà¹⁰⁶. Les éditions subséquentes de son traité¹⁰⁷ ont repris sans modification la thèse qu'il soutenait initialement et qui prévoyait que les dépenses, effectuées volontairement mais en vain, suite à un fait générateur de responsabilité, faisaient, sans discussion, partie du dommage. L'étude de la pensée de cet auteur est intéressante en ce que ce dernier donnait une triple définition du dommage. Selon lui, ce n'est que dans des conditions spéciales qu'une aliénation ou une consommation de valeurs patrimoniales peut constituer un dommage:

- lorsque cela est intervenu contre la volonté de la victime;
- lorsque le lésé est victime d'une tromperie ou d'une menace;
- et finalement, «*lorsque disparaît le but que l'on a cherché à atteindre en diminuant son patrimoine*»¹⁰⁸. L'auteur ajoutait

104 ATF 127 III 403 c. 4a = SJ 2001 I 605.

105 Sur ces questions, CHAPPUIS B., *Le moment du dommage (thèse)*, N 112-131.

106 VON TUHR (1924), 69.

107 VON TUHR / PETER, 84.

108 VON TUHR / DE TORRENTE / THILO, 69.

alors: «*Par ex., une personne qui achète un billet pour un concert, puis est empêchée d'y assister, peut considérer le prix du billet comme un 'dommage'.*»¹⁰⁹.

Ce dernier élément du dommage, considéré alors comme réparable, n'était rien d'autre que l'anticipation de ce qui est devenu, dans notre conception actuelle, le dommage de frustration, réputé irréparable.

83 On comparera cette approche avec celle de *Keller* qui, des décennies plus tard, exposait qu'il existe différentes catégories de dommages découlant de l'absence de l'usage d'un bien qui toutes ne doivent pas recevoir la même solution¹¹⁰. Cet auteur distingue en effet quant à lui les catégories suivantes:

- l'indisponibilité d'une voiture suite à un accident qui donne droit à un véhicule de remplacement, sauf si son propriétaire ne se voit privé que de la simple commodité de son usage;
- les petits désagréments de la vie, comme celui de ne pas pouvoir utiliser une place de théâtre, qui n'entraînent pas une diminution patrimoniale et ne font donc pas partie des dommages indemnisables;
- les vacances qui, de par le rôle qu'elles jouent à notre époque, paraissent être nécessaires et, partant, dont le coût fait partie des dépenses indemnisables au sens de l'art. 46 al. 1 CO.

Le critère déterminant de la réparation du dommage semble, dans cette conception, être celui de la valeur morale qu'il y a lieu de reconnaître à une dépense. Entre frivolité et nécessité, il y aurait une échelle de valeur sur le cours de laquelle il faudrait tracer la limite de ce que l'ordre juridique peut accepter de prendre en considération pour ordonner la réparation d'un dommage. Si tel est bien le sens de la démarche, cette dernière est contestable dans la mesure où elle ne propose pas un cadre juridique précis mais semble plutôt reposer sur une appréciation de la justification de la réparation du dommage et sa faisabilité.

84 La solution de *von Tuhr* brille par sa simplicité et sa rigueur. Il ne s'agit pas ici de dire que l'interprétation de cet auteur constituerait une interprétation authentique de la loi et, partant, serait préférable à toute autre, au seul motif qu'elle serait la plus ancienne. Il s'agit de relever que des questions qui semblent nouvellement soulevées, fruit de quelque modernité, ne sont en réalité que la reprise d'autres plus anciennes qui reçurent dans le

¹⁰⁹ VON TUHR / DE TORRENTE / THILO, 69, n. 10.

¹¹⁰ KELLER, *Haftpflicht*, 29.

passé des réponses simples qui se sont compliquées avec le temps, sans que véritablement on ne comprenne pourquoi. Les barrières mises aujourd'hui à la réparation du dommage sont en effet le résultat de l'évolution insensible des définitions qui ont été modifiées au gré du temps, pour parvenir à un état presque figé.

b. Le patrimoine à la lumière des dommages causés à des arbres

i. Les ATF 127 III 73 et 129 III 331

- 85 Si les dommages de frustration ne sont pas réparables, il n'en va pas de même de ceux qui sont portés à des arbres. Le lien entre les deux sujets semble à première vue plus que ténu et le lecteur s'interrogera peut-être sur les raisons qui justifient de les rapprocher ici. L'intérêt de la comparaison réside en ce que les deux sujets mettent particulièrement bien en évidence la notion de valeur patrimoniale, les limites de cette notion et les jugements de valeur qui sous-tendent ces dernières.
- 86 Le Tribunal fédéral eut l'occasion, à deux années d'intervalle, de rendre deux décisions dont l'objet consistait en la demande d'indemnisation d'un propriétaire de terrain sur lequel des arbres avaient été endommagés ou détruits par l'auteur du fait générateur de responsabilité¹¹¹.
- 87 La première décision concernait les suites d'un accident de voiture lors duquel un automobiliste avait gravement endommagé un arbre planté sur un terrain communal bordant la route¹¹². L'arbre, déjà atteint lors d'un choc antérieur, ne dut pas être abattu immédiatement mais son espérance de vie fut toutefois clairement réduite par ce nouvel accident. Il était établi que, contrairement à ce qui peut survenir dans certains cas, la valeur du bien-fonds sur lequel l'arbre endommagé était planté n'avait subi aucune diminution du fait de l'atteinte à cet arbre. Dans le second cas, le propriétaire d'un terrain avait vu quelques-uns des arbres qui y étaient plantés détruits par un voisin, qui fut d'ailleurs condamné pénalement pour cet acte.
- 88 Dans les deux cas, l'illicéité du fait générateur de responsabilité n'était pas discutée, pas plus que les autres conditions de la responsabilité. Seule la question du dommage était débattue.

¹¹¹ ATF 127 III 73 = SJ 2001 I 397 = JdT 2001 I 495; ATF 129 III 331 = JdT 2003 I 629.

¹¹² ATF 127 III 73 = SJ 2001 I 397 = JdT 2001 I 495.

- ii. Les conséquences juridiques du principe de l'accessoriété
- 89 Le problème résultait de ce que, les arbres faisant partie intégrante du terrain (art. 642 al. 1 CC), ils n'avaient pas d'existence juridique propre¹¹³. Le demandeur se prétendant lésé n'était ainsi pas propriétaire des arbres eux-mêmes mais bien du seul terrain. Or la valeur de ce dernier n'était nullement affectée par la disparition des arbres. La conclusion qui aurait pu s'imposer était que le propriétaire ne souffrait d'aucun dommage puisqu'aucun élément de son patrimoine n'avait été affecté par le fait générateur de responsabilité.
- 90 Le Tribunal fédéral en a cependant jugé autrement pour des motifs qui retiennent l'attention et qui ont fait couler beaucoup d'encre¹¹⁴. Il partit de la valeur de l'arbre lui-même, étant précisé qu'un arbre de remplacement ne pouvait se trouver dans le commerce, en raison de la taille et de l'âge de celui endommagé. Les juges retinrent donc que le dommage consistait en la valeur d'un arbre correspondant le plus possible à l'arbre déjà adulte qu'il était possible de se procurer dans le commerce. A ce dommage s'ajoutaient les frais nécessaires pour enlever l'arbre endommagé et replanter un arbre de remplacement. Pour considérer ces frais ou dépenses comme constitutifs d'un dommage, nonobstant l'absence de perte de valeur du terrain, le Tribunal fédéral tint compte de l'intérêt du propriétaire à ce que les arbres fussent demeurés intacts.
- iii. La valorisation de l'intérêt du propriétaire à la conservation de la chose
- 91 L'aspect remarquable de cette décision réside tout d'abord dans le fait que les juges fédéraux relevèrent que l'indemnisation accordée l'était indépendamment des éventuelles diminutions patrimoniales subies par le lésé selon la théorie générale de la différence¹¹⁵. Il aurait donc été admis, dans cette décision, une véritable exception au principe de la différence. C'est en tout cas

¹¹³ STEINAUER, *Droits réels*, N 1622 et 1625.

¹¹⁴ Notamment, CHAPPUIS B., *Le moment du dommage (thèse)*, N 140-151; DUPONT, *Nouvelle définition*, 471 ss; GAUCH, *Festschrift Walter*, 298-300; HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 8 N 46; KELLER, *Haftpflicht*, 104; PETITPIERRE, 66; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 681; ROBERTO, *AJP*, 723 ss; WERRO, *Responsabilité civile*, N 89.

¹¹⁵ ATF 127 III 73 = SJ 2001 I 397 = JdT 2001 I 495 et ATF 129 III 331 c. 2.2 *in fine*: «*der Geldersatz ist (...) unabhängig von einer allfälligen Vermögenseinbusse im Sinne des allgemeinen Schadensbegriffes (Differenzhypothese) zu leisten*».

ce qu'une partie de la doctrine a soutenu¹¹⁶. Or nous allons voir qu'il n'est nullement établi que la distance d'avec la théorie de la différence soit aussi importante qu'on veut parfois le relever.

- 92 La décision est également remarquable en ce que le Tribunal fédéral a reconnu un droit du lésé à garder son terrain dans son état initial: «*Hat dieser ein sachliches Interesse an der Unversehrtheit der zerstörten oder beschädigten Bäume, darf das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht mit der Begründung verneint werden, die Zerstörung oder Beschädigung der Bäume habe den Verkehrswert des Grundstücks nicht vermindert.*».
- 93 Pour qualifier l'intérêt du propriétaire à la conservation de la chose, on peut hésiter sur la traduction à donner à l'expression employée par le Tribunal fédéral: ce dernier parle du «*sachliches Interesse*» du propriétaire à l'intégrité de l'arbre, ce que le Journal des Tribunaux traduit par le «*réel intérêt*» du propriétaire. Il faut sans doute préférer la formule d'intérêt «*concret*» ou d'intérêt «*matériel*» du propriétaire, pour rendre pleinement la pensée du Tribunal fédéral. Ainsi donc, le propriétaire — dont le terrain n'a pas perdu de valeur — se voit reconnaître le droit de prendre les mesures nécessaires à la remise du terrain dans son état antérieur. Pour des motifs esthétiques, de confort ou encore sentimentaux, le propriétaire pourra procéder à la replantation d'arbres et en faire supporter les coûts à l'auteur du fait générateur de responsabilité.

c. Les limites élargies du patrimoine

- 94 La reconnaissance de ce droit subjectif du lésé à conserver sa chose dans son état antérieur au fait générateur de responsabilité est d'une importance considérable dans la construction juridique retenue par le Tribunal fédéral. Ce n'est que par ce biais que la difficulté créée par le principe de l'accessorité pouvait être surmontée et, partant, la théorie de la différence appliquée sans la moindre limitation.
- 95 En effet, une fois qu'un intérêt matériel à la conservation du terrain est reconnu au lésé, on accorde également à ce dernier le droit de prendre les mesures nécessaires à la remise du terrain dans son état antérieur. Les coûts induits par cette remise en état constituent la diminution patrimoniale subie par le lésé, de la même façon que les frais de guérison constituent la diminution patrimoniale subie par la victime d'un accident et qui se fait soigner.

¹¹⁶ GAUCH, *Festschrift Walter*, 300; DUPONT, *Protection de l'environnement*, 436 n. 52.

- 96 Dès l'instant qu'une diminution patrimoniale est établie, il n'y a plus de place pour une entorse à la théorie de la différence. Le patrimoine du lésé subit une diminution de valeur qui trace l'étendue de la différence avec l'état qu'aurait ce patrimoine si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu.
- 97 La conception présentement défendue n'est de loin pas unanimement acceptée et le débat est aujourd'hui ouvert pour savoir s'il s'agit là d'une sorte de tour de passe-passe par lequel le Tribunal fédéral aurait esquivé la question juridique à laquelle il était confronté. Dommage normatif ou théorie de la différence? Quand bien même ils se réclament de cette théorie en tête de leurs décisions, pour plusieurs auteurs les juges fédéraux s'en seraient effectivement distancés¹¹⁷.

3. *Appréciation critique*

a. *Les différents éléments jurisprudentiels à prendre en considération*

- 98 Les concepts de valeur patrimoniale et de dommage réparable se sont dessinés au cours de décennies de jurisprudence. Autant les principes cardinaux, posant les fondements essentiels de la notion de dommage, sont maintenant solidement établis, autant ceux régissant les limites des concepts évoqués demeurent encore des questions instables. La cohérence des différentes solutions données par le Tribunal fédéral n'est pas forcément aisée à mettre en évidence. Ainsi, la jurisprudence:
- reconnaît une perte de valeur indemnisable pour des arbres détruits sans que le terrain dont ils sont partie intégrante n'ait diminué de valeur (*cf. supra* N 89-90);
 - nie l'indemnisation de la perte de l'usage d'une chose tout en reconnaissant pourtant à cet usage «une valeur économique intrinsèque» (*cf. supra* N 10);
 - indemnise le dommage ménager, soit le fait pour la victime de ne plus pouvoir s'occuper de son ménage, en passant par la théorie du dommage normatif (*cf. supra* N 53);
 - indemnise l'aide gratuite que reçoit la victime de la part de ses proches, laissant entendre ce faisant que l'indemnisation accordée ne reposerait pas sur le calcul d'une différence

¹¹⁷ Dans ce sens, GAUCH, *Festschrift Walter*, 298-299; DUPONT, *Protection de l'environnement*, 436.

patrimoniale lors même qu'il pose le principe clair que l'aide gratuite a une valeur économique (*cf. supra* N 55).

- 99 Dans toutes ces situations pourtant, le Tribunal fédéral reconnaît — à juste titre — une valeur économique au bien atteint. Il suffit alors de faire application de la théorie de la différence dans son acception et son mécanisme les plus classiques, pour autant que les termes de la comparaison patrimoniale ne soient pas figés dans une conception par trop étroite des éléments composant le patrimoine. Dès l'instant qu'une valeur patrimoniale est reconnue à un bien, sa diminution ou sa disparition peut fonder une indemnisation calculée à l'aide de la théorie de la différence, pourvu que, bien entendu, que les autres conditions de la responsabilité soient réalisées.

b. La valeur patrimoniale de l'intérêt affectif

- 100 Il faut cependant recourir à des distinguos subtils pour bien comprendre les intérêts en jeu. Ainsi, l'intérêt personnel du lésé à la conservation de la chose — qui, comme on vient de le voir, est quant à lui indemnisable — ne se confond pas avec un pur intérêt affectif. Ce dernier ne peut être compté au nombre des éléments entrant dans le patrimoine d'un individu de sorte que sa lésion ne constitue pas une diminution patrimoniale ouvrant la voie à une indemnisation. Tel est le contenu de la décision rendue par le Tribunal fédéral qui rejeta la demande introduite par une particulière dont l'avocat avait mal exécuté son mandat consistant à s'opposer à une expropriation¹¹⁸ (*cf. supra* N 15 ss).
- 101 Quarante ans séparent cet arrêt de celui de l'arbre dans lequel fut reconnue l'indemnisation de la violation de l'intérêt du lésé à la conservation de la chose dans son état antérieur. Cette dernière décision ne fait nulle référence à la première, de sorte que l'on ne sait véritablement s'il y a rupture entre les deux ou si les juges fédéraux ont considéré qu'il s'agissait de deux questions véritablement différentes. Quand bien même le lien est rarement fait entre ces deux arrêts¹¹⁹, le parallèle doit cependant être établi et on peut se risquer à l'analyse suivante:
- La cliente de l'avocat — qui ne s'était pas correctement opposé à une expropriation — faisait valoir un dommage qui semble avoir exclusivement consisté en l'indemnisation

¹¹⁸ ATF 87 II 290 c. 4a; WERRO, *Responsabilité civile*, N 45; LÜCHINGER, N 42.

¹¹⁹ A la notable exception d'HONSELL, *Haftpflichtrecht*, § 8 N 46, qui traite de l'indemnisation des arbres abattus dans le chapitre qu'il consacre à la non-réparation de l'intérêt affectif.

pécuniaire de son intérêt affectif lésé. On n'en sait en effet guère plus, l'arrêt publié étant avare de détails sur ce point. On comprend toutefois de la décision que la demande déposée en justice s'apparentait de manière significative à la recherche de l'indemnisation d'un tort moral, à savoir la souffrance consécutive à la perte d'un terrain aimé.

- Le propriétaire du terrain, dont des arbres avaient été détruits, voulait quant à lui remettre son terrain en état de sorte que ce sont les frais de replantation qu'il fit valoir. Que ce soit un intérêt affectif, sentimental ou esthétique qui ait motivé son désir de remettre le terrain en état, il n'en demeure pas moins que ce propriétaire faisait valoir une pure prétention pécuniaire, soit les coûts qu'il avait dû exposer pour voir son intérêt personnel satisfait.
- 102 Les deux décisions sont donc dissemblables: si chaque lésé avait vu un intérêt que l'on appellera idéal être lésé, le premier d'entre eux faisait valoir une indemnité détachée de la perte d'un élément de son patrimoine alors que le deuxième invoquait les coûts impliqués par la restauration de cet intérêt idéal. Il est dès lors limitatif d'affirmer, ainsi qu'on le fait usuellement (*cf. supra* N 15), que l'intérêt affectif n'est pas réparable. Cela n'est vrai que lorsque sa réparation ne s'exprime pas en argent. On ne sait ainsi pas quelle aurait été la solution des tribunaux si, les circonstances du cas d'espèce s'y prêtant, la victime de l'avocat négligent avait demandé, en plus de l'indemnité reçue de l'Etat suite à son expropriation, un montant supplémentaire de son avocat afin de pouvoir acquérir un nouveau terrain plus coûteux mais susceptible de lui procurer un plaisir similaire à celui perdu.
- 103 Il est en tout cas certain qu'en recourant à la notion d'intérêt concret du lésé (*cf. supra* N 93), le Tribunal fédéral a concédé une valeur patrimoniale à un élément qui, de prime abord, n'en semblait pas pourvu et est parvenu à calculer un dommage selon la théorie de la différence.
- c. *Le jugement de valeur sous-jacent: de l'arbre aux vacances gâchées en passant par les animaux*
- i. Le constat de l'existence de jugements de valeur sous-jacents
- 104 Tout dommage réparable est le résultat d'un choix juridique et, partant, d'un jugement de valeur préalable; en effet, ce sont indéniablement des jugements de valeur et des appréciations morales qui confèrent au patrimoine les limites que l'ordre juridique est

prêt à lui reconnaître (cf. *supra* N 52 et N 57-64). Ces jugements peuvent être le produit d'un processus conscient et volontaire mais peuvent également procéder de la transposition inconsciente de valeurs généralement admises au sein de la société. Chacun exprimera dans ces jugements les convictions qui sont les siennes et qui fondent sa conception de la valeur des choses. Du refus de l'indemnisation des vacances gâchées à l'acceptation de celle de la destruction d'un arbre, on doit s'interroger sur les motifs qui sous-tendent les décisions qui en ont posé les principes. L'exemple des vacances gâchées offre à cet égard un champ d'analyse révélateur.

- 105 Nous avons vu en examinant les propositions faites par *Keller* (cf. *supra* N 83) que si cet auteur refuse d'indemniser les petits désagréments de l'existence, il est en revanche prêt — contrairement au Tribunal fédéral — à reconnaître aux vacances un caractère nécessaire dans notre société actuelle: «*Anders verhält es sich mit den verhinderten oder verpfuschten Ferien. Ferien spielen im Leben des heutigen Menschen eine wichtige Rolle, erscheinen geradezu nötig. Jedenfalls haben Geschädigte ein Anrecht darauf.*»¹²⁰. C'est l'évolution de la valeur socialement attribuée à un bien — que *Keller* qualifie de nécessaire — qui conduit à la reconnaissance du caractère indemnisable d'une lésion qui lui est portée.
- 106 Cette analyse pousse à se demander s'il la jurisprudence fédérale et la doctrine majoritaire, hostiles à l'indemnisation des vacances gâchées, ne refuseraient pas, consciemment ou non, de prendre acte de cette évolution sociale. En recourant à une formule un peu colorée, on pourrait dire que ce refus consacrerait la victoire morale de l'arbre sur la futilité des vacances. L'arbre — symbole essentiel d'un pays montagneux et fier de sa nature — s'impose comme élément économiquement reconnu et indemnisable, non-obstant les difficultés juridiques découlant du principe de l'accessorité, là où le mercantilisme et la futilité liés au tourisme moderne échouent. La proposition est peut-être provocante et ne repose certes que sur une supposition. Elle n'en décrit pas moins une réalité juridique complexe où les fondements des décisions peinent à se dévoiler à l'interprète.

¹²⁰ KELLER, *Haftpflicht*, 29.

ii. L'exemple de l'évolution de la perception sociale des vacances

- 107 Les facteurs d'influence menant à une nouvelle appréciation de la valeur des vacances sont pourtant nombreux. Le premier développement à prendre en considération est l'importance accordée aujourd'hui aux vacances en droit du travail. Ce n'est qu'assez récemment que le droit fédéral a institué un régime de vacances obligatoires. C'est la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce¹²¹, (entrée en vigueur le 1^{er} février 1966) qui inséra un article 341^{bis} dans le titre traitant du contrat de travail, instaurant un régime de congé payé. C'est ainsi par une disposition de droit privé que le législateur régla cette question, abrogeant de ce fait les dispositions cantonales antérieures qui étaient assez disparates¹²². Suite à la révision des dispositions du Code des obligations régissant le contrat de travail, ce sont désormais les art. 329a à 329e CO qui traitent de la matière. Par la promulgation de la Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur la durée des vacances¹²³, les durées minimales prévues dans le Code des obligations furent allongées. Depuis lors, les travailleurs âgés de plus de vingt ans ont droit à quatre semaines de vacances et non plus deux, comme antérieurement¹²⁴. Preuve de l'importance que le législateur fédéral a accordée à cette réglementation, il a rendu la quasi-totalité de la réglementation impérative (art. 361 CO) ou relativement impérative (art. 362 CO). Les vacances ont incontestablement acquis un statut incontournable en droit social qui leur attribue une valeur fondamentale; elles constituent «un élément essentiel de tout rapport découlant du contrat de travail»¹²⁵.
- 108 Le droit européen s'est lui aussi profondément modifié dans le domaine, au cours des décennies et son évolution jurisprudentielle ne devrait pas rester sans effet sur nos concepts juridiques helvétiques. En Suisse, la Loi fédérale sur les voyages à forfait (LVF) est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1994, reprenant à quelques exceptions rédactionnelles près l'essentiel de la

¹²¹ RO 1966, 57.

¹²² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail) du 25 août 1967, FF 1967 II 249, 254.

¹²³ FF 1982 III 177.

¹²⁴ GENIER MÜLLER, 211.

¹²⁵ GENIER MÜLLER, 211.

réglementation européenne¹²⁶. Or le Tribunal fédéral a jugé que, lorsque le droit suisse constitue la reprise du droit européen, il convient de l'interpréter en harmonie avec les décisions rendues par les instances européennes: «*lorsque l'ordre juridique suisse est adapté à un droit étranger — en l'espèce le droit européen —, on ne doit pas uniquement viser une harmonisation dans l'adoption des règles, mais également dans leur interprétation et dans leur application, dans la mesure où la méthodologie appliquée dans l'ordre juridique interne permet un tel rapprochement*»¹²⁷. Il s'ensuit qu'un juge suisse, saisi d'une demande fondée sur la LVF, sera désormais appelé à interpréter cette loi à la lumière des principes dégagés par la jurisprudence européenne.

- 109 Il n'est pas question de reprendre ici l'entier de la discussion de l'indemnisation des vacances gâchées et de l'influence de la jurisprudence européenne, sujets auxquels de nombreuses études ont été consacrées¹²⁸. On se contentera de mentionner l'impact possible en droit suisse du désormais célèbre arrêt *Leitner* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes¹²⁹. Dans cette décision, les juges européens ont appliqué la Directive 90/314 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, en retenant que l'art. 5 de cette directive «*doit être interprété en ce sens qu'il confère en principe au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constituant un voyage à forfait*»¹³⁰.
- 110 Si la jurisprudence fédérale helvétique n'a pas encore eu l'occasion d'examiner la question¹³¹, une décision cantonale a déjà prononcé l'indemnisation des voyageurs pour le très grave désagrément subi pendant une semaine de vacances¹³². Il semble peu douteux que la jurisprudence soit maintenant à un tournant,

¹²⁶ STAUDER, 98.

¹²⁷ ATF 129 III 335 c. 6 = JdT 2003 II 75; sur cette question, WERRO, *Fait des produits*, 71-72; WERRO, *Vacances gâchées*, 704 ss; PROBST, 31-32; STAUDER, 77 ss.

¹²⁸ Pour une introduction à cette problématique, WERRO, *Vacances gâchées*, 695 ss; WERRO, *Préjudice*, 129 ss; ROBERTO, *Schadensrecht*, 225 ss et 234 ss; CHAIX, *RSJ*, particulièrement 417-418.

¹²⁹ CJCE, 12 mars 2002, *Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG*; Recueil de jurisprudence 2002 p. I-02631.

¹³⁰ Pour un commentaire de cet arrêt, WERRO, *Fait des produits*, 71-72; WERRO, *Vacances gâchées*, 704 ss; PROBST, 31-32; STAUDER, 77 ss.

¹³¹ CHAIX, *RSJ*, 416, met en évidence que les faibles valeurs litigieuses empêchent souvent que l'on puisse saisir le Tribunal fédéral.

¹³² CHAIX, *RSJ*, 418.

tant le rôle joué par les vacances est devenu important en Suisse. Le fait de savoir si notion de dommage réparable pourra continuer longtemps à se refuser à ce domaine d'activité économique et sociale est une question qui ne devrait pas rester sans réponse.

- 111 Une dernière indication, chiffrée cette fois-ci, concernant l'importance des vacances dans la société actuelle. Il ressort des statistiques fédérales que les agences de voyage suisses ont enregistré des chiffres d'affaires de 11.3, 12.5 et 13 milliards de francs pour les années 2004, 2005 et 2006. Quant à la balance commerciale du tourisme, elle représente 5% des recettes d'exportation de la Suisse avec, pour les années 2004 à 2008, des résultats de 11.9, 12.5, 13.5, 14.6 et 15.6 milliards de francs¹³³. Si le montant des dépenses consacrées au tourisme n'emporte en lui-même évidemment aucune conséquence automatique relative à l'indemnisation des vacances gâchées, il donne en revanche une indication de l'ampleur remarquable et grandissante du phénomène. Il devient difficile de considérer que les vacances ne constituent pas une valeur patrimoniale.

iii. L'exemple de l'évolution de la perception sociale des animaux

- 112 La nouvelle réglementation sur les animaux est révélatrice de la profonde évolution de la relation que l'homme entretient avec les animaux. La Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur les animaux, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2003¹³⁴, a introduit une série de dispositions modifiant le Code civil, le Code des obligations, le Code pénal et la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Cette révision avait précisément pour objectif de tenir compte de ce que la population, devenue plus sensible au sort des animaux, ne souhaite plus considérer ces derniers comme une chose¹³⁵. De l'attribution de l'animal domestique en cas de dissolution du lien conjugal (art. 651a CC) en passant par la faculté (limitée) de faire des libéralités pour cause de mort en faveur d'un animal (art. 482 al. 2 CC), la transcription juridique de cette évolution a touché plusieurs domaines du droit civil, notamment celui de la responsabilité civile.

¹³³ *Le tourisme suisse en chiffres 2008*. Fédération suisse du tourisme/Office fédéral de la statistique. (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/10/22/publ.Document.123391.pdf>), 6 et 33.

¹³⁴ RO 2003 463.

¹³⁵ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 janvier 2002, FF 2002 3887; CHAPPUIS C., *Animaux*, 16 et 25; CHAPPUIS G., *Animal*, 94.

- 113 Nous avons vu (*cf. supra* N 19) qu'en matière d'indemnisation du dommage lié à la perte d'un animal ou à une atteinte qui lui est portée, l'art. 43 al. 1^{bis} CO a apporté une solution qui laisse les commentateurs dans l'embarras puisqu'on ne sait exactement si le législateur a créé une nouvelle catégorie de dommage ou s'il a étendu l'indemnisation du tort moral en la soumettant, de façon toute paradoxale, à des conditions moins rigoureuses que lorsque l'atteinte est portée à un être humain (art. 49 CO)¹³⁶.
- 114 Quelles que soient les incertitudes sur la portée exacte des normes nouvelles, il n'en reste pas moins que le législateur a entendu tenir compte de l'évolution des mentalités notamment en matière de réparation du dommage. Que l'on approuve ou non cette modification législative et les valeurs qui la sous-tendent, il faut prendre acte de ce que désormais les animaux ont leur place dans le système juridique suisse¹³⁷. Il est cependant intéressant de relever que pour d'aucuns¹³⁸ le texte nouveau n'apporte pas d'éléments fondamentalement novateurs qui n'auraient pas déjà pu être pris en compte dans le droit existant. Ici encore, on doit considérer que la souplesse des dispositions du régime de la responsabilité suisse autorise le juge, dans une certaine mesure en tout cas, à suivre l'évolution des valeurs fondamentales en reconnaissant une valeur économique nouvelle à certains biens qui en étaient dépourvus jusque-là.

III. LE RÔLE DE LA TRADITION DANS L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE DOMMAGE

A. La référence systématique à la théorie de la différence

- 115 On pourrait un instant songer que toutes ces questions sont des querelles de théoriciens qui ne retiennent l'attention que de professeurs amateurs de débats abstraits. Il n'en est rien: les conséquences pratiques sont fondamentales. Qu'un dommage soit qualifié d'irréparable ou non peut transformer l'avenir économique d'une personne lésée. La responsabilité des praticiens en la matière est ainsi considérable.
- 116 Or les avocats sont finalement peu imaginatifs, tant dans leur manière d'aborder le mode de réparation du dommage qu'en

¹³⁶ CHAPPUIS C., *Animaux*, 16 et 25; CHAPPUIS G., *Animal*, 94; BREHM, *Animal*, 121.

¹³⁷ CHAPPUIS C., *Animaux*, 35.

¹³⁸ STEINAUER, *Tertium*, 52 ss; CHAPPUIS G., *Animal*, 92 ss; BREHM, *Animal*, 119 ss.

matière de composition de ce dernier. On se souvient de la magnifique phrase que Giraudoux prête à l'un des personnages de «*La guerre de Troie n'aura pas lieu*»: «*Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination, jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité*». Les avocats sont sans doute en train d'apporter un cruel démenti à Giraudoux: ils n'imaginent pas grand-chose, se contentant le plus souvent de répéter les recettes acquises ou de dire des formules, tirées de la jurisprudence, comme si elles étaient des formules sacramentelles.

- 117 On peut sans doute adresser le même reproche aux tribunaux qui, à l'instar du Tribunal fédéral, font référence depuis des décennies à la théorie de la différence de façon quelque peu litannique. En effet, ils l'invoquent en tête de toutes les décisions même si, parfois, les véritables motifs qui sous-tendent ces dernières s'éloignent de la théorie traditionnelle. C'est d'ailleurs ce qu'a expressément fait le Tribunal fédéral dans l'un des deux arrêts relatifs aux dommages causés à des arbres (*cf. supra* N 91, n. 115) où il a affirmé ne pas réellement procéder réellement à la détermination d'une différence patrimoniale pour fonder sa décision¹³⁹.
- 118 Pour illustrer notre propos, particulièrement le poids que la tradition peut exercer sur les épaules des juristes, nous nous arrêtons quelques instants sur une décision — qui a fait couler beaucoup d'encre — consacrée à la responsabilité d'un avocat à qui un client reprochait d'avoir ignoré un principe juridique n'ayant pas encore fait l'objet d'une jurisprudence publiée. La question qui va retenir notre attention n'est pas celle de savoir si les avocats doivent ou non connaître la jurisprudence non publiée¹⁴⁰. Ce qui nous intéressera c'est d'examiner les faits ayant mené à la mise en cause de la responsabilité de l'avocat et, au vu de la réponse donnée par le Tribunal fédéral, de s'interroger sur le rapport que les praticiens entretiennent avec la notion de dommage et son évolution.

¹³⁹ Sur cette question, GAUCH, *Festschrift Walter*, 300.

¹⁴⁰ Sur cette question, BOHNET, 13 ss; FELLMANN / WEY, 31 ss; STÖCKLI, *DC*, 170 ss; TERCIER / DEVAUD, 296; VERMEIL / HAMDAN, 23 ss; WERRO / BACHER, 133 ss.

B. L'exemple du dommage ménager éprouvé par un homme

I. L'ATF 134 III 534

- 119 Un avocat fut chargé des intérêts d'un homme victime d'un grave accident de la circulation survenu en 1984. Il fit valoir pour le compte de son client des prétentions pour perte de gain, atteinte à l'avenir économique, frais d'avocat et tort moral. Le 20 décembre 2000, il conclut avec l'assurance de l'auteur de l'accident trois conventions d'indemnisation mettant un terme définitif au litige. Dans ce cadre, l'avocat du lésé ne fit valoir aucune prétention en indemnisation du préjudice ménager (soit l'atteinte à la capacité d'effectuer des activités ménagères non rémunérées; sur la notion de préjudice ménager, *cf. supra* N 53).
- 120 En 2003, la victime de l'accident apprit que le Tribunal fédéral avait décidé dans une autre affaire, le 19 décembre 2002, d'octroyer une indemnisation du préjudice ménager à un homme alors qu'une telle indemnisation n'avait jusque-là été accordée qu'à des femmes. Cette décision fut publiée au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral en 2003¹⁴¹. La victime se retourna alors contre son avocat, lui reprochant d'avoir négligé, dans les négociations avec l'assurance de la partie adverse, de faire valoir son préjudice ménager qu'il chiffrait à CHF 499'426.-.
- 121 L'avocat objecta que l'arrêt en question n'était pas publié — ni même rendu d'ailleurs — au moment où il avait conclu la transaction de sorte qu'il ne pouvait être tenu responsable d'avoir ignoré les principes qui y étaient contenus et, partant, de n'avoir pas réclamé l'indemnisation du préjudice ménager. Le Tribunal fédéral fit droit à cet argument ajoutant ce qui suit: *«Il est tout à fait possible qu'avant la publication de l'arrêt précité au Recueil officiel, certains arrêts cantonaux et divers articles juridiques parus dans différents médias aient prôné la réparation du préjudice domestique qu'a subi à l'occasion d'un sinistre un homme prenant part à la tenue du ménage. Mais il ne s'agissait pas alors d'un principe juridique consacré par la jurisprudence publiée au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.»*¹⁴².
- 122 Cela dit, le Tribunal fédéral revint dans ses considérants sur l'arrêt antérieur, inconnu de l'avocat, et le commenta en ces termes: *«Tenant compte du fait que la répartition de l'ensemble des tâches ménagères entre l'homme et la femme est devenue une réalité au*

¹⁴¹ ATF 129 III 135.

¹⁴² ATF 134 III 534 c. 3.2.3.3 *in fine*.

sein de nombreuses familles au cours de la fin du 20^e siècle, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt de principe du 19 décembre 2002 publié au Recueil officiel (ATF 129 III 135 consid. 4.2.1), a reconnu que le préjudice domestique devait être indemnisé, cela quelle que soit la personne qui est atteinte dans sa capacité d'effectuer des activités ménagères, autrement dit non seulement si c'est l'épouse, mais également si c'est le mari qui devient incapable de s'occuper du ménage et/ou des enfants.»¹⁴³.

- 123 A suivre les juges fédéraux, l'arrêt de 2002 constituerait un arrêt de principe par lequel le droit de l'homme à être indemnisé pour un préjudice ménager aurait été expressément et nouvellement reconnu, après avoir fait l'objet d'une discussion spécifique et de principe. Or il n'en est en réalité rien et il vaut la peine de s'arrêter quelques instants sur cette question.

2. L'ATF 129 III 135

- 124 Dans son arrêt de 2002, le Tribunal fédéral avait à apprécier la réparation de divers dommages subis par un homme victime d'un très grave accident de la circulation. Après avoir traité de la perte de gain et du dommage de rente de vieillesse, le Tribunal fédéral examina la prétention que le demandeur faisait valoir en réparation de son dommage ménager. Il constata d'entrée de cause qu'une lésion corporelle pouvait porter atteinte non seulement à la capacité de gain, mais également à la capacité de travail, particulièrement à celle concernant les activités non rémunérées, telles que la tenue du ménage ainsi que les soins et l'assistance fournis aux enfants.
- 125 Sans se livrer à quelque discussion que ce soit — à tout le moins dans la décision publiée — de la distinction que l'on pourrait vouloir établir entre les femmes et les hommes, le Tribunal fédéral posa le principe clair selon lequel *«ce type de préjudice donne droit à des dommages-intérêts en application de l'art. 46 al. 1 CO»*¹⁴⁴. La seule allusion lointaine que l'on peut trouver à cette distinction entre femmes et hommes est consacrée au calcul concret du dommage et du rôle des données statistiques dans ce cadre: *«De même, il convient de ne pas ignorer le caractère **doublement évolutif du travail domestique, tant en ce qui concerne la répartition traditionnelle des tâches ménagères entre l'homme et la femme, qui n'est pas immuable, qu'au regard de la structure***

¹⁴³ ATF 134 III 534 c. 3.2.3.2.

¹⁴⁴ ATF 129 III 135 c. 4.2.1.

du ménage et des modifications prévisibles qu'elle connaîtra, en particulier lors du départ du ou des enfants du foyer familial.»¹⁴⁵.

- 126 Le Tribunal fédéral consacra des développements extrêmement fouillés au calcul du dommage ménager, appréciant notamment l'impact effectif du taux d'invalidité sur la conduite du ménage de la victime. On ne trouve en revanche nulle mention de la question du sexe du demandeur. Force est donc que constater que — pour la première fois certes — le Tribunal fédéral octroya une telle indemnité à un homme, mais sans que cela ne soulevât de difficulté en regard de la définition même du dommage. L'homme y avait droit parce qu'il souffrait effectivement dans la conduite de son ménage — à laquelle il prenait activement part — des blessures résultant de son accident et que sa situation correspondait aux conditions posées par l'art. 46 al. 1 CO.

3. *L'évolution du dommage ménager au sein de la théorie de la différence*

- 127 Pour tirer une leçon des deux décisions présentées, il faut partir des quelques constats suivants: l'indemnisation du dommage ménager est accordée aux femmes depuis 1931. Elle l'est aux hommes depuis 2002. Durant cet intervalle, la définition du dommage n'a pas fondamentalement changé: si l'énoncé de la théorie de la différence s'est affiné au cours des décennies, elle ne s'est pas substantiellement modifiée sous la plume du Tribunal fédéral.
- 128 Aucun interdit théorique ne s'est donc jamais opposé à l'octroi d'une indemnité pour préjudice ménager à un homme, pas plus en 1912 à l'entrée en vigueur du Code des obligations, qu'en 1931, l'année de la première indemnisation reconnue à une femme, ou en 2000, l'année où un avocat conclut une transaction sans demander une telle indemnisation, ou encore en 2002, l'année de la première indemnisation reconnue à un homme. Ce qui a changé durant ces décennies ce sont la réalité sociale, la conception morale des choses et la perception que les tribunaux en ont. Ce qui, à un moment donné, était sans valeur patrimoniale en a acquis une, au fil du temps. Partant, ce qui n'était pas indemnifiable l'est devenu.
- 129 Par définition, la question de savoir s'il existait une décision publiée contenant un principe juridique établi, au moment où un avocat fait valoir des prétentions pour le compte de son client,

¹⁴⁵ ATF 129 III 135 c. 4.2.2.1.

est un faux débat. Pour que le Tribunal fédéral puisse juger du bien-fondé d'une prétention qui ne lui a encore jamais été soumise, il faut bien que quelqu'un lui pose une première fois cette question. L'avocat qui plaida la première demande en indemnisation du préjudice ménager d'une femme au début des années 30, celui qui plaida la même demande pour le compte d'un homme des décennies plus tard, celui qui demanda l'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré, tous ont fait valoir des prétentions qui n'avaient encore jamais été expressément reconnues par la jurisprudence. Tous sont cependant strictement restés dans le cadre de la définition classique du dommage selon la théorie de la différence, faisant simplement valoir qu'un certain bien avait une valeur patrimoniale.

C. Le dommage entre immuabilité et évolution

- 130 La notion de dommage réparable est à la fois figée et vivante. Elle est figée en ce qu'elle présente des limites strictes, particulièrement celle de l'acception patrimoniale de la définition qui semble bien constituer un fondement de la conception helvétique du dommage. En dehors d'une diminution du patrimoine avérée, il ne saurait être question de concevoir l'existence d'un dommage. Une évolution supposerait alors une remise en cause fondamentale du système actuel.
- 131 Une telle remise en cause a par exemple été opérée à l'art. 31 LGG qui prévoit l'indemnisation du dommage écologique au sens étroit, même en l'absence d'une victime souffrant d'une diminution patrimoniale (*cf. supra* N 32). Loin de la théorie de la différence, la loi offre ici un système d'indemnisation nouveau approprié aux besoins spécifiques d'un domaine donné.
- 132 Sont compris dans cette responsabilité les risques imprévisibles liés à la mise en circulation de produits génétiquement modifiés. L'évolution technique induit en effet des risques nouveaux et surtout inconnus. En cette matière également, une intervention législative était sans doute nécessaire pour élaborer un concept nouveau: en vertu de l'art. 30 al. 4 LGG, le titulaire de l'autorisation de mise en circulation d'un organisme génétiquement modifié répond désormais également des défauts affectant cet organisme que l'état des connaissances scientifiques et de la technique n'a pas permis de détecter au moment de la mise en circulation¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Sur la problématique des risques imprévisibles, *cf. WERRO, Staatshaftung*, 140.

- 133 La notion de dommage est en revanche vivante en ce qu'elle s'inscrit dans des limites qui se développent et s'élargissent au gré de la transformation de la vie sociale. Son évolution n'implique alors pas de remise en cause du système mais une lecture actualisée de la définition jurisprudentielle du dommage¹⁴⁷, notamment par celle de la notion de patrimoine. Les avis sont certes partagés puisque certains plaident pour une remise en cause plus fondamentale de la théorie de la différence, incapable qu'elle serait à leurs yeux de rendre compte de l'entier des besoins liés à l'indemnisation (*cf. supra* N 58). L'idée de provoquer un changement radical dans le système semble cependant aussi peu probable que peu désirable.
- 134 Premièrement, il ne faut pas attendre des changements législatifs fondamentaux dans les années à venir. Il semble en tout cas aujourd'hui peu douteux que l'«*Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*»¹⁴⁸ est définitivement enterré et que la réforme projetée ne verra pas le jour¹⁴⁹. Secondement, il ne faut pas non plus prévoir des bouleversements jurisprudentiels. On imagine en effet mal le Tribunal fédéral abandonner les fondements de sa jurisprudence, acquis de longue date, pour aborder désormais la notion de dommage sous un tout autre angle. On l'imagine d'autant plus mal que les principes qui fondent cette jurisprudence donnent satisfaction dans la grande majorité des cas et que ce serait abandonner la proie pour l'ombre que de modifier toute la cohérence d'un système pour apporter un remède à un nombre limité de situations insatisfaisantes.
- 135 Il n'en reste pas moins que la rigidité du système mis en place aujourd'hui est sans doute excessive et emprisonne la notion de dommage dans un carcan, alors que rien dans le texte légal ne contraint l'interprète à une rigueur aussi forte.
- 136 La notion de patrimoine, qui constitue le préalable indispensable à celle de dommage réparable, repose sur des jugements de valeur qui reconnaissent à des biens, des services ou des intérêts personnels une valeur patrimoniale. Latents ou explicites, ces jugements de valeur forment l'essence même de la notion de patrimoine. L'exemple récent le plus frappant est sans conteste

¹⁴⁷ WERRO, *Préjudice*, 128.

¹⁴⁸ WIDMER / WESSNER, *Rapport explicatif au sujet de l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*.

¹⁴⁹ Le Département fédéral de justice et police a établi en 2004 un rapport sur la procédure de consultation. Depuis lors, le Conseil fédéral n'a pas fait montre de la moindre velléité d'aller de l'avant avec ce projet.

celui de l'indemnisation ensuite d'une naissance non désirée¹⁵⁰ (cf. *supra* N 76). Débattue en doctrine depuis des années, la question suscitait une réflexion qui allait bien au-delà du strict cadre juridique et qui entraînait ouvertement sur le terrain de l'éthique, de la morale et de la philosophie¹⁵¹. Les enjeux ne sont certes pas toujours aussi fondamentaux mais ne s'en réfèrent pas moins à la conception de l'existence et à la valeur que l'on attribue aux choses, qu'il s'agisse par exemple de la valeur des vacances ou de celle de l'intérêt subjectif d'un propriétaire à la conservation d'un arbre sur son terrain.

- 137 C'est aux praticiens de considérer les limites auxquelles ils ont affaire. Ils doivent s'interroger sur la justification des contraintes dictées par les définitions strictes qui se sont imposées au gré des ans. L'exemple de l'indemnisation du dommage ménager subi par un homme (cf. *supra* N 119 ss) en est l'illustration la plus évidente. La reprise litannique des définitions jurisprudentielles — encouragée par la méthode du «copier-coller» des définitions extraites des arrêts du Tribunal fédéral disponibles sur le site Internet de ce dernier — ne constitue pas la juste manière d'appréhender la mise en pratique de la notion de dommage. La sécurité juridique, souhaitable pour la cohérence du système et pour garantir une égalité de traitement entre les justiciables, n'est cependant pas une fin en soi. La jurisprudence sait d'ailleurs s'en affranchir lorsqu'il s'agit de trouver des solutions adaptées à la réalité des faits¹⁵².

¹⁵⁰ ATF 132 III 359 = SJ 2006 I 345.

¹⁵¹ Pour une présentation de ces enjeux philosophiques, cf. TORRIONE, 388, particulièrement 392 ss.

¹⁵² On peut prendre pour exemple un récent arrêt du Tribunal fédéral rendu en matière de représentation exclusive (ATF 134 III 497 c. 4.3): «*La diversité des avis exprimés dans la doctrine et la jurisprudence au sujet de la question controversée démontre, si besoin est, qu'il ne semble guère possible de traiter cette question de manière dogmatique, en lui apportant une réponse qui vaille pour toutes les situations envisageables, la sécurité du droit dût-elle en pâtir.*».

CONCLUSION

Le Dr. Knock énonce la célèbre formule selon laquelle «*les gens bien portants sont des malades qui s'ignorent*». En le parodiant, ne faudrait-il pas dire que «*tout dommage irréparable est peut-être un dommage réparable que les juristes ignorent... pour l'instant*»? Loin de moi, avec cette boutade, l'idée de plaider pour une extension sans limite du champ de la responsabilité civile, en encourageant toute personne indisposée par les aléas de l'existence à trouver un tiers qui pourrait en être tenu responsable. En revanche, il est fondamental de comprendre que la richesse du Code des obligations est d'offrir un système qui ne contient que peu de limites infranchissables. La notion de dommage y est notamment laissée à la liberté de l'interprète.

La prise en compte de l'évolution des mœurs et des mentalités a permis à la jurisprudence de traverser les époques en redéfinissant les contours du dommage. Elle l'a fait de manière progressive mais aussi de manière limitée et très contrôlée. On constate aujourd'hui une certaine inertie sur des sujets récurrents, telle la question des vacances gâchées ou la perte d'une chance. On a finalement l'impression que plus un sujet est débattu dans le monde juridique, moins la jurisprudence ose passer outre les principes qui ont été proclamés dans le passé. Ainsi, la belle liberté d'esprit qui a animé le Tribunal fédéral dans les deux arrêts relatifs aux arbres — sujet qui n'était pratiquement pas débattu en droit suisse préalablement à ces décisions — tranche avec la réaffirmation de principes rigoureux dans les cas où, à l'instar de la perte d'une chance, le débat s'est instauré depuis des années.

Nul doute que, en raison de la multiplication des situations à risque créées par la vie moderne, des législations spéciales — comme il en existe déjà de nombreuses contenant des dispositions de responsabilité civile¹⁵³ — seront nécessaires à l'avenir. La promulgation d'une multiplicité de lois spéciales n'est cependant pas la panacée ni n'est forcément souhaitable. Hormis les cas dans lesquels une réglementation résolument spécifique est indispensable, un régime unique de responsabilité est largement préférable, ne serait-ce qu'en raison de la cohérence et de l'égalité des solutions qu'il garantit.

Le Code des obligations, par la souplesse qui le caractérise, offre de larges possibilités permettant de tenir compte de l'évolution des mentalités et des besoins de la vie moderne. A cet égard, il faut garder à l'esprit que l'échec, sans doute définitif, de la réforme du droit de la

¹⁵³ On peut mentionner à titre d'exemple la Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE), la Loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG), la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN), la Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP) et la Loi fédérale sur la pêche (LFSP).

responsabilité civile rend plus que jamais nécessaire une lecture innovante de la loi actuelle. Entre respect des principes solidement établis, souci de cohérence et impératif de mouvement, l'équilibre n'est pas forcément aisé à trouver. Le défi lancé aux juristes, particulièrement aux tribunaux qui ont la charge de dire le droit, est de taille. Dans cette aventure, une relecture des premiers commentateurs du Code des obligations serait une source d'inspiration bénéfique en ce qu'elle nous permettrait de regagner un peu de liberté d'allure et de nous défaire des scories accumulées au cours des années, qui alourdisent finalement des concepts qui devraient rester simples et ouverts.

BIBLIOGRAPHIE

- BENSAHEL Frédérique / MICOTTI Sébastien / SCHERRER Jean-François, *Certains aspects du dommage dans la gestion de fortune*, SJ 2008 II 333
- BOHNET François, *Kenntnisse des Anwalts bezüglich Rechtsprechung: es zählt einzig die Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung*, SJZ/RSJ 105 (2009) 13 ss
- BREHM Roland, Commentaire ad art. 41 ss CO, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, VI/1/3/1 3^{ème} édition, Berne 2006
- BREHM Roland, *Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis} CO)*, HAVE/REAS 2003 119-122 (cité: *Animal*)
- BRULHART Vincent, *La prise en charge du préjudice économique par l'assureur*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005
- BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 2^{ème} édition, Zurich 1988
- BURROWS Andrew S., *Remedies for torts and breach of contract*, 3^{ème} édition, Oxford 2004
- CHAIX François, *La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF*, SJZ/RSJ 101 (2005) 425 ss (cité: *RSJ*)
- CHAIX François, *La fixation du dommage*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005 (cité: *Fixation du dommage*)
- CHAPPUIS Benoît, *Le dommage environnemental: un état des lieux*, in *Les entreprises et le droit de l'environnement – Défis, enjeux, opportunités*, Journée du 11 juin 2008, CEDIDAC, volume n° 82, Lausanne 2009 (cité: CHAPPUIS B., *Dommage environnemental*)
- CHAPPUIS Benoît, *La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune*, Journée 2008 de droit bancaire et financier, Genève 2009 (cité: CHAPPUIS B., *Gérant de fortune*)
- CHAPPUIS Benoît, *Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_351/2007 du 15 janvier 2008. L'évaluation du dommage face aux fluctuations de la bourse*, HAVE/REAS 2008, 141 (cité: CHAPPUIS B., *Fluctuations de la bourse*)

- CHAPPUIS Benoît, *Le moment du dommage. Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, thèse, Fribourg/Zurich 2007 (cité: CHAPPUIS B., *Moment du dommage (thèse)*)
- CHAPPUIS Christine, in CHAPPUIS Christine / WERRO Franz, *La responsabilité civile: à la croisée des chemins*, Rapports et Communications, Schweizerischer Juristentag 2003, Fascicule 3, Bâle 2003 (cité: CHAPPUIS C., *Croisée des chemins*)
- CHAPPUIS Christine, *Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux; que vaut Médor?*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005 (cité: CHAPPUIS C., *Animaux*)
- CHAPPUIS Guy, *L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré: une simple question d'arithmétique? Quelques considérations à la lumière des solutions apportées par le droit français*, HAVE/REAS 2006, 378 (cité: CHAPPUIS G., *Enfant non désiré*)
- CHAPPUIS Guy, *Le préjudice ménager: encore et toujours ou les errances du dommage normatif*, HAVE/REAS 2004, 283 ss (cité: CHAPPUIS G., *Préjudice ménager*)
- CHAPPUIS Guy, *Les nouveaux droits du détenteur de l'animal tué ou blessé: nouveaux, vraiment?*, HAVE/REAS 2004, 92-96 (cité: CHAPPUIS G., *Animal*)
- DESCHENAUX Henri / TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, Berne 1982
- DUPONT Anne-Sylvie, *Droit public, responsabilité civile et protection de l'environnement: deux outils au service d'un objectif essentiel*, in *Le droit de l'environnement dans la pratique*, N° 23, Zurich, 2009 (cité: *Protection de l'environnement*)
- DUPONT Anne-Sylvie, *Domage: vers une nouvelle définition?*, SJ 2003 II 471 ss (cité: *Nouvelle définition*)
- DUPONT Anne-Sylvie, *Le dommage écologique, le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, thèse, Genève 2005 (cité: *Domage écologique*)
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, 2^{ème} édition, Berne 1997, 503
- FELLMANN Walter / WEY Rainer, *Ein Herz für Anwälte? Kritische Anmerkungen zu BGE 134 III 534*, HAVE/REAS 2009, 31
- FELLMANN Walter, *Normativierung des Personenschadens: der Richter als Gesetzgeber?*, Personen-Schaden-Forum 2005, Zurich/Bâle/Genève 2005, 13 ss (cité: *Normativierung*)

- FELLMANN Walter, *Schadensrecht: Schwerpunkt Vermögens- und Sachschäden*, in *Aktuelle Anwaltpraxis*, 2007, 441 ss (cité: *Schadensrecht*)
- FLEURY Patrick, *Le préjudice des parents d'un enfant né à la suite d'une stérilisation omise: note sur l'ATF 132 III 359*, HAVE/REAS 2006, 224 ss
- GAUCH Peter, *Ein «regelrechter» Schluss, Abschiedsvorlesung*, RDS 2009 I 215 (cité: *Abschiedsvorlesung*)
- GAUCH Peter, *Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht, in Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter*, 2005, 298-299 (cité: *Festschrift Walter*)
- GENIER MÜLLER Sandra, *Fixation des vacances pendant le délai de congé*, in *Panorama en droit du travail; recueil d'études réalisées par des praticiens*. Institut du droit des assurances et du travail, Berne 2009
- GUHL Théo (KOLLER, SCHNYDER, DRUEY), *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9^{ème} édition, Zurich 2000
- GUTZWILLER Christoph, *Rechtsfragen der Vermögensverwaltung*, Zurich 2008
- HIRSCH Laurent, *Le procès manqué*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (éds), *Les causes du dommage*, Journée de la responsabilité civile 2006, Genève 2007
- HONSELL Heinrich, *Differenztheorie und normativer Schadensbegriff* in Stephan Fuhrer (éd.) *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift zum fünfzig-jährigen Bestehen*, Zurich 2010 (cité: *Differenztheorie*)
- HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4^{ème} édition, Zurich 2005 (cité: *Haftpflichtrecht*)
- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht: allgemeiner Teil*, 2^{ème} édition, Zurich/Bâle/Genève 2006
- HÜNERMANN Susanne, *Unterhalt für ein Kind als Schaden nach deutschem Recht*, HAVE/REAS 2006, 385
- JORDAN Sandrine / GIACCHETTA Ida, *Préjudice ménager: la dérive normative*, HAVE/REAS 2006 399 ss
- KADNER GRAZIANO Thomas, *La «perte d'une chance» en droit privé européen: «tout ou rien» ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (éds), *Les causes du dommage*, Journée de la responsabilité civile 2006, Genève 2007

- KELLER Alfred, *Das unerwünschte Kind als Schaden?*, HAVE/REAS 2006, 368 (cité: HAVE/REAS)
- KELLER Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht*, tome II, 2^{ème} édition, Berne 1998 (cité: *Haftpflicht*)
- KISSLING Christa, *Dogmatische Begründung des Haushaltschadens: ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Behandlung unentgeltlicher Tätigkeiten*, Berne 2006
- LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, allgemeiner Teil, 14^{ème} édition 1987
- LE TENDRE Lionel, *Chance qui peut!* in Stephan Fuhrer (éd.) *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen*, Zurich 2010
- LE TOURNEAU Philippe, *La responsabilité civile*, 3^{ème} édition, Paris 1982
- LOMBARDINI Carlo, *Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes*, SJ 2009 II 416 (cité: *SJ*)
- LOMBARDINI Carlo, *Le dommage du client dans la gestion de fortune: un sujet complexe*, Westlaw, Relevant, 15 avril 2005 (cité: *Westlaw*)
- LÜCHINGER Niklaus, *Schadenersatz im Vertragsrecht, Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenbemessung*, Fribourg 1999
- MALAUURIE Philippe / AYNÈS Laurent / STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 2^{ème} édition, Paris 2005
- MARKESNIS Basil / DAKIN Simon, *Tort law*, 5^{ème} édition, Oxford 2003
- MERZ Hans, *Droit des obligations, partie générale, tome 1*, Traité de droit privé suisse, Fribourg 1993
- MISTELI Christophe, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, thèse, Zurich 1999
- MOMMSEN Friedrich, *Zur Lehre von dem Interesse*, in *Beiträge zum Obligationenrecht*, Scientia Verlag Aalen, 1997 (édition originale: Braunschweig 1855)
- MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile du médecin*, in *Quelques actions en responsabilité*, Neuchâtel 2008 (cité: *Responsabilité civile*)
- MÜLLER Christoph, *Jusletter*, 10 juillet 2006 (cité: *Jusletter*)

- MÜLLER Christoph, *La perte d'une chance, étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berne 2002 (cité: *Perte d'une chance*)
- OFTINGER Karl / STARK Emil, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, 5^{ème} édition, Zurich 1995 (vol. 1)
- PETITPIERRE Gilles, *Le préjudice et le tort moral: vers de nouvelles frontières?*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005
- PICHONNAZ Pascal, *Le devoir du lésé de diminuer son dommage*, in WERRO Franz (éd.), *La fixation de l'indemnité*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Berne 2004
- PIOTET Denis, *Destruction d'une espèce protégée réintroduite et notion de dommage réparable, pas de dommages-intérêts frustratoires (frais de réintroduction) même s'il s'agit d'une double dépense pour résultat unique?*, PJA/AJP 10/2004, 1265 ss
- PROBST Thomas, *Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht*, in *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3^{ème} édition, Zurich 2003
- ROBERTO Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002 (cité: *Haftpflichtrecht*)
- ROBERTO Vito, *Bemerkungen zu BGE 127 III 73*, PJA/AJP 2001, 723 ss (cité: *AJP/PJA*)
- ROBERTO Vito, *Schadensrecht*, Zurich 1997
- RUMO-JUNGO Alexandra, *Kindesunterhalt als Schaden: familienrechtliche Aspekte*, HAVE/REAS 2006, 375
- SCHAETZLE Marc, *Was kostet ein (ungeplantes) Kind und wie wird der Ersatz für die Unterhaltskosten berechnet?* HAVE/REAS 2006, 373
- SCHNYDER Anton K., *Commentaire ad art. 41-59 CO, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 4^{ème} édition, 2007
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4^{ème} édition, Berne 2006
- STAUDER Bernd, *L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse*, in *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004

- STEINAUER Paul-Henri, *Tertium datur?*, in *Figures juridiques: mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l'occasion de son sixantième anniversaire*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité: *Tertium*)
- STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels* (tome II): *Propriété foncière. Propriété mobilière. Généralités sur les droits réels limités. Servitudes foncières*, Berne 2002 (cité: *Droits réels*)
- STEINER Isabelle, *Note sur l'ATF 132 III 359*, PJA/AJP, 2006, 1150
- STEININGER Barbara C., *BGE 132 III 359 aus österreichischer Sicht*, HAVE/REAS 2006, 382
- STÖCKLI Hubert, *Anmerkung zum BGE 134 III 534*, DC/BR 2008, 170 (cité: *DC/BR*)
- STÖCKLI Hubert, *Kind als Schaden Meinungen zu BGE 132 III 359*, HAVE/REAS 2006, 368 (cité: *HAVE/REAS*)
- STOESSEL Gerhard, *Schadensberechnung nach Differenztheorie, sowie kritische Bemerkungen zum «normativen Schaden»* in Stephan Fuhrer (éd.) *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen*, Zurich 2010
- TERCIER Pierre / DEVAUD Karine, *Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations*, SJZ/RSJ 105 (2009) 296 ss
- TERCIER Pierre, *L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse*, RDS 1990, 72 ss (cité: *Préjudices*)
- THÉVENOZ Luc, *La perte d'une chance et sa réparation*, in WERRO Franz (éd.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives* (Colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Université de Fribourg), 237 ss
- TORRIONE Henri, *Le préjudice d'être né*, HAVE/REAS 2006, 388
- TRIGO TRINDADE Rita, *Mort d'homme, invalidité et analyse économique du droit*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédict (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005
- TUHR Andreas von, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Tübingen 1924 (cité: *VON TUHR 1924*)
- TUHR Andreas von, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, traduction française de Maurice DE TORRENTÉ et Emile THILO, Lausanne 1929 (cité: *VON TUHR / DE TORRENTE / THILO*)

- TUHR Andreas von / PETER Hans, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, Zurich 1979 (cité: VON TUHR / PETER)
- VERMEIL Guy / HAMDAN Antoine, *Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4_190/2008 du 10 juillet 2008 relatif à la connaissance de la jurisprudence requise des avocats*, Ordre des avocats de Genève, N° 49 décembre 2008, 23
- VISCHER Markus, *Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf*, SJZ/RSJ 106 (2010) 129
- WERRO Franz / BACHER Bettina, *Die Sorgfaltspflicht des Anwalts und die Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 134 III 534*, recht (27) 2009, 133-139
- WERRO Franz (avec la collaboration de Marjolaine VIRET), *Le coût excessif de la réfection de l'ouvrage et la sanction du contrat en cas de déplaisir consécutif au défaut*, BR/DC 2008 116 (cité: *Réfection de l'ouvrage*)
- WERRO Franz, *Die öffentlichrechtliche Staatshaftung aus der Sicht eines Privatrechtlers: die Sorgfaltspflichtverletzung des Beamten als einziger Haftungsgrund?*, in *Droit public de l'organisation — responsabilité des collectivités publiques — fonction publique*, Annuaire 2006, Berne 2007 125 ss (cité: *Staatshaftung*)
- WERRO Franz, *Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat?*, in GAUCHS Welt, *Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zurich 2004 (cité: *Vacances gâchées*)
- WERRO Franz, *Le préjudice: une notion dans la mouvance des conceptions*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève 2005 (cité: *Préjudice*)
- WERRO Franz, *Responsabilité civile*, Berne 2005 (cité: *Responsabilité civile*)
- WERRO Franz, *Le droit suisse de la responsabilité du fait des produits face au droit européen*, in *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004 (cité: *Fait des produits*)
- WERRO Franz, *Du dommage ménager au dommage monacal ou de la relativisation du dommage normatif. Notes de relecture à partir de l'avis de droit du professeur Peter Jäggi*, HAVE/REAS 2004 247 (cité: *HAVE/REAS*)
- WERRO Franz, in CHAPPUIS Christine / WERRO Franz, *La responsabilité civile: à la croisée des chemins*, Rapports et Communications,

Schweizerischer Juristentag 2003, Fascicule 3, Bâle 2003 (cité: *Croisée des chemins*)

WERRO Franz, *Commentaire ad art. 41-61 CO*, Commentaire Romand, Code des obligations, I, THÉVENOZ Luc / WERRO Franz (éds), Genève/Bâle/Munich 2003 (cité: *CO-WERRO*)

WERRO Franz, Note sur l'ATF 126 III 388, BR/DC 2001 78 (cité: *BR/DC*)

WIDMER Pierre / WESSNER Pierre, *Rapport explicatif au sujet de l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*, Berne 2000

WINIGER Bénédicte, *La notion de préjudice: perspectives européennes. La naissance et la vie non souhaitées*, in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journée de la responsabilité 2004, Genève 2005

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	165
I. QUELQUES DOMMAGES IRRÉPARABLES	
À TITRE D'ILLUSTRATION.....	166
A. Non-réparation résultant de l'absence	
d'une atteinte patrimoniale.....	166
1. Les dommages de frustration et de commercialisation....	166
2. La perte d'une chance.....	169
3. Le dommage affectif	170
a. Le principe	170
b. La jurisprudence	171
c. Le cas particulier de l'art. 43 al. 1 ^{bis} CO:	
l'animal domestique.....	172
B. La non-réparation résultant de l'absence pure	
et simple d'atteinte	173
1. Les mesures préventives.....	173
2. Le dommage virtuel.....	174
3. Le dommage écologique au sens étroit.....	175
C. Le cas particulier du dommage purement économique	175
II. L'ENJEU: LES NOTIONS DE DOMMAGE RÉPARABLE	
ET DE PATRIMOINE.....	176
A. Les enseignements des dommages irréparables	176
B. La notion de dommage.....	178
1. La définition du dommage.....	178
a. L'absence de définition légale	178
b. La définition jurisprudentielle.....	179
c. Les origines de la définition jurisprudentielle.....	180
2. Les caractéristiques essentielles du dommage.....	180
3. L'exception du dommage normatif	181
C. Les limites du patrimoine comme condition	
du dommage réparable: l'enjeu de la normativité	183
1. L'opposition artificielle du dommage classique	
au dommage normatif.....	183
a. Le caractère normatif de tout dommage réparable.....	183
b. Les variations de la norme selon	
les ordres juridiques	185
c. Les variations de la norme dans le temps	186
2. La notion de patrimoine	188
a. Le patrimoine à la lumière des dommages	
de frustration	188

b. Le patrimoine à la lumière des dommages causés à des arbres	191
i. Les ATF 127 III 73 et 129 III 331.....	191
ii. Les conséquences juridiques du principe de l'accessorité	192
iii. La valorisation de l'intérêt du propriétaire à la conservation de la chose	192
c. Les limites élargies du patrimoine	193
3. Appréciation critique	194
a. Les différents éléments jurisprudentiels à prendre en considération	194
b. La valeur patrimoniale de l'intérêt affectif	195
c. Le jugement de valeur sous-jacent: de l'arbre aux vacances gâchées en passant par les animaux	196
i. Le constat de l'existence de jugements de valeur sous-jacents	196
ii. L'exemple de l'évolution de la perception sociale des vacances	198
iii. L'exemple de l'évolution de la perception sociale des animaux.....	200
 III. LE RÔLE DE LA TRADITION DANS L'ÉVOLUTION	
DE LA NOTION DE DOMMAGE	201
A. La référence systématique à la théorie de la différence	201
B. L'exemple du dommage ménager éprouvé par un homme	203
1. L'ATF 134 III 534.....	203
2. L'ATF 129 III 135.....	204
3. L'évolution du dommage ménager au sein de la théorie de la différence	205
C. Le dommage entre immuabilité et évolution.....	206
 CONCLUSION.....	209
 BIBLIOGRAPHIE.....	211