



Ouvrage collectif

2005

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le préjudice : une notion en devenir : Journée de la responsabilité civile
2004

Chappuis, Christine (ed.); Winiger, Bénédicte (ed.)

How to cite

CHAPPUIS, Christine, WINIGER, Bénédicte, (eds.). Le préjudice : une notion en devenir : Journée de la responsabilité civile 2004. Genève : Schulthess, 2005. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:10756>

Journée de la responsabilité civile 2004

Le préjudice

Une notion en devenir

Edité par
Christine Chappuis et Bénédicte Winiger

Journée de la responsabilité civile 2004



Faculté de droit de Genève

Journée de la responsabilité civile 2004

Le préjudice

Une notion en devenir

Edité par

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger

Schulthess § 2005

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

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

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

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2005
ISBN 3 7255 5046 8

www.schulthess.com

Avant-propos

Après la responsabilité fondée sur la confiance, puis les responsabilités dites objectives, la Journée 2004 a été consacrée au préjudice. Les auteurs des contributions rassemblées dans le présent ouvrage approfondissent cette notion fondamentale et préalable à tout raisonnement en matière de responsabilité civile. La matière est, une fois de plus, soumise à une observation attentive des nouveautés législatives, jurisprudentielles et doctrinales en Suisse comme à l'étranger.

Au titre des nouveautés législatives, il convient de s'arrêter sur les dispositions, entrées en vigueur le 1^{er} avril 2003, relatives au dommage que subit le propriétaire d'un animal tué ou blessé. D'apparence anodine, les nouvelles règles sont susceptibles de modifier la conception (trop étroite) du préjudice matériel. Elargissant le débat, l'on se demandera ensuite s'il faut redessiner les frontières entre le préjudice patrimonial et le tort moral. L'art. 42 al. 2 CO prévoit que si le montant exact du dommage ne peut être établi, « le juge le détermine équitablement ». C'est donc à un juge que nous avons confié l'examen de cette disposition. La parole a également été donnée à celui chez qui aboutit tout problème de responsabilité civile: l'assureur, chargé d'analyser la prise en charge du préjudice purement économique par les compagnies d'assurances.

La question, actuellement très débattue, de la naissance d'un enfant non désiré permet l'ouverture aux perspectives européennes. En vue de stimuler la réflexion, le dommage corporel en cas de mort d'homme ou d'invalidité est finalement passé au crible d'une approche encore peu familière du juriste suisse, l'analyse économique du droit. Toutes ces réflexions débouchent sur des conclusions générales reconnaissant la difficulté de définir une notion juridique en devenir. Le préjudice résultant de vacances gâchées et le préjudice ménager sont l'occasion de suggérer des critères de nature à guider le juge confronté à la mouvance des conceptions.

Il nous reste à exprimer notre gratitude aux conférenciers et présidents de séances qui ont assuré le succès de la Journée 2004. A Patrick Gérard Fleury, assistant à la Faculté de droit, qui a coordonné les travaux d'édition, s'adressent également tous nos remerciements.

En juin 2005

Christine Chappuis / Bénédicte Winiger

Sommaire

Avant-propos	5
Liste des auteurs	9
Abréviations	11
CHRISTINE CHAPUIS	
Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?	15
FRANÇOIS CHAIX	
La fixation du dommage par le juge (art. 42 al. 2 CO)	39
GILLES PETITPIERRE	
Le préjudice patrimonial et le tort moral: vers de nouvelles frontières?	63
BENEDICT WINIGER	
La notion de préjudice: Perspectives européenne. La naissance et la vie non souhaitées	75
RITA TRIGO TRINDADE	
Mort d'homme, invalidité et analyse économique du droit	93
VINCENT BRULHART	
La prise en charge du préjudice économique pur par l'assureur	107
FRANZ WERRO	
Le préjudice: une notion dans la mouvance des conceptions	125
Annexes	137
1. Aperçu comparatif de quelques dispositions juridiques sur le dommage	139
2. Arrêt du Tribunal fédéral ATF 128 III 271	143
3. Arrêt du Tribunal fédéral non publié 4C. 300/2001 du 27 février 2002	155
4. Arrêt du Tribunal fédéral non publié 4C. 110/2002 du 25 juin 2002	167
5. Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 23 avril 2004	177
6. Arrêt du Bundesgerichtshof allemand du 18 janvier 1983	183
7. Arrêt de la Cour de cassation française ass. Plén. du 17 novembre 2000	193
8. Loi de la République française n° 2002-303 du 4 mars 2002	195
9. Arrêt de la Cour de Première Instance de Bruxelles du 7 juin 2002	197

Liste des auteurs

VINCENT BRULHART	Professeur, Faculté de droit des Universités de Lausanne et Genève, directeur d'une compagnie d'assurance
FRANÇOIS CHAIX	Docteur en droit, juge à la Cour de justice de Genève
CHRISTINE CHAPPUIS	Professeure, Faculté de droit de l'Université de Genève
GILLES PETITPIERRE	Professeur, Faculté de droit de l'Université de Genève
RITA TRIGO TRINDADE	Professeure, Faculté de droit de l'Université de Genève
FRANZ WERRO	Professeur, Faculté de droit de l'Université de Fribourg, Georgetown University Law Center, Washington
BENEDICT WINIGER	Professeur, Faculté de droit de l'Université de Genève

Abréviations

AJP	Allgemeine Juristische praxis (=PJA)
al.	alinéa(s)
AP	Avant-projet
art.	article(s)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (Recueil officiel)
BaK	Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Commentaire bâlois)
BeK	Berner Kommentar (Commentaire bernois)
BGB	Bürgerlichen Gesetzbuch
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEE	Communautés économiques européennes
cep.	cependant
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
CJ GE	Cour de justice de Genève
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant
Const. / Cst.	Constitution fédérale
CR CO I	Commentaire romand du droit des obligations I
DEM	Deutsche mark(s)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également

EUR	Euro(s)
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiche juridique suisse
GBP	Livres sterling
GE-LOJ	Loi sur l'organisation judiciaire genevoise
GE-LPC	Loi de procédure civile genevoise
HAVE	Haftung und Versicherung (= REAS)
ibid.	Ibidem
JdT	Journal des Tribunaux
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JuS	Juristische Schulung
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (Loi sur les brevets; RS 232.14)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCC	Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (RS 221.214.1)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
lit.	lettre
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques; RS 232.11)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral (projet)
LVF	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
MünchKomm	Münchener Kommentar
n.	note
N.	Numéro marginal
no./n°/No./n.	numéro
not.	notamment
n.p.	non publié
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)

OLCC	Ordonnance relative à la loi fédérale sur le crédit à la consommation du 6 novembre 2002 (RS 221.214.11)
p.	page(s)
PCSt	Loi fédérale de procédure civile (Procédure civile suisse) (Avant-projet)
p.ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle (=AJP)
pp.	pages
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
RC	Responsabilité civile
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance (= HAVE)
réf.	références
rés.	résumé
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique des lois fédérales suisses (les textes publiés au Recueil systématique peuvent être consultés sous http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html)
RSA	Revue suisse d'assurances
s.	et suivant(e)
SJ	Semaine Judiciaire (Genève)
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
vol.	volume
ZK	Zürcher Kommentar (Commentaire zurichois)
ZPO	Zivilprozessordnung (Allemagne, Autriche)

Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?

CHRISTINE CHAPPUIS*

Table des matières

I.	Le cadre général	16
A.	Les animaux	16
B.	Le dommage et son indemnisation	17
II.	Les conditions et les conséquences des nouvelles dispositions	18
A.	L'art. 42 al. 3 CO	19
1.	Conditions	19
2.	Conséquences	21
B.	L'art. 43 al. 1 ^{bis} CO	23
1.	Conditions	24
2.	Conséquences	25
C.	Les rapports entre les deux dispositions	27
1.	Conception restrictive	28
2.	Conception large	29
III.	Une appréciation	30
A.	Les frais de traitement	30
B.	La valeur d'affection de l'animal	31
C.	Une ouverture?	32
	Conclusion	35
	Ouvrages cités	36

Les travaux de révision du droit de la responsabilité civile en cours à la fin des années 1990 nous avaient incités à lancer la première Journée de la responsabilité civile en 2000. Quatre ans plus tard, ce vaste projet semble enterré, même s'il figure toujours sur le site de l'Office fédéral de la justice¹. L'on est donc surpris de découvrir que le chapitre de la responsabilité dé-

* Professeure à la Faculté de droit de Genève. Mes remerciements vont à Anne-Sylvie Dupont, docteure en droit, avocate-stagiaire, ancienne assistante à la Faculté de droit, pour sa participation à la recherche initiale et à Hamid Taieb, assistant à la Faculté de droit, pour son aide lors la mise au point finale de ce texte.

¹ <http://www.ofj.admin.ch>

lictuelle a, malgré tout, été modifié par l'introduction de deux nouveaux alinéas, les art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis} CO. Après quelques mots sur le cadre général de cette modification, j'examinerai les conditions et les conséquences des nouvelles dispositions que je placerai, pour terminer, dans une perspective plus large.

I. Le cadre général

En toile de fond des nouvelles dispositions, les animaux et l'amélioration de leur statut juridique occupent la première place. Nous verrons quelle traduction cet objectif a trouvée dans les dispositions pertinentes de responsabilité civile.

A. Les animaux

En 1992 et en 1993, deux initiatives parlementaires émanant du Conseil National² réclament que les animaux bénéficient d'un statut juridique particulier les distinguant des simples choses³. Immédiatement après le refus d'entrée en matière voté par le Conseil national en 1999, une nouvelle initiative parlementaire⁴ est déposée devant le Conseil des Etats. Parallèlement, en 2000, deux initiatives populaires sont lancées sur le même thème: « Pour un meilleur statut juridique des animaux », « Les animaux ne sont pas des choses »⁵.

Le Conseil fédéral, dans son message du 25 avril 2001⁶, propose aux Chambres de recommander le rejet des initiatives, mais considère que les objectifs de celles-ci doivent être réalisés par une révision d'ordre législatif, et non constitutionnel. Le Conseil des Etats, suivant le rapport de sa commission juridique⁷ adopte diverses réformes législatives améliorant le statut des animaux et recommande en conséquence le rejet des deux initiatives

² Initiative N° 92.437 du 24 août 1992 (Conseiller national François Loeb, « L'animal, être vivant »); initiative N° 93.459 du 16 décembre 1993 (Conseillère nationale Suzette Sandoz, « Animaux vertébrés. Dispositions particulières »).

³ STEINAUER, p. 52-53.

⁴ Initiative N° 99/467 du 22 décembre 1999 (Conseiller aux Etats Dick Marty, « Les animaux dans l'ordre juridique suisse »).

⁵ Ces initiatives visaient toutes deux l'introduction d'un nouvel art. 79a Const. féd.

⁶ FF 2001 2391.

⁷ FF 2002 3885 ss.

populaires. Le Conseil fédéral donne son approbation de principe au projet⁸. A son tour, le Conseil national accepte les propositions de réforme élaborées par le Conseil des Etats et recommande le rejet des initiatives populaires. Adopté le 4 octobre 2002⁹, le texte des réformes entre en vigueur le 1^{er} avril 2003. Dans l'intervalle, les deux initiatives populaires ont été retirées.

Le cadre général est celui d'une révision du Code civil¹⁰, du Code des obligations¹¹, du Code pénal¹² et de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite¹³, dont le but est de « tenir compte de la nouvelle sensibilité de la population à l'égard des animaux et d'améliorer le statut juridique de ces derniers »¹⁴. Contrairement aux apparences, ces modifications des art. 42 et 43 CO n'ont donc rien à voir avec l'ambitieux projet de révision mort-né du droit de la responsabilité civile.

B. Le dommage et son indemnisation

En ce qui concerne le Code des obligations, l'amélioration du statut juridique des animaux est inscrite dans les dispositions sur la fixation du dommage (art. 42 CO) et celle de l'indemnité (art. 43 CO). On rappellera que le raisonnement procède en deux temps. Il s'agit d'abord de fixer le montant du dommage, puis de déterminer l'indemnisation à laquelle a droit la victime¹⁵.

Selon la définition traditionnelle, « le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il peut consister en une réduction de l'actif, en une augmentation du passif ou en un gain manqué et correspond à la différence entre la situation actuelle de fortune et celle qui existerait si l'événement dommageable ne s'était pas produit »¹⁶. Le dommage est une question de fait dont la preuve incombe au demandeur (art. 42 al. 1 CO). Si

⁸ FF 2002 5418 ss.

⁹ RO 2003 466 ss.

¹⁰ Art. 482 al. 4, art. 641 (titre marginal), art. 651a, 720 (titre marginal), art. 722 al. 1^{bis} et 1^{ter}, art. 728 al. 1^{bis} et art. 934 al. 1 CC.

¹¹ Art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis} CO.

¹² Art. 110 ch. 4^{bis} et 332 CP.

¹³ Art. 92 al. 1 ch. 1a LP.

¹⁴ FF 2202 3887 (Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats); voir aussi, FF 2002 5419 (avis du Conseil fédéral).

¹⁵ Cf. parmi d'autres, ENGEL, p. 501.

¹⁶ ATF 129 III 331 consid. 2.1, JdT 2003 I 628, 636; ATF 127 III 73. Voir aussi la contribution de Gilles PETITPIERRE au présent ouvrage, I.A.

son montant exact ne peut être établi, le juge le détermine équitablement conformément à l'art. 42 al. 2 CO¹⁷.

Une fois le montant du dommage fixé, le juge détermine l'indemnité due par l'auteur du dommage d'après les circonstances et la gravité de la faute (art. 43 al. 1 CO). Selon le principe de la réparation intégrale¹⁸, tout le dommage doit être réparé¹⁹. Le montant du dommage représente le maximum de l'indemnité à laquelle peut prétendre la victime²⁰. Partant de ce maximum, le juge peut fixer l'indemnité à un montant inférieur. Il tiendra ainsi compte de circonstances telles que l'intervention d'un cas fortuit, l'intensité du lien de causalité, le caractère imprévisible de l'étendue du dommage, les rapports personnels entre la victime et l'auteur du dommage, le fait que l'auteur du dommage est intervenu à titre gracieux en faveur du lésé et la situation financière respective des parties²¹. Il prendra également en considération la gravité de la faute commise par l'auteur du dommage²², en particulier s'il s'agit d'un enfant. L'indemnité pourra être réduite en cas de faute légère; la possibilité d'une réduction en cas de faute moyenne est controversée²³. Il convient de faire intervenir deux éléments supplémentaires dans la fixation de l'indemnité, soit le fait concomitant de la victime²⁴ et la situation de gêne du débiteur (art. 44 al. 1 et 2 CO).

Les modifications inspirées par le statut juridique des animaux, qui sont discutées ici, ont trait aux deux étapes rappelées dans le présent paragraphe, celle de la fixation du dommage, puis celle de l'indemnité.

II. Les conditions et les conséquences des nouvelles dispositions

Le nouvel art. 42 al. 3 CO prévoit que les frais de traitement de certains animaux font l'objet d'un « remboursement approprié ». Il pose un principe relatif à la fixation du dommage. Quant à l'art. 43 al. 1^{bis} CO, il permet au

¹⁷ Cf. la contribution de François CHAIX au présent ouvrage.

¹⁸ ATF 127 III 73 consid. 5c.cc, 6e, SJ 2003 I 397. SCHWENZER, N. 15.07 (*Totalreparation*).

¹⁹ BK-BREHM, CO 43 N. 47; ENGEL, p. 507.

²⁰ BK-BREHM, CO 43 N. 25; ENGEL, p. 503.

²¹ BK-BREHM, CO 43 N. 52 ss, 53 s., 61, 59 s., 55 ss, 62 ss.

²² Voir à ce sujet, WINIGER, p. 19 ss.

²³ L'opinion dominante ne l'admet pas: voir réf. cit. par REY, N. 399. Voir aussi, SCHWENZER, N. 16.02 s.; CR CO I-WERRO, CO 43 N. 20. Opinion minoritaire: BK-BREHM, CO 43 N. 72 ss, 76 ss, 79, admet la possibilité de réduire l'indemnité en cas de faute moyenne.

²⁴ Cf. CHAPPUIS, Faute concomitante, p. 29 ss.

juge de tenir compte de la valeur affective de l'animal lors de la fixation de l'indemnité. Les conditions et les conséquences de ces deux dispositions sont examinées ci-après.

A. L'art. 42 al. 3 CO

1. Conditions

Une exigence fondamentale est commune à plusieurs des nouvelles dispositions²⁵, en particulier aux art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis} CO: celle d'« animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain ». En somme, la modification vise Médor et, plus particulièrement l'attachement, du maître à son animal²⁶. Cette condition recouvre deux éléments: le milieu domestique (a) et l'absence de but patrimonial ou de gain (b). L'art. 42 al. 3 CO pose l'exigence supplémentaire de « frais de traitement » (c).

a) Les animaux visés par la disposition sont ceux qui vivent « en milieu domestique »²⁷. On pense tout d'abord aux chiens et aux chats partageant le même toit que les membres de la famille (*domus*)²⁸. La taille de l'animal importe peu; les cochons d'inde ou hamsters, les tortues ou reptiles, les oiseaux ou lapins sont couverts par la disposition.

Le cheval pose un problème particulier. Le plus souvent, il est gardé en pension dans un manège, soit en dehors « du milieu domestique ». A la lettre, seul le cheval gardé par le propriétaire d'une écurie ou d'une ferme serait visé par la règle, puisqu'il partagerait le même milieu domestique que son maître. L'on connaît l'attachement qui peut lier un individu à son cheval, attachement qui est totalement indépendant du lieu où l'animal est gardé. La limite du « milieu » domestique paraît artificielle dans cette situation. De plus, les soins vétérinaires nécessités par les chevaux sont généralement plus importants que ceux qu'exigent les petits animaux mentionnés plus haut; il en va de même des frais de traitement. La norme prend tout son sens précisément dans l'hypothèse du cheval blessé.

Si les textes français et allemand utilisent des termes semblables (« milieu domestique », « *im häuslichen Bereich* »), le texte italien utilise l'expression moins restrictive de « *animali domestici* », opposant les animaux

²⁵ Cf. art. 651a, 722 al. 1^{bis} et 728 al. 1^{bis} CC.

²⁶ BREHM, REAS, p. 119.

²⁷ Version allemande: *im häuslichen Bereich*; version italienne: *animali domestici*.

²⁸ BREHM, REAS, p. 120.

apprivoisés par l'homme et vivant dans son entourage aux animaux sauvages²⁹. Par ailleurs, le cheval a été cité en exemple lors des débats parlementaires³⁰. Il découle de tous ces éléments, en particulier de la volonté législative de tenir compte du lien affectif unissant l'homme à l'animal³¹, que l'expression de « milieu domestique » ne doit pas recevoir une interprétation trop restrictive, de telle sorte que le cheval pourra, en fonction de l'attachement que lui porte le détenteur, tomber sous le coup de la nouvelle règle au même titre que le chat ou le chien.

Il est intéressant de noter que, si la législation allemande vise simplement les « *Tiere* »³², une partie de la doctrine soutient que le § 251(2) BGB doit être restreint aux *Haustiere* (animaux domestiques) étant donné que le but de la législation est de mieux prendre en compte l'intérêt d'affection du propriétaire³³. Selon une autre partie de la doctrine, cette disposition s'applique à tout animal, même gardé dans un but économique (vache laitière), le lien affectif plus ou moins intense ayant une incidence sur l'étendue de la réparation³⁴. Les préoccupations de la doctrine se situent sur le terrain de la distinction entre animaux gardés à des fins économiques et animaux auxquels l'homme porte un fort lien affectif. Les auteurs ne s'intéressent pas au « milieu » dans lequel les animaux sont gardés, contrairement au droit suisse (voir ci-dessous, b).

b) La loi exige, en second lieu, que ces animaux ne soient pas gardés dans un but patrimonial ou de gain. La protection ne vise pas les animaux gardés à des fins économiques, mais ceux auxquels l'homme s'attache: « C'est le rapport affectif singulier entre un animal et son maître qui est pris en compte dans les modifications législatives [...] »³⁵. Sont donc exclus du

²⁹ Voir la définition du Petit Larousse Illustré 2005, 100^e éd, Paris 2004: domestique adj. « Se dit d'un animal qui a été dressé ou apprivoisé et qui vit dans l'entourage de l'homme (par oppos. à *sauvage*) ».

³⁰ BOCE 2002 65: « De même, si un cheval destiné à l'abattoir est blessé, on le soignera, mais le propriétaire ne saurait revendiquer un montant plus élevé que sa valeur. En revanche, s'il s'agit d'un cheval de course talentueux, le montant des soins sera en principe couvert, même s'il dépasse la valeur de l'animal, pour autant toujours qu'on se trouve dans une mesure appropriée » (Simon Epiney, VS).

³¹ Cf. *infra*, n. 35.

³² § 251 BGB: (1) *Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.* (2) *Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist. Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismässig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen.* (caractère gras ajouté)

³³ MünchKomm-GRUNDKY, BGB 251 N. 26; cet auteur cite le cheval en exemple d'animaux faisant l'objet d'un lien affectif particulièrement fort avec l'homme (N. 32).

³⁴ Staudinger-SCHIEHMANN, BGB 251 N. 30.

³⁵ BOCN 2002 1254 (Rémy Scheurer, NE).

champ d'application de ces dispositions les animaux gardés en vue de l'élevage (taureau), à des fins de commercialisation (veaux, porcs, volailles; poules pour leurs œufs, vaches pour leur lait), de rendement (chevaux de manège) ou pour la compétition (chevaux ou chiens de concours)³⁶.

Il peut arriver que l'animal soit gardé dans un but patrimonial (chien de ferme, cheval de concours, animaux de cirque), mais que son propriétaire lui porte également un intérêt affectif. Ainsi, lors des débats parlementaires, l'on s'est demandé « quid des animaux de rente avec lesquels un éleveur développe des liens affectifs particuliers? Par exemple, un éleveur de moutons qui garde une brebis jusqu'à sa mort naturelle, laquelle n'est plus un animal de rente à ce moment-là? Ou bien encore un paysan qui garde dans son troupeau une vache qui ne donne plus de lait, mais qui a de belles cornes? »³⁷. Il s'agit dans ces cas de déterminer si l'intérêt affectif est prépondérant par rapport à l'intérêt patrimonial, une question qui est laissée à la sagesse des juges³⁸.

Cette condition négative trouve une double justification. D'une part, le législateur a placé le lien affectif entre l'animal et son propriétaire au centre de ses préoccupations. D'autre part, l'idée était d'« éviter des différences injustifiées entre le statut de l'animal domestique et de celui qui est gardé dans un but patrimonial ou de gain »³⁹.

c) La règle suppose en outre que l'animal ait été blessé, de sorte qu'il a fait l'objet d'un traitement vétérinaire ayant entraîné certains frais. Ce sont ces frais qui sont visés par la règle. Peu importe à ce stade l'importance des frais. Il faut commencer par les établir; ce n'est que dans un second temps qu'on s'interrogera sur le caractère approprié de leur remboursement.

2. Conséquences

Les frais de traitement font l'objet d'un « remboursement approprié », même s'ils sont supérieurs à la valeur de l'animal. On imagine Médor, bâtard sans valeur économique, soigné pour sa patte cassée par un véhicule. Les frais du vétérinaire feront l'objet d'un remboursement approprié malgré le fait que Médor ne vaut rien. Supposons que Médor soit un chien de race. Le fait que l'achat d'un chien de catégorie semblable coûterait CHF 1'000.- n'empêchera nullement le propriétaire de faire soigner Médor

³⁶ BREHM, REAS, p. 120.

³⁷ BOCN 2002 1254 (Rémy Scheurer, NE).

³⁸ BOCN 2002 1257 (Réponse de la Conseillère fédérale Ruth Metzler).

³⁹ BOCE 2002 65 (Simon Epiney, VS).

pour CHF 2'000.- et de demander le remboursement de ces frais à l'automobiliste responsable⁴⁰.

L'art. 42 al. 3 CO prescrit un remboursement « approprié » des frais de traitement, ce qui signifie que le montant en est fixé par le juge en équité (art. 4 CC). Les débordements que pouvaient craindre certains parlementaires – notamment émanant des milieux paysans⁴¹ – sont ici bornés par la sagesse des tribunaux chargés d'appliquer ces dispositions de manière raisonnable, à laquelle le législateur lance un appel confiant⁴². Lorsque l'on sait avec quelle retenue les juges ont, depuis toujours, interprété les conditions fondamentales de la responsabilité civile que sont le dommage et l'illicéité, on ne peut douter que les tribunaux sauront poser des limites suffisantes à l'appétit éventuel des plaideurs.

L'usage du terme « approprié » interdit qu'un remboursement de frais de traitement illimités soit accordé à la partie lésée⁴³. Le critère proposé est celui du comportement d'un propriétaire raisonnable dont il faut se demander s'il aurait assumé les frais de traitement concrètement engagés pour soigner l'animal⁴⁴. L'art. 42 al. 3 CO précise à cet égard que la valeur de l'animal n'est pas un élément déterminant. Le remboursement ne cesse pas d'être approprié du seul fait que les frais dépassent la valeur de l'animal blessé. Cela permet de ne pas faire de différence entre une vache laitière d'une certaine valeur marchande et le chat de gouttière devenu un membre de la famille⁴⁵. Au titre des circonstances à prendre en compte par

⁴⁰ Exemple cité lors des débats parlementaires par Luzi Stamm, AG, BOCN 1999 2491.

⁴¹ BOCN 2002 1255-1256 (Walter Glur, AG; Jakob Freund, AR); BOCE 2000 530 s. (Peter Bieri, ZG), 531 (réponse de Dick Marty, TI).

⁴² BOCN 2002 1254 (Rémy Scheurer, NE): « Quant à l'application de la loi, il faut, bien sûr, faire confiance à la sagesse du juge pour modérer les débordements affectifs, particulièrement à l'article 43 alinéa 1bis du Code des obligations »; BOCN 2002 1257 (réponse de la Conseillère fédérale Ruth Metzler): « Herrn Scheurer Rémy möchte ich noch antworten, dass ich Vertrauen in die Gerichte habe. Die Richter können im Einzelfall beurteilen, ob der Affektionswert oder der wirtschaftliche Nutzwert überwiegt, und auch betreffend den anderen Voten, die in diese Richtung gingen, muss ich sagen: Wir werden und wir wollen mit dieser Regelung sicher keine amerikanischen Verhältnisse haben ». Voir aussi, BOCE 2002 65 (Simon Epiney, VS).

⁴³ BOCN 2002 1257 (Ulrich Siegrist, AG).

⁴⁴ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 janvier 2002, FF 2002 3893: « Il y a lieu de toujours se demander comment se comporterait dans la même situation un propriétaire raisonnable tenu d'assumer lui-même les frais liés aux soins. Cela résulte par ailleurs déjà du principe de la bonne foi (art. 2 CC) ». Comparer la disposition autrichienne: « Wird ein Tier verletzt, so gebühren die tatsächlich aufgewendeten Kosten der Heilung oder der versuchten Heilung auch dann, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen, soweit auch ein verständiger Tierhalter in der Lage des Geschädigten diese Kosten aufgewendet hätte. » (§ 1332a ABGB) (caractère gras ajouté).

⁴⁵ Cf. *supra*, n. 39.

le juge dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation figurent en particulier l'âge et l'état de l'animal. Ainsi, si Médor, un lévrier afghan âgé de dix ans et déjà malade, fait l'objet d'un traitement, les frais risqueront d'être disproportionnés alors que tel ne sera pas le cas s'il s'agit d'un animal jeune et bien portant, peu importe qu'il s'agisse d'un chien de race⁴⁶.

Il convient de vérifier quelle est la place de cette nouvelle règle dans le système général de la responsabilité civile. La réparation du dommage, dont la notion a été rappelée plus haut, tend à replacer la partie lésée dans la situation qui serait la sienne si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁴⁷. S'agissant de l'atteinte à une chose, elle se traduit par les frais de remise en état du bien atteint et la dépréciation subie par celui-ci (intérêt à l'intégrité ou à la réparation, *Integritätsinteresse*). Lorsque la remise en état n'est pas possible, notamment parce que la chose est détruite, la partie lésée a droit à la contre-valeur du bien détruit (intérêt pécuniaire, *Wert- ou Summeninteresse*).⁴⁸

Le remboursement des frais de traitement d'un animal correspond, *mutatis mutandis*, à la règle générale selon laquelle les frais de remise en état du bien atteint sont un élément du dommage. Nous avons vu plus haut que ces frais doivent être établis par le propriétaire de l'animal blessé lors de l'étape de la fixation du dommage. La fixation du montant du remboursement approprié relève en réalité de la détermination de l'indemnité (art. 43 CO). La règle discutée me semble opérer une confusion entre les deux étapes, confusion qui rend plus difficile le débat sur le rapport entre les nouvelles dispositions⁴⁹.

B. L'art. 43 al. 1^{bis} CO

La seconde innovation, qui figure au chapitre de la fixation de l'indemnité, prescrit de tenir compte de la valeur affective de l'animal.

⁴⁶ Cf. MünchKomm-GRUNSKY, BGB 251 N. 32.

⁴⁷ WERRO, Indemnité, p. 201; OFINGER / STARK, § 2 N. 66.

⁴⁸ ATF 129 III 331 consid. 2.2, JdT 2003 I 629; ATF 127 III 73 consid. 4c et 5, JdT 2001 I 495, SJ 2001 I 397. Sur ces arrêts, voir la contribution de Gilles PETITPIERRE, I.A., note 6, au présent ouvrage; DUPONT, p. 480 s. En général, SCHWENZER, N. 18.06 s.; RDS-WERRO, p. 249; CR CO I-WERRO, CO 41 N. 18, CO 42 N. 14; WERRO, Dommage automobile, p. 4-12; REY, N. 310 et N. 322; ROBERTO, N. 674 s.; BK-BREHM, CO 41 N. 77; HONSELL, § 8 N. 45.

⁴⁹ Cf. *infra*, II.C.

1. Conditions

a) La double condition fondamentale est la même qu'à l'art. 42 al. 3 CO. Les deux dispositions visent un animal vivant en milieu domestique et qui n'est pas gardé dans un but économique.

b) L'art. 43 al. 1^{bis} CO pose l'exigence supplémentaire que l'animal ait été blessé ou tué. On peut se demander si cette précision vaut également à l'art. 42 al. 3 CO. Cette dernière disposition suppose que des frais de traitement aient été subis par le propriétaire de l'animal. Sans que l'animal ait été blessé, de tels frais ne sont pas envisageables. En revanche, peu importe qu'il meure ou non par la suite, ce qui est sans incidence sur le traitement dont on peut par ailleurs admettre que le succès n'est pas une condition de la réparation⁵⁰. L'art. 42 al. 3 CO est donc également subordonné à la condition implicite que l'animal soit blessé; le fait que l'animal meure par la suite ne devrait pas être un obstacle à l'application de cette disposition.

R. BREHM et G. CHAPPUIS⁵¹ considèrent tous deux que le législateur entendait en réalité indemniser le tort moral subi par le détenteur d'un animal accidenté, mais n'a pas osé « utiliser les mêmes mots à propos des humains et des animaux »⁵². C'est pourquoi ils limitent l'indemnisation de la valeur affective au cas dans lequel l'animal est tué, qui, seul, réaliserait la condition de la gravité de l'atteinte donnant droit à une indemnité pour tort moral conformément à l'art. 49 CO. La nouvelle disposition devrait ainsi « rester lettre morte, dans l'hypothèse de l'animal *blessé* »⁵³.

Une double objection peut être opposée à ce raisonnement. Le texte légal, tout d'abord, mentionne dans les trois langues l'animal « **blessé ou tué** »⁵⁴ (caractère gras ajouté). Vouloir réduire les conséquences de la disposition à l'animal tué contreviendrait au texte clair – et récent – de la loi. Le Rapport de la commission juridique du CE subordonne d'ailleurs explicitement l'indemnisation à deux conditions alternatives: « celui qui blesse ou qui tue un animal doit être tenu de dédommager également le propriétaire de l'animal de la perte qu'il a subie sur le plan affectif. »⁵⁵ De plus, si la nouvelle disposition se « rapproche » de l'art. 49 CO en ce qu'elle permet la

⁵⁰ Comp. art. 422 al. 2 CO. Par ailleurs, voir MünchKomm-GRUNSKY, BGB 251 N. 29; Staudinger-SCHIEHMANN, BGB 251 N. 29.

⁵¹ BREHM, REAS, p. 120 s.; G. CHAPPUIS, REAS, p. 93 ss.

⁵² BREHM, REAS, p. 121.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Version allemande: « *Im Falle der Verletzung oder Tötung eines Tieres* » (caractère gras ajouté); version italienne: « *In caso di ferimento o uccisione di un animale* » (caractère gras ajouté).

⁵⁵ FF 2002 3893.

compensation financière d'un dommage immatériel⁵⁶, cela ne signifie pas que cette compensation doive être soumise aux conditions restrictives de l'art. 49 CO (atteinte illicite et grave à la personnalité). Ni une atteinte morale à la personne⁵⁷, ni une atteinte illicite ne sont exigées. L'indemnisation est justifiée par le lien affectif singulier qui unit le détenteur ou ses proches à l'animal tué ou blessé⁵⁸. Elle est soumise aux conditions propres de l'art. 43 al. 1^{bis} CO, non à celles de l'art. 49 CO.

c) Outre les conditions susmentionnées, l'art. 43 al. 1^{bis} CO exige que l'animal ait une valeur affective. Le juge doit déterminer cette valeur non seulement en rapport avec le détenteur de l'animal, mais également avec les proches du détenteur. Un animal – par exemple un chien de race ou un cheval – peut certes avoir une valeur économique lorsqu'il existe un marché pour de tels animaux; tel n'est cependant de loin pas toujours le cas. La révision est motivée par la nouvelle sensibilité de la population à l'égard de l'animal et place la relation privilégiée entre le détenteur et l'animal au centre des dispositions modifiées. Cette relation est indépendante de la valeur économique éventuelle de l'animal. L'on s'attache autant à un chat siamois au pedigree impeccable qu'à un chat errant qui a élu domicile chez soi. C'est la raison pour laquelle le nouvel alinéa prend en considération la valeur affective de l'animal pour le détenteur ou les proches de celui-ci⁵⁹ et s'écarte d'une appréciation purement comptable du bien particulier qu'est l'animal.

2. Conséquences

Lorsqu'il fixe le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte dans une mesure appropriée de la valeur d'affection de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci. Ces derniers doivent être atteints dans l'affection qu'ils portent à l'animal. Selon le rapport de la Commission des affaires juridiques du CE, la valeur purement affective, indépendamment de la valeur économique, doit être prise en compte dans le calcul des dommages-intérêts; celui qui blesse ou tue un animal est ainsi tenu de dédommager le propriétaire de la perte qu'il subit sur le plan affectif⁶⁰. L'art. 43 al. 1^{bis} CO

⁵⁶ FF 2002 3893.

⁵⁷ BOCN 2002 1257 (Ulrich Siegrist, AG).

⁵⁸ BOCN 2002 1254 (Rémy Scheurer, NE); BOCE 2002 66 (Simon Epiney, VS).

⁵⁹ Comp. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 janvier 2002, FF 2002 3893.

⁶⁰ FF 2002 3893.

enjoint au juge de tenir compte de cette valeur « dans une mesure appropriée ». Il s'agit, à nouveau, d'une décision en équité (art. 4 CC).

Selon la Commission juridique du Conseil des Etats, l'art. 43 al. 1^{bis} CO, en accordant une « réparation de la perte subie spécifiquement sur le plan affectif s'agissant d'un animal »⁶¹, se rapproche de l'art. 49 CO, qui prévoit une compensation financière au titre de la réparation partielle d'un dommage immatériel, mais se distingue de l'art. 47 CO applicable en cas de lésions corporelles ou de mort d'homme. Le Conseil fédéral, quant à lui, avait exprimé la crainte que cette disposition risquait « de supprimer la distinction entre dommages-intérêts et indemnité pour tort moral (art. 49 CO). »⁶². Un parlementaire a fait observer à cet égard qu'une valeur d'affection peut être attribuée à une chose telle qu'un tableau ou une antiquité, alors que le tort moral est une indemnité pour l'atteinte morale psychique subie par une personne, et qu'il y avait lieu de clairement distinguer l'une de l'autre⁶³. Selon les mots d'un auteur français, « ce que l'on valorise, en réparant ce préjudice, ce n'est pas tant l'animal, ainsi transporté par un mièvre et ridicule anthropomorphisme [...], que la capacité de l'homme aux sentiments et aux affections, quel qu'en soit l'objet. »⁶⁴.

Il s'agit par conséquent de tenir compte de la valeur affective de l'animal au même titre que l'on prend en considération la valeur économique d'un autre bien. Cette valeur (immatérielle) est une composante du préjudice matériel selon l'art. 43 al. 1^{bis} CO, et non un élément du tort moral (art. 47 CO)⁶⁵.

Parmi les animaux de compagnie, le chien d'aveugle a particulièrement retenu l'attention en raison du « rapport affectif extraordinairement fort » liant l'aveugle à son chien⁶⁶. Selon que l'on a affaire à un tel chien ou encore un chien d'avalanche, de chasse ou de course, cette valeur sentimentale variera⁶⁷. Elle dépend également du détenteur; ainsi, un animal de

⁶¹ FF 2002 2893.

⁶² FF 2002 5420.

⁶³ BOCN 2002 1257 (Ulrich Siegrist, AG). D'autres parlementaires confondent cependant indemnisation de la valeur d'affection et indemnité pour tort moral: « [...] ce n'est pas seulement le propriétaire qui peut revendiquer une indemnité pour tort moral en cas de mort d'un animal ou en cas de blessure grave, mais encore les proches [...] » (BOCE 2002 66, Simon Epiney, VS); « La majorité de la commission propose également la possibilité d'une espèce de réparation pour tort moral en cas de blessure ou de mort d'un animal » (BOCN 1999 2490, Hubert Lauper, FR).

⁶⁴ LE TOURNEAU, N. 1565.

⁶⁵ STRUNZ, p. 98.

⁶⁶ BOCE 2002 66 (Dick Marty, TI).

⁶⁷ BOCE 2002 65 s. (Simon Epiney, VS)

compagnie occupe une place d'autant plus importante que le détenteur est une personne âgée, invalide ou un enfant.

La prudence reste toutefois de mise. Comme l'exprime un parlementaire, « Je ne suis pas prêt à répondre à une demande en tort moral de la part de mon voisin, parce que mon matou s'en serait pris à son poisson rouge préféré. »⁶⁸. A nouveau, il est fait appel, avec confiance, à la sagesse des tribunaux pour mettre en œuvre cette disposition avec toute la retenue nécessaire⁶⁹.

A titre de comparaison, on notera que l'indemnisation de la valeur affective de l'animal n'est pas prise en compte en droit allemand⁷⁰. En revanche la jurisprudence française, après une décision très critiquée de 1962 à propos de la mort d'un cheval, admet aujourd'hui la réparation du préjudice extra-patrimonial résultant de l'atteinte portée à un animal⁷¹.

La nouvelle disposition suisse présente une incohérence à l'inverse de celle signalée plus haut en rapport avec le remboursement approprié des frais de traitement⁷². La valeur de l'animal – qu'il s'agisse de la valeur économique ou affective – est un élément qui relève de la première étape, celle de la fixation du dommage. En effet, il convient de fixer la valeur du bien endommagé ou détruit avant de déterminer quel sera le montant de l'indemnisation. Or, la disposition qui prévoit la prise en compte de la valeur affective de l'animale relève de la seconde étape, celle de la détermination de l'indemnisation sur la base d'un élément, la valeur affective, qui n'est pas pris en considération lors de la fixation du dommage. Cette confusion intervient également dans la discussion sur le rapport entre les nouvelles dispositions.

C. Les rapports entre les deux dispositions

Théoriquement, les rapports entre l'art. 42 al. 3 CO et l'art. 43 al. 1^{bis} CO peuvent être envisagés de deux manières opposées. Selon une première conception restrictive, les frais de traitement de l'animal étant un élément du dommage (art. 42 CO), leur réparation est subordonnée à la prise en compte de la valeur affective de l'animal dans une mesure appropriée par

⁶⁸ BOCE 2000 531 (Jean-Claude Cornu, FR).

⁶⁹ Cf. *supra*, n. 42.

⁷⁰ MünchKomm-GRUNSKY, BGB 251 N. 25.

⁷¹ Cf. *réf. cit.* par LE TOURNEAU, N. 1565.

⁷² Cf. *supra*, n. 49.

le juge (art. 43 CO). Cette dernière disposition aurait ainsi un effet limitatif du champ d'application de la première. La seconde conception, plus favorable à la victime, permettrait à celle-ci de réclamer à la fois le remboursement des frais de traitement et l'indemnisation de la valeur affective.

1. Conception restrictive

La conception restrictive est défendue par G. CHAPPUIS, du moins dans l'hypothèse où l'animal n'est que blessé, la valeur affective se traduisant « non par l'allocation d'une indemnité au titre du dommage immatériel, mais par la prise en compte des frais de traitement au-delà de la valeur commerciale de l'animal »⁷³. En faveur de cette interprétation, cet auteur invoque notamment l'interprétation systématique des nouvelles dispositions⁷⁴.

Les deux étapes sont certes celle de la fixation du dommage, égal aux frais de traitement (art. 42 CO), suivie par celle de la fixation de l'indemnité, égale au maximum au montant du dommage précédemment déterminé (art. 43 CO). Toutefois, nous avons vu plus haut⁷⁵ que le législateur avait fait preuve d'une certaine incohérence en prévoyant, au titre de la fixation du dommage, un élément relevant de celle de l'indemnité (remboursement approprié des frais de traitement, art. 42 al. 3 CO) et, au titre de la fixation de l'indemnité, un élément relevant de la fixation du dommage (valeur affective, art. 43 al. 1^{bis} CO). L'argument systématique n'est par conséquent pas absolument déterminant.

Par ailleurs, même si la question n'a pas été expressément examinée lors des travaux préparatoires, ceux-ci montrent, de manière implicite, qu'il n'était pas question de limiter le champ d'application de l'art. 42 CO par le biais de l'art. 43 CO. Les frais de guérison se rapprochent du dommage matériel résultant de la remise en état du bien atteint, alors que la valeur sentimentale se rapproche de la réparation d'un dommage immatériel⁷⁶. Les premiers font l'objet d'un examen indépendant du caractère approprié

⁷³ G. CHAPPUIS, REAS, p. 96.

⁷⁴ G. CHAPPUIS, REAS, p. 94.

⁷⁵ Cf. *supra*, n. 49 et 72.

⁷⁶ Rapport de la Commission juridique du CE, FF 2002 3892, resp. 3893; BOCN 2490 (Hubert Lauper, FR): « Elle [la commission] propose également une modification du Code des obligations en ce qui concerne la réparation du dommage, savoir que les frais de traitement d'un animal doivent être payés par le responsable du dommage, même si ceux-ci dépassent la valeur de l'animal. La majorité de la commission propose également la possibilité d'une espèce de réparation pour tort moral en cas de blessure ou de mort d'un animal ». Confus sur le rapport entre les deux étapes: BOCE 2002 65 s.

de ces frais en vue de fixer l'étendue du remboursement, quelle que soit la valeur de l'animal⁷⁷. Il n'est par conséquent pas admissible d'examiner une seconde fois le montant du remboursement à la lumière de la valeur affective de l'animal; autrement dit, de limiter les conséquences d'une disposition par l'autre et de considérer que la valeur affective d'un animal blessé correspond aux frais de traitement au-delà de la valeur commerciale de l'animal⁷⁸.

2. Conception large

La conception large, on vient de le voir⁷⁹, a dominé les débats parlementaires, qui ont porté sur les deux innovations traitées indépendamment l'une par rapport à l'autre. Elle est aussi celle préconisée par R. BREHM⁸⁰. Ce dernier retient que le détenteur peut faire valoir cumulativement les frais de traitement de l'animal blessé (ou la valeur de remplacement de l'animal tué) et le dommage immatériel consistant dans l'atteinte à la valeur affective.

Trois hypothèses sont dès lors envisageables. Lorsqu'un animal est blessé, le détenteur pourra obtenir un montant approprié en remboursement des frais de traitement engagés (art. 42 al. 3 CO), de même qu'une indemnité appropriée pour atteinte à la valeur affective de l'animal qui resterait invalide malgré le traitement (art. 43 al. 1^{bis} CO). Le détenteur aura les mêmes droits si l'animal décède malgré un traitement. Dans le cas où l'animal décède sans qu'un traitement soit tenté, le détenteur ne pourra prétendre qu'à une indemnité pour atteinte à la valeur affective de l'animal (art. 43 al. 1^{bis} CO).

Quelles que soient les réticences que cette nouvelle législation puisse (à juste titre) inspirer, la conception large me paraît devoir l'emporter, compte tenu de la relative incohérence de ces dispositions quant aux étapes de la fixation du dommage et de l'indemnité. Le but poursuivi par le législateur – tenir compte de la nouvelle sensibilité de la population à l'égard

⁷⁷ Par ex., BOCE 2002 67 (Franz Wicki, LU). Discussion séparée des deux dispositions: Avis du Conseil fédéral du 20 septembre 1999, FF 1999 8882.

⁷⁸ Dans ce sens, G. CHAPPUIS, REAS, p. 96.

⁷⁹ Cf. *supra*, n. 76 et 77.

⁸⁰ BREHM, REAS, p. 121: « Le responsable doit, **d'une part**, réparer le dommage matériel (art. 41 CO); ce seront, en cas de blessure, nous l'avons vu, les frais de traitement (art. 42 al. 3 CO); en cas de mort de l'animal, sa valeur de remplacement; **en sus**, le détenteur peut, **d'autre part** et si les conditions de la loi sont remplies, faire valoir son dommage immatériel. » (caractère gras ajouté). Dans le même sens, REY, N. 308.

des animaux – commande également le cumul entre les moyens résultant des deux dispositions.

III. Une appréciation

L'un des problèmes très discutés est celui de savoir si les solutions prévues sont véritablement nouvelles. J'examinerai cette question en rapport avec les frais de traitement (A.) et la valeur affective (B.), avant de m'interroger sur l'éventuel élargissement de ces règles à d'autres domaines du droit de la responsabilité civile (C.).

A. Les frais de traitement

Si l'on en croit le rapport de la Commission juridique du Conseil des Etats, il n'y a rien de nouveau sous le soleil: « Le droit permet déjà d'exiger une réparation pour les frais de traitement d'un animal blessé dépassant la valeur de l'animal. En effet, la doctrine et la jurisprudence n'excluent pas que, dans le cas d'un dommage à la propriété, le montant des frais de réparation puisse excéder le prix de l'objet endommagé. »⁸¹. Une règle expresse à cet égard se justifierait uniquement pour des raisons de sécurité juridique. Cette affirmation n'est, toutefois, accompagnée d'aucune référence. Elle n'est d'ailleurs apparemment pas partagée par tous les membres de la commission juridique⁸².

Le cadre général est la règle selon laquelle le dommage total est égal à la valeur de la chose en cas de destruction; si la remise en état est possible, le dommage partiel est égal aux frais de réparation⁸³. Toutefois, lorsque les frais prévisibles de réparation dépassent la valeur de la chose, on admet l'application des règles sur le dommage total, ce qui a pour effet une limitation des frais de réparation à la valeur de la chose, notamment s'agissant d'un dommage causé à un véhicule automobile⁸⁴. Des cas exceptionnels

⁸¹ FF 2002 3892.

⁸² BOCN 1999 2491 (Luzi Stamm, AG): « Es gibt Universitätsprofessoren, die sagen, der Richter könne das nach heutiger Regelung bereits im Einzelfall tun. »

⁸³ Cf. *supra*, n. 48.

⁸⁴ SCHWENZER, N. 18.07; REY, N. 322; ROBERTO, N. 679; HONSELL, § 8 N. 51; WERRO, *Domage automobile*, p. 4-5; OFTINGER / STARK, § 6 N. 366.

sont réservés par certains auteurs⁸⁵. S'il est vrai que le droit antérieur aux nouvelles dispositions n'empêchait pas l'indemnisation des frais de guérison d'un animal sans valeur ou de peu de valeur⁸⁶, une application rigide des principes rappelés ci-dessus aurait fait obstacle à toute indemnisation.

Lors des débats, G. CHAPPUIS a néanmoins indiqué que les assureurs tenaient doré et déjà compte des frais de guérison d'animaux dans les indemnités servies aux parties lésées⁸⁷. Quoi qu'il en soit, expression d'un principe nouveau ou non, l'art. 42 al. 3 CO présente l'avantage de clarifier la situation juridique ainsi que le souhaitait d'ailleurs le législateur⁸⁸. De plus, la Commission juridique du Conseil des Etats a tenu à souligner que « [...] le fait que cette question soit réglée expressément pour les seuls animaux ne doit pas être interprété dans le sens que le principe ne s'applique pas lorsqu'il s'agit du remboursement de frais liés à la réparation ou à la remise en état d'un objet. »⁸⁹. On peut déduire de là que la limite de la valeur de la chose au remboursement des frais de traitement, respectivement de remise en état, ne constitue en aucun cas une règle intangible.

B. La valeur d'affection de l'animal

L'atteinte à la valeur d'affection d'une chose ne constitue pas un dommage⁹⁰. L'affirmation relève du dogme. Sur ce point, l'art. 43 al. 1^{bis} CO est clairement nouveau, qui prescrit de tenir compte de la valeur affective de l'animal lors de la fixation de l'indemnité. Comme nous l'avons vu plus haut⁹¹, la réparation de la valeur d'affection de l'animal ne peut pas être habillée en tort moral au sens de l'art. 49 CO, le degré de gravité nécessaire n'étant généralement pas atteint.

⁸⁵ STEINAUER, p. 59; SCHWENZER, N. 18.07; ROBERTO, N. 680, mentionne les animaux dans son ouvrage antérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions; OFTINGER / STARK, § 6 N. 366 n. 552 s.; REY, N. 308 et 322, réserve l'exception de l'art. 42 al. 3 CO nouveau.

⁸⁶ FF 2002 3892 s.

⁸⁷ Voir aussi, G. CHAPPUIS, REAS, p. 95 s.

⁸⁸ FF 2002 3892 s.

⁸⁹ FF 2002 3893.

⁹⁰ Cf. parmi d'autres, SCHWENZER, N. 18.04; ENGEL, p. 504. ATF 87 II 290, JdT 1962 I 290.

⁹¹ Cf. *supra*, n. 51 et 52.

Même s'il ne paraît pas admissible de limiter le champ d'application de cette disposition au cas où l'animal est tué, il n'en demeure pas moins que l'art. 43 al. 1^{bis} CO devra être appliqué avec retenue⁹².

La Commission juridique du Conseil des Etats n'a pas renouvelé, en rapport avec l'indemnité tenant compte de la valeur affective de l'animal, son observation concernant les frais de traitement, montrant par là que cette forme d'indemnisation n'était pas appelée à trouver application lorsqu'il ne s'agit pas d'animaux domestiques. Un élargissement de cette forme très atténuée de tort moral à d'autres situations n'a pas été envisagé par le législateur des animaux.

Un mot, pour terminer, sur le cercle des personnes protégées. Comme l'a montré Gilles PETITPIERRE⁹³, il a fallu tout un développement jurisprudentiel pour que les proches d'une personne blessée obtiennent un droit indépendant à la réparation du tort moral qu'ils subissent personnellement suite à la lésion de la victime, au-delà du texte apparemment restrictif de l'art. 47 CO. L'art. 43 al. 1^{bis} CO, en revanche, protège à la fois le détenteur et les proches s'agissant d'un animal qui peut n'être que blessé. Où l'on voit que le 21^e siècle se préoccupe décidément beaucoup du sentiment porté par l'homme aux animaux.

C. Une ouverture?

Le législateur a clairement indiqué⁹⁴ que rien ne s'oppose à ce que la règle exprimée à propos des frais de traitement d'un animal, soit étendue à la réparation d'autres biens. L'indemnisation des frais de réparation ne doit donc pas nécessairement être limitée par la valeur du bien endommagé. Le nouvel art. 42 al. 3 CO est ainsi de nature à redonner ses lettres de noblesse à la réparation en nature ou à son substitut, la prise en charge par l'auteur du dommage des frais de réparation⁹⁵.

Un second élargissement du dommage traditionnellement calculé de manière trop arithmétique sur la base de la théorie de la différence résulte de l'art. 43 al. 1^{bis} CO (nouveau). En effet, cette règle permet de prendre en

⁹² BOCN 2002 1254 (Rémy Scheurer, NE): « Quant à l'application de la loi, il faut, bien sûr, faire confiance à la sagesse du juge pour modérer les débordements affectifs, particulièrement à l'article 43 alinéa 1bis du Code des obligations ».

⁹³ Voir la contribution de Gilles PETITPIERRE, I.B, au présent ouvrage.

⁹⁴ Cf. *supra*, n. 89.

⁹⁵ Voir DUPONT, thèse.

compte un élément immatériel – la valeur d'affection de l'animal – dans l'indemnisation d'un préjudice matériel. Il est vrai que le législateur n'a pas expressément indiqué que cet assouplissement devait aussi profiter à la victime d'une atteinte à d'autres biens que les animaux. Il n'empêche, cette brèche entrouverte dans la ligne de démarcation entre le préjudice matériel et le tort moral oblige à de nouvelles réflexions sur le tort moral.

Ces réflexions nouvelles doivent-elles nous conduire jusqu'à l'introduction en droit suisse d'un « petit tort moral »⁹⁶ destiné à indemniser les vacances gâchées, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)⁹⁷ relative à la Directive sur les voyages à forfait⁹⁸? Relevons tout d'abord que le Tribunal fédéral⁹⁹ a récemment prescrit une interprétation conforme au droit européen des dispositions suisses constituant une reprise autonome du droit communautaire, nonobstant le fait que le droit de l'Union Européenne ne déploie aucun effet direct sur le droit suisse.

La loi fédérale sur les voyages à forfait du 18 juin 1993 constitue une telle reprise autonome. Son article 16 alinéa 2 mentionne les « autres dommages », soit les dommages autres que « corporels » (dont la réparation est prévue à l'alinéa 1^{er}). Il est une reprise de l'article 5 paragraphe 2 de la Directive sur les voyages à forfait¹⁰⁰. Selon la jurisprudence européenne, cette disposition de la Directive doit être interprétée en ce sens qu'elle confère au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations relatives à un voyage à forfait¹⁰¹. S'il ne paraît plus contestable aujourd'hui qu'une telle interprétation émanant de la CJCE lie le juge suisse¹⁰², une extension de la notion de tort moral au-delà des conditions restrictives posées par les art. 47 et 49 CO n'est pas la seule solution envisageable pour assurer la conformité du droit suisse avec la jurisprudence européenne.

⁹⁶ L'expression est de F. WERRO, *Voyage à forfait*, p. 698. Voir les observations de Gilles PETITPIERRE à ce sujet dans le présent ouvrage, II.A-B.

⁹⁷ CJCE, 12 mars 2002, aff. C-168/00, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Rec. 2002, p. I-2631.

⁹⁸ Directive 90/314 du 13 juin 1990 sur les voyages à forfait. Dans ce sens, WERRO, *Voyage à forfait*, *passim*; STAUDER, p. 94 ss, 99. Voir aussi, CHAPPUIS, CJCE, *passim*.

⁹⁹ ATF 129 III 335 consid. 6.

¹⁰⁰ Article 5 paragraphe 2 de la Directive sur les voyages à forfait: « En ce qui concerne les dommages autres que corporels résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations faisant l'objet du forfait, les États membres peuvent admettre que le dédommagement soit limité en vertu du contrat. »

¹⁰¹ Cf. décision citée *supra*, n. 97.

¹⁰² Voir la démonstration de WERRO, *Voyage à forfait*, p. 704 ss et réf. cit.

Transposition n'est pas uniformisation. Le résultat concrètement recherché est que le préjudice causé par la perte de l'agrément de vacances soit réparé. La transposition devrait cependant respecter les catégories du droit national reprenant (volontairement ou non) les règles fixées par la directive. Pour éviter la perte de cohérence, donc de sécurité juridique¹⁰³, que peut entraîner la reprise d'une directive, le système juridique national doit s'appropriier les règles nouvelles. Dans le cas présent, il me paraît essentiel d'examiner si l'indemnisation d'un tel préjudice en droit suisse doit passer par une notion élargie du préjudice matériel¹⁰⁴ ou une modification de celle de tort moral¹⁰⁵.

Comme l'a montré Gilles PETITPIERRE¹⁰⁶, la notion de préjudice, en particulier matériel, a été élargie par la jurisprudence. Elle l'a été également par le législateur, d'un côté, par la clarification du fait que les frais de traitement d'un animal peuvent être indemnisés sans égard à la valeur de l'animal, de l'autre, par la prise en compte de la valeur affective de l'animal, indépendamment des conditions restrictives du tort moral. La piste d'un élargissement supplémentaire du préjudice matériel a été ouverte à la prise en compte d'éléments immatériels dans la fixation de l'indemnité. Sur cette base, l'on peut concevoir la perte de l'agrément de vacances comme un élément du préjudice matériel¹⁰⁷. De cette manière, une éventuelle incohérence entre les situations de perte d'agrément soumises à la loi sur le voyage à forfait et celles qui ne le sont pas¹⁰⁸ peut être évitée, sans qu'il ne soit fait violence aux dispositions sur le tort moral dont l'indemnisation peut rester limitée aux atteintes graves¹⁰⁹.

¹⁰³ PROBST, p. 32.

¹⁰⁴ Voir la contribution de Gilles PETITPIERRE, I.C et II, au présent ouvrage.

¹⁰⁵ Dans ce sens, WERRO, Voyage à forfait.

¹⁰⁶ Voir la contribution de Gilles PETITPIERRE au présent ouvrage.

¹⁰⁷ Le terme « matériel » est ici compris comme opposé à « immatériel » et non à « corporel ». La distinction traditionnelle entre le dommage corporel et matériel pose d'ailleurs un problème nouveau. L'art. 58 al. 1 LCR limite l'indemnisation aux cas où « une personne est tuée ou blessée ou qu'un dommage matériel est causé ». L'animal tué ou blessé engendre-t-il un « dommage matériel », nonobstant le fait que les animaux ne sont plus des choses (art. 641a al. 1 CC)? Etant donné le but poursuivi par la modification législative, il ne paraît guère contestable que le détenteur d'un véhicule automobile qui blesse ou tue un animal soit responsable du dommage ainsi causé, comme le confirme le renvoi de l'art. 62 al. 1 LCR aux dispositions du CO sur le mode et l'étendue de la réparation (not. les art. 42 et 43 CO). A mon avis, en dépit du nouveau statut réservé aux animaux, l'atteinte qui leur est portée devrait rester à l'origine d'un dommage qualifié de « matériel ».

¹⁰⁸ Le danger du manque de cohérence entre les normes européennes transposées et le droit suisse est signalé par PROBST, p. 32.

¹⁰⁹ *Contra*: WERRO, Voyage à forfait, p. 700, qui considère que la jurisprudence de la CJCE a ouvert « une brèche en faveur de l'extension du tort moral traditionnel » (p. 708).

Le législateur suisse a été motivé par la nouvelle sensibilité de la population envers les animaux pour étendre la notion de préjudice matériel réparable. Quant au législateur européen, il a pris en considération l'importance qu'avaient prise les vacances, dans le cadre du tourisme de masse, pour les consommateurs¹¹⁰. Les motifs pour lesquels l'indemnisation a été étendue à des situations qui jusque-là n'y donnaient pas lieu sont comparables dans les deux cas: une valeur nouvelle est attachée à un bien par la population, qu'il s'agisse des animaux ou des vacances.

Conclusion

L'on peut porter un grand amour aux bêtes sans nécessairement chercher à traduire ce sentiment dans des dispositions de responsabilité civile. Que Médor soit blessé ou tué est certes un événement d'une grande tristesse. De là à obliger l'auteur de l'atteinte à indemniser la valeur d'affection que représente Médor pour son détenteur ou les proches de celui-ci, il y a un pas pouvant coûter cher aux assurés¹¹¹ et qu'il ne paraissait pas urgent de franchir. D'autres modifications, plus fondamentales, auraient été nécessaires, telles que celles proposées par l'Avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile (par ex., l'art. 45d AP relatif aux atteintes à l'environnement)¹¹².

Quoi qu'il en soit les règles sur les animaux existent. Véritablement nouvelles ou non, dignes de louanges ou de critiques, ces dispositions ont le mérite d'inciter à la réflexion sur la notion de préjudice, sous ses deux aspects, matériel (le dommage) et immatériel (le tort moral). Elles ont, d'abord, pour effet de détendre quelque peu le corset dans lequel la notion de dommage a été peu à peu enserrée par la jurisprudence et une partie de la doctrine. Elles précisent, ensuite, que les frais de réparation ne sont pas nécessairement limités par la valeur de la chose à réparer et introduisent un élément immatériel, la valeur affective, dans l'indemnisation d'un dommage matériel. Elles sont, enfin, de nature à fournir une base de réflexion pour la réception en droit suisse de la jurisprudence européenne relative à la perte de l'agrément des vacances.

¹¹⁰ WERRO, Voyage à forfait, p. 704.

¹¹¹ Même si la pratique des compagnies d'assurances a partiellement précédé la modification législative en admettant le remboursement des frais de traitement d'un animal blessé au-delà de sa valeur (ou de son absence de valeur): G. CHAPPUIS, REAS, p. 96.

¹¹² RDS-CHAPPUIS / WERRO, p. 386 ss.

De manière plus générale, l'adaptation du droit de la responsabilité civile aux exigences de la vie du 21^e siècle requiert une souplesse renouvelée des concepts traditionnels. La question du dommage écologique¹¹³ en est un signe. Les auteurs de l'Avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile avaient tenté, sans succès, d'y apporter une réponse.

Ouvrages cités

- BREHM Roland, *Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41-61 OR*, 2^e éd., Berne 1998 (cité: BK-BREHM)
- « Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO) », HAVE/REAS 2003 119-122 (cité: REAS)
- CHAPPUIS Christine, « Cour de Justice des Communautés européennes: un arrêt significatif pour la notion suisse de dommage? », in SJ 2002 II 389-396 (cité: CJCE)
- « La faute concomitante de la victime », in Franz Werro (édit.), *La fixation de l'indemnité*, Berne 2004, p. 29-53 (cité: Faute concomitante)
- CHAPPUIS Christine / WERRO Franz, « La responsabilité civile: à la croisée des chemins », in RDS 122/2003 II p. 238-396 (cité: RDS-AUTEUR)
- CHAPPUIS Guy, « Les nouveaux droits du détenteur de l'animal tué ou blessé. Nouveaux, vraiment? », HAVE/REAS 2004 92-96 (cité: REAS)
également paru in *Journées du droit de la circulation routière 2004*, Fribourg, p. 196-205
- DUPONT Anne-Sylvie, « Dommage, vers une nouvelle définition? », SJ 2003 II 471-484
- *Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, thèse Genève, Genève / Zurich / Bâle 2005 (cité: thèse).
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne 1997
- GRUNSKY Wolfgang, in Rebmann / Säcker (édit.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§ 241-432), 3^e éd., Munich 1994 (cité: MünchKomm-GRUNSKY)
- LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris (Dalloz) 2004
- OFTINGER Karl / STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 5^e éd., Zurich 1995

¹¹³ Voir DUPONT, thèse.

- PROBST Thomas, « Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht », in Franz Werro / Thomas Probst, *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne 2004, p. 13-44
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3^e éd., Zurich 2003
- ROBERTO Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002
- SCHIEMANN Gottfried, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§ 249-254) 13^e éd., Berlin 1998 (cité: Staudinger-SCHIEMANN)
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Berne 2003
- STAUDER Bernd, « L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse », in Franz Werro / Thomas Probst, *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne 2004, p. 75-104
- STEINAUER Paul-Henri, « Tertium datur? », in *Mélanges dissociés pour Pierre Tercier, Figures juridiques*, Zurich 2003, p. 51-60
- THEVENOZ Luc / WERRO Franz, *Commentaire romand du Code des obligations I*, Bâle, Genève, Munich 2003 (cité: CR CO I-AUTEURS)
- STRUNZ Catherine, *Die Rechtsstellung des Tieres, insbesondere im Zivilprozess*, thèse, Zurich 2002
- WERRO Franz, « La fixation de l'indemnité: une synthèse », in Franz Werro (édit.), *La fixation de l'indemnité*, Berne 2004, p. 201-205 (cité: Indemnité)
- « Le dommage automobile, L'indemnisation due pour les dégâts causés à un véhicule automobile », in *Journées du droit de la circulation routière 1990*, p. 1-23 (cité: Dommage automobile)
 - « Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat? », in *Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Bau-recht, Festschrift für Peter Gauch*, Zurich 2004, p. 695-708 (cité: Voyage à forfait)
- WINIGER Bénédict, « La gravité de la faute du responsable », in Franz Werro (édit.), *La fixation de l'indemnité*, Berne 2004, p. 15-27

La fixation du dommage par le juge (art. 42 al. 2 CO)

FRANÇOIS CHAIX*

Table des matières

I.	Introduction	40
II.	Le principe et l'exception	41
A.	Le fardeau de la preuve (art. 8 CC)	41
1.	Limites du système strict	42
2.	Solutions pragmatiques	43
a.	La loi	43
b.	La jurisprudence	44
c.	La doctrine	45
d.	Conclusion intermédiaire	46
B.	L'allègement du fardeau de la preuve (art. 42 al. 2 CO)	46
1.	Principe	46
2.	Critères légaux	47
3.	Fardeau de l'allégation	49
III.	La vocation quasi universelle de l'art. 42 al. 2 CO	50
A.	Les domaines d'application de référence	50
B.	Les domaines d'application par renvoi	50
C.	Les domaines d'application par analogie	51
IV.	Le pouvoir d'examen de la juridiction d'appel	53
A.	Les différents pouvoirs de cognition	53
B.	Question de fait ou question de droit?	54
C.	L'appel complet et le recours limité au droit	55
1.	Sur le plan fédéral	55
2.	Sur le plan cantonal	57
V.	Conclusion	58
	Bibliographie	60

* Docteur en droit, Juge à la Cour de justice de Genève.

I. Introduction

- 1 La présente contribution a pour titre la *fixation du dommage* par le *juge*. Ce titre comporte ainsi trois notions relevant de trois domaines différents: le dommage est une notion juridique relevant du *droit de fond*; la fixation, soit l'activité de fixer, consiste à arrêter un fait, à établir un état de fait selon des *règles de procédure*; la présence du juge, enfin, démontre que l'on se trouve dans un *cadre judiciaire*, avec tout ce que cela implique en matière de voies de recours.
- 2 L'examen des droits des pays limitrophes illustre d'ailleurs les hésitations dans lesquelles se sont trouvés les législateurs concernés pour ranger dans leur ordre juridique la norme équivalant à notre art. 42 al. 2 CO¹. Ils l'ont tantôt incorporée dans les dispositions de *droit matériel* (art. 1226 Code civil italien), tantôt dans leur *droit de procédure* (§ 287 ZPO allemande et 273 ZPO autrichienne). Tantôt, ils ont *renoncé à légiférer* sur la question (France), laissant le soin à la doctrine de reconnaître au juge du fond la compétence d'une appréciation souveraine du montant de l'indemnité².
- 3 En Suisse, l'activité de fixation du dommage par le juge est rangée – apparemment – parmi les dispositions du droit de fond puisqu'elle est réglée dans le Code des obligations et, de fait, la loi pose certains *critères d'appréciation* qui relèvent du droit matériel (n. 25-28). L'art. 42 al. 2 CO s'insère cependant dans un contexte plus général de droit de procédure, notamment en rapport avec le *fardeau de la preuve* (n. 7-10) et le *fardeau de l'allégation* (n. 29-31); pour ce motif, la disposition est appliquée dans de *nombreux domaines* extérieurs à celui de la responsabilité civile (n. 35-39). Enfin, il est important de se pencher sur le droit d'organisation judiciaire pour, d'une part, déterminer le *pouvoir d'examen du juge* d'appel et, d'autre part, indiquer aux plaideurs ce qu'ils peuvent chercher à contester lorsqu'une décision de justice est tombée (n. 48-55): il s'agit notamment de la question de savoir si l'activité de fixation du dommage selon l'art. 42 al. 2 CO *relève du fait ou du droit* (n. 43-46).

¹ Les textes de ces lois se trouvent reproduits en annexe à la présente contribution (Annexe 1).

² WINIGER, p. 15.

II. Le principe et l'exception

A. Le fardeau de la preuve (art. 8 CC)

La détermination du dommage s'inscrit dans l'examen de *l'une des conditions* de la responsabilité civile, celle du dommage ou du préjudice. Selon la conception dominante, celui-ci se définit comme une diminution involontaire du patrimoine (théorie de la différence), qui consiste en une perte éprouvée ou en un gain manqué³. 4

La fixation du dommage selon l'art. 42 CO vise la détermination d'un *dommage maximum*, c'est-à-dire la limite supérieure de ce que devra réparer l'auteur de l'acte illicite. Une fois que le montant est arrêté à un chiffre (par ex. 1'000 fr.) il appartient ensuite au juge d'examiner d'autres questions pour fixer *l'obligation de réparer*, notion différente de celle du dommage. Le juge peut ainsi réduire cette obligation en fonction des *circonstances* et de la *faute de l'auteur* (art. 43 al. 1 CO)⁴, en fonction de la *faute de la victime* (faute concomitante: art. 44 al. 1 CO)⁵ ou en fonction de l'absence de respect par la victime de son *devoir de diminuer le dommage* (déduit de la bonne foi objective de l'art. 2 al. 1 CC)⁶. 5

En d'autres termes, on se trouve avec l'art. 42 CO à la *toute première étape* de l'examen de la condition du dommage: celle de savoir si le dommage est équivalent à zéro (absence de dommage) ou à un montant supérieur (existence d'un dommage). Dans ce cadre s'applique le principe de l'art. 8 CC. Selon cette disposition, chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Le contenu de l'art. 42 al. 1 CO n'est *pas différent*. On peut tout au plus relever que la formulation de cette dernière disposition est moins heureuse, car elle introduit une notion de pure procédure (« *La preuve du dommage incombe au demandeur* »), alors que le déroulement d'une procédure judiciaire n'attribue pas nécessairement à la partie lésée la position de demandeur⁷. 6

³ ATF 129 III 331 consid. 2.1. WERRO, n. 8 ad art. 41. Pour une approche critique: DUPONT, p. 473 ss; PETITPIERRE, p. 288.

⁴ En détails: WINIGER, p. 19 ss. ATF 127 III 453 consid. 8c, SJ 2002 I 138; TF, SJ 1995 p. 91 consid. 2.

⁵ En détails: CHAPPUIS, p. 36 ss. ATF 130 III 591 consid. 5; 128 III 390 consid. 4.5.

⁶ En détails: PICHONNAZ, p. 117 ss.

⁷ Dans une action en paiement intentée par le vendeur, par exemple, l'acheteur s'oppose à la demande et invoque avoir subi un dommage du fait du produit; la partie lésée - à qui incombe le fardeau de la preuve - est alors le défendeur - et non le demandeur désigné par l'art. 42 al. 1 CO.

1. Limites du système strict

- 7 Le système du fardeau de la preuve instauré à l'art. 8 CC – et repris à l'art. 42 al. 1 CO – impose à la victime d'un dommage le fardeau de l'alléguer puis – si ce fait est contesté – de le prouver. L'échec de cette preuve – qui relève de l'appréciation libre des preuves par le juge⁸ – a pour conséquence d'entraîner l'absence de toute indemnisation. Or, il existe des situations où l'application stricte de cette règle de procédure conduit à *empêcher* ou à *paralyser* l'application du *droit matériel*⁹. On peut regrouper ces situations de la manière suivante.
- 8 Un dommage est absolument *impossible à chiffrer* lorsque les intérêts touchés ne sont pas de nature patrimoniale: atteinte à l'avenir économique de personnes exerçant une activité non rémunérée, à l'instar des moines au service d'un couvent ou des infirmières bénévoles¹⁰; existence d'un défaut purement esthétique¹¹; abattage d'arbres dont la disparition ne fait pas diminuer la valeur de la parcelle sur laquelle ils se trouvent¹². Enfin, on peut citer la détermination de la perte de gain future, laquelle ne peut être approchée qu'en termes de probabilité¹³.
- 9 La preuve d'un montant chiffré du dommage est *impossible à apporter* lorsque les éléments de preuve n'ont pas été conservés par le lésé ou ont été détruits¹⁴. On peut citer l'exemple des bijoux détruits dans un accident¹⁵ ou d'une valise disparue après avoir été placée sur la galerie d'un taxi¹⁶. Dans d'autres cas, la preuve stricte est impossible ou très difficile à rapporter, par exemple pour fixer le dommage direct ou indirect de la société anonyme¹⁷ ou en matière de détermination des jours de vacances non pris par le travailleur¹⁸. Enfin, dans une faillite, le montant définitif du dommage ne peut être établi avant la clôture de celle-ci¹⁹.

⁸ DESCHENAUX, p. 227; DESCHENAUX/TERCIER, p. 209 n. 19; HOHL, p.133. A Genève, la règle est prévue à l'art. 196 GE-LPC.

⁹ ATF 130 III 321 consid. 3.2; 128 III 271 consid. 2/b/aa. Pour OFTINGER, p. 260 n. 34, "*Be-weisschwierigkeiten dürfen nicht dazu führen, dass der Schädiger mit seiner Widerrechtlichkeit ein Geschäft macht*".

¹⁰ DUPONT, p. 474.

¹¹ La carrosserie de la voiture n'a pas la couleur convenue (cf. CHAIX, n. 7 ad Art. 368). Voir infra n. 38.

¹² ATF 129 III 331 consid. 2.2. Pour un commentaire: DUPONT, p. 473 ss.

¹³ ATF 129 III 135 consid. 2.2. BREHM, n. 63 ad Art. 42.

¹⁴ PERINI, p. 46.

¹⁵ ATF 32 II 217 consid. 2. OFTINGER, p. 258 n. 27.

¹⁶ SJ 1956 p. 559. OFTINGER, p. 258 n. 27.

¹⁷ FORSTMOSER, p. 75 n. 158.

¹⁸ ATF 128 III 271 consid. 2/b/bb (Annexe 2).

¹⁹ ATF 111 II 164 consid.1a, JdT 1985 I 562.

La dernière catégorie vise les situations où il existe une disproportion 10
déraisonnable entre le *coût de l'administration de la preuve* et le montant
du dommage²⁰. On peut citer des frais d'expertise²¹ ou des frais de justice
qui dépassent le montant du dommage²². On assimile les situations où la
mise en œuvre de la preuve causerait un préjudice au lésé ou à des tiers –
équivalent ou supérieur au dommage initial: pour démontrer l'étendue
d'une perte de gain, le lésé doit par exemple dévoiler à son concurrent –
auteur de l'acte illicite – toutes les informations concernant sa clientèle²³.

2. Solutions pragmatiques

Pour éviter, dans les situations décrites ci-dessus, de laisser la victime sans 11
espoir de réparation, la loi, la jurisprudence et la doctrine ont cherché à
trouver des *solutions pragmatiques*.

a. La loi

La loi peut instaurer des *présomptions*: elles permettent à celui qui sup- 12
porte le fardeau de la preuve d'un fait (*factum probandum*) de prouver un
autre fait (*factum probans*) dont la loi conclura l'existence du fait à prouver²⁴.
Les présomptions sont nombreuses en matière de droit civil: présomption
de mort simultanée (art. 32 al. 2 CC); présomption de paternité liée au ma-
riage (art. 256a et b CC); présomption de paternité en cas de cohabitation
(art. 262 CC); présomption de propriété (art. 930 al. 1 CC).

En matière de *responsabilité*, la présomption épargne à la victime de 13
faire la démonstration de son dommage. Tel est par exemple le cas de la
responsabilité contractuelle du voiturier (art. 447 al. 1 CO)²⁵.

La loi peut autoriser un *allègement du degré de la preuve*²⁶. On ren- 14
contre ce procédé en matière civile: déclaration d'absence en cas de « *décès*
[...] *très probable* » (art. 35 al. 1 CC); paternité du mari « *lorsqu'il est rendu*

²⁰ ATF 105 II 87 consid. 3, JdT 1980 I 17. OFTINGER, p. 259 n. 32.

²¹ PERINI, p. 46; WERRO, n. 26 ad Art. 42. A Genève, les frais prévisibles d'expertise doivent être avancés par la partie dans l'intérêt de laquelle la preuve par expertise doit être administrée (art. 268 al. 1 GE-LPC).

²² A Genève, l'audition de témoins à l'étranger suppose l'envoi d'une commission rogatoire dont les frais d'exécution doivent être avancés par la partie qui l'a demandée (art. 248 al. 2 GE-LPC).

²³ Dans de telles situations, la renonciation à demander une indemnisation « *serait encore le moindre mal* » (ENGEL, p. 505). OFTINGER, p. 259 n. 32; BaK-SCHNYDER, n. 10 ad Art. 42.

²⁴ DESCHENAUX, p. 248-249.

²⁵ « *Si la marchandise périt ou se perd, le voiturier en doit la valeur intégrale, à moins que...* »

²⁶ HOHL, p. 135.

vraisemblable qu'il a cohabité avec sa femme à l'époque de la conception » (art. 256b al. 2 CC); le demandeur à l'action en contestation de reconnaissance doit prouver que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père si celui-ci « *rend vraisemblable qu'il a cohabité avec la mère à l'époque de la conception* » (art. 260b al. 2 CC). En droit de la société anonyme, un contrôle spécial est institué lorsque « *les requérants [...] rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires* » (art. 697b al. 2 CO).

- 15 Enfin, la loi peut prévoir la réparation d'un *dommage abstrait*, ce qui épargne à la victime d'apporter la preuve de son dommage concret. Cette méthode législative a été utilisée pour les règles sur la demeure du débiteur (intérêts moratoires selon l'art. 104 al. 1, 2 et 3 CO)²⁷, pour le contrat de vente (achat hypothétique de couverture selon l'art. 191 al. 3 CO)²⁸ ou le contrat de transport (fixation d'une indemnité conventionnelle forfaitaire selon l'art. 447 al. 3 CO)²⁹. Dans le domaine du voyage à forfait, la loi prévoit désormais une indemnité pour vacances gâchées³⁰.

b. La jurisprudence

- 16 A l'instar de la loi, la jurisprudence peut instaurer des *présomptions*. Ainsi, dans l'action minutoire du contrat d'entreprise (art. 368 al. 2 1^{ère} hypothèse CO), le montant de la moins-value est présumé équivalent au prix des réparations³¹. Dans le contrat de courtage, l'activité du courtier est présumée avoir été causale (art. 413 al. 2 CO)³². Enfin, dans le contrat de transport, la jurisprudence présume que la valeur intégrale de la marchandise se détermine au lieu et au moment convenus pour la livraison (art. 447 al. 1 CO)³³.
- 17 La jurisprudence peut se contenter d'un *allègement du degré de la preuve*. Avant l'adoption de l'art. 42 al. 2 CO, la jurisprudence arrêtaient le montant du dommage même en cas de simple vraisemblance de l'existence d'un dommage³⁴. Un autre exemple est celui du licenciement abusif (art. 336 CO), où il appartient – en principe – au travailleur d'apporter la preuve du motif réel du congé. Sauf aveu de l'employeur, une telle preuve est impossible à rapporter puisqu'elle vise un fait résultant de la volonté

²⁷ TERCIER, n. 1183.

²⁸ VENTURI, n. 11-15 ad Art. 191.

²⁹ MARCHAND, n. 26 ad Art. 447.

³⁰ STAUDER, n. 8 ad Art. 14 LVF.

³¹ ATF 116 II 305 consid. 4a, JdT 1991 I 173. CHAIX, n. 36 ad Art. 368.

³² CJ, SJ 1991 p. 217 consid. 2a; RAYROUX, n. 26 ad Art. 413.

³³ ATF 47 II 327, JdT 1922 I 179. MARCHAND, n. 28-30 ad Art. 447.

³⁴ « *blosse Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts* » (ATF 22 1226). PERINI, p. 46 n. 6.

interne de l'employeur; la jurisprudence contourne la difficulté en posant que « le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur »³⁵. Pour les mêmes motifs, la jurisprudence en matière de bail à loyer admet que la grande vraisemblance d'un congé de préséances au sens de l'art. 271a CO suffit³⁶.

Par ailleurs, la jurisprudence cherche à établir de *nouvelles définitions du dommage*. Tel est le cas du dommage normatif en matière de préjudice ménager³⁷ ou d'abattage d'arbres³⁸. Savoir si l'instauration – par la jurisprudence – de nouvelles définitions d'une notion juridique fermement établie est opportune et/ou conforme au principe de la légalité est un débat qui dépasse largement le présent exposé³⁹. 18

c. La doctrine

Pour certaines situations où il est difficile, voire impossible, de déterminer un dommage en termes de diminution de patrimoine, la doctrine a développé des notions de *dommage normatif*⁴⁰. Outre le dommage ménager, désormais consacré par la jurisprudence (n. 18), on rencontre le dommage de frustration⁴¹, le dommage de commercialisation⁴² et la perte d'une chance⁴³. 19

Des auteurs étrangers proposent – pour leur ordre juridique respectif – d'*alléger le degré de preuve* requis: de manière générale, le juge n'aurait 20

³⁵ ATF 125 III 277 consid. 3c. REHBINDER/PORTMANN, n. 29 ad Art. 336.

³⁶ ATF 115 II 484 consid. 2b, JdT 1990 I 210. LACHAT, n. 4 ad Art. 271a.

³⁷ ATF 127 III 403, JdT 2001 I 482.

³⁸ ATF 129 III 331. En détails: DUPONT, p. 471 ss.

³⁹ Voir à cet égard PETITPIERRE, p. 289-290, ainsi que n. 56-57 infra.

⁴⁰ DESCHENAUX/TERCIER, p. 46 n. 5, pour qui ce concept doit être écarté dans la mesure où il introduit dans une notion de fait (le dommage) des aspects normatifs. DUPONT, p. 475-476, se montre moins sévère tout en relevant les insuffisances de la normativisation du dommage.

⁴¹ Il s'agit de l'hypothèse des dépenses effectuées *volontairement* par la victime et qui n'ont plus de raison d'être en raison de l'événement dommageable. On cite l'exemple des frais devenus inutiles à la suite d'un accident. En principe, de telles dépenses n'entrent pas dans la catégorie de dommage au motif qu'elles ne constituent pas une diminution *involontaire* du patrimoine (DUPONT, p. 475; WERRO, n. 22 ad Art. 41).

⁴² Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle on accorde une valeur économique à la privation de l'usage d'une chose, sans qu'il y ait diminution de patrimoine (DUPONT, p. 475; PETITPIERRE, p. 288; WERRO, n. 23-24 ad Art. 41).

⁴³ Il s'agit de la question de savoir s'il convient d'indemniser une personne qui est privée – par le fait d'un tiers – de la chance que survienne un événement bénéfique (DUPONT, p. 475-476; PETITPIERRE, p. 287). Certains auteurs suggèrent de traiter cette problématique sous l'angle de l'art. 42 al. 2 CO (BREHM, n. 56a ad Art. 42; ENGEL, p. 479-481). En détails, sur cette question: MÜLLER, p. 324 ss.

désormais à se prononcer que sur la probabilité des faits⁴⁴. L'avant-projet de révision de loi sur la responsabilité civile autorisait d'ailleurs, mais dans certains cas seulement, le juge à se contenter d'une « *vraisemblance convaincante* » pour établir le dommage ou le rapport de causalité⁴⁵. En Suisse, un allègement généralisé du degré de preuve paraît exclu⁴⁶.

d. Conclusion intermédiaire

- 21 L'art. 42 al. 2 CO constitue ainsi l'une des solutions au problème – général – de l'impossibilité ou de la grande difficulté à établir un fait dont une personne entend déduire des droits; ces droits consistent dans le cas qui nous intéresse à obtenir la réparation d'un dommage. La solution retenue par la loi consiste en un *allègement du fardeau de la preuve*. Dans ce contexte, le législateur a pris en compte l'erreur (possible) du juge, mais la préfère à l'absence de toute réparation au motif que la preuve n'aurait pas été entièrement rapportée⁴⁷.

B. L'allègement du fardeau de la preuve (art. 42 al. 2 CO)

1. Principe

- 22 L'allègement du fardeau de la preuve ne consiste pas à supprimer le fardeau de la preuve⁴⁸. La jurisprudence et la doctrine insistent pour que la disposition ne devienne pas un *oreiller de paresse* ou une *solution de facilité* destinés aux plaideurs négligents⁴⁹. Il faut également garder à l'esprit que l'art. 42 al. 2 CO déroge au principe général du fardeau – plein et entier – de la preuve: en tant que norme d'exception, elle doit donc être interprétée de manière *restrictive*⁵⁰. Il est ainsi exclu de vouloir étendre cet allègement du fardeau de la preuve à d'autres conditions de la responsabilité civile; la causalité naturelle, en particulier, reste soumise aux conditions strictes de l'art. 8 CC⁵¹.

⁴⁴ HOHL, p. 135.

⁴⁵ MÜLLER, n. 389; WERRO, n. 30-31 ad Art. 42.

⁴⁶ HOHL, p. 135 et 138.

⁴⁷ OFTINGER, p. 258 n. 28.

⁴⁸ ATF 122 III 219 consid. 3a, JdT 1997 I 246; 4C.160/2001 du 18.12.01 consid. 2/d/bb.

⁴⁹ ATF 122 III 219 consid. 3a, JdT 1997 I 246; 4C.160/2001 du 18.12.01 consid. 2/d/bb. ENGEL, p. 505 et les références de jurisprudence.

⁵⁰ BREHM, n. 50 ad Art. 42; DESCHENAUX/TERCIER, p. 210 n. 23; WERRO n. 26 ad Art. 42.

⁵¹ BREHM, n. 48 ad Art. 42; WERRO, n. 28 ad Art. 42.

En revanche, on admet que l'art. 42 al. 2 CO s'applique non seulement pour *chiffrer le montant* du dommage, mais également pour retenir son *existence*: il s'agit de la conséquence logique du fait que – en chiffrant le dommage – le juge peut parvenir au chiffre zéro, qui équivaut à l'absence de dommage⁵². 23

2. Critères légaux

La loi institue des critères pour aider le juge dans son activité de fixation du dommage. 24

Le premier critère est celui du « *cours ordinaire des choses* ». La notion est équivalente à celle d'expérience générale de la vie⁵³. Ces notions indéterminées ont pour but de s'approcher le plus possible de la pratique, mais d'une pratique « normativisée ». Nanti des spécificités du cas d'espèce, le juge doit en effet envisager un dommage prévisible dans des circonstances du même genre. On peut prendre l'exemple de l'estimation de la valeur d'un bagage individuel d'une participante à une croisière musicale de quatre jours sur la Moselle: le Tribunal fédéral, faisant usage de l'expérience générale de la vie, a estimé la valeur usuelle d'une telle valise à 8'000 fr.⁵⁴ Pour obtenir l'allocation d'un dommage supérieur – parce que le bagage contenait des habits et des bijoux pour une valeur de 150'000 fr. –, le lésé supporte alors entièrement le fardeau de la preuve et on en revient au principe de l'art. 8 CC: la loi n'a en effet pas pour but de favoriser un tel lésé *au delà du raisonnable*⁵⁵. 25

Le second critère issu de l'art. 42 al. 2 CO est celui des « *mesures prises par la partie lésée* ». Ce critère est sujet à controverse. Il n'est pas mentionné dans les travaux législatifs et n'apparaît pas dans la jurisprudence publiée⁵⁶. Selon une partie de la doctrine, il s'agit d'un rappel de l'*incombance du lésé de réduire son dommage* (art. 44 CO)⁵⁷. Cette opinion doit être rejetée: comme on l'a vu en introduction (n. 5-6), la question de la fixation du dommage constitue la première étape du raisonnement lorsque l'on aborde la condition du préjudice; or, l'incombance du lésé de réduire son dom- 26

⁵² ATF 122 III 219 consid. 3a, JdT 1997 I 246. BREHM, n. 48 ad Art. 42; PERINI, p. 24; WERRO, n. 24 ad Art. 42. Cf. également, explicitement, le § 287 I ZPO allemand selon lequel « *Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch...* ».

⁵³ ATF 122 III 61 consid. 2/b/bb.

⁵⁴ TF, SJ 2004 I 449 consid. 5.5.2.

⁵⁵ BREHM, n. 54 ad Art. 42; ROBERTO, n. 824; BaK-SCHNYDER, n. 10 ad Art. 42.

⁵⁶ BREHM, n. 55 ad Art. 42.

⁵⁷ DESCHENAUX/TERCIER, p. 210 n. 26.

mage intervient ultérieurement dans l'examen des conditions de l'obligation de réparer⁵⁸. Il faut donc voir dans ce critère légal la réserve d'une exception par rapport au dommage (minimum) prévisible selon le cours ordinaire des choses. La loi vise donc les situations où le lésé avait pris des mesures particulières, que ce soit pour obtenir un *bénéfice inhabituel* ou en fonction de *circonstances insolites*⁵⁹. Dans l'exemple de la participante à la croisière sur la Moselle, on pourrait imaginer que cette personne devait apparaître avec les musiciens pour tourner les pages du pianiste et que, à ce titre, il fallait qu'elle dispose d'habits et de bijoux sortant de l'ordinaire. Il lui appartiendrait alors d'alléguer (n. 29), puis de démontrer – avec toutes les rigueurs de l'art. 8 CC – qu'elle avait un tel rôle à jouer; convaincu de ce fait, le juge en tirerait la conclusion que le montant de son dommage est supérieur à celui correspondant à la valeur d'un bagage habituel; il l'estimerait en fonction de ces circonstances insolites.

27 On déduit également du critère des « *mesures prises par la partie lésée* » que la loi part d'une certaine *présomption de rentabilité* en faveur de la victime du dommage: le préjudice s'élève ainsi – au moins – au montant des dépenses engagées⁶⁰. Il est toujours loisible à l'auteur du dommage de démontrer la preuve du contraire.

28 La loi mentionne enfin que la fixation du dommage doit intervenir « *équitablement* ». Il ne s'agit cependant pas là d'un critère en soi, mais d'un rappel de la finalité de l'art. 42 al. 2 CO: éviter des solutions inéquitables. La mention de l'équité ne doit en particulier pas être mise en relation avec l'art. 4 CC qui confère au juge le pouvoir d'appliquer « *les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation* ». La jurisprudence indique en effet que « *le pouvoir d'estimation élargi que concède cette disposition au juge du fond n'est pas un pouvoir d'appréciation juridique au sens de l'art. 4 CC* »⁶¹. Cette précision a son importance puisque l'application de l'art. 4 CC constitue une activité qui relève du droit, alors que – comme on le verra (n. 43-46) – la fixation du dommage en application de l'art. 42 al. 2 CO ressortit presque uniquement au fait.

⁵⁸ PICHONNAZ, p. 111.

⁵⁹ BREHM, n. 56 ad Art. 42; ROBERTO, n. 826; BaK-SCHNYDER, n. 10 ad Art. 42.

⁶⁰ ROBERTO, n. 826.

⁶¹ ATF 122 III 219 consid. 3b, JdT 1997 I 246. BREHM, n. 53 ad Art. 42.

3. Fardeau de l'allégation

Dans le contexte qui nous occupe, on ne répétera sans doute jamais assez aux plaideurs l'importance de décrire avec suffisamment de précision les *éléments de faits pertinents* pour mettre en œuvre les critères précités⁶². Le fardeau de l'allégation impose cet exercice, sans lequel le juge du fait sera démuné pour appliquer l'art. 42 al. 2 CO. De même, si la preuve du dommage est allégée, celle des éléments propres à l'apprécier ne l'est pas: en d'autres termes, le lésé supporte entièrement le fardeau de la preuve de ces éléments. Dans l'exemple de la valise sur la Moselle (n. 26), la participante doit démontrer – avec toute la rigueur qu'implique l'art. 8 CC – que son rôle n'était pas limité à celui d'une simple touriste. 29

Dans un arrêt du 25 juin 2002, le Tribunal fédéral rappelle ces principes: s'agissant d'estimer les dégâts causés à une installation de tennis par les eaux tumultueuses d'un bisse, « *la production d'un décompte, sans aucune pièce justificative attestant de la commande de matériaux ou le paiement de factures en rapport avec la remise en état des lieux* » ainsi que l'absence de toute preuve en relation avec « *le nombre d'heures passées à ces travaux* » ne permettent pas au juge d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO. Et le Tribunal fédéral de reprocher au lésé d'avoir renoncé à tout moyen de preuve alors que celle-ci n'était pas impossible à rapporter mais relevait uniquement d'une « *certaine difficulté* »⁶³. Dans un arrêt du 18 décembre 2001, des carences similaires sont imputées à un plaideur en matière de responsabilité des organes d'une société anonyme: le Tribunal fédéral lui reproche en particulier de ne pas avoir donné assez d'éléments de fait permettant d'apprécier une éventuelle augmentation du dommage entre le moment où il existait des raisons sérieuses d'admettre que la société était surendettée selon l'art. 725 al. 2 CO et le moment de l'ouverture de la faillite⁶⁴. 30

En revanche, dans un litige concernant des *heures supplémentaires* non prises par un travailleur, le Tribunal fédéral déduit des considérations de l'instance inférieure que l'on ne pouvait reprocher aux parties d'avoir négligé d'alléguer et de prouver les faits pertinents pour l'issue du litige⁶⁵. On trouve ainsi la référence – en matière de fait – aux relations entre le travailleur et son employeur (en réalité deux époux) ainsi que l'affirmation que certaines activités sortaient du cahier des charges convenu. 31

⁶² BREHM, n. 52 ad Art. 42.

⁶³ Tribunal fédéral, arrêt du 25 juin 2002 (4C.110/2002) consid. 3.3 (Annexe 4).

⁶⁴ Tribunal fédéral, arrêt du 18 décembre 2001 (4C.160/2001) consid. 2d/cc.

⁶⁵ ATF 128 III 271 consid. 2/b/bb (Annexe 2).

III. La vocation quasi universelle de l'art. 42 al. 2 CO

A. Les domaines d'application de référence

32 De par la place qu'il occupe dans la loi, l'art. 42 al. 2 CO concerne d'abord le dommage découlant d'un *acte illicite*. On songe notamment à l'évaluation de l'atteinte portée à l'avenir économique de la victime de lésions corporelles selon l'art. 46 al. 1 CO (dommage futur)⁶⁶. La disposition s'applique également en matière de responsabilité objective, par exemple celle du *propriétaire d'ouvrage*⁶⁷. Le domaine de la *propriété intellectuelle*, ressortissant à la fois de la responsabilité civile et de la responsabilité contractuelle, donne de nombreux exemples d'application de l'art. 42 al. 2 CO. La jurisprudence parle même d'une « *règle générale applicable en matière de propriété intellectuelle* »⁶⁸ qui permet d'évaluer la perte de l'intensité d'exploitation des droits immatériels⁶⁹.

33 Dans ce domaine, l'art. 42 al. 2 CO est applicable à tous les dommages de *nature patrimoniale*. On exclut ainsi la réparation pour *tort moral* et *l'atteinte à la personnalité* – où règne l'art. 4 CC⁷⁰. Au motif que les nouvelles formes de *dommage normatif* (vacances gâchées, dommage ménager, valeur d'un arbre, etc.) comportent une dimension normative incompatible avec l'appréciation factuelle de l'art. 42 al. 2 CO, elles sont également exclues du champ d'application de cette disposition. Cette affirmation se comprend, pour autant que l'on retienne la nécessité de créer de nouvelles notions de dommages normatifs (cf. *infra* n. 56-57).

B. Les domaines d'application par renvoi

34 L'examen de la jurisprudence permet de constater que l'application de l'art. 42 al. 2 CO dépasse très largement le domaine de la responsabilité civile. Cette vocation quasi universelle s'explique sans doute par le fait que la

⁶⁶ ATF 129 III 135 consid. 2.3.2.1. BREHM, n. 63 ad Art. 42.

⁶⁷ Tribunal fédéral, arrêt du 25 juin 2002 (4C.110/2002) consid. 3.

⁶⁸ 4C.190/2000 consid. 6c; sic! 2000 596 consid. 7(LPM & LCD); ATF 122 III 463, JdT 1997 I 250 (LDA).

⁶⁹ En détails: TROLLER, p. 1042-1047, qui cite à titre d'indices susceptibles d'aider le juge à évaluer le dommage: l'évolution du chiffre d'affaires des parties, l'établissement des parts du marché ou les sondages auprès de la clientèle sur la réputation des produits.

⁷⁰ ATF 125 III 412 consid. 2a, SJ 2000 I 303. WERRO, n. 20 ad Art. 47.

disposition est une forme d'*expression de bon sens*, dont l'utilité est consacrée dans de nombreux autres domaines du droit⁷¹.

Par le renvoi général de l'art. 99 al. 3 CO, l'art. 42 al. 2 CO s'applique à tous les dommages découlant de la violation d'une *obligation contractuelle*. La jurisprudence se montre d'ailleurs très riche en matière de contrats issus de la partie spéciale du Code des obligations. Ainsi, l'art. 42 al. 2 CO a permis d'arrêter le dommage consécutif à un *défaut de la chose*, que celle-ci ait été vendue⁷², donnée à bail⁷³ ou réalisée et livrée sur la base d'un contrat d'entreprise⁷⁴. Il en va de même pour le dommage causé fautive-ment par le commissionnaire en vendant la chose à un prix inférieur à celui fixé par le commettant⁷⁵. En matière de *responsabilité des organes* d'une société anonyme, les actionnaires ou/et les créanciers sont particulièrement démunis dans la mesure où ils ne disposent pas nécessairement de toute l'information nécessaire pour établir leur dommage. Pour ce motif, le recours à l'art. 42 al. 2 CO est admis dans ce contexte⁷⁶. 35

Certaines lois spéciales renvoient aux règles de la responsabilité civile, en général⁷⁷. D'autres visent expressément l'art. 42 al. 2 CO⁷⁸. D'autres, enfin, contiennent des dispositions dont le contenu est identique à l'art. 42 al. 2 CO⁷⁹. 36

C. Les domaines d'application par analogie

Jusqu'à présent, les exemples ont montré l'application de l'art. 42 al. 2 CO en relation avec la réparation d'un dommage, que celui-ci soit issu de la responsabilité civile ou contractuelle. Le champ d'application s'étend en- 37

⁷¹ A ce propos, un auteur a même qualifié la norme de « *Ausdruck der schweizerischen Rechtsüberzeugung* » (OFTINGER, p. 171).

⁷² Tribunal fédéral, arrêt du 19 juin 2001 (4C.80/2001) consid. 4a: fixation du dommage de l'art. 208 al. 2 et 3 CO.

⁷³ Tribunal fédéral, arrêt du 26 août 2002 (4C.180/2002) consid. 2.4: fixation du dommage de l'art. 259e CO.

⁷⁴ Tribunal fédéral, arrêt du 8 janvier 2003 (4P.205/2002) consid. 1.4: fixation du dommage de l'art. 368 al. 2 CO.

⁷⁵ Tribunal fédéral, arrêt du 13 février 2002 (4C.343/2001) consid. 2c: fixation du dommage de l'art. 428 al. 2 CO.

⁷⁶ Tribunal fédéral, arrêt du 18 décembre 2001 (4C.160/2001) consid. 2/d/bb: fixation du dommage de l'art. 754 al. 2 CO. En détails: FORSTMOSER, p. 75-76.

⁷⁷ Il en va ainsi, p. ex., de l'art. 15 al. 2 de la loi fédérale sur la chasse (RS 922.0). Voir également PERINI, p. 54-55.

⁷⁸ Il en va ainsi, p. ex., de l'art. 141 al. 1 de la loi fédérale sur l'armement et l'administration militaire (RS 510.10). Voir également PERINI, p. 55.

⁷⁹ Il en va ainsi, p. ex., de l'art. 73 al. 2 LBI (RS 232.14). Voir également PERINI, p. 56.

core davantage lorsque l'on applique la règle à des situations différentes, mais avec lesquelles il existe une *ressemblance essentielle*⁸⁰. La ressemblance essentielle consiste en l'occurrence dans la quasi-impossibilité d'établir des faits et la différence dans le fait qu'on applique la norme non plus pour déterminer un dommage, mais pour en déduire d'autres droits.

38 De manière générale, la jurisprudence retient que *rien ne s'oppose en principe* à une application analogique de l'art. 42 al. 2 CO⁸¹. Elle en donne plusieurs exemples. Dans le domaine du *droit du travail*, l'employé – pour autant qu'il allègue et établisse toutes les circonstances qui parlent en faveur de sa prétention et permettent de l'évaluer – bénéficie d'un allègement de la preuve en matière de réclamation de jours de vacances non pris⁸². Dans le *contrat d'entreprise*, la question du calcul de la moins-value de l'ouvrage entaché de défaut se heurte souvent à des obstacles insurmontables en matière de preuve. Malgré l'existence de présomptions qui facilitent le travail du juge (n. 16), le recours à l'art. 42 al. 2 CO permet – en dernier ressort – d'arrêter une réduction équitable du prix⁸³. Cela vaut surtout lorsque le défaut – purement esthétique – n'entraîne aucune conséquence patrimoniale pour la victime⁸⁴. En *droit du mandat*, la jurisprudence admet que le propriétaire (mandant) peut obtenir de son architecte (mandataire) le remboursement de la plus-value subjective de l'ouvrage en cas de dépassement de devis: les coûts supplémentaires dus au dépassement de devis apportent à la construction une plus-value objective; comme celle-ci n'était pas désirée, le dommage déterminant consiste dans la différence entre la valeur objective du bâtiment et son utilité subjective pour le maître⁸⁵; sans le recours à l'art. 42 al. 2 CO, une telle opération ne serait pas possible.

39 L'événement qui cause un dommage peut en même temps procurer un avantage à la victime; celle-ci doit donc se voir imputer cet avantage à la réparation de son préjudice (*compensatio lucri cum damno*). Pour estimer le

⁸⁰ Sur le procédé de l'analogie, voir DESCHENAUX, p. 105-107.

⁸¹ « Bundesrecht steht somit der analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht entgegen » (ATF 128 III 271 consid. 2/b/aa p. 276 [Annexe 2]).

⁸² ATF 128 III 271 consid. 2b (Annexe 2).

⁸³ Tribunal fédéral, arrêt du 12 juin 2001 (4C.201/2000) consid. 5a; CHAIX, CO I, n. 36 ad Art. 368; GAUCH, n. 1667.

⁸⁴ Tribunal fédéral, arrêt du 26 octobre 2004 (4C.346/2003) consid. 4.3.1: exemple d'une usine dont le défaut de planéité du sol n'empêche, ni ne réduit l'exploitation commerciale.

⁸⁵ Tribunal fédéral, arrêt du 25 juin 2002 (4C.300/2001) consid. 3b [Annexe 3]; ATF 122 III 61 consid. 2c/aa, JdT 1996 I 605.

montant de l'*avantage à imputer*, le recours par analogie à l'art. 42 al. 2 CO est admis tant en responsabilité civile⁸⁶ qu'en responsabilité contractuelle⁸⁷.

IV. Le pouvoir d'examen de la juridiction d'appel

A. Les différents pouvoirs de cognition

Comme cela ressort de son texte, l'art. 42 al. 2 CO met en scène le juge. Or, 40
qui dit *juge* pense *appel* ou – tout au moins – possibilité de former appel. Il paraît ainsi important de donner sur le sujet quelques indications; celles-ci s'adresseront aussi bien aux *plaigneurs* – mécontents d'une décision fixant un dommage et désireux de la remettre en cause en appel – qu'aux *juges* – soucieux de rendre des décisions conformes au droit et qui ne seront pas susceptibles d'être cassées en appel. Cette problématique impose de préciser le pouvoir d'examen dont jouit la juridiction supérieure.

Le juge d'appel peut disposer du *même pouvoir de cognition* que le 41
juge inférieur: c'est le cas à Genève de l'appel ordinaire à la Cour de justice⁸⁸ et ce sera le cas – selon la prochaine loi de procédure civile suisse (PCS) – de l'appel⁸⁹. Dans ces cas, le juge de la juridiction supérieure établit librement les faits et est notamment libre d'entendre des témoins ou les parties. Dans le contexte qui nous intéresse, le débat sur la détermination du dommage *reprend ab ovo*: la juridiction supérieure est ainsi en mesure d'apprécier à nouveau et entièrement la situation au gré des faits pertinents et des critères légaux.

Dans les autres litiges (appel extraordinaire du droit genevois⁹⁰; recours 42
limité au droit de la future PCS⁹¹), le pouvoir de cognition de la juri-

⁸⁶ DESCHENAUX/TERCIER, p. 220 n. 27.

⁸⁷ ATF 128 III 22 consid. 2/e/cc, SJ 2002 I 209 (responsabilité de mandataire de l'expert fiscal chargé par une hoirie d'étudier une structure juridique permettant d'assurer la continuité d'une exploitation agricole).

⁸⁸ Il s'agit de toutes les contestations en matière civile et commerciale, mobilière et immobilière dont la valeur litigieuse est supérieure à 8'000 fr. en capital (art. 22 al. 2 GE-LOJ en relation avec l'art. 291 GE-LPC).

⁸⁹ Il s'agit de toutes les décisions concernant des affaires patrimoniales si la différence entre le dernier état des conclusions et le dispositif est de 10'000 fr. au moins (art. 290 al. 2 et 291 PCS).

⁹⁰ Il s'agit de toutes les contestations en matière civile et commerciale, mobilière et immobilière jusqu'à concurrence de 8'000 fr. en capital (art. 22 al. 1 GE-LOJ en relation avec l'art. 292 GE-LPC).

diction supérieure est *limité à l'examen du droit et / ou de l'appréciation arbitraire des faits*. Cela implique que certains aspects du litige sont *définitivement acquis* aux débats et qu'il ne sera plus possible de les remettre en cause. Il apparaît donc essentiel d'opérer la distinction entre les éléments tranchés de manière définitive et ceux que la juridiction supérieure peut librement remettre en cause. Cela revient à poser la question de savoir si les aspects contestés de la fixation du dommage selon l'art. 42 al. 2 CO constituent des éléments de fait ou des éléments de droit.

B. Question de fait ou question de droit?

- 43 De jurisprudence constante, « *dire s'il y a eu dommage et déterminer quelle en est la quotité est une **question de fait*** »⁹². Il s'agit d'arrêter un fait, c'est-à-dire de fixer la limite supérieure de ce que peut être amené à réparer l'auteur du dommage (n. 5). Cette opération a lieu après une appréciation des preuves, soit la prise en compte des éléments de fait pertinents. L'opération n'est pas différente lorsque le juge applique l'art. 42 al. 2 CO puisque le résultat consiste à établir un fait. Les étapes suivantes de la fixation de l'obligation de réparer (existence d'une faute, d'une faute concomitante, d'un lien de causalité adéquate, incombance de diminuer son dommage, etc.) relèvent en revanche du **droit**⁹³.
- 44 La jurisprudence est très attachée à rappeler ce principe. Le Tribunal fédéral souligne ainsi que « *le pouvoir d'estimation élargi que [l'art. 42 al. 2 CO] confère au juge du fait ne procède pas d'un pouvoir d'appréciation juridique au sens de l'art. 4 CC (...) on reste sur le terrain de l'appréciation des faits* »⁹⁴. Dans un autre arrêt, il répète que « *l'estimation du dommage repose sur le pouvoir d'apprécier les faits; elle relève donc de la constatation des faits* »⁹⁵. Ce principe – auquel adhère la doctrine⁹⁶ – apparaît simple lorsqu'on l'énonce.
- 45 Mais sommes-nous vraiment toujours dans le **domaine du fait**, ou avons-nous franchi le seuil du droit lorsque l'on applique des critères

⁹¹ Il s'agit de toutes les décisions concernant des affaires patrimoniales si la différence entre le dernier état des conclusions et le dispositif est inférieur à 10'000 fr. (art. 290 al. 2 *a contrario* en relation avec les art. 310 lit. a et 311 PCS).

⁹² Tribunal fédéral, arrêt du 27 février 2002 (4C.300/2001) consid. 3b et références (Annexe 3). CORBOZ, p. 63.

⁹³ CORBOZ, p. 65.

⁹⁴ Tribunal fédéral, arrêt du 10 novembre 2000 (4C.190/2000) consid. 5c.

⁹⁵ ATF 122 III 219 consid. 3b, JdT 1997 I 246.

⁹⁶ BREHM, n. 64a ad Art. 42; SCHNYDER, n. 9 ad Art. 42; WERRO, n. 24 ad Art. 42.

« normatifs » tels que le cours ordinaire des choses ou l'expérience générale de la vie?

Là encore, la jurisprudence – avec raison – retient le caractère prépondérant de l'opération d'établissement des faits. Ainsi, tant que des critères normatifs sont mis en relation avec un « *cas particulier, compte tenu des preuves administrées ou d'autres facteurs d'appréciation* », on reste dans le domaine du fait. En revanche, lorsque la référence au cours ordinaire des choses ou à l'expérience générale de la vie est « formulée en *termes abstraits lui donnant le caractère d'une norme valable pour d'autres cas du même genre* » on a franchi le seuil du droit⁹⁷. 46

Quelles conséquences peut-on tirer de cette distinction entre fait et droit en matière de voies de recours? 47

C. L'appel complet et le recours limité au droit

1. Sur le plan fédéral

A teneur de l'art. 43 al. 1 OJ, le *recours en réforme* est ouvert pour se plaindre d'une violation du droit fédéral. Comme l'art. 42 al. 2 CO est contenu dans un texte législatif fédéral, on peut donc invoquer sa violation dans le cadre d'un tel recours. Cependant, l'art. 63 al. 2 1^{ère} phrase OJ impose au Tribunal fédéral de fonder son arrêt sur les faits qui ont été constatés par la dernière autorité cantonale. Cela signifie que, statuant en instance de réforme, le Tribunal ne peut *plus revoir les faits* tels qu'arrêtés par les juges précédents⁹⁸. Dans la mesure où la fixation du dommage relève du fait, « elle est soustraite à l'examen du Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme »⁹⁹. Il apparaît par conséquent *inutile* de former un recours en réforme pour violation de l'art. 42 al. 2 CO. 48

Deux exceptions doivent être réservées. La première concerne les cas où le premier juge a *mal appliqué les critères* de l'art. 42 al. 2 CO: relèverait ainsi du recours en réforme le grief selon lequel le juge a confondu le critère des « *mesures prises par la partie lésée* » (prévu par l'art. 42 al. 2 CO) avec l'incombance de la partie lésée de réduire son dommage (déduite de l'art. 2 49

⁹⁷ Tribunal fédéral, arrêt du 27 février 2002 (4C.300/2001) consid. 3b (Annexe 3); ATF 126 III 10 consid. 2b; 122 III 61 consid. 2/b/bb.

⁹⁸ CORBOZ, p. 60-61.

⁹⁹ Tribunal fédéral, arrêt du 27 février 2002 (4C.300/2001) consid. 3b (Annexe 3).

al. 1 CC)¹⁰⁰. La seconde exception concerne les cas où le premier juge a appliqué le critère du cours ordinaire des choses de *manière abstraite*, sans aucune référence au cas d'espèce (n. 46)¹⁰¹: dans l'exemple déjà cité de la croisière musicale sur la Moselle (n. 25), ce serait sans doute le cas si la valeur usuelle d'un bagage était arrêtée indépendamment des circonstances particulières de l'espèce, sans tenir compte du nombre de jours de la croisière ou de la question de savoir s'il s'agit d'un voyage d'agrément ou d'affaires, etc.¹⁰²

50 Puisque la voie du recours en réforme est en principe fermée, il faut emprunter celle du *recours de droit public* pour arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. Les conditions d'un tel recours sont strictes: « *l'arbitraire, ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat* »¹⁰³. Tel peut être le cas, par exemple, si le juge a *ignoré* un élément absolument déterminant pour la fixation du dommage, mais cela n'est pas suffisant: il faut encore, d'une part, qu'il ait omis d'indiquer pour quel motif il avait écarté cet élément – ou qu'il l'ait écarté pour une raison insoutenable – et, d'autre part, que le résultat d'origine heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Dans l'exemple de la croisière sur la Moselle, serait recevable le grief selon lequel le juge a ignoré – sans indiquer pour quel motif – le rôle attribué à la participante pour seconder les musiciens (n. 26) puisque ce rôle paraît déterminant pour évaluer la valeur du bagage de cette participante. En revanche, si le juge écarte cette circonstance de fait,

¹⁰⁰ Sur la distinction: supra n. 26.

¹⁰¹ Le Tribunal fédéral motive cette exception par le fait qu'une telle décision « *formulée en termes abstraits lui donne le caractère d'une norme valable pour d'autres cas du même genre* » (arrêt du 27 février 2002 [4C.300/2001] consid. 3b: Annexe 3); ATF 122 III 61 consid. 2/c/bb. Cette motivation démontre que, dans des situations de ce genre, le juge dépasse son rôle d'établissement d'un état de faits particulier pour poser des règles générales, lesquelles s'apparentent à une norme.

¹⁰² A noter que le Tribunal fédéral semble affirmer le contraire dans l'arrêt: « *Ce n'est pas une constatation de fait – à laquelle le Tribunal fédéral serait lié – qui fonde l'estimation de la valeur usuelle d'une telle valise, mais une conclusion tirée de l'expérience générale de la vie, que le Tribunal fédéral peut revoir librement dans le cadre du recours en réforme* » (TF, SJ 2004 I 449 consid. 5.5.2). Ces considérations s'expliquent sans doute par le fait que l'arrêt ne traite pas de l'art. 42 CO.

¹⁰³ ATF 127 I 54 consid. 2b.

par exemple au motif (non arbitraire) que cette participation n'a pas été prouvée, le grief serait irrecevable.

Enfin, il est utile de rappeler – en matière de recours de droit public – 51 qu'il n'est pas suffisant de dire que le droit fédéral a été *violé arbitrairement* pour transformer une question qui relève en principe du recours en réforme en une question de rang constitutionnel. En d'autres termes, il ne suffit pas de se plaindre d'une détermination arbitraire du dommage pour voir déclaré recevable son recours de droit public¹⁰⁴.

Les considérations qui précèdent démontrent que toute la question de 52 la fixation du dommage en application de l'art. 42 al. 2 CO se joue devant le *juge du fait*. A Genève, il s'agit de la Cour de justice pour les litiges ayant une valeur litigieuse supérieure à 8'000 fr.; dans le système de la future PCS, il s'agira des affaires patrimoniales où la différence entre le dernier état des conclusions et le dispositif est supérieur à 10'000 fr. L'*unification des voies de recours* prévue dans le projet de loi sur le Tribunal fédéral¹⁰⁵ ne modifiera pas fondamentalement la situation: même lorsque les griefs (relevant tant du fait que du droit) pourront être invoqués dans le même acte (cf. art. 97 de ce projet), cela ne devrait pas modifier la jurisprudence fédérale très restrictive en matière de recevabilité de ces griefs. En d'autres termes, le recourant qui se borne à invoquer que la cour cantonale a arbitrairement fixé le dommage verra son recours déclaré irrecevable comme par le passé (n. 51).

2. Sur le plan cantonal

Comme dans le système de la future PCS (n. 41-42), Genève connaît *deux* 53 *types d'appel* contre les décisions de première instance. Dans l'appel ordinaire (art. 291 GE-LPC), le juge dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Dans l'appel extraordinaire (art. 292 GE-LPC), le juge dispose d'un plein pouvoir d'examen des questions de droit, à l'instar du Tribunal fédéral statuant en instance de réforme; en revanche, son examen est limité à l'arbitraire pour les questions de fait, à l'instar du Tribunal fédéral statuant sur recours de droit public. Ce second type d'appel se rapproche ainsi du recours unifié que connaîtra le Tribunal fédéral. Dans les grandes lignes, c'est le système proposé par la future PCS.

¹⁰⁴ Tribunal fédéral, arrêt du 8 janvier 2003 (4P.205/2002) consid. 1.4.

¹⁰⁵ Art. 95 à 98 du projet de Loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF).

54 La difficulté à distinguer – en relation avec l’art. 42 al. 2 CO – le fait du droit n’intervient que dans le cadre de l’appel extraordinaire de l’art. 292 GE-LPC ou du recours limité du droit de l’art. 311 PCS. Cette question a été abordée dans un arrêt genevois concernant un litige relatif à la diminution du prix d’un *voyage à forfait* en raison d’un défaut¹⁰⁶. Dans cette affaire, l’organisateur d’un voyage en Mongolie avait promis aux voyageurs la présence d’un guide ressortissant de ce pays et parlant français. Or, sur place, les clients avaient constaté que leur guide – certes ressortissant de Mongolie – ne parlait pas français; de surcroît, il ne connaissait pas la région de Mongolie où ils voyageaient. En raison de ce défaut, le Tribunal de première instance avait réduit le montant du voyage de 1’500 fr. sur un total de près de 12’000 fr.; mécontents, les clients demandaient une diminution globale de 7’000 fr. du prix de leur voyage à forfait. En raison de la valeur litigieuse inférieure à 8’000 fr., ils ne pouvaient former un appel ordinaire et en étaient réduits à invoquer des *griefs de droit* contre le jugement entrepris, à savoir la violation de l’art. 42 CO.

55 La Cour de justice a rejeté le grief au motif qu’il n’était pas question en l’espèce de fixer un dommage au sens de l’art. 14 LVF, mais de réduire le prix de la prestation convenue selon l’art. 13 al. 1 lit. b LVF. Cette distinction est exacte, mais une application par analogie de l’art. 42 al. 2 CO aurait pu être envisagée, à l’instar de la réduction du prix de l’ouvrage pour défaut (n. 38). Cela étant, la Cour relève avec raison dans un *obiter dictum* que le grief n’était de toute manière pas recevable: selon la jurisprudence cantonale, les décisions où le premier juge *use de son pouvoir d’appréciation* ne peuvent faire l’objet d’un appel extraordinaire, sous réserve d’un abus ou d’un excès de ce pouvoir. On retrouve ainsi – formulée en d’autres termes – la distinction dégagée par la jurisprudence fédérale entre le fait et le droit (n. 43-46). Il y a fort à parier que les juges cantonaux examineront les griefs élevés contre l’art. 42 al. 2 CO de la même manière lorsqu’ils seront saisis d’un recours limité au droit au sens de l’art. 311 de la future PCS.

V. Conclusion

56 Au terme de la présente contribution, il est temps d’en résumer les éléments essentiels relatifs au *droit de fond*: en *premier lieu*, l’art. 42 al. 2 CO est une disposition de *bon sens* (n. 34), fondée sur des considérations *en équité*

¹⁰⁶ Cour de justice (Genève), arrêt du 23 avril 2004 (Annexe 5).

(n. 28). En *deuxième lieu*, dans la mesure où son but est d'empêcher qu'un formalisme lié aux impératifs de preuve stricte empêche la victime de se voir indemnisée (n. 7), elle résulte de considérations empreintes d'un certain *pragmatisme* (n. 21). Enfin, en *troisième lieu*, la disposition se prête à l'*analogie* dans les domaines les plus variés du droit privé (n. 34-39).

Ces trois caractéristiques nous amènent à poser la question suivante. On a vu que la jurisprudence et la doctrine cherchent à établir de *nouvelles définitions du dommage* (n. 18-19). Ces tentatives apparaissent avant tout fondées sur des réflexions dogmatiques très achevées. Or, sont-elles vraiment nécessaires dans un pays où le droit de fond¹⁰⁷ offre au juge – de manière large – un outil juridique lui permettant de résoudre de telles questions? Ne faudrait-il donc pas privilégier une approche plus pragmatique et tenter d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO à ce genre de problématiques¹⁰⁸? La question dépasse largement le cadre de la présente contribution et la simplicité de sa formulation la rend essentiellement polémique; peut-être nourrira-t-elle ainsi la discussion qui s'amorce pour chercher à couvrir les dommages qui ne constituent – apparemment – pas des diminutions involontaires de patrimoine (n. 4).

En matière de *droit de procédure*, il faut retenir que l'activité de fixation du dommage par le juge relève essentiellement de l'*établissement des faits* (n. 43). La question doit ainsi être débattue devant le juge du fait: il s'agit du dernier juge cantonal qui dispose d'un plein pouvoir de cognition (n. 52). Par voie de conséquence, le recours *devant le Tribunal fédéral* qui comporte comme seul grief une violation de l'art. 42 al. 2 CO apparaît dans la grande majorité des cas dénué de chance de succès (n. 48-51). C'est dire toute l'importance du débat devant le juge cantonal ainsi que la nécessité, au stade de cette procédure, d'alléguer – puis de démontrer – tous les éléments de fait pertinents pour l'application de l'art. 42 al. 2 CO (n. 29-31). La jurisprudence rappelle en effet – aux dépens des plaideurs – que de telles carences ne peuvent plus être rattrapées devant une juridiction qui dispose uniquement d'un pouvoir limité au contrôle de l'application correcte du droit (n. 55).

¹⁰⁷ Contrairement au législateur suisse, le législateur allemand a préféré que la norme comparable à notre art. 42 al. 2 CO relève du seul droit de procédure (n. 2). Cette absence de disposition comparable à l'art. 42 al. 2 CO dans leur droit de fond pourrait – en partie tout au moins – expliquer que les juristes allemands aient cherché à substituer à la notion classique de dommage celle de dommage normatif; cela justifierait également que la question puisse être traitée de manière différente en Suisse.

¹⁰⁸ A l'instar de ce que proposent certains auteurs en matière de perte d'une chance (n. 19).

Bibliographie

- BREHM Roland, *Berner Kommentar*, 2^{ème} éd., Bern 1998
- CHAIX François, *Commentaire romand CO I, Art. 363-379*, Bâle 2003
- CHAPPUIS Christine, « La faute concomitante de la victime », in *La fixation de l'indemnité, Colloque du droit de la responsabilité civile 2003*, Berne 2004, p. 29-87
- CORBOZ Bernard, « Le recours en réforme au Tribunal fédéral », SJ 2000 II 1-75
- DESCHENAUX Henri, *Traité de droit privé suisse, tome II, 1, Le titre préliminaire du code civil*, Fribourg 1969
- DESCHENAUX Henri / TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 1982
- DUPONT ANNE-Sylvie, « Dommage: vers une nouvelle définition? (Commentaire de l'ATF 129 III 331) » in SJ 2003 II 471-484
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 1997
- FORSTMOSER Peter, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, Zürich 1987
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag*, 4^{ème} éd., Zürich 1996
- HOHL Fabienne, « Le degré de la preuve dans les procès au fond », in *Der Beweis im Zivilprozess / La preuve dans le procès civil*, édité par la Fondation pour la formation continue des juges suisses, Berne 2000, p. 127-138
- KOHLER Patrick, *Vermögensausgleich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen*, thèse Zürich 1999
- LACHAT David, *Commentaire romand CO I, Art. 253-274g*, Bâle 2003
- LÜCHINGER Niklaus, *Schadenersatz im Vertragsrecht: Grundlagen und Einzelfragen der Schadenberechnung und Schadenersatzbemessung*, thèse Fribourg 1999
- MARCHAND Sylvain, *Commentaire romand CO I, Art. 440-457*, Bâle 2003
- MÜLLER Christoph, *La perte d'une chance*, thèse Berne 2002
- OFTINGER Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht: Allgemeiner Teil, Band I*, 4^{ème} éd. Zürich 1975
- PERINI Flavio, *Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR*, thèse Zürich 1994
- PETITPIERRE Gilles, « Les fondements de la responsabilité civile », RDS 1997 I 273-292
- PICHONNAZ Pascal, « Le devoir du lésé de diminuer son dommage », in *La fixation de l'indemnité, Colloque du droit de la responsabilité civile 2003*, Berne 2004, p. 109-134
- REHBINDER Manfred/ PORTMANN Wolfgang, *Basler Kommentar OR I, Art.319-362*, Basel 2003
- ROBERTO Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002

SCHNYDER Anton K., *Basler Kommentar OR I, Art. 41-59*, Basel 2003

STAUDER Bernd, *Commentaire romand CO I, Art. 1-20 LVF*, Bâle 2003

TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 3^{ème} éd., Zurich 2004

TROLLER Kamen, *Manuel du droit suisse des biens immatériels tome II*, 2^{ème} éd., Bâle 1996

VENTURI Silvio, *Commentaire romand CO I, art. 184-215*, Bâle 2003

WERRO Franz, *Commentaire romand CO I, Art. 41-61*, Bâle 2003

WINIGER Bénédict, « La gravité de la faute du responsable », in *La fixation de l'indemnité, Colloque du droit de la responsabilité civile 2003*, Berne 2004, p. 15-27

Le préjudice patrimonial et le tort moral: vers de nouvelles frontières?

GILLES PETITPIERRE*

Table des matières

Introduction	63
I. Etat des lieux	65
A. Le dommage (patrimonial)	65
1. Une diminution patrimoniale	65
2. Le caractère involontaire de la diminution	67
3. Conclusion intermédiaire	69
B. Le tort moral	69
C. Une troisième catégorie?	71
II. Une nouvelle frontière	73
A. Deux sortes de tort moral	73
B. Une définition rafraîchie du dommage?	74
Conclusion	74

Introduction

Les travaux de notre journée sont fondés sur l'idée que le préjudice est une notion en devenir. Dans ce cadre, je présuppose que ce devenir affecte aussi bien le préjudice matériel que le préjudice immatériel et que la relation entre les deux notions est à son tour peut-être en train de se modifier.

Le tableau initial classique se compose du dommage au sens propre, calculé selon la théorie dite de la différence, et du tort moral qui traduit les souffrances infligées au lésé, qu'elles soient physiques, psychologiques

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Ma position de directeur de la thèse de Madame Anne-Sylvie Dupont, consacrée au dommage écologique (DUPONT Anne-Sylvie, Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel, thèse Genève, Genève / Zurich / Bâle 2005.), m'a donné l'occasion d'approfondir ma réflexion sur le préjudice et de tirer profit de son travail et de ses recherches pour l'élaboration de ces quelques lignes qu'elle a bien voulu en outre revoir et compléter. Mes remerciements vont aussi à Monsieur Bogdan Prensilevich, assistant, qui a mis au point le texte et ses notes.

et/ou affectives. Dans notre ordre juridique, il n'y a pas de troisième catégorie. Or les situations de fait et les hypothèses légales se multiplient dans lesquelles la victime d'un acte illicite, de l'inexécution d'une obligation ou de la réalisation de l'hypothèse d'une norme fondant une responsabilité objective, subit des inconvénients qui ne semblent pas pouvoir être mis au passif du débiteur de la réparation d'un dommage au sens classique, ni à celui du responsable d'un tort moral au sens classique également. Faut-il renoncer à s'en préoccuper et les ranger dans les aléas de la vie dont chacun est censé s'accommoder sans pouvoir en répercuter la charge sur la personne qui répond du trouble qui les engendre? Faut-il au contraire leur trouver un statut nouveau parce que les exigences de la vie en société justifient qu'on y remédie d'une façon ou d'une autre?

Avant d'aller plus loin, il s'impose d'examiner s'ils ne sont pas souvent, sinon toujours, la source de problèmes parce que les définitions des deux sortes de préjudices – et la frontière qui en est le corollaire – sont devenues trop étroites et trop figées pour appréhender les développements de la réalité sociale¹.

Il s'agit dans un premier temps (I) de vérifier la pertinence de la définition du dommage (A) comme diminution du patrimoine net (1) et comme diminution involontaire de ce patrimoine (2). Il s'agit également de rappeler l'évolution des conditions de l'allocation d'une indemnité pour le tort moral (B) avant de poser la question de l'existence d'une catégorie de préjudices qui ne correspondrait ni au dommage, ni au tort moral (C).

Dans un deuxième temps (II), on se demandera si la solution passe par l'extension du tort moral, la redéfinition du dommage ou la reconnaissance d'une troisième catégorie.

¹ GAUCH Peter, « Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts », *recht* 6/1996, p. 225 ss, p. 226; ROBERTO Vito, *Schadensrecht*, Zurich 1997, p. 112 s.

I. Etat des lieux

A. Le dommage (patrimonial)

1. Une diminution patrimoniale

Traditionnellement défini dans l'optique du lésé comme une **diminution involontaire de son patrimoine**, le dommage correspond au résultat d'une soustraction: du patrimoine hypothétique tel qu'il serait sans l'événement dommageable, on soustrait le patrimoine actuel. La différence constitue le dommage. De cette définition en soi ouverte, la doctrine dominante et la jurisprudence ont restreint le champ en la plaçant dans une optique comptable statique. Il en est résulté, dans un deuxième temps, que nombre d'arrêts et d'ouvrages faisant autorité ont encore amoindri sa portée en l'assortissant de la condition que le fait générateur du dommage doive porter atteinte à un intérêt patrimonial². La prédominance de la réparation en numéraire va dans le même sens.

Généralisée, cette conception aurait pour effet singulier que l'atteinte à un intérêt de nature non patrimoniale ne saurait entraîner de dommage³. La pratique démontre heureusement que cette façon de voir n'est pas pertinente. Il faut en effet distinguer l'atteinte à un intérêt protégé par le droit, qu'il soit ou ne soit pas de nature patrimoniale, et les conséquences de cette atteinte dans le domaine patrimonial: les atteintes à la personnalité physique ou idéale en sont l'illustration. Il est incontesté que les frais médicaux engagés pour remédier à une lésion corporelle ou la perte de revenus consécutive à une diffamation constituent autant de dommages réparables.

On se souviendra qu'il est également acquis que la perte de la capacité de tenir le ménage est la source d'un dommage même en l'absence de dépenses supplémentaires correspondantes dans le cadre familial. Il doit en

² Cf. par exemple ATF 115 II 474 consid. 3a, JdT 1990 I 216, 222: « Le droit suisse n'admet pas la réparation d'un dommage 'immatériel'. Juridiquement, les atteintes aux droits non patrimoniaux ne constituent pas un dommage »; GAUCH (note 1), p. 226; TERCIER Pierre / WERRO Franz, « Les grandes notions de la RC: quoi de neuf? », *Journées 1996 du droit de la circulation routière*, p. 9; WERRO Franz / CHAPPUIS Christine, « La responsabilité civile: à la croisée des chemins? », RDS 2003 II, p. 237 ss, p. 247; DESCHENAUX Henri / TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 1982, § 3 N. 7. Un peu plus nuancé, ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 1997, p. 472 s; FLESSNER Axel / KADNER Thomas, « Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang - BGHZ 99, 182 und 101, 325 », JuS 1989, Heft 11, p. 879 ss.

³ DUPONT Anne-Sylvie, « Dommage: vers une nouvelle définition? », SJ 2003 II, p. 471 ss, p. 474.

aller de même de la réduction ou de la perte de la capacité de travail de celui ou de celle qui se voue à une activité bénévole. Le responsable de l'atteinte ne saurait échapper à l'obligation de réparer en prouvant que l'activité de la victime n'était pas rémunérée⁴. Cela implique, en l'absence de rémunération, que la valeur de la capacité de travail soit appréciée pour elle-même et qu'il n'est pas juste de la noyer dans un ensemble, le patrimoine, apprécié en termes de bilan. La renonciation par la victime à une rétribution n'implique en rien qu'elle renonce à la valeur de cette capacité dont elle use librement et sans avoir de compte à rendre si elle en a disposé gratuitement⁵.

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral est revenue à deux reprises sur le droit à la réparation d'atteintes dont les **effets en soi** ne satisfont pas aux exigences de la définition traditionnelle. Dans chacune des deux espèces⁶, un arbre avait été endommagé. L'incidence de l'atteinte sur la valeur vénale du terrain où il était planté ne permettait pas d'aboutir à une solution, dans le premier cas parce que le terrain concerné se trouvait être un bien public et ne faisait dès lors pas l'objet d'un marché, dans le deuxième parce que l'atteinte ne s'était précisément pas répercutée sur la valeur vénale de la parcelle. La Cour suprême a décidé que l'intérêt du propriétaire au rétablissement de l'état antérieur, soit la plantation d'un nouvel arbre, semblable sinon identique, était légitime et que le coût de cette opération constituait un dommage réparable. Il a réaffirmé le droit du lésé au coût de la restauration de l'état antérieur et satisfait ainsi aux exigences de l'intérêt à l'intégrité (*Erhaltungsinteresse*) et de celui à la restauration en nature (*Wiederherstellungsinteresse*).

Dans ces cas, qualifiés par lui de très particuliers, le Tribunal fédéral est en réalité, retourné aux sources de la réparation, c'est-à-dire du rétablissement de l'état antérieur à l'atteinte. On se souvient en effet que l'indemnité en espèces n'est que le substitut de la réparation en nature⁷. Il a retenu la **différence au sens précis de ce qui a été modifié par l'atteinte**, soit l'état

⁴ Cf. JÄGGI Peter, « Schadenersatz für nicht entschädigte Tätigkeiten. Gutachten zur Frage der Entschädigung eines invaliden Ordensbruders », REAS 3/2004, p. 245 ss et WERRO Franz, « Du dommage ménager au dommage monacal ou de la relativisation du dommage normatif. Notes de lecture à partir de l'avis de droit du professeur Peter Jäggi », REAS 3/2004, p. 247 ss, en particulier p. 249 s.

⁵ La théorie du *stellvertretendes Commodum* dans le cadre des art. 119 al. 1 et 2 et 185 CO ne suppose rien d'autre. Bien que libéré par le biais de l'art. 119 al. 1 CO, le vendeur n'en a pas moins une prétention contre le tiers par hypothèse responsable de la destruction de la chose vendue.

⁶ ATF 127 III 73, JdT 2001 I 497; ATF 129 III 331, JdT 2003 I 629.

⁷ DUPONT (note 3), p. 479 ss.

de l'arbre, et reconnu comme **dommage le coût du remède** aux conséquences de cette atteinte. On ne voit pas pourquoi cette jurisprudence ne devrait pas être transposée aux blessures d'un animal de compagnie à la suite d'une acte illicite ou de la réalisation d'un chef de responsabilité causale, pour le coût des soins donnés par la vétérinaire afin de guérir l'animal. Même si, comme pour les deux arbres dont on vient de parler, le chien est un bâtard recueilli à la SPA et que le patrimoine d'ensemble, au sens classique, n'est pas affecté non plus⁸.

2. Le caractère involontaire de la diminution

La condition du caractère involontaire de la diminution du patrimoine doit être à son tour définie avec une précision particulière: il est évident que la victime de lésions corporelles engage **volontairement** les dépenses que supposent les soins médicaux nécessaires à son rétablissement; seule **la cause** de ces dépenses doit être involontaire, à savoir, dans notre exemple, la survenance des lésions corporelles. Est en conséquence un dommage, au sens où il faut le comprendre, soit la perte de valeur d'un bien qui a une valeur patrimoniale, soit, en cas d'atteinte à un intérêt protégé par le droit, le coût du rétablissement de l'état antérieur à l'atteinte. Cela est particulièrement évident pour toutes les atteintes à la personnalité physique ou idéale comme cela devrait l'être pour la détérioration d'un bien, même sans valeur patrimoniale, dont le titulaire, par exemple propriétaire, a de bonnes raisons de vouloir restaurer l'état antérieur à l'atteinte. On pense aux soins donnés à l'animal de compagnie, en soi dépourvu de valeur économique, blessé par l'acte d'un tiers qui a porté atteinte à la propriété du lésé par son comportement illicite. L'histoire moderne de la notion de dommage démontre que l'idée première est celle de la réparation et en particulier de la réparation en nature et, à défaut, en argent⁹.

Cette réflexion revêt une importance particulière pour les situations dans lesquelles une dépense volontaire a eu lieu **avant** l'intervention du fait générateur de responsabilité tandis que sa justification est abolie par l'intervention postérieure du fait générateur de responsabilité¹⁰. Il a été jugé à de nombreuses reprises que, au moins en règle générale, une dépense antérieure à l'intervention du fait générateur de responsabilité, du fait de son

⁸ Cf. PIOTET Denis, « Commentaire de l'arrêt du 20 février 2004 de la Première Cour civile du Tribunal fédéral (4C.317/2002) », PJA 10/2004, p. 1262 ss, p. 1265; WERRO / CHAPPUIS (note 2), p. 271 et notes 125 et 126.

⁹ Lire par exemple le § 251 BGB. Cf. DUPONT (note 3), p. 479 ss; cf. également supra.

¹⁰ Cf. également PIOTET (note 8), p. 1266.

caractère volontaire, ne pouvait pas être considérée comme un dommage¹¹. On peut en effet soutenir que deux éléments de la définition classique font défaut: la causalité, puisque la dépense est antérieure au fait générateur de la responsabilité, et son caractère involontaire. Cette conception est trop étroite sous les deux angles et n'est pas cohérente avec l'admission (justifiée) comme poste du dommage des dépenses volontaires du lésé pour remédier à la situation créée par le fait générateur de la responsabilité.

Pour ce qui touche la causalité, il faut et il suffit que du fait générateur de la responsabilité résulte un **désavantage de fait en soi involontaire** qui peut entraîner des dépenses volontaires ultérieures pour restaurer l'état de fait initial. Si des dépenses sont antérieures aux faits générateurs de la responsabilité, c'est le fait que ces dépenses volontaires sont devenues sans utilité qui crée le désavantage de fait pertinent. Qu'elles aient été antérieures n'empêche pas que leur inutilité est un *résultat* du fait générateur de la responsabilité (la causalité est donnée) et que leur caractère volontaire soit dépourvu de toute pertinence tout comme l'est le caractère volontaire des dépenses entraînées par le rétablissement de l'état initial **après** la survenance du fait générateur de responsabilité.

La réparation de l'intérêt négatif en matière contractuelle a tracé la voie à suivre tout généralement pour les dépenses faites en vain dont il ne reste en outre pas de trace concrète dans le patrimoine au moment du fait générateur de la responsabilité. Dans l'affaire *Grossen*¹² le Tribunal fédéral l'a suivie sans hésitation quand il écrit en évoquant le dommage résultant pour Grossen des dépenses et des diminutions de gain qu'il a consenties en vue de sa participation à un championnat duquel il a finalement été exclu: « a) s'agissant des autres conditions de la responsabilité, le lien de causalité naturelle est établi puisque la cour cantonale a constaté, d'une part, que Grossen n'aurait pas assumé les dépenses dont il réclame le remboursement s'il avait été conscient des risques qu'il prenait et, d'autre part, que la consultation de l'avocat bernois est intervenue en raison du revirement du comité central. Le dommage se trouve également dans un lien de causalité adéquate avec l'acte reproché à la défenderesse. En effet, il est conforme au cours ordinaire des choses et à l'expérience générale de la vie qu'un lutteur amateur sélectionné prenne des congés non payés pour participer aux tournois et stages obligatoires en vue des Championnats du monde, puis cherche à connaître ses droits auprès d'un avocat de sa région de domicile lorsqu'il apprend que sa qualification est remise en cause. »

¹¹ Voir ci-dessous (C.c) les lignes consacrées au dommage dit de frustration.

¹² ATF 121 (1995) 350, 357.

3. Conclusion intermédiaire

Après ce survol, je me rallie à celles et à ceux qui proposent qu'on s'incline devant l'évidence que la théorie classique de la différence entre deux patrimoines ne se trouve pas appliquée, heureusement d'ailleurs, dans nombre de cas. Il faut, pour que la différence reste un critère satisfaisant, considérer les situations qui gouvernent les patrimoines de référence dans leurs développements respectifs: elles se différencient parce que l'avenir hypothétique a été modifié par le fait générateur de responsabilité. La comparaison de ces deux avenir fait ressortir **des différences de fait**. Une fois seulement qu'elles sont identifiées, il importe de déterminer le coût du rétablissement de l'état de fait hypothétique s'il se justifie ou de déterminer leur valeur économique si elles en ont une¹³.

Je tenterai de montrer ci-dessous (C) que cette conception de la différence est de nature à résoudre bien des problèmes controversés abordés sous l'étendard du dommage dit *normatif* dont la pertinence est proportionnelle aux insuffisances de la théorie traditionnelle qu'il tente de corriger¹⁴.

B. Le tort moral

Il est usuel de définir le tort moral par la souffrance physique, psychique et/ou affective éprouvée par la victime ou, plus mollement, par la diminution de son bien-être. Négativement, il se caractérise par l'absence de composante économique, même si la distinction en soi fondée théoriquement n'est pas toujours convaincante en pratique. Son évolution depuis les années 1980 est importante: la loi a changé et la jurisprudence s'est enrichie.

Depuis juillet 1985, soit depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de la personnalité dans le Code civil, le tort moral est traité comme le dommage en ce sens que l'art. 49 CO, dans sa nouvelle version, abandonne la condition de la gravité de la faute du responsable: il est désormais régi dans tous les domaines de la responsabilité par les règles qui régissent la réparation du dommage¹⁵. Le côté punitif que l'on avait pu lui

¹³ PETITPIERRE Gilles, « Les fondements de la responsabilité civile », RDS 1997 I, p. 273 ss, 288 et 291.

¹⁴ WERRO / CHAPPUIS (note 2), p. 267, note 105; ROBERTO (note 1), p. 38 ss et 103 ss; WIDMER Pierre / WESSNER Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, s.l. 2000, p. 76.

¹⁵ En particulier, l'indemnité allouée à titre de réparation du tort moral peut également être réduite en cas de faute concomitante de la victime (cf. ATF 123 III 306 consid. 9).

reconnaître ici ou là à cause de l'exigence de la gravité de la faute perd ainsi son importance¹⁶.

La jurisprudence a aussi innové depuis 1982. L'ATF 108 II 422¹⁷ représente le tournant le plus important. Il était question, dans cet arrêt, d'une jeune fille devenue tétraplégique et définitivement inconsciente à la suite d'une faute grave d'un anesthésiste. A la lettre du Code, l'art. 47 CO donne droit à une indemnité pour tort moral, en cas de survie, à la **victime (directe) seulement**. Or si cette victime est privée de conscience, elle ne peut éprouver de satisfaction morale et n'a donc théoriquement pas droit à l'indemnité. Et comme elle n'est pas morte, ses proches n'ont pas non plus droit à une indemnité, quelle que soit la souffrance qui résulte pour eux de l'état de la victime.

Dans cette espèce tragique, la demande de la victime en réparation de son tort moral a cependant été admise par le Tribunal fédéral. Trois de ses considérations méritent une attention particulière:

1. **L'inconscience** de la victime n'est pas un obstacle à la réparation du tort moral: les éléments **objectifs** de gravité suffisent à fonder la réparation même en l'absence d'un élément subjectif exclu par l'inconscience de la victime; en effet, c'est l'extrême gravité de l'atteinte qui a conduit à l'inconscience. Le législateur ne peut pas avoir voulu priver de réparation la victime d'une atteinte si grave qu'elle est dépourvue de conscience alors qu'elle en recevrait une si la lésion était moindre. L'élément **subjectif** n'est pertinent que pour l'établissement du montant de l'indemnité, non pas pour son principe.
2. Dans l'optique subjective, le degré de la conscience est un facteur pertinent. Mais il faut aussi tenir compte, en l'espèce, de la souffrance des parents de la victime. En effet, je cite le Tribunal fédéral, "l'invalidité de leur enfant les frappe plus durement que sa mort même". La somme allouée à la jeune fille est de 100'000 francs.
3. Une action propre des parents fut réservée. Cette réserve préparait une série d'arrêts fondamentaux. Le 22 avril 1986, le Tribunal fédéral a alloué, au cours d'une même audience, au mari d'une femme devenue gravement invalide et psychiquement diminuée à la suite d'un accident de la circulation ainsi qu'à l'épouse d'un homme jeune devenu impuissant dans les mêmes circonstances une indemnité pour tort moral au sens de l'art. 49 CO pour l'atteinte ainsi portée directement à la

¹⁶ BK-BREHM, art. 49 CO N 18.

¹⁷ JdT 1983 I 104.

propre personnalité de chacun des deux conjoints des victimes de l'accident¹⁸. Parallèlement à cela, il a jugé que le père de deux enfants tués sous ses yeux par la chute d'un Hunter de l'armée suisse et tombé malade de ce fait devait obtenir des dommages et intérêts au sens de l'art. 46 CO comme victime directe de lésions corporelles¹⁹.

Cette jurisprudence est aujourd'hui établie²⁰.

C. Une troisième catégorie?

Après cette mise en place sommaire se pose la question: faut-il créer une « troisième catégorie »? En effet, une série de situations semblent ne correspondre ni aux conditions classiques du dommage, ni à celles du tort moral (en particulier par l'absence de la gravité de l'atteinte). Elles sont assez fréquentes pour justifier cependant une réflexion au niveau des principes.

On pense notamment:

- aux inconvénients accessoires d'un accident²¹: énervements, retards, fatigues, temps perdu, etc.;
- aux dépenses faites en vain (dommage dit de frustration);
- à la perte de la jouissance d'un bien (dommage dit de commercialisation);
- aux vacances gâchées;
- aux atteintes portées à l'environnement.

La théorie stricte de la différence entre deux patrimoines exclut l'existence d'un dommage réparable dans ces situations. Un tort moral reste envisageable, mais la gravité de l'atteinte fera le plus souvent défaut²².

Les compléments apportés aux art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis} CO ne fournissent pas de solutions. Le premier n'innove pas et le second n'est pas d'une clarté limpide. L'alinéa 3 de l'article 42 a toutefois le mérite de conforter la reconnaissance par le Tribunal fédéral de l'intérêt à l'intégrité (*Erhaltungsinteresse*) et de celui à la réparation en nature (*Wiederherstellungsinteresse*)

¹⁸ ATF 112 II 220, JdT 1986 I 452; ATF 112 II 226, JdT 1987 I 450.

¹⁹ ATF 112 II 118.

²⁰ Voir encore, par exemple, l'ATF 117 II 50.

²¹ Cf. WERRO Franz, « Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat », *Gauchs Welt. Festschrift für Peter Gauch*, Zurich 2004, p. 695 ss, p. 698.

²² Cf. ATF 115 II 474 consid. 3, JdT 1990 I 216, 222 ss.

comme critères pertinents pour l'**admission** de l'existence d'un dommage en premier lieu, et pour la fixation de son montant dans un deuxième temps²³.

C'est un encouragement à soumettre les situations discutées et discutables évoquées à l'instant aux critères que voici²⁴:

- qu'est-ce que la victime a de moins en fait, sans référence à des valeurs?
- cela déterminé, quelle est la valeur du rétablissement en fait de l'état antérieur et/ou à défaut, de la perte éprouvée?

Les résultats de cette méthode ne sont pas insatisfaisants:

- a. les inconvénients « accessoires » d'une atteinte (perte de temps, complications, démarches diverses, etc.) pourraient sans trop de peine être pris en compte en vertu de l'art. 42 al. 2, en fonction des circonstances²⁵;
- b. la jouissance perdue d'un bien peut également entrer dans le dommage, en tout cas si la perte est définitive ou si la jouissance représente une valeur économique **actuelle** pour la victime;
- c. les dépenses devenues inutiles (dommages dits de frustration) ont deux caractéristiques problématiques: elles sont **antérieures** aux faits générateurs de responsabilité et **volontaires**: la **causalité** peut ainsi être contestée. Elles n'en constituent pas moins, du fait de la perte de leur justification, un inconvénient de fait pour la victime, inconvénient dont l'estimation en termes patrimoniaux est possible. L'antériorité et le caractère volontaire de la dépense n'empêchent pas que l'avenir de la victime a été modifié en ce qu'elle est devenue sans objet à **cause** du fait générateur de responsabilité²⁶. Dans cette mesure, elle correspond effectivement à un dommage réparable²⁷. L'analogie avec la réparation de l'intérêt négatif de la victime d'une *culpa in contrahendo* va dans le

²³ Ce n'est pas le lieu de développer longuement ici l'idée que le nouvel alinéa 3 de l'article 42 CO n'innove pas vraiment, sinon en ce qu'il donne au juge un pouvoir d'appréciation et qu'il tempère une tendance de la pratique à tenir compte de la valeur de l'objet détérioré pour juger du bien fondé de l'allocation au lésé du coût de sa réparation (WERRO / CHAPPUIS (note 2), p. 271 et notes 125 et 126). Voir à ce sujet la contribution de Christine CHAPPUIS dans ce même ouvrage.

²⁴ Cf. supra (I.A.2).

²⁵ Voir la contribution de François CHAIX dans ce même ouvrage.

²⁶ Cf. ATF 121 III 350, en particulier consid. 7.

²⁷ *Contra*: HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3^{ème} éd., Zurich 2000, p. 78 et, plus nuancé, p. 87 ss.

même sens, de même que la réparation prévue par art. 109 al. 2 CO en cas de résolution du contrat.

- d. Le billet d'entrée au concert devenu inutilisable peut entrer aussi bien dans le dommage dit de frustration que dans celui résultant de la perte effective d'une valeur, peu importe qu'il n'incorpore pas la créance de son titulaire sur une place lors de l'exécution du concert. Il montre de façon claire, selon les deux constructions, que le désavantage à l'origine du dommage s'est manifesté après et à cause du fait générateur de la responsabilité²⁸.
- e. Les vacances gâchées posent un problème analogue: mon avenir est modifié par le fait générateur de la responsabilité en ce que je n'obtiendrai pas ce que j'attendais légitimement. Dans cette mesure, une compensation m'est due dont le montant s'appréciera à partir du coût de l'investissement consenti. Il faut réserver l'influence du droit européen sur ce cas particulier qui est traité comme la source d'un tort moral²⁹.
- f. Pour les dommages à l'environnement, je renvoie à la thèse précitée de Madame Anne-Sylvie DUPONT qui propose une solution nouvelle à partir des principes fondamentaux de la responsabilité civile³⁰ et à la réflexion de Denis PIOTET³¹ à propos d'un gypaète barbu abattu récemment. Leur réflexion est gouvernée par le souci du rétablissement de l'état antérieur comme le centre du calcul du dommage.

II. Une nouvelle frontière

A. Deux sortes de tort moral

Le droit suisse, actuellement, n'envisage pas de troisième catégorie entre le dommage et le tort moral. Faut-il envisager d'approfondir en vue de l'étendre la notion de dommage et de laisser au tort moral sa fonction de correction des souffrances et pas seulement des diminutions du bien-être ou au contraire admettre que le tort moral peut se décomposer en « grand » et « petit » tort moral comme le préconise WERRO³², en raison notamment du

²⁸ Il est indifférent, par ailleurs, que le billet ait été acquis à titre onéreux ou non.

²⁹ Cf. WERRO (note 21), p. 699 ss.

³⁰ DUPONT Anne-Sylvie, *Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, thèse Genève, Genève / Zurich / Bâle 2005.

³¹ PIOTET (note 8), p. 1262 ss.

³² WERRO (note 21), p. 698.

modèle donné par la solution européenne. La première solution me paraît préférable dans la mesure où le droit européen ne nous obligerait pas à y renoncer.

B. Une définition rafraîchie du dommage?

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral renforce ce point de vue: elle fait apparaître que les insuffisances de la stricte théorie de la différence présentent trop d'inconvénients et de lacunes pour qu'elle continue à gouverner notre droit de la responsabilité.

Pour ce qui touche à la réglementation spéciale du contrat de voyage à forfait, elle montre la voie dans les situations où les inconvénients imposés à la victime restent d'importance limitée, tandis que leur multiplication ne permet plus qu'on les renvoie à la maxime *de minimis non curat praetor*. Le droit de la consommation est, dans cette optique, une source féconde d'inspiration.

Conclusion

La redéfinition de la théorie de la différence dans le sens de la **différence de fait** et dans l'optique de la restauration de l'état antérieur, l'appréciation du dommage comme **second** et non comme premier terme de la comparaison de même que la latitude donnée au juge par l'alinéa 2 de l'art. 42 CO sont suffisantes pour que nous ne nous décidions pas à introduire « le petit tort moral » à moins que la discipline européenne ne nous oblige à l'introduire « librement »...

La notion de préjudice: Perspectives européennes

La naissance et la vie non souhaitées

BENEDICT WINIGER¹

Table des matières

I.	Introduction	75
II.	La naissance et la vie non souhaitées	76
	A. Allemagne	76
	B. France	80
	C. Belgique et Pays-Bas	83
III.	Naissance non souhaitée	84
	A. Royaume-Uni	84
	B. Autriche	86
	C. Suisse	87
IV.	Conclusions	90

I. Introduction

Les parents d'un enfant handicapé peuvent-ils demander à leur médecin des frais d'éducation ou une réparation du tort moral s'il a commis une faute de diagnostique prénatal? Plus difficile encore: Est-il préférable de vivre avec un handicap ou de ne pas vivre du tout? Ce sont deux questions qui ont agité la jurisprudence et la doctrine des dernières décennies du 20^e siècle et qui continuent à occuper nos tribunaux. La terminologie qui désigne ces deux problèmes est restée anglaise: on parle de *wrongful birth* et *wrongful life*, que l'on pourrait traduire par les expressions *naissance non souhaitée* et *vie non souhaitée*. Cette problématique est sans doute un des 'points chauds' du problème plus général de savoir ce que nous considérons comme un préjudice.

¹ Professeur à l'Université de Genève. Je tiens à remercier M. Patrick Fleury, mon assistant, pour l'aide qu'il m'a apportée dans la rédaction de la présente contribution.

La *naissance non souhaitée* désigne les prétentions que des *parents* font valoir suite à la naissance d'un enfant, alors qu'ils avaient pris des dispositions médicales soit pour empêcher la conception de l'enfant soit pour mettre un terme à la grossesse. Par exemple, un père qui s'était fait stériliser et qui a néanmoins conçu un enfant, peut-il faire valoir des prétentions à l'égard du médecin traitant?

La *vie non souhaitée*, en revanche, concerne cette même problématique du point de vue de l'enfant. Par exemple, un enfant qui naît handicapé, peut-il faire valoir des prétentions à l'égard du médecin qui avait été chargé de procéder à des testes prénataux pour détecter la maladie génétique dont l'enfant est atteint?

Le débat autour de ces questions à la fois complexes et difficiles a pris de l'ampleur surtout avec l'introduction de moyens toujours plus sophistiqués de contraception et de diagnostique. Il a atteint son paroxysme avec la très médiatique affaire *Perruche*. Depuis, le grand public en parle un peu moins, mais la jurisprudence et la doctrine évoluent constamment. Un bref tour d'horizon, qui ne permet évidemment pas d'aborder le problème dans son ensemble, vise d'abord à constater quel est l'état de la discussion dans quelques pays européens et, ensuite, à voir quelles sont les notions de préjudice qui se cristallisent.

II. La naissance et la vie non souhaitées

A. Allemagne

Pour des raisons chronologiques, je voudrais d'abord discuter quelques cas qui abordent à la fois la *naissance non souhaitée* et la *vie non souhaitée*. En Allemagne, un arrêt de référence en la matière date de 1983². Il s'agissait d'une femme enceinte qui avait consulté un médecin pour vérifier si des boutons sur sa peau n'indiquaient pas une rubéole. Le médecin n'ayant pas détecté la maladie, l'enfant né de cette grossesse était très lourdement handicapé. Les parents et l'enfant demandaient au médecin « de réparer tout le

² BGHZ 86, 241-255 (1983); voir Annexe 6.

préjudice passé et futur causé par la rubéole contractée par la mère au cours de la grossesse »³.

En premier lieu, la Cour suprême constata que l'objet du contrat entre les parties était sans doute de détecter une éventuelle rubéole chez la mère et que ce mandat avait été fautivement mal exécuté par le médecin. Dans ce sens, la détection de la rubéole chez la mère faisait clairement partie du domaine de protection du contrat (*Schutzbereich des Vertrages*) conclu entre les parties. Par conséquent, dit la Cour, le médecin a causé par sa faute le préjudice des demandeurs⁴.

La Cour aborda en premier les prétentions des parents, c'est-à-dire la question de la naissance non souhaitée. Elle considéra que la mère avait subi un dommage patrimonial sous forme de frais et de travail supplémentaires occasionnés par le handicap de l'enfant. Cependant, elle souligna que le médecin ne devait pas *tous* les frais et travaux d'éducation, mais seulement le *supplément* résultant du handicap. Elle déduisit ainsi les frais que les parents auraient eu à supporter si l'enfant n'avait pas été handicapé. Ajoutons ici qu'il s'agissait à l'origine d'une grossesse volontaire qui aurait de toute façon conduit à des dépenses pour l'éducation de l'enfant.

La Cour tint également compte du fait que le handicap de l'enfant avait nécessité une césarienne dont les complications supplémentaires par rapport à une naissance normale justifiaient une réparation morale pour la mère (*Schmerzensgeld*)⁵. En revanche, et c'est important, les juges considérèrent que la charge morale (*seelische Belastung*) qu'un enfant lourdement handicapé pouvait représenter pour la mère n'était pas réparable en droit allemand, de même que la violation du droit à la planification familiale.

S'agissant du père, il avait, comme la mère, le droit à la réparation du dommage financier et matériel engendré par le handicap de l'enfant; en revanche, il était exclu de toute prétention qui ne résulterait pas d'un préjudice matériel.

Le problème de la vie non désirée (*wrongful life*) donnait également lieu à une discussion très approfondie. La Cour souligna immédiatement que le médecin n'avait évidemment pas causé le handicap. Par contre, il n'avait pas empêché la naissance d'un enfant victime d'un handicap très

³ « ...allen Schaden zu ersetzen hat, der ihnen durch die Röteln-Erkrankung der Zweitklägerin [la mère] während der Schwangerschaft entstanden ist und noch entstehen wird », BGHZ 86, 241, (1983).

⁴ BGHZ 86, 244 (1983).

⁵ BGHZ 86, 248 (1983).

grave. La Cour statua que l'enfant n'avait pas de droit à faire valoir⁶. Elle constata également qu'un devoir du médecin d'empêcher la naissance d'un tel enfant serait étranger à l'esprit de la législation allemande, notamment en raison du fait que la vie du *nasciturus* est un bien juridique de premier rang et absolument digne de protection⁷.

La Cour souligna notamment que, au fond, la question si la vie handicapée valait plus ou moins que pas de vie du tout ne pouvait en aucun cas être soumise à un jugement de portée générale⁸. Elle considéra également que le cas sous examen atteignait et même dépassait les limites d'une prétention à la réparation d'un préjudice. Chacun est obligé, dit-elle, d'accepter la vie telle qu'elle lui est donnée et n'a aucun droit ni à la contraception, ni à sa propre destruction⁹. Dans ce sens, ce type de cause qui touche aux aléas inévitables de la vie et aux règles de jeu inhérentes à la nature se situe en dehors du champ juridique¹⁰. De manière presque prémonitoire par rapport à l'affaire *Perruche*, l'arrêt finit avec le constat qu'il appartient à la communauté de prendre en charge la réparation de ce type de préjudice.

Ces droits des parents par rapport à la naissance non désirée ont été confirmés notamment dans un arrêt plus récent, datant du 18 juin 2002¹¹. Le *Bundesgerichtshof* s'y penchait sur la demande des parents d'un enfant gravement handicapé qui réclamaient à la gynécologue des dommages-intérêts parce qu'elle n'avait pas vu, malgré les examens répétés à l'ultrason, les malformations graves du *nasciturus*. Ils demandaient également une indemnité pour traumatisme psychologique.

La Cour suprême allemande considéra d'abord que la détection des malformations en question faisait partie du domaine de protection du contrat conclu entre les parties¹². En effet, la détection de ces malformations par le médecin était un des objets du contrat qui liait les parties. Etant donné que la mère aurait interrompu la grossesse si elle avait eu connaissance de l'évolution malheureuse de l'enfant à naître et qu'un tel avortement aurait été légal, et étant donné que la mère souffrait de troubles psychiques graves, une réparation morale de DEM 20'000.- fut considérée comme adéquate.

⁶ BGHZ 86, 250 (1983).

⁷ BGHZ 86, 252 (1983).

⁸ BGHZ 86, 253 (1983).

⁹ BGHZ 86, 254 (1983).

¹⁰ BGHZ 86, 255 (1983).

¹¹ BGHZ 151, 133 (2002).

¹² Par ailleurs, le père de l'enfant était inclus dans ce 'Schutzbereich'.

En ce qui concerne les dommages-intérêts pour l'éducation de l'enfant, la Cour suprême appliqua la règle suivante: La violation des devoirs découlant d'un contrat de traitement médical et comprenant également les diagnostics prénataux durant la grossesse peut fonder des prétentions à l'encontre du médecin de payer dans leur intégralité les frais d'entretien de l'enfant né handicapé¹³.

Le rapport de causalité entre l'attitude du médecin et le préjudice était ici clairement admis. En l'occurrence, la Cour affirma l'existence d'un rapport causal entre, d'une part, le diagnostic fautif du médecin et, d'autre part, les frais d'entretien pour l'enfant (*Unterhaltsschaden*)¹⁴.

Notons brièvement que, pour l'évaluation du dommage, la Cour suivit un raisonnement particulièrement nuancé. Le point de départ fut à nouveau le domaine de protection du contrat. Pour déterminer si les frais d'entretien pour l'enfant sont dus ou non, il faut analyser les raisons qui motivent la décision d'interrompre la grossesse. Si elles résident dans les indications médicales concernant l'état de santé de la mère durant la grossesse, les frais d'entretien pour l'enfant ne sont pas dus. Il en est ainsi si, par exemple, on craignait pour la santé de la mère pendant la grossesse ou pendant l'accouchement. En revanche, si la décision d'interrompre la grossesse est motivée par les circonstances survenant *après* l'accouchement, par exemple l'incapacité psychologique de la mère d'éduquer l'enfant ou l'état de santé de l'enfant après la naissance, alors les frais d'entretien sont dus par le médecin¹⁵.

En d'autres termes, le domaine de protection du contrat est la clé de voûte des prétentions que les parents peuvent faire valoir en cas de naissance non désirée d'un enfant. Si le traitement médical avait comme but d'empêcher le préjudice qui s'est produit, le médecin est responsable. En revanche, si le contrat de traitement entre les parties avait un autre but, le médecin ne répondra pas.

Tel fut par exemple le cas d'une femme qui avait consulté un médecin pour un problème orthopédique et qui se plaignait, par ailleurs, de maux de ventre et de nausées. Le gynécologue qui avait alors été consulté et qui

¹³ « Die Verletzung der Pflichten aus einem ärztlichen Behandlungsvertrag, der in dieser Weise auch auf die pränatale Untersuchung in der Schwangerschaftsbetreuung zwecks Vermeidung der Geburt eines schwer vorgeschädigten Kindes gerichtet war, kann Grundlage für den Anspruch gegen den Arzt auf Erstattung des (gesamten) Unterhaltsbedarfs des Kindes sein, das mit schweren Behinderungen zur Welt kommt », BGHZ 151, 133 (2002), II, 1.6.

¹⁴ BGHZ 151, 133 (2002), II, 4.13.

¹⁵ BGHZ 151, 133 (2002), II, 5.16.

n'avait pas décelé la grossesse de la patiente ne répondit pas de ce manquement, parce que le contrat de traitement n'avait pas comme centre de gravité la détection d'une grossesse. Le médecin aurait été astreint à payer les frais d'éducation de l'enfant seulement si le contrat de traitement avait eu comme objet d'éviter que de tels frais ne se produisent¹⁶.

En d'autres termes, la jurisprudence allemande connaissait déjà à partir de 1983 le droit à la réparation du préjudice en cas de *naissance non souhaitée* (*wrongful birth*). Les parents ont droit à la réparation du préjudice financier et matériel et la mère à une réparation morale si elle a enduré des douleurs exceptionnelles (p.ex. césarienne). En revanche, n'est pas réparable la peine morale subie du fait que l'enfant est handicapé.

Quant à la vie non souhaitée (*wrongful life*), ce type de préjudice se situe en dehors des compétences juridiques. Par conséquent, l'enfant n'a pas de droit à la réparation¹⁷.

B. France

L'affaire *Perruche*¹⁸ est très proche de l'arrêt allemand de 1983. Rappelons d'abord brièvement les faits: Suite à des fautes contractuelles d'un laboratoire médical et du médecin traitant, la présence d'anticorps de rubéole chez Mme X, qui était enceinte, n'a pas été évaluée correctement. L'enfant qu'elle mit au monde portait de graves séquelles consécutives à une atteinte *in utero* par la rubéole. Il faut noter que, au moment des testes de dépistage, Mme X était décidée de procéder à un avortement au cas où ceux-ci révélaient une atteinte de l'enfant par la rubéole.

En dernière instance, l'Avocat général Sainte-Rose¹⁹ fit valoir, entre autres, une absence de lien causal entre, d'une part, les tests du laboratoire et l'attitude du médecin et, d'autre part, l'atteinte de l'enfant, en considérant que l'atteinte avait été causée par la rubéole et non pas par le laboratoire ou le médecin. Il s'insurgea notamment contre l'affirmation selon laquelle « les fautes sont causales dès que, sans elles, le dommage pouvait être évité »²⁰. A son avis, cette argumentation aurait signifié qu'« il eut

¹⁶ BGHZ 143, 389 ss (2000).

¹⁷ Dieter MEDICUS, *Schuldrecht I*, 15^e éd., Munich, 2004, N°666 ss, p. 328.

¹⁸ Voir Annexe 7.

¹⁹ Conclusions de Monsieur l'Avocat général Sainte-Rose in, 99-13.701; arrêt n° 457 du 17 novembre 2000, Cour de Cassation; Assemblée plénière; Cassation, pp. 14 ss.

²⁰ Idem, p. 14.

mieux valu que l'enfant ne vint pas au monde ». Par ailleurs, il craignait que cette argumentation n'aboutisse à une extension exorbitante de la notion de causalité²¹.

La négation du lien de causalité est un argument qui revient très souvent dans les cas de naissance ou de vie non souhaitées. Dans l'arrêt *Perruche*, la Cour de Cassation a, comme d'autres juridictions européennes – et notamment celle d'Allemagne –, considéré qu'il existait bien un lien de causalité, mais sans l'expliquer en détail. En effet, ce lien n'est pas difficile à établir, car il s'agit d'un cas classique d'omission, où l'on pose la question suivante: Si le défendeur avait agi selon la diligence requise, le préjudice se serait-il produit? Si la réponse à la question est négative, on considère qu'il existe un lien causal. Appliquée à l'arrêt *Perruche*, la question serait: Si le laboratoire et le médecin avaient agi conformément à leurs devoirs, le handicap se serait-il produit? La réponse est évidemment non. Par conséquent, il y a un lien de causalité entre leur comportement et le handicap. Nier ce lien de causalité parce que c'est la rubéole et non pas le laboratoire ou le médecin qui avait causé la maladie, revient à méconnaître la *nature* du lien causal par omission, qui, par définition, ne peut pas causer directement un dommage (*ex nihilo nihil fit*), mais seulement par le truchement d'un devoir que l'auteur a enfreint par son abstention. Par conséquent, dans l'arrêt *Perruche* les juges ont sans doute correctement évalué la question de la causalité.

En réalité, la crainte de l'Avocat général Sainte-Rose, selon laquelle admettre un lien causal reviendrait à ce qu'il vaille mieux ne pas naître que de naître handicapé, renvoie à une question extrêmement difficile sur la valeur d'une vie handicapée, question qui relève surtout de l'éthique, mais qui n'a rien à voir avec la causalité.

En ce qui concerne le préjudice, il fallait distinguer entre les prétentions des parents et celles de l'enfant. Par rapport à la mère, la Cour considéra qu'elle avait été privée de la possibilité de choisir si elle voulait garder l'enfant ou interrompre la grossesse. Toutefois, la Cour ne se prononça pas, ici, sur la question de savoir si cela constituait un préjudice. Il faut ajouter que cette question avait été abordée par les instances précédentes pour constater que Mme X avait subi un préjudice et pour ordonner une expertise afin de le déterminer plus précisément²². Notons également, à défaut d'indications de la part de la Cour, que les parents avaient fait valoir pour

²¹ Ibidem.

²² Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 1993; Cour de Cassation, 1^{re} CIV., 26 mars 1996, 2^{ème} espèce, in Recueil Dalloz 1997, 3^e cahier, Jurisprudence, pp. 35 s., 36.

eux-mêmes, à titre de préjudice matériel, des « lourdes charges matérielles et financières », dues au handicap de leur enfant, ainsi qu'un préjudice moral²³.

À l'égard de l'enfant, la Cour dit clairement que son handicap était source d'un préjudice soumis à réparation, sans cependant préciser en quoi ce préjudice consistait. Notons encore que les parents avaient fait valoir que leur enfant avait subi « un préjudice corporel »²⁴.

Cette décision de la Cour a soulevé une vague de discussions. Ceux qui désapprouvaient l'issue de l'affaire faisaient surtout valoir que, pour l'enfant, on ne pouvait pas parler d'un préjudice, parce que le seul moyen d'éviter celui-ci aurait été que l'enfant ne naisse pas. Leurs adversaires argumentaient que le handicap de l'enfant résultait exactement de la même faute que le préjudice subi par les parents et que, dès lors, il fallait en tirer les mêmes conséquences pour l'enfant et les parents, à savoir la réparation du préjudice²⁵.

En réaction à cette décision, le pouvoir législatif est intervenu pour fixer dans la loi le principe que « nul ne peut se prévaloir du seul fait de sa naissance »²⁶. Cet article stipule également que le médecin doit réparer le préjudice, si le handicap de l'enfant a été causé par une faute médicale. En revanche, si le médecin n'a pas décelé un handicap du *nasciturus* pendant la grossesse, il répond à l'égard des parents seulement en cas de *faute caractérisée*. L'enfant, en revanche, ne peut pas demander réparation. Par ailleurs, l'enfant handicapé a droit à la solidarité de la communauté nationale.

Cette nouvelle disposition vise évidemment à éviter un problème éthique difficile, à savoir de décider si la vie d'une personne handicapée est préférable ou pas à une grossesse interrompue, celle-ci ayant pour effet, bien sûr, d'empêcher la naissance de l'enfant. Personnellement, je pense que cette question, qui a été discutée largement, n'est pas la bonne manière d'aborder le problème, simplement parce qu'il est impossible de comparer ces deux états. J'y reviendrais dans les conclusions.

²³ Moyens produits par Me Choucroy, avocat aux Conseils pour les époux X, in, 99-13.701; arrêt n° 457 du 17 novembre 2000, Cour de Cassation; Assemblée plénière; Cassation, pp. 2 ss, 4.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Voir notamment le rapport de M. Pierre Sargos, Conseiller à la Cour de Cassation, pour la Cour de Cassation, Assemblée plénière, arrêt du 17 novembre 2000 (pourvoi n° 9913701) n° 44 ss, 46.

²⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art. 1 (voir Annexe 8).

Les conséquences principales de cette nouvelle disposition légale, nous l'avons vu, sont que (i) l'enfant n'a pas le droit à un dédommagement ou, autrement dit, le droit à une réparation pour une *vie non souhaitée* disparaît; (ii) les parents peuvent faire valoir un préjudice à l'égard du médecin seulement si ce dernier a commis une *faute caractérisée*; (iii) en dehors de la faute caractérisée du médecin, c'est la solidarité nationale qui prend en charge la compensation du handicap.

La littérature souligne que la nouvelle loi a comme effet de réduire les droits des parents à la réparation. Rappelons qu'auparavant le médecin ne répondait pas uniquement de la faute caractérisée, mais de toute faute. En même temps, la nouvelle loi efface les prétentions de l'enfant. Dans ce sens, on peut dire que la position des parents et de l'enfant à l'égard du médecin a été clairement affaiblie²⁷.

C. Belgique et Pays-Bas

Depuis l'affaire *Perruche*, aussi bien la Belgique que les Pays-Bas ont admis que la vie non souhaitée pouvait constituer un préjudice pour l'enfant. Si la problématique abordée dans l'arrêt *Perruche* dépasse de loin les frontières de la France, la Belgique est particulièrement concernée par cette jurisprudence du fait que sa législation est proche du Code civil français. En janvier 2002 et en réaction à l'arrêt français précité, on a proposé au parlement d'insérer dans le Code civil belge un article 1383^{bis}. Selon cette proposition, la naissance d'un enfant ne pouvait pas être considérée comme un dommage. Toutefois, le parlement ne s'est pas prononcé avant l'échéance des nouvelles élections parlementaires et la modification n'a pas été introduite²⁸.

En juin 2002, le Tribunal de première Instance de Bruxelles avait à se prononcer sur un cas de *vie non souhaitée*²⁹. Il s'agissait d'une mère qui avait

²⁷ Voir notamment Robert REBHAHN, « Entwicklungen zum Schadenersatz wegen 'unerwünschter Geburt' in Frankreich », *ZeUP3/2004*, pp. 794-817, 811; Denis SALAS, « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », *Justices Hors série* au recueil *Le Dalloz*, 2001, pp. 14 ss; Jean-Louis AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être », *Le Dalloz*, 2001, pp. 489 ss; Aline TERRASSON DE FOUGÈRES, « Périssse le jour qui me vit naître », *Revue de droit sanitaire et social*, 2001, pp. 1 ss; Laurent AYNES, « Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de Cassation », *Le Dalloz*, 2001, pp. 492 ss.

²⁸ Voir Dimitri DROSHOUT, « Belgium », in H. Koziol / B.C. Steiniger (éds.), *European Tort Law 2002*, pp. 89-118, 100.

²⁹ Voir Annexe 9.

donné naissance à un enfant affecté d'un handicap que le médecin traitant aurait pu déceler par échographie anténatale.

Les parents faisaient valoir un dommage tant moral que matériel qui affectait toute la famille, y compris l'enfant concerné, et que le handicap de ce dernier constituait « une lourde épreuve tant sur le plan psychologique que matériel ». L'enfant faisait valoir qu'il subissait « assurément un préjudice d'être né dans les conditions (un handicap grave) qu'il n'a pas choisies ». Se basant sur le fait que la mère aurait interrompu la grossesse si elle avait connu le handicap de son enfant, le tribunal se rallia à la jurisprudence française de l'arrêt *Perruche* et reçut les deux actions³⁰. Il s'agit là d'une décision de première instance qui devrait connaître des suites et sans doute aussi un approfondissement des considérations³¹.

Quant aux Pays-Bas, un autre cas de vie non souhaitée fut favorablement reçu en deuxième instance par la Cour d'Appel de La Haye. Le bébé Kelly³² était née avec un handicap congénital que, par un comportement inadéquat, le gynécologue n'avait pas décelé au cours de la grossesse. Les parents firent notamment valoir les frais d'éducation et de soins de leur fille. Kelly elle-même reprocha au médecin non pas sa naissance, mais son handicap et fit valoir une réparation morale. En deuxième instance, la Cour d'Appel de La Haye admit non seulement les prétentions des parents, mais également celles de leur fille³³.

III. Naissance non souhaitée

A. Royaume-Uni

L'arrêt de référence, *McFarlane v Tayside Health Board*, date de 1999³⁴. Il s'agit d'un couple qui avait quatre enfants et qui ne voulait plus élargir la famille. Malgré une stérilisation du mari par vasectomie, le couple conçut un cinquième enfant. Les parents firent valoir à l'égard de l'hôpital (i) une

³⁰ *Revue générale de droit civil belge*, septembre 7/2002, pp. 483 ss.

³¹ H. A. COUSY / A. VANDERSPIKKEN, « Report on Belgian Law », in U. Magnus (éd.), *Unification of tort law: damages*, La Haye etc., 2001, p. 41.

³² Cour d'Appel de La Haye, 26 mars, 2003 [2003] NJ, 249.

³³ M.H. WISSINK / W.H. VAN BOOM, *Report on Dutch Law*, in U. Magnus (éd.), *Unification of tort law: damages*, La Haye etc., 2001, p. 154.

³⁴ *McFarlane v Tayside Health Board* (House of Lords) Case report, 2000 HL, n° 1, 25 Nov. 1999, in Scottish Council of Law Reporting; <http://www.scottishlawreports.org.uk/resources/keycases/mfvthb/mcfarlane-v-tayside-report-hl.html>

somme de GBP 10'000 pour la souffrance de la mère lors de la grossesse et de l'accouchement et (ii) GBP 100'000 pour les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant. En deuxième instance, le couple McFarlane avait obtenu gain de cause³⁵. En dernière instance, la House of Lords renversa partiellement la décision. Dans un long arrêt soigneusement argumenté, les Lords n'exprimèrent pas de grands doutes sur le bien-fondé d'une compensation, pour la mère, pour les effets physiques de la grossesse et de la naissance ainsi qu'à titre de *solacium* (consolation pour les souffrances subies)³⁶. En revanche, ils s'opposèrent à la compensation des frais d'éducation pour la fille Catherine. Les arguments avancés étaient multiples. Lord Slynn of Hadley considéra qu'il ne serait pas « fair, just or reasonable »³⁷ d'imposer au médecin une responsabilité pour les frais d'éducation de l'enfant. Il fit valoir que des parents qui souhaiteraient se mettre à l'abri d'une surprise devraient fixer une telle responsabilité contractuellement avec le médecin. Selon Lord Steyn, l'homme de la rue ou le « traveller on the Underground »³⁸ serait opposé à l'idée que des parents puissent en pareil cas faire valoir les frais d'éducation de l'enfant jusqu'à l'âge de 18 ans. Par ailleurs, les principes de justice distributive interdiraient à des parents d'un enfant non désiré, mais en bonne santé, de réclamer d'une autorité publique ou d'un médecin les frais d'éducation³⁹. Pour Lord Hope of Craighead, il y aurait un problème de « fairness » si on demandait au médecin de payer les frais d'éducation sans tenir compte, en quelque sorte à titre de compensation, du 'bénéfice' que l'enfant procurerait aux parents. Car, si les frais d'éducation étaient calculables, le bénéfice ne l'était pas, de sorte qu'on imposerait au médecin une charge trop élevée⁴⁰.

Toutefois, Lord Millet considéra qu'on ne pouvait pas laisser partir les époux McFarlane les mains vides. Il reconnut que les deux avaient subi une injustice et un tort. Ils avaient notamment été privés de la liberté de limiter la taille de la famille et ils avaient perdu une importante partie de

³⁵ *McFarlane v Tayside Health Board* (Second division), Case report 1998 SC 389, no 40, 9 Jan. 1998, in Scottish Council of Law Reporting; <http://www.scottishlawreports.org.uk/resources/keycases/mfvthb/mcfarlane-v-tayside-report-sd.html>

³⁶ Lord Slynn of Hadley: « Whereas I have no doubt that there should be compensation for the physical effects of the pregnancy and birth, including of course *solatium* for the consequential suffering by the mother immediately following the birth... », *McFarlane v Tayside Health Board* (House of Lords), in Scottish Council of Law Reporting, Case Report, 2000 HL, p. 11.

³⁷ *McFarlane v Tayside Health Board* (House of Lords), in Scottish Council of Law Reporting, Case Report, 2000 HL, p. 11.

³⁸ *Idem*, p.16.

³⁹ *Idem*, p.17.

⁴⁰ *Idem*, p.29.

leur autonomie. Par conséquent, Lord Millet proposa de leur accorder des dommages-intérêts généraux de GBP 5'000.- afin de refléter la véritable nature du préjudice qu'ils avaient subi.

En d'autres termes, la House of Lords admit qu'une naissance non désirée pouvait, sous certaines conditions, constituer un préjudice pour les parents et que ceux-ci avaient, par conséquent, droit à une certaine somme à titre de réparation. Le préjudice résiderait en l'occurrence en la perte de la liberté de déterminer le nombre d'enfants et en la perte de l'indépendance des parents. En même temps, la mère avait droit à la réparation du *solacium* engendré par la grossesse et l'accouchement. En revanche, en sont exclus les frais d'éducation pour l'enfant en question⁴¹.

B. Autriche

En Autriche, une récente jurisprudence⁴² de dernière instance a également provoqué un vif débat. Une mère enceinte de son troisième enfant consultait régulièrement le médecin qui suivait la grossesse. A plusieurs reprises, elle s'enquêrait auprès du médecin de la bonne santé du *nasciturus*. Elle l'informa également du fait qu'elle avait un frère et une sœur qui souffraient tous deux de la maladie Niemann-Pick, une maladie héréditaire provoquant des handicaps graves. Elle suggéra même de procéder à une amniocentèse pour vérifier si l'enfant qu'elle portait en était atteint. Le médecin se voulait toujours rassurant et expliquait à tort qu'une amniocentèse ne permettrait pas de déceler la maladie en question. La mère donna naissance à un fils, Patrick, atteint de la maladie Niemann-Pick, qui

⁴¹ W.V. HORTON ROGERS, « Report on England », in U. Magnus (éd.), *Unification of tort law: damages*, La Haye etc., 2001, pp. 68-69.

Voir aussi une autre cause récente, *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*⁴¹. Il s'agissait d'une mère affectée de graves troubles de vue. Elle souhaitait ne plus avoir d'enfants, en raison des complications qu'elle pourrait rencontrer au cours de leur éducation. La stérilisation à laquelle elle se soumit ayant été exécutée négligemment, elle tomba enceinte et donna naissance à un garçon en bonne santé. La mère intenta un procès à l'Hôpital pour des dommages-intérêts résultant des frais d'éducation futurs. Après avoir perdu en première instance, elle obtint partiellement gain de cause en appel. La Cour d'Appel lui alloua des dommages-intérêts pour les frais d'éducation supplémentaires qu'elle encourait à cause de sa mauvaise vue. Devant la House of Lords la mère perdit partiellement. Les Lords considérèrent que la mère n'avait pas droit à des frais d'éducation pour son enfant. Toutefois, une majorité reconnut le tort qui lui avait été fait et lui accorda à ce titre une somme d'environ EUR 22'000.

⁴² <http://www.ris.bka.gv.at>; Auswahl RIS; Judikatur der Gerichte: Judikatur Justiz; Jus Rechtssätze et Jus Texte; Suchworte: 6 Ob 303/02f (jugement du 23.10.2003).

compromet notamment la croissance et l'évolution intellectuelle de l'enfant et le rend dépendant d'une surveillance et aide intenses.

La mère demanda au médecin la réparation du préjudice financier futur résultant des frais d'éducation supplémentaires engendrés par le handicap de son fils. Elle reprocha notamment au médecin de ne pas l'avoir envoyée dans un centre spécialisé qui aurait été en mesure de déceler la maladie du *nasciturus* par amniocentèse.

La Cour constata que la maladie en question était très rare et qu'elle mettait la descendance en danger surtout si la famille des *deux* parents en était affectée. En l'occurrence, la Cour reprocha à la mère de ne pas avoir informé le médecin du fait que la maladie Niemann-Pick était également présente dans la famille de son mari. Elle estima que même un profane en médecine devait savoir que, en pareilles circonstances, la descendance serait atteinte par la maladie en question. La Cour reconnut que, à l'époque de la grossesse, il était habituel dans de telles circonstance d'envoyer la mère dans un centre spécialisé en génétique, mais considéra que cette omission du médecin était insignifiante comparée à celle de la mère d'informer le médecin complètement sur la présence de la maladie dans la famille de son mari.

La Cour en tira la conclusion que la mère n'avait pas de droit à une réparation. Elle ajouta que, en matière de responsabilité médicale, il fallait éviter un débordement des prétentions pour des frais d'éducation des enfants.

En d'autres termes, selon cette décision très controversée, le droit autrichien reste extrêmement réticent par rapport à la réparation de préjudices pour une naissance non souhaitée⁴³.

C. Suisse

A ma connaissance, en Suisse il y a très peu de jurisprudence concernant des cas de naissance non souhaitée. Pour la vie non souhaitée, je n'en ai pas trouvé du tout.

⁴³ Pour la doctrine récente, voir Franz BYDLINSKI, « Das Kind als Schadensursache im österreichischen Recht », in *Liber amicorum for Helmut Koziol*, Vienne, 2000, pp. 29-66; Christine HIRSCH, *Artzhaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung*, thèse, Vienne, 2002; Barbara STEININGER, *Patienten als medizinische Experten*, in *Die Versicherungsgrundschau*, Vienne, 2004, pp. 116 ss.

Un premier arrêt traitant d'un cas de naissance non souhaitée fut rendu par le *Bezirksgericht* Arbon en Thurgovie en 1985⁴⁴. Il s'agit d'une épouse qui, après avoir fait procéder à une stérilisation, avait donné naissance à une fille. Les demandeurs cherchaient à obtenir notamment le paiement des frais d'éducation de la fille pendant 21 ans ainsi qu'un dédommagement pour la perte de gain de la mère pour une durée de 7 ans. Ils firent également valoir une réparation morale pour la mère, d'une part, pour la grossesse subie et, d'autre part, pour une deuxième opération de stérilisation. En outre, ils demandaient une réparation morale pour la fille Rebekka qui devait porter, pendant quelques mois, un appareil orthopédique pour corriger une légère malformation du bassin. Le tribunal de première instance considéra que les frais d'éducation ne constituaient pas un dommage. De même, il refusa à Rebekka une réparation morale pour le port d'un appareil orthopédique, parce que les inconvénients qui en résultaient duraient seulement quelques mois et le traitement était couronné de succès.

En revanche, le tribunal admit que les besoins d'éducation empêchaient la mère de travailler pendant les 6 premières années de vie de sa fille et considéra le salaire que la mère aurait perçu pendant cette période comme gain manqué. De même, il alloua à la mère une réparation morale pour la grossesse et pour la deuxième stérilisation qu'elle devait subir. Ce dernier point n'était du reste pas contesté par le défendeur.

En 1998, le *Appellationsgericht* de Bâle-Ville⁴⁵ alla dans un autre sens que le tribunal d'Arbon. Mme K s'était soumise à un curetage pour interrompre une grossesse non souhaitée. Malgré cette intervention, elle donna naissance à une fille en bonne santé. Elle demanda à l'hôpital cantonal les frais de traitement que l'assurance-maladie n'avait pas pris en charge, des frais divers, perte de gain, frais d'entretien de l'enfant et une réparation morale. Le tribunal cantonal refusa l'ensemble des prétentions au motif que, au cours de la grossesse, les futurs parents avaient malgré leur opposition initiale fini par accepter l'enfant à naître. Dès lors, ils n'avaient pas subi de préjudice, parce que les dépenses réclamées n'étaient pas involontaires.

Et finalement, dans deux arrêts le Tribunal fédéral s'est penché sur cette matière. Dans les deux affaires, il s'agissait d'une naissance non souhaitée, résultant d'une tentative de stérilisation par ligature des trompes qui avait échoué sans la faute des médecins. Dans les deux cas, l'action en

⁴⁴ *Bezirksgericht* Arbon du 16 octobre 1985, SJZ 82/1986, Heft 3, pp. 46-49.

⁴⁵ *Appellationsgericht* de Bâle-Ville, arrêt du 23.10. 1998, BJM 2000, 306.

responsabilité était dirigée contre l'hôpital public ayant procédé à la stérilisation et se fondait par conséquent sur les lois de responsabilité civile cantonales. Les demandeurs, dans les deux affaires, se prévalurent du fait que s'ils avaient été mieux informés ils auraient choisi une autre méthode de contraception, comme par exemple la vasectomie du mari.

La première affaire fut jugée en 1995⁴⁶. Immédiatement après l'accouchement, la mère fit procéder à une nouvelle stérilisation. Elle demanda à l'hôpital des dommages-intérêts et une réparation morale. Les parents invoquèrent notamment une violation grave de leur liberté personnelle et reprochèrent à l'hôpital de ne pas leur avoir donné les renseignements suffisants sur l'efficacité du traitement, sur les risques subséquents de concevoir et sur les traitements alternatifs possibles. L'examen du Tribunal fédéral ayant été limité à l'arbitraire, nous ne disposons pas d'une discussion exhaustive du cas. Toutefois, le Tribunal fédéral retint que, après la naissance de l'enfant en question, les parents avaient opté une deuxième fois pour la même méthode de stérilisation. Il en conclut que, même avec des renseignements suffisants avant la première stérilisation, les parents auraient opté pour la même méthode et auraient accepté ainsi les risques d'une grossesse. Par conséquent, la demande des parents fut rejetée.

Le second arrêt se situe dans le même élan. Il n'a été rendu que très peu de temps après, en 1998⁴⁷. Le Tribunal fédéral considéra également que, même si les époux avaient été informés des risques d'échec de la stérilisation par ligature des trompes, ils auraient néanmoins choisi cette méthode de contraception. Dès lors, l'acte n'était pas illicite vu que la patiente avait été suffisamment informée⁴⁸.

⁴⁶ Ière Cour de droit public, 14.2.1995, *Die Praxis*, 9/96, 670 ss. Voir aussi le commentaire de Alfred KOLLER, « Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation », in A. Koller (éd.), *Haftpflicht- und Versicherungstagung 1997*, St. Gall, 1997, pp. 45 ss.

⁴⁷ Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.276/1993, résumé de manière sommaire dans *Plädoyer* 1999, p. 77; pour le même arrêt, voir aussi Peter JÄGER, *Neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflichtrecht*, Zurich, 1999, pp. 167-185.

⁴⁸ Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.276/1993, consid. 4c, in JÄGER (note précédente), p. 184. Ce faisant, le Tribunal fédéral considère qu'il n'est plus nécessaire de discuter les autres conditions de la RC comme le dommage et la faute, laissant par là le juriste sur sa faim.

IV. Conclusions

Ce rapide tour d'horizon montre que, parmi les juridictions abordées ici, la question de la *naissance non souhaitée* trouve des réponses différentes. En Allemagne, le préjudice dépend dans une large mesure du contrat conclu entre les parties; si le contrat avait comme but de prévenir le préjudice qui est survenu, alors le médecin est soumis à réparation. En France, malgré l'arrêt *Perruche* qui ne fut qu'un intermède, la Cour de Cassation considère depuis 1982 qu'une interruption non réussie de la grossesse n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit de réparation⁴⁹, sauf en cas de circonstances ou d'une situation particulières. Aux Pays-Bas, une décision de deuxième instance donne suite aux prétentions des parents d'un enfant né handicapé, notamment pour les frais d'éducation et de soins. Au Royaume-Uni, l'argumentation met en avant le *solacium* de la mère et la perte de la liberté des parents pour allouer à ces derniers une somme forfaitaire. En Autriche, la mère est sous le coup d'une obligation très étendue d'informer le médecin. Si elle ne satisfait pas à ces exigences, elle n'obtiendra rien pour l'éducation de l'enfant handicapé. En Suisse, finalement, la jurisprudence semble être très restreinte. A part une décision de première instance, nous n'avons pas trouvé de décision admettant une responsabilité du médecin pour une interruption de grossesse ou une stérilisation manquées.

En droit allemand et encore davantage en droit autrichien, mais aussi dans une certaine mesure au Royaume-Uni, il semble se dégager une tendance qui peut paraître problématique. Les parents, et naturellement surtout la mère, semblent être soumis à des devoirs d'information grandissants. Lorsqu'elle consulte le médecin qui suit la grossesse, la femme a en Autriche des devoirs de renseignement très étendus et en Allemagne il est dans son intérêt de formuler un mandat large pour étendre le champ de protection du contrat. Cette tendance pose un problème parce qu'elle contraint la mère en quelque sorte à un rôle d'expert médical, à défaut de quoi elle risque d'être mal protégée contre les fautes de son médecin. C'est là, me semble-t-il, brouiller la distribution des rôles entre le médecin et sa patiente qui, précisément, cherche conseil parce qu'elle n'est pas experte elle-même.

Quant à la question la plus difficile, celle de la *vie non souhaitée*, une réparation est pour l'instant admise seulement en Belgique et aux Pays-Bas.

⁴⁹ Conseil d'Etat, (n° 23141), Arrêt de l'Assemblée 'Mlle R ...' du 2 juillet 1982, rec p. 266.

Soulignons cependant que, dans les deux pays, il ne s'agit pas de décisions émanant de leur Cour suprême. Les autres pays ne donnent pas suite à ce type de demande. Cela ne signifie pas nécessairement que l'enfant n'ait pas subi de préjudice, mais plutôt que le cadre juridique ne permet pas de résoudre le problème. L'habitude très répandue de mesurer le préjudice par une comparaison entre ce qui est et ce qui aurait été (c'est-à-dire, ce qu'il est convenu d'appeler la théorie de la différence) conduit à la comparaison impossible entre une vie handicapée et pas de vie du tout. Vu sous cet angle, le problème est insoluble⁵⁰.

Toutefois, d'autres perspectives sont possibles. En dehors de toute comparaison, on peut notamment se poser la question de savoir s'il se justifie que le médecin ne réponde pas de la qualité de son intervention, alors que, en face de lui, il y a une personne gravement atteinte par un handicap et souvent exposée à des souffrances pendant toute sa vie. Il est évidemment insatisfaisant que le médecin puisse se défiler ainsi de sa responsabilité.

Pour finir, je voudrais rappeler deux points qu'on ne peut pas perdre de vue dans ce débat. Premièrement, le médecin n'est pas entièrement étranger au handicap. Certes, il ne l'a pas causé, mais il a omis de le détecter. Il est important de souligner que le médecin n'avait pas de devoir de supprimer le *nasciturus*, mais de déceler son handicap. Cette omission doit être reconnue et traitée comme toute autre omission. Deuxièmement, il est paradoxal de refuser le bénéfice du droit de la responsabilité précisément à

⁵⁰ La doctrine suisse est d'ailleurs divisée. Parmi les partisans de l'exclusion de toute responsabilité du médecin on trouve Roland BREHM, *Commentaire bernois* ad art. 41 CO, N°96a, p. 49; Heinrich HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3^e éd., §1, N°35, pp. 7-8; Karl OFTINGER / Emil STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., §2, N° 45 pp. 82 ss (qui seraient toutefois prêts à accepter le principe d'une indemnisation en cas de situation de gêne des parents, p. 85). D'un avis un peu plus nuancé, Peter WEIMAR, « Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes », in *Mélanges Hegnauer*, Berne, 1986, pp. 641 ss (qui laisserait subsister néanmoins la possibilité d'une indemnisation si les parents n'arrivent pas à placer l'enfant non désiré en vue d'adoption, p. 654); idem, *Commentaire du jugement du Tribunal d'Arbon*, SJZ 1986, pp. 48 et 49. Parmi les partisans d'une responsabilité à certaines conditions l'on trouve Walter FELLMANN, « Schadenersatzrecht für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes », RJB 1987, pp. 317 ss; idem, « Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht », AJP 1995, pp. 878 ss, 879-880. Les partisans inconditionnels de l'allocation d'une indemnité sont Franz WERRO, *Commentaire romand CO I*, ad art. 41 CO, N° 26 ss, pp. 271-273; Vito ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich, 2002, pp. 218 ss; Christoph MÜLLER, « Die Aertzliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes... », AJP 2003, pp. 522 ss; David RÜETSCHI, « Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation zugleich ein Beitrag zur Problematik 'Kind als Schaden' », AJP 1999, pp. 1359-1376; Isabelle STEINER, « Das Kind als Schaden, ein Lösungsvorschlag », RJB 2001, pp. 646-663. Voir aussi, Thomas MANNSDORFER, *Pränatale Schädigung*, thèse, Fribourg 2000, 946 ss, 335.

ceux qui sont à la fois les plus démunis et qui subissent le plus lourdement les conséquences de la faute d'autrui. Il faut éviter de retourner contre eux les mécanismes de la responsabilité. Pour reconnaître la gravité du préjudice qu'ils subissent, on pourrait envisager l'allocation d'une somme forfaitaire. Cette somme d'argent n'aurait en l'occurrence pas la fonction classique de réparation, mais une fonction plus symbolique fixée *ex æquo et bono* par le juge.

Mort d'homme, invalidité et analyse économique du droit

RITA TRIGO TRINDADE*

Table des matières

I.	Le caractère paradoxal du système traditionnel	93
II.	Fonctions de la responsabilité civile et analyse économique du droit	94
	A. Recherche d'efficacité	94
	B. Fonction réparatrice	94
	C. Fonction préventive	96
III.	Les éléments du dommage et leur évaluation	97
	A. En général	97
	B. Quelle valeur pour la vie et la santé ou la détermination de l'indemnité adéquate en cas de perte de vie ou de santé	98
IV.	Modèles d'attribution d'une indemnité pour perte de vie et de santé	102
	A. Attribution ex-post	102
	B. Attribution ex-ante	103
V.	Conclusion	106

I. Le caractère paradoxal du système traditionnel

Dans notre hiérarchie de valeurs, la vie précède la santé qui précède à son tour les biens matériels. Pourtant, on pourrait avoir le sentiment inverse lorsque l'on observe les réparations allouées respectivement en cas de mort d'homme, d'invalidité ou d'atteinte à un bien matériel. Alors que le préjudice résultant de cette dernière atteinte doit être entièrement réparé, les victimes d'une invalidité ne reçoivent qu'une consolation (sous la forme d'une indemnité pour tort moral) pour leur perte de santé. Quant à celui qui a été tué, il ne reçoit aucune compensation pour la perte de sa vie.

* Antoine Morand, assistant à la Faculté de droit, a collaboré aux recherches relatives à ce texte: qu'il en soit ici remercié.

Ces solutions, en apparence choquantes, s'imposent-elles? Un autre système permettrait-il de rendre à la perte de vie et à la perte de santé une place plus conforme à leur valeur en droit de la responsabilité civile? C'est ce que je me propose d'examiner en présentant un bref aperçu des solutions imaginées en analyse économique du droit.

II. Fonctions de la responsabilité civile et analyse économique du droit

A. Recherche d'efficacité

L'analyse économique du droit s'intéresse à l'efficacité des normes juridiques, soit à leur capacité d'engendrer ou d'éviter la dilapidation du bien-être social¹ – les économistes parlent d'utilité qu'ils mesurent quelquefois en unités monétaires². Elle ne s'occupe guère de l'équité, à savoir de la manière dont la richesse est (re)distribuée entre les acteurs économiques: il lui importe peu que la richesse créée profite à un riche plutôt qu'à un pauvre ou qu'un acteur particulièrement peu méritant fasse une économie.

B. Fonction réparatrice

Or si l'on réduit la responsabilité civile à sa fonction réparatrice, qui est considérée comme prépondérante, voire exclusive, dans la conception traditionnelle³, on doit constater qu'elle n'est pas ou seulement peu en mesure

¹ Voir p.ex. Heico KERKMEESTER, *Methodology: General* in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* (2000), p. 383 ss, qui relève que l'analyse économique est l'application au droit de la théorie du choix rationnel, à savoir la théorie selon laquelle les individus qui disposent de ressources limitées cherchent à maximiser leur utilité.

² *Idem*, p. 386 ss.

³ Voir à cet égard, pour le droit suisse, le passage suivant extrait du Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et unification du droit de la responsabilité civile, élaboré par les Prof. Pierre Widmer et Pierre Wessner (pp. 19/20): « la Commission d'étude a tenu à professer et à réaffirmer, comme point de départ fondamental, l'idée que le droit de la responsabilité civile a pour *but prioritaire d'assurer la réparation* socialement adéquate des dommages ; en d'autres termes, il doit permettre de répartir les pertes entre les personnes concernées selon des critères plausibles et qui correspondent à l'orientation générale de la politique juridique. Les règles en question ont dès lors une double fonction, puisqu'elles servent à la fois à justifier l'obligation de réparer et à la contenir dans des limites raisonnables. De cette position de principe, il découle en outre que – tant pour défi-

d'accroître l'utilité pour la société dans son ensemble. Exiger du responsable qu'il indemnise le lésé correspond certes à un sentiment de justice et d'équité, mais ne consiste en fait qu'à prendre dans un porte-monnaie pour en alimenter un autre. Qui plus est: le transfert de richesse du responsable au lésé sera coûteux car il supposera souvent l'intervention de la justice.

En faveur de l'efficacité de la fonction réparatrice de la responsabilité civile on doit retenir que la réparation du dommage par le responsable fonctionne comme une assurance. En garantissant à tout lésé qu'il pourra obtenir réparation de son dommage par le responsable, les règles de la responsabilité civile évitent que les lésés potentiels présentant une aversion au risque ne subissent une perte d'utilité supplémentaire due à la crainte que le risque de subir un dommage se réalise en leur personne plutôt qu'en celle de leur voisin⁴.

Cependant, même si elle présente cette vertu, la fonction réparatrice de la responsabilité civile n'est guère convaincante du point de vue de l'analyse économique du droit. En effet les coûts de fonctionnement d'une assurance ordinaire sont certainement moins importants que ceux des procédures en responsabilité⁵. De plus, même dans la perspective de l'élimination des coûts liés à l'aversion au risque, la fonction réparatrice de la responsabilité civile s'avère moins performante qu'une assurance. En effet, pour la victime potentielle qui craint la réalisation d'un dommage, il importe peu que celui-ci soit dû au verglas ou à un conducteur peu diligent: ce qui lui importe – et ce n'est que dans cette hypothèse qu'il ne subit plus aucune perte d'utilité en raison de sa crainte que le dommage se réalise en sa personne – c'est d'avoir la certitude d'être indemnisé si le dommage survient. Or, contrairement à la responsabilité civile qui se concentre sur la réparation des dommages en fonction de leur origine, les assurances

nir les fondements de la responsabilité que pour en déterminer les modalités – les *aspects de prévention et de sanction* n'entrent en considération qu'à titre accessoire et secondaire par rapport au but principal de la réparation » (souligné dans l'original).

⁴ L'aversion au risque, qui concerne la majorité des individus, fait que ceux-ci préféreront un événement certain (p.ex. gagner CHF 5'000.-) à un événement incertain dont l'espérance mathématique est identique à la valeur de l'événement certain (p.ex. disposer d'un billet de loterie qui leur donne une chance sur dix de gagner CHF 50'000.-): en d'autres termes, l'incertitude – portant sur des événements positifs ou négatifs (tels que la crainte de subir un préjudice) – crée une perte d'utilité.

⁵ Voir aussi à ce sujet V. ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2002, p. 10, no 28, qui mentionne une étude anglaise selon laquelle les frais liés à la réparation d'un dommage dans le système de la responsabilité civile s'élèveraient environ à 45% du coût total lié à un accident, alors que ces frais ne représenteraient que 11% dans le cadre d'un système de sécurité sociale.

offrent des produits qui couvrent (presque) toutes les éventualités dans lesquelles un dommage peut survenir.

C. Fonction préventive

Le rôle de la responsabilité civile ne se limite pas à assurer la réparation du dommage causé au lésé. Dans la mesure où elle fixe un prix – l’indemnité à verser au lésé – aux agissements des auteurs d’un dommage, elle a aussi pour fonction de les inciter à adopter un comportement moins ou non dommageable ou, en d’autres termes, à leur faire prendre des précautions pour éviter ou réduire le préjudice. C’est là sa fonction préventive, qui est au cœur de l’analyse économique du droit de la responsabilité civile⁶.

C’est le lieu d’observer que pour les théoriciens du *law and economics*, l’objectif n’est pas de supprimer tout dommage ou, selon la terminologie consacrée, tout accident. Il s’agit d’atteindre le niveau efficace des accidents, soit le niveau d’accidents qui engendre le moins de coûts pour la société dans son ensemble. Pour établir ce niveau, ces théoriciens prennent en compte tant le coût de prévention qui permettrait d’éviter un accident que le dommage probable engendré par celui-ci et cherchent à établir le point pour lequel la somme de ces coûts atteint son minimum. Tant et aussi longtemps que ce point n’est pas atteint, c’est-à-dire tant et aussi longtemps que l’investissement d’un franc de précautions supplémentaire permet d’éviter plus d’un franc de dommage supplémentaire, il se justifie à leurs yeux d’investir en précautions. Au-delà de ce point, un tel investissement n’est plus efficace⁷.

Dans la perspective de l’établissement du niveau de précautions – et donc d’accidents – efficace, la responsabilisation de l’auteur du dommage présente l’avantage de faire internaliser à ce dernier les coûts liés à ses agissements. Ainsi, si l’auteur du dommage entend accroître son bien-être, ce qui est le cas des êtres rationnels auxquels l’on a affaire en analyse économique du droit⁸, il cherchera automatiquement à minimiser le coût de ses agissements.

⁶ Voir p.ex. Hans-Bernd SCHÄFER/Claus OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (1986), pp. 85 ss.

⁷ Idem.

⁸ Concernant la présomption de rationalité sur laquelle se fonde l’analyse économique du droit et les critiques dont elle fait l’objet, voir notamment Thomas S. ULEN, *Rational choice theory in law and economics*, in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.),

Le système d'incitation, cependant, ne fonctionne correctement que si l'auteur d'un dommage doit supporter exactement le coût qu'il engendre. En effet, si le droit ne fait supporter à l'auteur d'un dommage qu'une partie des coûts engendrés par son acte, les auteurs potentiels d'un dommage prendront des précautions insuffisantes – par rapport au niveau de précautions idéal pour la société (mais non par rapport au niveau de précautions efficace de leur point de vue) –; il en résultera plus d'accidents que ce qui est souhaitable du point de vue de la société. Si, en revanche, le droit impose aux auteurs du dommage de prendre en charge plus que le montant requis pour compenser adéquatement leurs victimes, lesdits auteurs du dommage auront intérêt à prendre plus de précautions que ce qui est rationnel du point de vue de la société dans son ensemble: dès lors, certains accidents dont le coût (marginal) était moindre que le coût (marginal) de leur prévention seront évités. Il en résulte que, dans la perspective de l'analyse économique du droit, la détermination du montant exact du dommage et le fait que l'auteur du dommage soit obligé de l'assumer, sont essentiels.

III. Les éléments du dommage et leur évaluation

A. En général

En cas de perte de vie ou d'atteinte à la santé, la victime (ou ses proches) subissent deux types d'atteintes: des atteintes qui entraînent un préjudice de nature financière et des atteintes qui entraînent un préjudice immatériel.

Les atteintes qui entraînent un préjudice financier – il s'agit là des frais encourus du fait de l'atteinte (frais médicaux, frais d'inhumation, etc⁹) ou encore de la perte de revenus¹⁰ ou la perte de soutien pour les proches¹¹ – peuvent être réparés intégralement. Même si l'estimation du préjudice financier n'est pas toujours très aisée – notamment lorsqu'il s'agit de la perte de revenus futurs – il est possible de déterminer une indemnité financière qui replacera la victime ou ses proches dans la situation qui aurait été la

Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics (2000), pp. 790 ss.

⁹ Voir notamment à ce sujet Heinz REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, nos 229/230 et 279 ss.

¹⁰ *Idem*, nos 231 à 277 et 283.

¹¹ *Idem*, nos 284 ss.

leur sans la survenance de la mort ou de l'invalidité. Cela étant acquis, il ne sera plus question de cette indemnité plus avant dans cette contribution.

Les atteintes immatérielles – telles la suppression de la vie ou de la santé – présentent la particularité qu'aucune indemnité ne permettra jamais le rétablissement du *statu quo ante*. Il ne faut cependant naturellement pas en déduire que ni la vie ni la santé n'ont de valeur, ni qu'il ne se justifie pas que leur suppression donne lieu au versement d'une indemnité.

B. Quelle valeur pour la vie et la santé ou la détermination de l'indemnité adéquate en cas de perte de vie ou de santé

« There's no value, there's no value for Gricelda. If gold is the best we have in this world, she was gold. If there's something better than gold, she was that too »¹². Ces propos de l'époux d'une victime du 11 septembre illustrent parfaitement l'impossibilité qu'il y a à traduire la vie en unités monétaires. Et il en va fondamentalement de même pour la santé. Ce fait est naturellement reconnu en analyse économique du droit, où l'on ne prétend aucunement attribuer une valeur de marché à la vie ou à la santé, comme s'il s'agissait de « vulgaires » marchandises¹³.

Face à cette impossibilité, le problème doit être posé autrement: il s'agit de déterminer l'indemnité adéquate qui doit être versée en cas d'atteinte à ces biens pour lesquels il n'est pas possible de fixer un prix.

La solution qui s'inscrirait dans la logique de la fonction réparatrice de la responsabilité civile consisterait à fixer l'indemnité de telle sorte qu'elle permette au lésé de retrouver après l'accident un niveau de bien-être ou d'utilité équivalent à celui dont il jouissait avant celui-ci. On se placerait donc dans une perspective de réparation, *ex post*. Personne ne propose sérieusement de suivre cette voie et pour cause. Pour le cas de décès, l'objectif d'atteindre un niveau d'utilité correspondant à celui d'avant l'accident est impossible: aucune somme d'argent, fût-elle infinie, n'est en mesure de

¹² Propos mis en exergue par Deborah R. HENSLER, Money talks: Searching for justice through compensation for personal injury and death, in 53 DePaul L. Rev. 417, citant Elizabeth Mehrin/Geraldine Baum, Putting a Price on September 11th's Human Loss in L.A. Times du 21 août 2002, p. A1.

¹³ Voir à ce sujet les développements de Robert COOTER, Hand rule for uncompensable losses, San Diego Law Review, vol. 40 (2003) p. 1097, pp. 1100 à 1102, qui affirme que ce sont des motifs psychologiques et d'ordre moral qui s'opposent à ce que l'on mette un prix sur certains biens.

procurer une quelconque utilité à un mort¹⁴. Pour les atteintes à la santé (autres que celles qui ne laissent à la victime que la jouissance de ses fonctions végétatives) cet objectif peut probablement être atteint, mais il conduirait souvent à la fixation d'indemnités astronomiques. Cela résulte de ce que pour de nombreuses atteintes à la santé, les victimes ne perdent pas seulement la santé, mais subissent aussi une réduction de l'utilité associée à leurs ressources¹⁵. L'individu qui préférerait utiliser une partie de son patrimoine pour aller au cinéma alors qu'il était valide, devra se rabattre sur une activité qui lui procure moins de plaisir (i.e. d'utilité) s'il perd la vue. Pour que cet individu puisse « se payer » un niveau d'utilité équivalent à celui dont il bénéficiait antérieurement, il faudrait lui allouer des ressources beaucoup plus importantes que celles dont il disposait avant l'atteinte à sa santé.

Dans la plupart des juridictions, on a adopté la solution consistant à s'incliner devant l'impossibilité de chiffrer la valeur de la vie ou de la santé et à renoncer à assigner à l'indemnité une fonction de réparation au profit de l'allocation d'indemnités plus ou moins symboliques. Le montant de l'indemnité versée aux victimes ou à leurs proches en cas de préjudice « immatériel », qui a généralement pour fonction d'atténuer leur peine et/ou leur souffrance mais vise aussi quelquefois à leur procurer une certaine satisfaction ou à punir l'auteur de l'atteinte¹⁶, est fixé à partir d'un chiffre qui ne repose sur aucun fondement logique¹⁷ et qui est ensuite adapté à la gravité de l'atteinte et/ou la culpabilité de son auteur. La prévi-

¹⁴ Voir notamment Jennifer ARLEN, Tort damages in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume II. Civil Law and Economics, (2000), p. 682 ss, 700.

¹⁵ Voir p.ex. David D. FRIEDMAN, What is fair compensation for death or injury? in *International Review of Law and Economics* (1982), 2, pp. 81-93, version électronique sur www.daviddfriedman.com/Academic/fair_compensation/Fair_Compensation.html qui relève que « *bodily injury makes the victim worse off in two ways. It lowers his effective income by reducing his earning power and imposing costs (a seeing eye dog, hospital bills, etc.). In addition, it lowers the value to him of any given income by eliminating ways in which he can spend it. Death is the extreme case; not only does it lower the victim's income to zero, it simultaneously reduces to zero the benefit he can get by spending any form of income—including damage payments* »

¹⁶ Voir notamment pour les objectifs poursuivis par l'indemnité pour tort moral en droit suisse Vito ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2002, no 910, qui relève qu'en droit suisse l'indemnité ne poursuit plus un objectif de punition. Pour le droit allemand, voir Claus OTT/Hans-Bernd SCHÄFER, *Schmerzensgeld bei Körperverletzungen: Eine ökonomische Analyse in JuristenZeitung* 1990 pp. 563 ss, p. 564 à 566.

¹⁷ Heinz REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, no 488, indique que « [die] Genugtuungssumme kann ihrer Natur entsprechend nicht nach mathematischen Kriterien festgesetzt werden ».

sibilité du droit est assurée par le fait que les tribunaux qui sont amenés à appliquer l'indemnité, s'inspirent des « tarifs » établis précédemment¹⁸.

Le caractère arbitraire des indemnités ainsi allouées a été critiqué en analyse économique du droit. L'objectif d'inciter les auteurs potentiels d'un dommage à prendre le niveau de précautions adéquat fait que, selon certains défenseurs du *law and economics*, il ne convient pas de s'interroger sur ce qui se passe une fois que l'accident est intervenu, mais que la période de référence doit être celle où la victime n'a pas encore subi d'accident¹⁹. Le niveau de précautions adéquat doit en outre être défini en relation avec le niveau de précautions que la victime prendrait elle-même pour préserver sa vie et/ou sa santé ou, plus précisément, avec les frais qu'elle serait disposée à investir pour réduire son risque de mortalité ou d'invalidité ou la prime qu'elle exigerait en cas d'augmentation de ces risques²⁰. A partir d'indications de ce type, p.ex. du fait que la victime était disposée à payer mille francs pour s'équiper d'un airbag permettant de réduire le risque de mortalité de un pour mille, on pourrait calculer une « valeur de vie »²¹ correspondant dans cet exemple à un million de francs ou encore une « valeur de santé » pertinentes²².

¹⁸ Voir à ce sujet Heinz REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, no 488, qui précise que les décisions antérieures servent de référence, mais que la tendance est à fixer des indemnités plus élevées. Au no 504, cet auteur présente une « liste » des indemnités versées dans différentes circonstances.

¹⁹ C'est l'approche dite « *ex ante* ».

²⁰ COOTER, *Hand rule for uncompensable losses*, *San Diego Law Review*, vol. 40 (2003) p. 1097, p. 1103, relève que si on est incapable d'attribuer une valeur à la vie, on prend régulièrement des décisions concernant le prix du risque de mortalité. Cela n'est cependant vrai qu'en présence de risques faibles; aussitôt que le risque se rapproche de la certitude, on n'est plus en mesure de lui donner une valeur: « *note that the region where the risk becomes uncompensable is also the region where the injurer's behavior is usually worse than negligent. An injurer who imposes a risk with a high probability of materializing is grossly negligent or commits an intentional tort. These are circumstances where punishment is appropriate.* »

²¹ COOTER, *Hand rule for uncompensable losses*, *San Diego Law Review*, vol. 40 (2003) p. 1097, p. 1109, relève avec raison que le choix des termes « valeur de la vie » (qui s'est imposé parmi les économistes) n'est pas très heureux et propose d'utiliser la formule « coût subjectif d'un risque de mortalité ».

²² L'idée d'utiliser le coût du risque de mortalité ou la « valeur de la vie » pour déterminer l'indemnité équitable en cas de mort d'homme a été suggérée notamment par Richard POSNER, *The Economic Analysis of Law* (1977), pp. 149-152 ainsi que William LANDES/Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, (1987), pp. 86 à 90. Elle a également inspiré David D. FRIEDMAN, *What is fair compensation for death or injury?* in *International Review of Law and Economics* (1982), 2, pp. 81-93, www.davidfriedman.com/Academic/fair_compensation/Fair_Compensation.html, COOTER, *Hand rule for uncompensable losses*, *San Diego Law Review*, vol. 40 (2003) p. 1097. Claus OTT/Hans-Bernd SCHÄFER, *Schmerzensgeld bei Körperverletzungen: Eine ökonomische Analyse* in *JuristenZeitung* 1990 pp. 563 ss, proposent de l'appliquer pour déterminer l'indemnité (pour tort moral) en cas d'invalidité. Cette idée a suscité d'importante critiques tant dans les mi-

La question de savoir si l'on doit individualiser la « valeur de la vie » ou celle de la santé (i.e. de l'absence d'atteintes particulières), en ce sens qu'il conviendrait de la recalculer pour chaque victime en fonction de ses propres préférences n'a pas encore été définitivement tranchée en analyse économique du droit. Outre la complexité de cette façon de faire – nous sommes constamment amenés à faire des investissements en précautions ou à exiger des primes pour les dangers auxquels les tiers nous exposent et il est difficile de savoir quel risque prendre en compte exactement –, il faut relever qu'elle présente l'inconvénient de créer des inégalités criantes non seulement en fonction de l'attitude face au risque des victimes (un conducteur dangereux se verrait attribuer une indemnité moins importante qu'un conducteur très précautionneux) mais surtout en fonction des moyens à disposition de la victime en ce sens que, p.ex., le riche qui est à même de se payer une voiture blindée serait avantagé par rapport au pauvre qui n'a pas les moyens de faire une telle acquisition²³.

Cooter, qui relève qu'il existe toute une série d'études économétriques sur la valeur de la vie en fonction de différents risques²⁴, propose d'adopter une méthode similaire à celle utilisée par les économistes en cherchant à établir les précautions qu'aurait prises une personne raisonnable – soit une personne qui se distingue de la personne moyenne en ce qu'elle ne fait jamais d'erreurs et n'a jamais de regrets et qui, de plus, n'est jamais égoïste –

lieux de l'analyse économique du droit qu'en dehors de ceux-ci (voir notamment VISCUSI, W. Kip, "The Value of Life in Legal Contexts: Survey and Critique" *in* *American Law and Economics Review*, Vol. 2, pp. 195-210, 2000, <http://ssrn.com/abstract=713112>); elle a été systématiquement rejetée par les tribunaux: voir à ce sujet Ireland, THOMAS R., JOHNSON, Walter D. and TAYLOR, Paul C., "Economic Science and Hedonic Damage Analysis in Light of *Daubert v. Merrell Dow*" (April 1997), <http://ssrn.com/abstract=36887>.

²³ Ce fait n'est d'ailleurs pas propre au calcul de la vie et de la santé selon la méthode proposée par l'analyse économique du droit. En effet, lorsque l'on évalue l'atteinte à l'avenir économique d'enfants, on se fonde généralement sur la situation sociale de leurs parents de sorte que les enfants de parents désavantagés socialement sont également désavantagés sur le plan de l'indemnité qu'ils recevront. Pour une critique de cette manière de procéder et des solutions suggérées pour le droit américain, voir l'article de Laura GREENBERG, *Compensating the Lead Poisoned Child: Proposals for Mitigating Discriminatory Damage Awards* *in* 28 (2001) *Boston College Environmental Affairs Law Review* pp. 429 ss.

²⁴ Les "valeurs de vie" établies à partir de ces études oscillent entre quelques centaines de milliers de dollars et plusieurs millions de dollars: voir notamment à ce sujet le tableau établi par Claus OTT/Hans-Bernd SCHÄFER *in* *Schmerzensgeld bei Körperverletzungen: Eine ökonomische Analyse* *in* *JuristenZeitung* 1990 pp. 563 ss, p. 571. Pour un exemple récent de telles études, qui ont souvent eu pour objet l'estimation de la valeur de vie de travailleurs soumis à des risques particuliers, voir notamment KNIESNER, Thomas J. and VISCUSI, W. Kip, "Value of a Statistical Life: Relative Position vs. Relative Age" (January 2005). *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 502*. <http://ssrn.com/abstract=668383>.

pour éviter l'atteinte (décès ou atteinte à la santé) qui a été causée²⁵. Cette proposition est logique si l'on tient compte de l'objectif poursuivi par l'analyse économique du droit qui est d'inciter les auteurs de dommages à adopter de manière générale un comportement adéquat (plutôt qu'à indemniser une victime aux caractéristiques particulières): dans la mesure où lesdits auteurs du dommage ne connaissent pas leur victime d'avance, il leur serait difficile de prendre des précautions individualisées.

IV. Modèles d'attribution d'une indemnité pour perte de vie et de santé

A. Attribution ex-post

Le droit de la responsabilité civile intervient une fois que le préjudice est survenu. L'auteur du dommage matériel ou immatériel se voit alors imposer des obligations de verser des dommages intérêts compensatoires, une indemnité pour tort moral ou, dans certaines juridictions, de dommages intérêts punitifs. Ces trois types d'obligations ont pour bénéficiaire commun le lésé ou, en cas de mort d'homme, ses proches; elles se distinguent en ce que l'obligation de verser des dommages intérêts compensatoires concerne un préjudice financier, l'obligation de verser une indemnité pour tort moral concerne un préjudice « immatériels » et que l'obligation de verser des dommages intérêts punitifs ne se rapporte pas à un dommage particulier mais a vocation à imposer une pénalité à l'auteur d'un dommage.

A première vue, l'idée que l'auteur d'un préjudice « immatériel » soit obligé de verser le coût subjectif du risque de l'atteinte à la santé ou à la vie (la « valeur de la santé » ou la « valeur de la vie ») présente des points communs tant avec l'institution de l'indemnité pour tort moral – qui traite de préjudices immatériels – qu'avec celle des dommages-intérêts punitifs – qui a pour objectif ultime de prévenir certains comportements.

En cas de mort d'homme, il est impensable que la « valeur de vie » soit remise au lésé, sous quelque forme que ce soit – dommages intérêts punitifs ou indemnité pour tort moral. On pourrait certes songer à attribuer la prétention en versement de cette indemnité aux proches de la victime, mais il faut bien admettre qu'il ne se justifie pas plus de remettre une telle indem-

²⁵ COOTER, Hand rule for incompensable losses, San Diego Law Review, vol. 40 (2003) p. 1097, p. 1112/1113.

nité aux proches qu'à n'importe quel tiers et qu'elle résulte pour eux en une surindemnisation. Pour expliquer ce dernier point, Viscusi propose de considérer le cas d'une personne tuée par un produit dangereux (dont il n'est pas possible de modifier le niveau de sécurité) ayant une chance sur dix mille de causer la mort. Il affirme que la victime n'aurait sans doute pas été disposée à payer cinq cent dollars de plus pour ledit produit afin que ses héritiers touchent une indemnité de cinq millions de dollars car elle considèrerait sans doute que c'est là une assurance vie bien trop chère²⁶.

Les choses sont bien plus simples lorsque la victime est en vie. Dans l'éventualité d'une invalidité, la « valeur de la santé » pourrait être versée au lésé au titre de dommages-intérêts punitifs s'il n'était que cette figure juridique est généralement réservée aux atteintes particulièrement répréhensibles ou malveillantes et n'est donc guère adaptée aux cas de « simple » négligence ayant causé une invalidité. L'indemnité correspondant au risque d'invalidité pourrait aussi, et c'est cette dernière solution qui est préconisée par Ott/Schäfer²⁷, être versée au titre d'indemnité pour tort moral.

Une ultime solution pour inciter correctement l'auteur du dommage en le contraignant à payer une indemnité équivalente à la valeur de la vie ou de la santé, mais elle revient à quitter le terrain du droit de la responsabilité civile au profit du droit pénal, consisterait à lui imposer une amende équivalant à cette indemnité une fois l'atteinte survenue.

B. Attribution ex-ante

Friedman²⁸, Cooter²⁹ et, dans une moindre mesure, Arlen³⁰ se sont écartés des sentiers battus en imaginant des systèmes dans lesquels la victime recevrait son indemnité avant même d'avoir subi son préjudice.

²⁶ VISCUSI, W. Kip, "Misuses and Proper Uses of Hedonic Values of Life" (August 2000). Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 292. <http://ssrn.com/abstract=239971>, p. 10.

²⁷ Claus OTT/Hans-Bernd SCHÄFER *in* Schmerzensgeld bei Körperverletzungen: Eine ökonomische Analyse *in* JuristenZeitung 1990 pp. 563 ss, p. 568.

²⁸ David D. FRIEDMAN, Law's Order: What economics has to do with law and why it matters, (2000), pp. 95 ss; David D. FRIEDMAN, What is fair compensation for death or injury? *in* International Review of Law and Economics (1982), 2, pp. 81-93, version électronique sur www.daviddfriedman.com/Academic/fair_compensation/Fair_Compensation.html

²⁹ Robert COOTER, Commodifying Liability *in* Buckley (ed.), The Fall and Rise of Freedom of Contract, 1999, pp. 139 ss; Robert COOTER, Towards a Market in Unmatured Tort Claims *in* 75 Va. L. Rev. 383 (1989); Robert COOTER/Stephen D. Sugarman, A Regulated Market in Unmatured Tort Claims: Tort Reform by Contract, *in* New Directions in Liability Law (1988), pp. 174 ss.

Friedman part du constat que la mort et l'invalidité d'un individu réduisent l'utilité qu'il associe à son revenu. Il en déduit que dans la grande majorité des cas, l'individu préférera profiter d'une indemnité avant d'avoir été lésé ou tué, soit à un moment où elle lui procure une utilité plus élevée, qu'une fois invalide ou mort. Ainsi, il est peu probable que l'amateur de parachutisme qui sait qu'il sera invalide demain garde l'ensemble de ses revenus pour pouvoir s'adonner à d'autres activités qui lui plaisent moins quand il sera dans une chaise roulante: au contraire, il sera probablement même disposé à s'endetter pour profiter encore au maximum de son activité de prédilection tant qu'il peut le faire. De même, la majorité d'entre nous préférera se voir attribuer une indemnité même faible de son vivant, plutôt que d'avoir l'assurance d'être millionnaire une fois décédé.

Friedman relève à juste titre que la solution qui consisterait à obliger tout auteur potentiel d'un préjudice à indemniser sa victime potentielle pour le risque causé ne serait pas praticable. Elle impliquerait trop de transactions entre des personnes qui ne se connaissent pas et qui devraient avoir recours à un tiers pour arbitrer la valeur des risques (et donc des indemnités à verser), sans même compter qu'un tel arbitrage serait particulièrement difficile dès lors que le fait d'être exposée à un risque ne laisse pas de traces sur la victime.

Considérant la situation des victimes potentielles d'accidents – qui souhaiteraient transférer une partie de leurs revenus post-invalidité ou *post mortem* vers un moment où elles peuvent en profiter – Friedman observe qu'elle est assez proche de celle qui donne lieu à l'institution de l'assurance. C'est elle en effet qui pratique « *the business of transferring money from one future to another: [...] when you buy fire insurance, you are giving up money in a future in which your house does not burn down in order to collect money in a future in which it does, transferring wealth from one future to the other* »³¹. Il propose par conséquent de recourir à une institution similaire pour que l'indemnité correspondant à la valeur de la vie ou de la santé soit attribuée aux lésés avant même que l'accident ne se soit produit. A la différence cependant de l'assurance classique qui recueille les primes auprès des assurés et socialise le risque pour payer les prestations lorsque l'événement assuré survient, l'assurance « à l'envers » proposée par Friedman devrait verser la

³⁰ Jennifer ARLEN, Tort damages in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, (2000), p. 682 ss, 699 ss.

³¹ David D. FRIEDMAN, *Law's Order: What economics has to do with law and why it matters*, (2000), p. 99.

prestation à une communauté de bénéficiaires constituée des lésés potentiels et ainsi socialiser la prestation, pour encaisser ensuite le montant de l'indemnité auprès du responsable³².

La proposition de Cooter repose sur les mêmes prémisses, mais va plus loin. Cet auteur propose en effet de créer un marché des prétentions en responsabilité qui ne seraient pas encore nées. Il argumente que le droit de recevoir une indemnité dans l'éventualité où un accident se produit n'est pas fondamentalement différent des produits qui sont aujourd'hui déjà offerts sur les marchés financiers ou autres³³.

Tant la proposition de Friedman que celle de Cooter – et leurs auteurs le concèdent – se heurtent à un obstacle majeur, qui les rendent irréalisables en l'état du droit: l'incessibilité de prétentions résultant de la responsabilité civile qui ne seraient pas encore nées. Arlen, qui souligne ce fait, remarque qu'il est probablement faux de considérer qu'il est impossible d'indemniser les victimes pour les risques encourus. Dans les situations où les différents protagonistes s'exposent réciproquement à des risques, qui sont les plus fréquentes, elle voit une compensation pour les risques encourus dans le droit concédé à chacun des protagonistes d'exercer des activités dangereuses en soumettant les autres à un risque³⁴. Dans les cas donnant lieu à la responsabilité du fait du produit, pour autant que les victimes potentielles soient informées du risque encouru, celui-ci serait pris en compte dans le prix proposé pour l'acquisition du produit³⁵.

³² Idem.

³³ En quoi, Cooter n'a pas entièrement tort. Ainsi, dans son édition du 15 novembre 2004, en page « Economie » Le Temps relatait un entretien avec un financier qui relevait que l'innovation était une clef de la performance des hedge funds. Pour illustrer son propos, ce financier demandait « d'imaginer l'actif capable de profiter d'une crise de la dette des consommateurs américains, laquelle dépasse 22 000 dollars par ménage, hors hypothèque ». Précisant que « les ménages devront vendre leurs actifs pour maintenir leur train de vie », il prévoyait « un abandon progressif de la culture de la consommation, une augmentation des faillites de ménages dont il [voulait] profiter [en achetant] la dette des consommateurs à deux cents pour un dollar et [en la revendant] plus cher ». (Merci à Me Anne Reiser de m'avoir rappelé cet article lors de ma conférence). Voir aussi les exemples donnés par COOTER, *Commodifying Liability in* Buckley (ed.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, 1999, pp. 139 ss, p. 140.

³⁴ Jennifer ARLEN, *Tort damages in* Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, (2000), p. 682 ss, 700/701.

³⁵ Idem, p. 701.

V. Conclusion

On peut difficilement prédire si, s'agissant de l'indemnisation des atteintes à la vie ou à la santé, l'analyse économique du droit de la responsabilité mènera à la révolution (telle que prônée surtout par Friedman et Cooter) ou si elle se contentera de n'avoir accouché que d'une souris en constatant que dans une large mesure les objectifs qu'elle poursuit sont déjà atteints (Arlen). Il m'apparaît qu'elle a le mérite d'avoir éclairé la valeur de la vie et celle de la santé sous une perspective nouvelle et d'avoir rappelé qu'il faut dépasser le seul cadre du droit de la responsabilité civile pour donner à ces biens la valeur qu'ils méritent.

La prise en charge du préjudice économique pur par l'assureur

VINCENT BRULHART*

Table des matières

I.	Introduction	107
II.	Le préjudice économique pur: un rappel de la notion	108
A.	Le préjudice économique pur en droit de la responsabilité civile	109
1.	Deux approches: La définition fondée sur la causalité ou sur les droits absolus	109
2.	De quelques formes de préjudice économique pur	110
3.	<i>Excursus</i> : Pourquoi le préjudice économique pur est-il protégé plus faiblement par l'ordre juridique que le dommage à la propriété?	112
B.	Le préjudice économique pur en droit des assurances	114
III.	La prise en charge par l'assureur	115
A.	L'« assurabilité »: De quoi s'agit-il?	115
B.	La couverture du préjudice économique pur	116
1.	Généralités	116
2.	Le régime	117
a)	Les couvertures de base	117
b)	Les couvertures spéciales	118
3.	De quelques types d'assurance du préjudice économique pur	119
a)	Les avocats et notaires	119
b)	Les architectes et ingénieurs	120
c)	L'assurance D et O	121
	Conclusions	122

I. Introduction

Au 3ème siècle avant notre ère, les Romains avaient adopté la *lex aquilia* qui fut le fondement d'un édifice de jurisprudence tendant à la réparation des dommages causés injustement. Le dommage désignait jadis tantôt la dété-

* Professeur aux Universités de Lausanne et Genève, directeur d'une compagnie d'assurance.

rioration matérielle de l'objet, tantôt le dommage économique du propriétaire. Ce dernier ne visait cependant que les seules conséquences patrimoniales découlant de la détérioration d'une chose¹. Par ailleurs, l'action n'était possible qu'à l'encontre du responsable direct. Elle était exclue, par exemple, contre celui qui, par ses cris, aurait effrayé un cheval qui se serait jeté à l'eau et noyé!

Dommage indirect, préjudice économique (pur), voilà bien des notions dont les contours sont restés longtemps indécis. Et, à supposer même qu'elles aient pu recevoir un contenu théorique clair, la question s'est posée de la justification de la réparation de tels dommages.

Assurabilité, voilà un autre terme dont le sens et le contenu prêtent à discussion. Et, à supposer même qu'elle puisse recevoir un contenu théorique clair, la question se pose de savoir ce qui est susceptible de tomber sous le coup de la notion.

Deux problèmes courent ainsi en parallèle sur le terrain difficile du fondement de la réparation des dommages: le préjudice économique pur d'une part, la notion et les conditions de sa réparation; l'assurabilité d'autre part, la notion et ce qu'elle est susceptible de recouvrir.

C'est donc une partition à deux mains que nous nous proposons d'interpréter: la première sur les mélodies subtiles de la responsabilité civile et la seconde sur celles, plus graves, de l'assurance.

II. Le préjudice économique pur: un rappel de la notion

D'emblée, on observe que les définitions sont diverses, notamment selon que l'on place la notion sur le terrain du droit de la responsabilité (A) ou celui de l'assurance (B).

¹ Cf. p.ex. B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1997, 44.

A. Le préjudice économique pur en droit de la responsabilité civile

1. Deux approches: La définition fondée sur la causalité ou sur les droits absolus

Au sens large, le dommage est patrimonial lorsqu'il est susceptible d'être évalué en argent. On lui oppose généralement le dommage de nature extra-patrimoniale ou immatérielle, soit celui qui ne peut pas être évalué en argent (tort moral)².

Dans un sens étroit, est patrimonial le dommage qui se rapporte au patrimoine, soit celui qui ne désigne pas l'atteinte à un bien corporel. Mais il faut rappeler que l'atteinte au patrimoine peut avoir plusieurs causes: elle peut être la conséquence d'une lésion corporelle (frais de traitement), d'un dommage matériel (frais de réparation) ou découler d'un acte dommageable qui n'atteint ni une chose ni l'intégrité corporelle (atteinte au crédit).

On voit ce que peut être la détérioration d'une *chose*. On conçoit d'un autre côté ce que représente l'*atteinte à l'intégrité corporelle*. Défini d'une façon négative, le dommage purement économique, ce n'est ni l'un ni l'autre. Ce n'est pas non plus le préjudice qui résulte de l'un ou de l'autre.

On sait que la LCR limite la responsabilité civile au dommage corporel et au dommage matériel³. Spécialement dans le domaine de la circulation routière, on s'est penché sur la question de l'*atteinte au patrimoine qui découle d'une lésion corporelle ou d'un dommage matériel*. On admet par exemple que les honoraires d'avocat, dont l'intervention est rendue nécessaire à raison d'un accident qui entraîne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à une chose, sont assimilés à cette atteinte. Ils sont donc indemnisables au même titre que l'atteinte elle-même⁴. L'exemple des frais d'avocat illustre un type d'atteinte au patrimoine qui résulte d'un dommage corporel ou matériel. Il ne s'agit pas d'un préjudice purement économique au sens où nous l'entendons ici.

Pour notre part, nous visons autre chose, à savoir: tous les préjudices qui ne résultent pas d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou de la détériora-

² Cf. p.ex. AP RC, art. 45 I; également P. TERCIER, « De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages », in *Mélanges ASSISTA 1978*, Genève 1979, 247 ss.

³ Cf. art. 58 I LCR: « Si, par suite de l'emploi d'un véhicule automobile, une personne est tuée ou blessée ou qu'un dommage matériel est causé, le détenteur est civilement responsable ».

⁴ Cf. p.ex. ATF 4C. 51/2000 in SJ 2001, p. 153 ss. Et, d'ailleurs, s'il n'en était pas ainsi, les frais de remorquage ensuite d'accident ne seraient pas indemnisables non plus!

tion d'une chose. C'est la définition *classique* du préjudice purement économique⁵.

Il en est une autre. Elle part de la prémisse suivante: l'intégrité corporelle et la propriété sont protégées de manière absolue par l'ordre juridique, à l'égard de quiconque. Toute atteinte à ces deux types d'intérêts est par définition contraire au droit. Intégrité corporelle et propriété sont donc des droits qualifiés d'*absolus*. Dès lors, on peut envisager le syllogisme suivant:

- le préjudice purement économique est celui qui ne résulte pas d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou à un dommage matériel;
- l'intégrité corporelle et la propriété sont des droits absolus;
- donc, le préjudice purement économique peut se définir comme le dommage qui ne représente pas une atteinte à un droit absolu.

Cette seconde définition présente l'avantage d'épouser les contours de l'illicéité⁶ qui peut être envisagée de deux manières: soit l'illicéité se rapporte au résultat (« *Erfolgsunrecht* »), conception valable pour la violation des droits absolus (en cette matière le résultat dommageable est contraire au droit); soit l'illicéité se rapporte à la manière d'agir (« *Handlungsunrecht* »), conception qui s'applique à la violation d'autres droits. Le patrimoine en tant que tel n'étant pas qualifié de droit absolu, les atteintes sont réparables, toutes autres conditions réunies par ailleurs, si la condition de l'illicéité par comportement est réalisée (« *Handlungsunrecht* »). La réparation du préjudice économique pur, à mesure qu'il est considéré comme un dommage à un droit non absolu, est subordonnée à la violation d'une règle de comportement fixée par l'ordre juridique (écrit ou non écrit).

2. De quelques formes de préjudice économique pur

Le préjudice économique pur peut être envisagé dans plusieurs contextes. Nous retenons ici trois séries de cas qui nous intéressent plus particulièrement sous l'angle de l'assurance: la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle, le préjudice réfléchi et le préjudice découlant de fausses informations⁷.

⁵ Cf. notamment S. FUHRER, *Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung*, Zurich 1988, 7, 8; C. MISTELLI, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, Zurich 1999, 34; F. WERRO, *Commentaire romand du Code des obligations*, Bâle 2003, N 19 ad art. 41 CO.

⁶ Cf., sur les avantages de cette seconde définition, MISTELLI, *op. cit.* (n. 5), 35-39.

⁷ MISTELLI considère encore la violation d'une obligation légale, le dommage d'un tiers non-créancier ensuite de violation d'une obligation contractuelle et le dommage purement patrimonial intentionnel (*op. cit.* [n. 5], 43 ss).

1° La mauvaise exécution des obligations contractuelles. Lorsque le débiteur exécute son obligation de manière imparfaite ou ne l'exécute pas du tout, le patrimoine du créancier peut en être affecté. Ce sera le cas lorsque la prestation promise se rapporte non à la santé ou à l'intégrité de ses biens, mais à ses intérêts économiques. Il faut cependant rappeler qu'en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite, la créance en soi demeure intacte; elle peut faire l'objet d'une action en exécution. En théorie juridique, le patrimoine du créancier ne serait donc pas touché. Il en va différemment lorsque la violation du contrat entraîne des dommages qui se distinguent de l'inexécution elle-même. La réparation de ce type de dommage fait l'objet d'une créance indépendante, qui s'ajoute à l'obligation d'exécution.

A noter que si l'inexécution ou l'exécution tardive peut faire l'objet d'une action contractuelle, on a pu discuter de la nature contractuelle ou extracontractuelle de l'action en réparation de dommage découlant de violation positive du contrat (le débiteur fait ce qu'il ne doit pas). On admet aujourd'hui que les deux types de violations (négative, soit les cas d'inexécution ou d'exécution tardive de la prestation promise, et positive, soit les cas où le débiteur fait ce qu'il ne doit pas) peuvent faire l'objet de réparation sur la base de l'action contractuelle⁸.

2° Le préjudice réfléchi est celui que subit un tiers à la suite d'un dommage qui survient auprès d'une première personne. Celle-ci est la victime directe d'un acte illicite, et le tiers, lésé par effet réflexe, subit un préjudice de nature purement économique qui ne découle pas, pour lui, d'une atteinte à sa propriété ou à son intégrité corporelle. Le préjudice réfléchi doit être distingué du préjudice *subséquent*, soit celui qui découle d'un premier préjudice, mais qui touche la même victime⁹. Tandis que la question de la réparation du préjudice subséquent se résout à la lumière du rapport de causalité, celle de l'indemnisation du préjudice réfléchi ressortit au problème de l'illicéité (définition du cercle des personnes que le droit protège). Il s'agit ici de déterminer si l'auteur du dommage a violé une norme dont le but visait la protection des intérêts touchés, soit en l'occurrence la situation patrimoniale du tiers lésé par effet réflexe.

⁸ Cf. p.ex. P. WESSNER, « Droit contractuel et droit délictuel: à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile », RSA 1997, 16 ss, 19. La solution de l'AP RC est différente: l'art. 42 prévoit que le régime contractuel ne sanctionne que les cas d'inexécution de la prestation promise; la violation positive du contrat tombe sous le coup des dispositions sur la responsabilité délictuelle (également WERRO, CR, N 4 *ad* art. 41 CO).

⁹ Sur cette distinction cf. p.ex. P. GIOVANNONI, « Le dommage par ricochet en droit suisse », in O. GUILLOD (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich 1991, 239 ss.

La perte de soutien au sens de l'art. 45 CO est une forme de préjudice réfléchi dont l'indemnisation est prescrite par la loi.

3° **Le préjudice découlant de fausses informations.** La gestion d'un patrimoine nécessite certaines informations. Or, si celles-ci sont inexactes ou incomplètes, elles peuvent conduire à des décisions susceptibles de porter atteinte à des intérêts patrimoniaux; il peut en découler un préjudice à caractère purement économique. Le patrimoine n'étant pas protégé en tant que tel par l'ordre juridique, de tels dommages ne sont donc réparables, toutes autres conditions réunies par ailleurs, qu'à la condition que l'auteur ait violé une règle de l'ordre juridique dont le but visait la protection des intérêts lésés. Ce peut être le principe général selon lequel celui qui crée une situation dangereuse pour autrui doit prendre les mesures utiles afin d'éviter qu'un dommage ne se produise.

3. *Excursus: Pourquoi le préjudice économique pur est-il protégé plus faiblement par l'ordre juridique que le dommage à la propriété?*

On peut comprendre la conception qui place l'intégrité corporelle au Panthéon des biens protégés. On conçoit moins celle qui opère une distinction entre les biens matériels et les intérêts purement économiques. Pour une personne morale, une perte au bilan est-elle moins digne de protection qu'un dommage à la propriété? La distinction n'est pas (plus) satisfaisante: aujourd'hui, le patrimoine du citoyen, comme celui des entreprises, est constitué le plus souvent de droits de créance autant sinon plus que de droits réels. La discrimination au détriment du préjudice purement économique peut mettre en cause la capacité de l'ordre juridique à garantir la survie et la pérennité des entreprises¹⁰.

De plus, on observe que la législation actuelle n'offre guère de justification formelle à la ligne qui partage la protection des droits absolus et la protection des autres intérêts. Certes, on remarque que certains droits subjectifs sont entourés par un réseau de normes très dense, dont on peut déduire, il est vrai, l'attention particulière que le législateur leur a portée. Ainsi la propriété et l'intégrité corporelle font-elles l'objet de règles nombreuses en droit civil, mais aussi en droit pénal. Il reste que la théorie actuelle de l'illicéité objective, qui considère d'emblée comme illicite toute atteinte à un droit absolu, ne trouve aucun fondement formel dans la loi actuelle. Les

¹⁰ Cf. dans ce sens p.ex. MISTELLI, *op. cit.* (n. 5), 87 ss.

juristes des 18^e et 19^e siècles eux-mêmes ne connaissaient pas non plus de garantie de droits absolus. La doctrine des pandectes imposait toujours l'examen de la question de savoir quel était le contenu du droit subjectif violé avant de statuer sur le caractère illicite d'une atteinte¹¹.

On sait que les développements qui ont conduit à la reconnaissance de droits « absolus » dans notre ordre juridique suisse sont issus avant tout de réflexions doctrinales, elles mêmes inspirées du système allemand, notamment du § 823 I BGB. A la différence de l'art. 41 CO, le § 823 BGB fixe expressément un catalogue de droits dits absolus¹².

On constate donc ceci: (1) La loi n'empêche pas, formellement, de mettre sur un pied d'égalité la protection des droits dits « absolus », et la protection des intérêts purement patrimoniaux. Prétendre le contraire serait un peu comme affirmer qu'une prière adressée par un individu à la Sainte Vierge exclut d'emblée la prière d'un autre; il y a place pour la prière de l'un et de l'autre, et protéger l'intégrité corporelle n'exclut pas en soi la protection des intérêts purement économiques. L'art. 41 CO constitue bien une clause générale pour la réparation d'un « dommage », nous dit la loi. Il n'y a là aucun point d'attache qui justifierait la discrimination. (2) Sur un plan éthique et de politique juridique, on peut discuter la distinction entre la propriété et les intérêts purement patrimoniaux.

Il ne serait pas sans intérêt, dans cette mesure, de réfléchir aux moyens qui permettraient de mettre sur un même pied les atteintes aux biens matériels et aux intérêts purement patrimoniaux. Dès lors, quelles pourraient être les voies qui permettrait d'atteindre ce résultat? Nous évoquons trois possibilités théoriques, tout en laissant de côté les constructions qui étendent le champ de la responsabilité contractuelle.

¹¹ Le pandectisme, science d'interprétation du droit du 19^{ème} siècle, table sur la philosophie de KANT et puise sa légitimité à la source de l'école de l'historisme conduite par SAVIGNY. Il s'agissait de garantir un espace de liberté suffisant permettant à la société d'agir librement afin d'atteindre à la réalisation des objectifs moraux et sociaux qu'elle s'était donnée. Il en découle le primat de l'autonomie individuelle et de la liberté contractuelle. A cet égard, les principes du droit romain sont apparus aux pandectes comme particulièrement appropriés à mesure qu'ils ont pu constituer l'expression d'un droit à caractère plutôt libéral. Cette école a influencé notamment les rédacteurs du BGB (cf. p.ex. D. WERKMÜLLER, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin 1984, 1422 ss).

¹² « Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ».

- a) Recourir au principe de l'illicéité subjective (tout dommage est par définition illicite, sauf motif justificatif)¹³.
- b) Assimiler l'illicéité et la faute, en ce sens que la faute est objectivée et se confond ou absorbe la condition d'illicéité¹⁴.
- c) Admettre que l'imputabilité résulte toujours d'un comportement, et étendre le principe de l'illicéité par comportement (*Verhaltensunrecht*) à la réparation de tous types de dommages, sans égard aux caractéristiques corporelles ou incorporelles des intérêts violés.

Une analyse de ces questions déborderait toutefois par trop le cadre de notre présentation¹⁵.

B. Le préjudice économique pur en droit des assurances

Sans égard à la structure actuelle de la LCA, qui a souvent été critiquée¹⁶, on distingue en droit des assurances selon que le dommage porte atteinte à une personne, une chose ou au patrimoine. En fonction de la nature de l'intérêt touché, la couverture revêt qualité d'assurance de dommage (lorsqu'elle garantit la prise en charge des conséquences de la détérioration d'une chose assurée), d'assurance de personne (lorsqu'elle garantit la prise en charge des conséquences d'atteintes dommageables visant une personne assurée) ou d'assurance de patrimoine (lorsqu'elle garantit la prise en charge des conséquences d'un acte dommageable qui atteint le patrimoine de la personne assurée¹⁷).

Par ailleurs, la pratique des assureurs connaît la notion de « dommages consécutifs » (*Folgeschäden*), soit de dommages qui découlent d'une première atteinte. Selon que l'atteinte initiale se rapporte à une chose, une personne ou le patrimoine assurés, la prise en charge par l'assurance du dommage consécutif s'examine à la lumière de la couverture d'assurance de dommage, d'assurance de personne ou d'assurance de patrimoine¹⁸. Le dommage consécutif ensuite d'atteinte à une chose ou à une personne est assimilé au dommage matériel ou au dommage corporel. Par nature, le

¹³ Voir sur ces questions, p.ex. P. WIDMER, *Privatrechtliche Haftung*, in MÖNCH / GEISER (éd.), *Schaden-Haftung-Versicherung*, Bâle 1999, 35 ss.

¹⁴ C'est la conception française de l'art. 1382 du Code civil (cf. p.ex. WIDMER, *op. cit.* [n. 13], 35).

¹⁵ Cf. cependant sur ces questions MISTELLI, *op. cit.* (n. 5), 100 *in fine* et 101 ss.

¹⁶ Cf. p.ex. BRULHART, *AJP/PJA* 7/2002, 838 ss.

¹⁷ C'est p.ex. le cas de l'assurance de la responsabilité civile.

¹⁸ Cf. p.ex. FUHRER, *op. cit.* (n. 5), 10.

dommage consécutif à une atteinte qui touche directement le patrimoine ne résulte pas d'une atteinte à une chose ou à l'intégrité corporelle. Il est appelé par les assureurs *préjudice purement économique* (ou préjudice de fortune). Cette qualification rejoint par conséquent la première définition du préjudice économique pur développée en droit de la responsabilité civile.

Y a-t-il dès lors une différence entre la notion selon le droit de la responsabilité et le droit des assurances? La réponse à cette question appelle la seconde notion du préjudice économique pur que connaît le droit de la responsabilité, soit celle qui table sur les droits absolus. Voici les termes de la comparaison:

- L'assureur considère comme préjudice économique pur le dommage qui ne découle pas d'une atteinte à une personne ou à une chose assurée.
- Le droit de la RC définit le préjudice économique pur comme celui qui ne découle pas d'une atteinte à un droit absolu. Si l'on restreint le champ d'extension des droits absolus à l'intégrité corporelle et à la propriété, les notions se recourent. Il faut cependant observer que l'on compte au surplus les droits de la personnalité au nombre des droits absolus, ou encore ceux de la propriété immatérielle¹⁹. Une atteinte à la personnalité (par exemple à l'honneur ou à l'image) sera considérée comme lésion d'un droit absolu, et le dommage qui en découle ne revêtira pas qualité de préjudice purement économique en droit de la responsabilité. En revanche, en droit des assurances, les conséquences d'une atteinte au droit à l'image, parce que ne résultant pas d'une lésion à l'intégrité corporelle ou à une chose, seront qualifiées de préjudice purement économique. Il ne faut toutefois pas exagérer les conséquences pratiques de la distinction, tant il est vrai que rares sont les problèmes de prise en charge, par l'assurance, de conséquences d'atteintes aux droits de la personnalité.

III. La prise en charge par l'assureur

A. L'« assurabilité »: De quoi s'agit-il?

Toute recherche serait vaine dans le PETIT ROBERT qui porterait sur l'« assurabilité ». Le terme n'existe pas. L'adjectif « assurable » s'y trouve en

¹⁹ Cf. p.ex. MISTELLI, *op. cit.* (n. 5), 36.

revanche, qui désigne ce qui peut être assuré. Aussi, nous osons le néologisme suivant: l'« assurabilité » est la détermination des conditions de ce qui est « assurable ».

En principe tout risque est assurable pour autant qu'il puisse faire l'objet d'une évaluation et ce d'un double point de vue:

- l'ampleur du sinistre possible d'une part et
- la probabilité de survenance d'autre part²⁰.

L'un comme l'autre, mais la probabilité de survenance surtout, repose sur des observations passées dont on déduit des conclusions pour le futur. D'où l'importance des statistiques. En fonction des observations, les actuaires déterminent le prix de la couverture d'assurance. L'assureur est extrêmement circonspect à l'égard des risques qui n'ont pas fait l'objet d'observation, et qui sont pour cette raison difficiles à évaluer. Paradoxalement, l'assureur n'aime pas l'incertitude, car son organisation a précisément pour but et pour conséquence de juguler les effets du hasard.

B. La couverture du préjudice économique pur

1. Généralités

Il est notoire que les assureurs sont réticents face à ce type de risque. Il y a plusieurs raisons à cela qui ne tiennent pas essentiellement aux difficultés d'évaluer le risque.

- 1° Une grande part des préjudices à caractère purement économique résulte de la violation d'obligations contractuelles. Or, d'une façon générale, les assureurs sont réfractaires à garantir les conséquences de violations de telles obligations. On considère en effet que l'obligation contractuelle, c'est le risque de l'entrepreneur, et que ce risque ne saurait faire l'objet d'un transfert à charge d'un tiers, fût-il assureur²¹. Le bon fonctionnement de la vie économique impose que l'entrepreneur assume le risque commercial de son entreprise.
- 2° On connaît l'adage selon lequel « l'assurance crée le risque ». La crainte a été exprimée parfois que l'assurance du préjudice à caractère purement économique pourrait être de nature à multiplier les préten-

²⁰ Voir p.ex. sur ces questions HENRI SCHWAMM, « Le secteur repense les limites de l'assurabilité », *Banque & Assurance* 11/2003 et 12/2003, 13 ss.

²¹ Cf. FUHRER, *op. cit.* (n. 5), 26; R. BREHM, *Le contrat d'assurance RC*, Bâle 1997, N 223 ss.

tions à ce titre. Il s'agirait en d'autres termes de contribuer à éviter l'extension incontrôlée du champ des dommages réparables²².

- 3° Il faut bien admettre que les préjudices à caractère purement économique peuvent prendre des proportions parfois considérables. Que l'on songe à l'avocat chargé de faire valoir une créance importante, et qui manque un délai. Au courtier en assurance, dont les connaissances lacunaires sont à l'origine de défauts de couverture dommageables. A l'administrateur de société dont les erreurs peuvent être source de grandes pertes pour l'entreprise. Au gestionnaire de fortune dont les appréciations défectueuses sont à l'origine de décisions de placement préjudiciables à son client. La perspective de ces conséquences financières graves amène l'assureur à faire preuve de réserve.
- 4° Le préjudice économique pur est une forme de dommage qui se rapporte à des domaines du droit encore peu développés pour partie. Que l'on songe par exemple aux nombreuses questions ouvertes dans le domaine de la responsabilité des organes d'une caisse de pension ou la responsabilité d'entreprise de service dans le domaine informatique.
- 5° Enfin, les sinistres où sont en cause des prétentions à caractère de préjudice économique pur sont très complexes, et requièrent l'engagement de spécialistes hautement qualifiés, comme aussi la mise en œuvre d'expertises coûteuses.

De fait, le régime de l'assurance des préjudices économiques pur est complexe: exclu en principe dans les couvertures de base (avec quelques exceptions), ce type de préjudice peut faire l'objet d'une assurance spéciale. A noter toutefois que le marché de l'assurance privé étant libéralisé, il faut se garder de tout dogmatisme en cette matière. Les assureurs sont libres de déterminer les couvertures à leur guise. Les réflexions qui suivent n'ont par conséquent qu'une valeur exemplative.

2. Le régime

a) *Les couvertures de base*

Il faut distinguer l'assurance de la responsabilité civile de particulier (RCP) et la responsabilité civile d'entreprise.

²² Cf. en particulier FUHRER, *op. cit.* (n. 5), 27 *in initio*.

Les assurances RCP excluent traditionnellement de la couverture les préjudices à caractère purement économique. Les assureurs peuvent procéder de deux façons:

- 1° Au travers de la définition du risque couvert. Par exemple:
« Sont couvertes les prétentions fondées sur les dispositions légales régissant la responsabilité civile, formulées contre les personnes assurées en cas de
 - lésions corporelles (...)
 - dommage matériel (...)
 - préjudice de fortune, à condition qu'ils soient la conséquence d'un dommage corporel ou matériel causé au lésé (...)».
- 2° Au travers d'une clause d'exclusion. Par exemple:
« Sont exclues (...) les prétentions pour des dommages économiques ne résultant ni d'une lésion corporelle assurée ni d'un dégât matériel assuré causé au lésé ».

Les assurances de la *responsabilité civile d'entreprise* sont normalement conçues en deux parties: des conditions générales de base, valables pour tout type d'activité, et des conditions complémentaires, applicables à certaines professions, qui complètent ou dérogent cas échéant, pour ces professions déterminées, aux conditions de base.

Les conditions de base excluent normalement les prétentions à caractère de dommage économique qui ne résultent pas d'une lésion corporelle ou d'un dégât matériel assuré causé au lésé. Ce principe général souffre des exceptions applicables à certains groupes professionnels, notamment les professions libérales sur lesquelles nous reviendrons, par le biais de dérogation dans les conditions complémentaires.

b) Les couvertures spéciales

Les premières couvertures d'assurance du préjudice purement économique trouvent leur origine au temps de l'introduction du BGB. On craignait naguère que ce dernier fût à l'origine d'une augmentation notable de prétentions en dommages et intérêts, et de nombreux avocats ont souhaité dès lors l'introduction d'une assurance particulière couvrant le risque professionnel²³.

Il est à noter que l'assurance du préjudice purement économique couvre, dans le temps, normalement des prétentions qui sont *émises* pendant la

²³ Ce qui, comme le relève FUHRER, n'a pas manqué non plus de soulever des objections sur la « moralité » de ce genre de couverture d'assurance (*op. cit.* [n. 5], 51).

période de couverture (« *claims made* »). On déroge ainsi au principe général qui prévaut usuellement en matière d'assurance RC, selon lequel sont couverts les dommages qui ont été « causés » pendant la période de couverture²⁴.

Enfin, il faut noter que ces formes d'assurance sont souvent assorties de mesures d'intéressement du preneur; ce peut être par le biais de franchises ou de systèmes de participation aux bénéfices qui se mesurent sur le rendement du contrat. Sont envisageables également des régimes de bonus / malus qui influencent le niveau de la prime.

3. De quelques types d'assurance du préjudice économique pur

a) *Les avocats et notaires*

L'activité de l'avocat relève du contrat de mandat (art. 394 ss CO). L'homme de loi répond par conséquent d'un devoir de diligence, mais non pas d'un résultat. Il doit mettre en œuvre les moyens nécessaires à l'exécution des tâches qui lui sont confiées.

Or, l'étendue de ces tâches peut varier d'un avocat à l'autre. L'activité typique découle du conseil juridique et de la représentation des intérêts du mandant, notamment au-devant d'autorités et de tribunaux. Mais elle peut s'étendre aussi à des fonctions d'administrateur de sociétés, de liquidateur d'entreprises, de gestionnaire d'immeuble, de fortune, de réviseur pour ne citer que quelques unes des nombreuses tâches qui peuvent entrer en ligne de compte.

Les notaires, quant à eux, exercent leurs talents sur la base de statuts divers: certains interviennent en qualité d'indépendants, à l'instar des avocats; d'autres sont des fonctionnaires rétribués par l'Etat et ressortissent à l'administration cantonale. La responsabilité du notaire indépendant peut être comparée à celle de l'avocat; il répond donc en fonction des règles de droit privé.

Il en va différemment des notaires-fonctionnaires. La responsabilité de ces derniers s'apprécie à la lumière des règles cantonales sur la responsabilité des agents publics, et non du droit privé²⁵.

²⁴ Soit en d'autres termes la théorie de l'acte dommageable qu'avait retenue également le Tribunal fédéral (ATF 101 II 403).

²⁵ ATF 90 II 274; 96 II 45.

Normalement, les assurances de la responsabilité civile des avocats et notaires indépendants couvrent le préjudice économique pur découlant de la violation des obligations qui relèvent de l'activité traditionnelle (conseil juridique et représentation, notamment devant les autorités). Le préjudice économique pur résultant de l'activité comme administrateur de sociétés, réviseur, organe de contrôle peut tomber dans le champ de l'assurance, moyennant toutefois convention particulière.

Cependant, demeure classiquement exclu tout dommage causé en relation avec des *opérations financières*²⁶. Sont également exclus les dommages que la personne assurée pourrait occasionner dans l'exercice d'une activité de direction d'entreprise ou d'institution de prévoyance²⁷.

b) Les architectes et ingénieurs

A l'instar de l'assurance RC des avocats et notaires, celle des architectes et ingénieurs repose sur des conditions générales de base RC entreprise, lesquelles sont assorties de conditions complémentaires visant les caractéristiques particulières de l'activité des architectes et ingénieurs. Ces conditions complémentaires dérogent, pour partie, aux conditions de base. Cela concerne précisément le préjudice purement économique, exclu dans les conditions de base, mais couvert à certaines conditions par l'effet d'une dérogation dans les conditions complémentaires. Les architectes et ingénieurs, comme d'ailleurs les avocats et les notaires, offrent des prestations de service dans lesquelles le préjudice économique pur constitue, de loin, le risque de responsabilité civile le plus important. On pense à des plans ou des calculs qui comprennent des erreurs à l'origine de coûts de construction supplémentaires. Ou à l'ingénieur qui omet une demande de subvention. Ou encore au géomètre qui établit un plan d'implantation défectueux, lequel nécessite l'élaboration de nouveaux plans d'architectes. Ce type de dommage est couvert normalement par l'effet des conditions complémentaires. Traditionnellement cependant, ne sont pas assurées les prétentions qui découlent de dépassement de devis, de dépassement de délais, de calculs défectueux de coûts, de contrôle inexact de décomptes.

Par ailleurs, sont exclus tous les dommages qui ne sont pas en relation avec l'activité typique de l'architecte ou de l'ingénieur (par exemple admi-

²⁶ On entend par là des consultations, conseils ou recommandations en rapport avec des investissements et réinvestissements, l'achat, la vente ou la négociation d'espèces, de devis, d'actions, de reconnaissance de dette, de papiers-valeurs, d'immeubles ou d'autres valeurs réelles ou patrimoniales. Une assurance spéciale peut être envisagée cas échéant.

²⁷ Cas échéant une assurance D et O peut entrer en ligne de compte (cf. *infra*).

nistrateur de société ou opération financière). En revanche, l'assurance peut s'étendre aussi à la responsabilité du preneur d'assurance en tant qu'*entrepreneur général* ou *entrepreneur total*²⁸. La couverture est cependant subordonnée au fait que le preneur d'assurance ait conclu en son propre nom et pour son propre compte les contrats relatifs aux travaux qu'il fait exécuter par des tiers (architectes, ingénieurs, entrepreneurs, artisans, etc.).

c) *L'assurance D et O*

L'assurance D et O (assurance des dirigeants ou mandataire sociaux) appelle évidemment le problème de la responsabilité de ces derniers, ce qui est, en soi déjà, une question complexe dont le traitement déborderait les limites imposées. Nous allons évoquer quelques aspects où se mêlent responsabilité et assurance²⁹.

1° Le risque assuré. Dans l'assurance D et O, le risque est constitué par les pertes patrimoniales subies par des dirigeants d'entreprise à raison de prétentions en dommages et intérêts émises contre eux³⁰. Cette affirmation appelle quelques compléments:

- L'assurance intervient lorsque le dirigeant, par ses agissements à sa qualité, cause un dommage pour lequel il peut être recherché en responsabilité. L'assurance couvre par conséquent le patrimoine de la personne dirigeante recherchée en responsabilité.
- L'assurance intervient uniquement lorsque l'atteinte subie par la victime est de nature purement économique³¹.
- Enfin, l'assurance des dirigeants opère une distinction entre le preneur d'assurance et la personne assurée. Le preneur d'assurance, c'est la société pour laquelle le dirigeant est actif. L'assuré, c'est le dirigeant lui-même. En d'autres termes, l'assurance D et O est une forme d'assurance pour le compte d'autrui.

2° Les prestations d'assurance. L'assureur assume d'une part la défense du dirigeant dont la responsabilité est en cause. D'autre part, il couvre les conséquences patrimoniales d'une responsabilité avérée; en d'autres ter-

²⁸ Le preneur d'assurance est considéré comme *entrepreneur général* lorsque le maître de l'ouvrage lui confie, sur la base d'un projet existant, l'exécution complète d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage. Il est considéré comme *entrepreneur total* lorsque le maître de l'ouvrage lui confie en même temps l'exécution complète des plans et d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage.

²⁹ Cf. sur l'évolution de cette forme de responsabilité en Allemagne, cf. p.ex. *Versicherungswirtschaft*, 2004, 1737 ss; aux Etats-Unis, *Versicherungswirtschaft*, 2005, 21 ss.

³⁰ Cf. p.ex. D. BANDLE, *L'assurance D et O*, Zurich 1999, 8.

³¹ Les assurances RC professionnelles et RC d'entreprise interviennent quant à elles lorsque la victime subit un préjudice de nature corporelle ou matérielle.

mes, il garantit le patrimoine du dirigeant responsable à hauteur de l'indemnité qu'il doit à la victime, sous réserve de la somme d'assurance, et déduction faite des frais de défense et d'une éventuelle franchise.

3° **Les personnes lésées.** On peut distinguer trois catégories de personnes lésées:

- les actionnaires;
- les créanciers;
- la société elle-même.

Les actionnaires peuvent agir en responsabilité contre l'organe dirigeant s'ils subissent un *préjudice direct*. On pense ici aux droits patrimoniaux attachés au titre, tels que le paiement de dividende. En revanche, le préjudice indirect, soit celui que subit l'actionnaire à raison de la perte de substance de la société, est soumis aux restrictions des art. 756 à 758 CO³².

Les créanciers peuvent agir eux-mêmes contre le dirigeant responsable d'un préjudice direct; quant au préjudice indirect, il ne peut faire l'objet d'une revendication par les créanciers aussi longtemps que le patrimoine de la société permet un désintéressement; la question se posera donc essentiellement en cas de faillite.

La société peut naturellement subir un dommage du fait d'un acte dommageable dont répond son organe dirigeant. Si l'action en responsabilité est en soi possible, il faut observer que, normalement, l'assurance exclut ce type de risque. On tend à éviter que la société obtienne en fin de compte pour elle une indemnisation de l'assurance qu'elle a conclue pour le compte de ses dirigeants. On pense aussi à certains risques de collusion ou conflits d'intérêts.

Conclusions

1° Le préjudice économique pur c'est, en droit de la responsabilité, celui qui ne découle pas d'une atteinte à un droit absolu. En droit des assurances, c'est celui qui ne découle pas d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou d'un dommage à une chose. La différence entre les deux notions porte sur les droits de la personnalité et de la propriété immatérielle dont la violation ne rentre pas, normalement, dans le champ de la couverture d'assurance.

³² A savoir que l'actionnaire ne peut agir qu'en paiement de dommages et intérêts à la société (art. 758 I CO).

2° On peut discuter de la question de savoir s'il est encore justifié que le préjudice économique pur soit moins protégé par l'ordre juridique que la propriété.

3° Le préjudice économique pur est exclu normalement des assurances de base, sous réserve du dommage découlant de l'activité de certaines professions libérales; par le biais de conditions complémentaires, on déroge dans ce cas au régime de base, et on couvre le préjudice économique pur. C'est notamment le système qui prévaut pour les assurances RC professionnelles (avocats, notaires, architectes et ingénieurs).

4° Il existe certaines assurances qui visent spécialement la couverture du préjudice économique pur (c'est notamment le cas de l'assurance des dirigeants d'entreprises).

Le préjudice: une notion dans la mouvance des conceptions

FRANZ WERRO*

Table des matières

I.	Le préjudice: une notion normative et évolutive par définition	126
	A. Le caractère normatif	126
	B. Le caractère évolutif	128
II.	Deux exemples: Le préjudice ménager et le préjudice résultant de vacances gâchées	129
	A. Le préjudice ménager	129
	B. Le préjudice résultant de vacances gâchées	131
III.	Quelques critères pour définir le préjudice réparable	132
	A. La protection spéciale du consommateur	133
	B. L'égalité de traitement	133
	C. L'eurocompatibilité	134

A travers l'analyse de questions d'actualité, les exposés du présent colloque ont permis de faire le point sur des aspects centraux de la notion de préjudice. S'ils ont mis l'accent sur le dommage matériel et économique, traitant en particulier de la distinction parfois délicate entre le dommage et le tort moral, ils ont aussi donné un aperçu fondamental du préjudice corporel, en relation notamment avec la naissance d'un enfant non désiré, la mort et l'invalidité d'une personne.

Ces exposés ont aussi montré toute la difficulté de définir une notion juridique en devenir. Il est vrai que c'est le propre du droit de ne jamais « être », mais de « devenir »¹. Toutefois, quand ce sont des concepts de base qui évoluent, le cadre de référence lui-même paraît mis en péril et, avec lui, le minimum vital de sécurité juridique. Grâce à des perspectives théoriques, économiques et comparatives, le colloque a réussi à dégager certaines causes de la mouvance de la notion de préjudice et à offrir – et c'est là un mérite essentiel – des réponses concrètes à certaines questions pratiques.

* Professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center.

¹ « Law never is, but is always about to be. » – Benjamin Nathan Cardozo.

Je ne reprendrai pas ici le contenu des diverses contributions qui forment le présent volume. Je me bornerai à montrer, comme chacune d'entre elles l'a fait à sa manière, en quoi le préjudice constitue par définition une notion normative et évolutive (I). En reprenant des idées que j'ai déjà développées dans d'autres publications, j'illustrerai mon propos en traitant du préjudice ménager et de celui qui résulte de vacances gâchées (II). Je terminerai en suggérant quelques critères qui pourraient guider le juge dans la définition du préjudice réparable (III).

I. Le préjudice: une notion normative et évolutive par définition

A. Le caractère normatif

Il y a quelques années, les tribunaux allemands ont tenté d'**élargir la notion classique de préjudice**, telle qu'elle était comprise notamment en application de la théorie de la différence². Ce faisant, ils entendaient répondre aux nouvelles attentes des lésés, générées par l'évolution de la société de consommation, et aux nouvelles prétentions en découlant. Constatant que celles-ci n'entraient pas dans les catégories admises, ces tribunaux en ont créé de nouvelles: c'est ainsi que les dommages de frustration et de commercialisation ou le dommage ménager en particulier ont fait leur apparition. Pour fonder la création de ces nouvelles catégories de préjudices, les tribunaux se sont réclamés d'un véritable pouvoir normatif. En bonne logique, ils ont réuni ces nouveaux préjudices sous le label de « **préjudices normatifs** ».

Ce faisant, les tribunaux ont un peu perdu de vue le fait que **toute définition du préjudice**, quel qu'il soit, est normative; celle-ci **repose** en effet toujours **sur un jugement de valeur**. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur suisse a tout simplement renoncé à définir le préjudice, laissant aux tribunaux et à la doctrine le soin de donner à cette notion les limites adéquates.

Qualifier certains préjudices de « préjudices normatifs », comme le font aujourd'hui le Tribunal fédéral et la doctrine suisse, est donc une **redundance**. C'est aussi une **restriction injustifiée** dans la mesure où, encore

² A ce sujet, cf. F. WERRO, *La responsabilité civile*, Berne 2005, n. 39 ss.

une fois, tous les préjudices ont un caractère normatif. Ce qui donne à une perte, quelle qu'elle soit, un caractère indemnisable ou non a en effet toujours été le fruit d'un jugement éthique, moral et économique-politique des tribunaux à une époque donnée. Cela est vrai aussi bien pour les préjudices dont la réparation est admise seulement depuis peu par certains tribunaux que pour ceux dont le caractère indemnisable est reconnu depuis longtemps; en d'autres termes, cela est vrai aussi bien pour la perte consécutive à l'incapacité de tenir son ménage par exemple que pour celle consécutive à l'endommagement d'une voiture ou celle qui fait suite à une invalidité ou à une souffrance psychique.

Dans l'exemple de l'endommagement d'une voiture, il paraît en principe facile de retenir une perte mesurable. En réalité, seuls certains éléments de cette perte sont aisément acquis. Ainsi, la facture du garagiste ne fait en général guère l'objet d'une discussion. Toutefois, il n'en est ainsi que tant que les frais de réparation restent inférieurs à la valeur vénale du véhicule. Dans le cas contraire, l'évaluation de la perte repose sur une opération sensiblement plus délicate: le juge doit alors prendre en compte le fait que si la voiture n'a plus de valeur marchande, elle n'en conserve pas moins une utilité pour son propriétaire. Dans l'évaluation d'un tel préjudice, le **juge ne peut se fonder sur une simple opération d'arithmétique**, mais doit faire usage de son pouvoir d'appréciation.

D'autres aspects de l'endommagement d'une voiture sont plus difficiles à saisir encore. Pourquoi le propriétaire qui perd l'usage de celle-ci n'aurait-il pas le droit d'être indemnisé de ce fait? Incontestablement, celui qui se fait rembourser les frais de réparation de sa voiture, et éventuellement même la moins-value que celle-ci a subie, n'est pas replacé dans la situation qui était la sienne avant l'événement dommageable. Il a perdu du temps et a subi un énervement que l'indemnité qu'il reçoit ne compense pas. Le refus de compenser un tel désavantage repose sur un choix normatif de société.

On estime bien évidemment à juste titre que le droit de la responsabilité civile n'a pas pour but de dédommager tous les déplaisirs. Certains font partie de la vie et on considère qu'il est plus rationnel de demander à la victime de les supporter plutôt que de les faire assumer par le responsable. La juste mesure de l'indifférence qu'il convient de garder à l'égard des déplaisirs n'est toutefois pas facile à saisir.

Que dire au surplus des souffrances découlant de la perte accidentelle d'un être cher? Il faut reconnaître que les quelques milliers de francs alloués à titre d'indemnité restent symboliques et ne compensent pas la souffrance.

france subie. Là aussi, on se trouve déjà, quoi qu'on dise, dans le **champ de l'évaluation normative**.

Il paraît dès lors très important d'aborder le préjudice ou l'indemnité qui est censée effacer celui-ci comme le reflet d'un jugement à la fois pratique et politique, dont il faut comprendre les préjugés et les limites.

B. Le caractère évolutif

Si la notion de préjudice paraît aujourd'hui tout particulièrement appelée à évoluer, et si on en voit émerger de nouvelles formes, c'est sans doute parce que les choix politiques qui ont présidé à sa définition à la fin du 19^e siècle sont en partie remis en cause actuellement. En vogue à l'époque de l'adoption du Code des obligations, le libéralisme, couplé à l'idée de responsabilité individuelle, est aujourd'hui confronté à des **réalités nouvelles**, où la place de l'individu et de la responsabilité de celui-ci est souvent mise à l'épreuve, pour ne pas dire complètement anéantie.

A l'**industrialisation**, qui a vu naître de nouveaux dangers pour l'intégrité physique des personnes, est en effet venue s'ajouter la **massification de l'économie**. Dans un monde globalisé, celle-ci confronte les consommateurs à de nouvelles difficultés, où le libre arbitre n'est souvent qu'une fiction. Il n'y a qu'à songer aux avanies du tourisme de masse, aux dangers de l'alimentation industrielle ou aux périls écologiques pour comprendre le déclin de la liberté et les menaces qui accompagnent celui-ci. Ces menaces, souvent diffuses et incertaines, pèsent sur l'être humain et donnent la mesure des mutations qui marquent notre temps. Elles ont généré des peurs et fait naître des **besoins de protection nouveaux**. A cet égard, on ne peut que comprendre l'apparition du préjudice écologique (cf. art. 45d de l'Avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile) ou le besoin éprouvé par le législateur de renforcer la protection de l'attachement que les personnes ont pour les animaux domestiques (cf. art. 641a CC, art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis} CO). Dans cette perspective, le fait que, sous d'autres cieux, un barreau en quête de nouveaux marchés s'attaque à l'industrie du *fast-food* pour défendre les personnes obèses qui, en raison de leur pauvreté, n'ont pas le choix véritable de leur nourriture, ne surprend guère. Le fait est même plutôt rassurant dans les pays où l'Etat se refuse à défendre les plus démunis, tout en déclarant, pour les besoins d'une législation scolaire sur la nourriture, que le ketchup est un légume!

Le dommage et le tort moral, tels qu'ils sont actuellement encore majoritairement compris, ont trouvé leur **définition à une époque préindustrielle**, où la production et la consommation de masse n'avaient pas encore vu le jour. Au nom de la liberté d'entreprendre, on a voulu les définir de manière restrictive. Dans le contexte actuel, ces restrictions, malgré tout l'attachement que le Tribunal fédéral semble leur porter, apparaissent souvent douteuses.

Toute la difficulté, pour le législateur ou les tribunaux contemporains, est donc de **tracer les nouvelles frontières du préjudice réparable** pour l'adapter au monde actuel. En Europe, on a su mettre en place à cet égard des assurances-accidents pour répondre à la menace que présente l'invalidité physique; en ce qui concerne les formes de préjudices qui frappent les consommateurs dans leur vie quotidienne en revanche, on évolue encore à tâtons.

Deux exemples vont me permettre d'illustrer et de préciser mon propos. Le premier concerne le préjudice ménager, le second, celui qui résulte de vacances gâchées.

II. Deux exemples: Le préjudice ménager et le préjudice résultant de vacances gâchées

A. Le préjudice ménager

Dans les conceptions admises, le dommage ménager constitue un préjudice normatif car il entend **compenser la perte de la capacité de travail**, et non la perte d'une capacité de gain. On considère en effet que, comme telle, la perte de la capacité de travail ne constitue en principe pas une perte patrimoniale.

Toute la question est de savoir sur quoi repose cette affirmation et de vérifier quels en sont les *a priori*. Sans doute trouve-t-elle une certaine justification dans la peur de devoir rembourser des pertes non mesurables ou la volonté de limiter l'obligation de réparer afin de ne pas mettre en péril le fonctionnement de l'économie libérale. Cette peur disparaît à juste titre quand on se trouve en présence d'une perte de la capacité de se livrer à une activité dont la valeur économique, comme celle de l'activité ménagère, est

évidente³: on accepte alors très naturellement de réparer le préjudice qui résulte de l'incapacité de s'y livrer.

On le voit, la **question de savoir si ce travail est rémunéré ou non** n'est dès lors **pas décisive**. Il paraîtrait dès lors plus convaincant d'admettre que la perte de la capacité de se livrer à un travail est un préjudice dans la mesure où ce travail a une **valeur économique**, non seulement pour ceux qui en bénéficient mais aussi pour celui qui s'y livre. Si tel est le cas en principe du travail ménager, il en va différemment des activités de loisir ou du bénévolat, qui procèdent d'une autre logique, puisque celui qui s'y livre n'y trouve pas d'intérêt économique⁴.

Lorsqu'une personne est empêchée de faire son ménage, et qu'en dépit de son empêchement, elle veut maintenir son train de vie, elle doit engager des dépenses nouvelles. Celles-ci diminuent son patrimoine. On peut donc y voir un dommage même en application de la théorie de la différence. Celui qui, en revanche, accepte de vivre moins bien car il ne veut pas faire appel à une aide extérieure n'est plus économiquement dans la même situation qu'avant: pour éviter une dépense, il doit renoncer à l'avantage d'un ménage tenu « comme avant ». Il se trouve dans la même situation que celui dont la voiture est endommagée et qui décide de ne pas la faire réparer. Dans ce cas, il n'y a aucune raison de considérer que l'intervention spontanée et bénévole d'éventuels autres membres de la famille ou du foyer doit se faire au profit du responsable.

Selon moi, invoquer le **caractère normatif du préjudice** et affirmer que la réparation du dommage ménager constitue une exception à une règle qui voudrait ne compenser que la perte d'une capacité de gain n'est donc **guère convaincant**. En 1931, le Tribunal fédéral ne s'y est d'ailleurs pas trompé: il a en effet admis la réparation du préjudice ménager et il ne lui est pas venu à l'idée d'invoquer la théorie du dommage normatif, encore inexistante à l'époque⁵. En outre, considérer que la valeur du travail ménager se mesure avant tout de manière abstraite n'est pas convaincant non plus. Cela a été démontré récemment en doctrine: qu'il soit normatif ou non, le préjudice

³ Cf. ATF 99 II 221.

⁴ Cf. F. WERRO, « Du dommage ménager au dommage monacal ou de la relativisation du dommage normatif », Notes de lecture à partir de l'avis de droit du professeur Peter Jäggi, REAS 2004 247 ss.

⁵ ATF 57 II 555 = JdT 1932 I 305.

doit être calculé de manière concrète, et les difficultés qu'on rencontre en matière ménagère n'ont rien de spécifique⁶.

B. Le préjudice résultant de vacances gâchées

Appelée à interpréter la directive sur les voyages à forfait⁷ dans l'*affaire Leitner*, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a rendu un arrêt qui admet que le voyageur dont la responsabilité est engagée doit réparer le préjudice résultant de vacances gâchées. Plutôt que d'y voir un dommage, en étendant la notion de dommage aux pertes frustrées de leur raison d'être, la CJCE y a vu un tort moral⁸. Ce faisant, elle a peut-être omis de discuter un point important, qui est celui de savoir si, dans certains cas, une dépense faite volontairement mais frustrée de sa raison d'être ne doit pas être considérée comme un dommage réparable⁹.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt s'impose aujourd'hui aux Etats membres de l'Union européenne comme à la Suisse. En effet, dans l'interprétation des lois Swisslex qui, comme la Loi sur les voyages à forfait (LVF), ont repris en 1993 certaines directives européennes¹⁰, le juge suisse est tenu de prendre en compte la jurisprudence de la CJCE; c'est ce qu'a décidé à juste titre le Tribunal fédéral dans deux arrêts récents¹¹. Les tribunaux suisses doivent donc désormais réparer le préjudice résultant de vacances gâchées lorsque le lésé a conclu un contrat de voyage à forfait, et cela au titre d'un tort moral. Sans doute s'agit-il d'un tort moral d'une autre nature que celui que le législateur avait en vue en adoptant les art. 47 et 49 CO. On pourrait y voir un « **petit tort moral** », celui des tracasseries insupportables et injustes, qui se

⁶ Dans ce sens, à juste titre, cf. G. CHAPPUIS, « Le préjudice ménager: encore et toujours ou les errances du dommage normatif », REAS 2004 282 ss.

⁷ Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JOCE L 158/59 du 23 juin 1990).

⁸ CJCE, 12.03.2002, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, C-168/00, Rec. 2002 I-2631.

⁹ Dans ce sens, cf. G. PETITPIERRE, dans le présent ouvrage p. 72.

¹⁰ Cf. Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'EEE, FF 1993 I 757 ss; pour le voyage à forfait, cf. la Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait [RS 944.3], FF 1993 I 805 ss, reprenant la Directive 90/314/CEE (note 7).

¹¹ Cf. ATF 129 III 335, consid. 7, JdT 2003 II 75; ATF 1309 III 182, SJ 2004 I 449. Sur cette question, cf. l'ensemble des contributions in F. Werro / T. Probst (éds.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire*, Berne 2004.

distingue du « grand tort moral », reconnu en cas d'atteinte à la personnalité (cf. art. 47 et 49 CO)¹².

La question qui se pose toutefois est celle de savoir si, pour des motifs de cohérence et d'égalité de traitement, il ne faudrait pas aussi réparer ce petit tort moral **en dehors du voyage à forfait**, que ce soit dans un contrat de voyage ordinaire ou même en dehors de tout contrat. En effet, celui dont la voiture est emboutie par un automobiliste avant de passer le tunnel du Gotthard souffre exactement du même préjudice que le créancier d'une prestation de voyage à forfait, lésé par un voyageur négligent, qui doit passer trois jours dans un hôtel local au lieu de pouvoir profiter de ses vacances¹³.

On notera que l'arrêt *Leitner* ne se contente pas de trancher utilement la question du préjudice réparable en application de la directive sur les voyages à forfait. Il va en effet bien au-delà, en imposant une notion du préjudice que certains Etats membres avaient délibérément rejetée. Ce faisant, il **sème le doute sur les frontières du préjudice réparable en général**. En effet, l'arrêt remet en cause de façon générale la délimitation entre le dommage et le tort moral. On peut voir dans ce développement une intéressante contribution à la formation du droit européen de la responsabilité civile. On peut aussi y voir un coup du hasard et comprendre ceux qui estiment qu'une action plus coordonnée satisferait mieux les besoins de la Communauté européenne¹⁴.

III. Quelques critères pour définir le préjudice réparable

Les hésitations qui entourent la réparation de certains préjudices sont le fruit de celles que connaissent les conceptions politiques et économiques. La question de savoir si on indemnise la perte de la possibilité d'exercer une activité non rémunérée dont la valeur économique est évidente est au centre du problème du préjudice ménager. Indemniser une atteinte à la ca

¹² Cf. F. WERRO, « Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat? », in P. Tercier et al. (éds.), *Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich 2004, 695 ss.

¹³ Cf. WERRO (note 12), 707 s.

¹⁴ Cf. F. WERRO, « Vers un Code européen des contrats? » in F. Bellanger / F. Chaix / C. Chappuis / A. Héritier Lachat (éds.), *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la Semaine Judiciaire, Berne 2004, 341 ss, 347.

pacité de travail comme telle et non à la capacité de gain pose non seulement un problème de principe, mais également de calcul: si on accepte d'indemniser la perte de la capacité de tenir son ménage, il faut encore ensuite parvenir à mesurer cette perte. Il n'en va pas différemment en matière de vacances gâchées. Admettre l'indemnisation de ce déplaisir, c'est donner une valeur à la perte d'un bien-être et c'est à nouveau poser la question de savoir comment mesurer une telle perte. Que la question du préjudice réparable se pose en relation avec des activités non rémunérées ou qui relèvent du bien-être est révélateur du **carcan que les plaideurs tentent de faire sauter**, au nom des préoccupations nouvelles qui sont les leurs.

Il est vrai cependant qu'on ne peut pas imposer au droit de la responsabilité civile de réparer toutes les pertes. Des **choix** sont **nécessaires**. Il paraît dès lors essentiel de dégager les critères ou les principes permettant au juge appelé à les opérer de décider ce qui est réparable et ce qui ne l'est pas. J'en vois essentiellement trois.

A. La protection spéciale du consommateur

Le premier critère qui devrait aider le juge dans sa démarche tient à la **situation de la victime**. Admettre la réparation du préjudice résultant de vacances gâchées ou de la privation de l'usage d'une chose me paraît envisageable là où on a affaire à un consommateur dont les choix sont limités. Ainsi, celui qui contracte une salmonellose parce qu'il mange de la nourriture dans un club de vacances mérite des égards parce qu'il est un consommateur démuni, sans aucune prise face à une entreprise organisée.

Le caractère de **consommation de masse** est dès lors un élément dont il faut tenir compte pour apprécier la protection que mérite le lésé. Dans cette logique, il faudrait admettre que celui qui est privé quelques jours de l'usage de sa piscine de luxe par la faute de l'entrepreneur qu'il a choisi ne mérite en principe pas la même protection que le touriste malade que l'on prive de son rêve de vacances annuelles.

B. L'égalité de traitement

Le deuxième critère qu'il faut prendre en compte dans la détermination des préjudices réparables est celui du respect de l'égalité de traitement, qui veut

qu'on traite de façon semblable des situations qui présentent des similarités déterminantes.

En application du principe d'égalité, reconnaître une indemnité pour vacances gâchées au consommateur partie à un contrat de voyage à forfait implique d'admettre une réparation dans des situations semblables également. Il faut en effet **éviter de tomber dans des incohérences**.

Ainsi, celui qui a conclu un contrat de voyage qui n'est pas à forfait ne devrait pas être traité autrement que celui qui a conclu un forfait. On peut même se demander, on l'a vu, si celui qui n'a conclu aucun contrat ne mérite pas lui aussi d'être indemnisé par celui qui lui gâche ses vacances, à partir du moment où ce dernier a commis une faute. Manquer de diligence dans l'exécution d'un contrat ou en dehors du contrat n'est en effet pas vraiment différent, dès lors que le fondement du devoir de se comporter de manière diligente ne résulte pas du contrat, mais de la loi.

Réparer le préjudice résultant de vacances gâchées de celui qui s'est fait emboutir sa voiture par la faute d'autrui alors qu'il était sur le point de partir en vacances paraît reposer sur une approche cohérente. Quelle différence y a-t-il en effet entre la touriste victime d'une salmonellose sur son lieu de vacances et l'automobiliste empêché de s'y rendre? Le fait que le responsable de l'accident automobile n'avait rien promis à la victime? Peut-être, mais le voyageur n'avait pas non plus promis autre chose que ce à quoi il était tenu de par la loi: à savoir de faire en sorte de ne pas empoisonner les gens. Cette obligation n'est pas différente des devoirs qui imposent aux automobilistes de faire en sorte de ne pas démolir les voitures qu'ils croisent sur leur passage.

C. L'eurocompatibilité

Le troisième critère que l'on peut retenir se situe dans le prolongement du précédent: il s'agit de l'eurocompatibilité. Les Suisses sont des citoyens européens qui, dans leur rapport avec l'Etat, sont **traités comme le sont tous les citoyens des pays européens** qui ont ratifié la Convention des droits de l'homme. Il serait souhaitable qu'on retrouve cette égalité dans les rapports privés. Il n'y a en effet pas de raison que les consommateurs suisses soient moins bien traités que leurs homologues européens ou que les entreprises suisses ne soient pas mises sur un pied d'égalité avec leurs concurrents dans le marché unique. En dernière analyse, il en va aussi de la santé de l'économie suisse.

En conséquence, dans tous les domaines où le législateur européen reconnaît des préjudices compensables, les tribunaux suisses devraient trouver de très sérieux motifs pour ne pas en faire autant. Faute de trouver de tels motifs, ils doivent suivre la solution retenue au plan européen.

Annexes

1. Apperçu comparatif de quelques dispositions juridiques sur le dommage

I. Droit suisse

Art. 42 Code des obligations

- (1) La preuve du dommage incombe au demandeur.
- (2) Lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.
- (3) Les frais de traitement pour les animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain font l'objet d'un remboursement approprié, même s'ils sont supérieurs à la valeur de l'animal.

(1) Wer Schadenersatz beansprucht, hat den Schaden zu beweisen.

(2) Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen.

(3) Bei Tieren, die im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden, können die Heilungskosten auch dann angemessen als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen.

(1) Chi pretende il risarcimento del danno ne deve fornire la prova.

(2) Il danno di cui non può essere provato il preciso importo, è stabilito dal prudente criterio del giudice avuto riguardo all'ordinario andamento delle cose ed alle misure prese dal danneggiato.

(3) Per gli animali domestici non tenuti a scopo patrimoniale o lucrativo, le spese di cura possono essere fatte valere adeguatamente come danno anche quando eccedono il valore dell'animale.

II. Droit italien

Art. 1226 Codice civile

Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa (2056 e seguenti)

Art. 2056 Codice civile

(1) Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227.

(2) Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.

III. Droit allemand

§ 287 Zivilprozessordnung

[Ermittlung des Schadens oder der Höhe einer Forderung]

(1) Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtes wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann den Beweisführer über den Schaden oder das Interesse vernehmen; die Vorschriften des § 452 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 bis 4 gelten entsprechend.

(2) Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 1, 2 sind bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch in anderen Fällen entsprechend anzuwenden, soweit unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür massgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen.

IV. Droit autrichien

§ 273 Zivilprozessordnung

(1) Wenn feststeht, dass einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt oder dass sie sonst eine Forderung zu stellen hat, hat der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann das Gericht auf Antrag oder von Amtes wegen selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen. Die Festsetzung des Betrages kann auch die eidliche Vernehmung einer der Parteien über die für des Bestimmung des Betrages massgebenden Umstände vorausgehen.

V. Droit français

Art. 1315 Code civil

(1) Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

(2) Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Art. 1383 Code civil

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Art. 9 Nouveau code de procédure civile

Il incombe à la partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

2. Arrêt du Tribunal fédéral ATF 128 III 271

Contrat de travail; droit aux vacances et à des jours de congé, libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé (art. 8 CC; art. 42 al. 2, 321c, 324 al. 2, 329, 337c al. 2 CO).

Répartition du fardeau de la preuve concernant le nombre des jours de vacances qui ont été pris (consid. 2a).

Degré de la preuve requis et application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO (consid. 2b).

Rapport entre la prestation de travail accomplie durant les jours fériés ou les jours de congé et le travail supplémentaire (consid. 3).

Compensation des jours de vacances non pris par du temps libre en cas de libération de l'obligation de travailler durant le délai de congé (consid. 4).

Sachverhalt

A.- X. arbeitete seit Januar 1992 als Hauswart im Alterswohnheim der Y. Leiterin des Heimes und damit seine Vorgesetzte war seine Ehefrau. Diese schloss am 28. November 1996 mit der Arbeitgeberin eine Vereinbarung, wonach ihr eigenes Arbeitsverhältnis am 30. Juni 1998 enden werde.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 1997 stellte die Arbeitgeberin X. unter Hinweis auf ein Gespräch vom 28. Oktober 1997 eine formelle Kündigung mit separatem Brief in Aussicht. Sie teilte ihm zudem mit, dass er per 28. Februar 1998 freigestellt werde. Am 31. Oktober 1997 wurde dem Arbeitnehmer vom Präsidenten der Arbeitgeberin ein mit "Kündigung des Arbeitsverhältnisses" betitelt Schreiben übergeben. Da die Wirksamkeit der Kündigung von der Seite des Arbeitnehmers bestritten wurde, wiederholte die Arbeitgeberin die Kündigung mit Schreiben vom 15. Januar 1998. Am 1. Juli 1998 trat X. eine neue Arbeitsstelle an.

B.- Mit Eingabe vom 23. Dezember 1997 erhob X. Klage gegen die Y. mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von Fr. 126'592.50 – später erhöht auf Fr. 129'900.80 – nebst 5% Zins seit Rechtshängigkeit der Klage zu verpflichten. Das Arbeitsgericht Zürich hiess die Klage mit Urteil vom 15. Dezember 1999 teilweise gut und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von Fr. 76'798.75 brutto bzw. (abzüglich 6,55% AHV und ALV) Fr. 71'768.45 netto nebst 5% Zins seit 31. Juli 1998; die Beklagte wurde zudem verpflichtet, dem Kläger ein Schlusszeugnis gemäss Zwischenzeugnis vom 12. Februar 1998, ausweisend das Enddatum des Arbeitsverhältnisses mit dem 31. Juli 1998, aus- und zuzustellen.

Auf Berufung der Beklagten und Anschlussberufung des Klägers verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich die Beklagte mit Urteil vom 22. Dezember 2000 zur Zahlung von Fr. 18'679.65 brutto bzw. Fr. 17'456.15 netto nebst 5% Zins seit 31. Juli 1998. Es nahm sodann Vormerk, dass im Umfang von Fr. 10'868.- (Ferienentschädigung) und Fr. 12'226.50 (Entschädigung für Frei- und Feiertage)

der weitere Anspruch des Klägers durch Kompensation mit Freistellungstagen abgegolten sei, wobei das Nachklagerecht bezüglich des Lohnes pro Juni und Juli 1998 vorbehalten bleibe. Schliesslich bestätigte das Obergericht den erstinstanzlichen Entscheid hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten zur Ausstellung des Arbeitszeugnisses.

Der Kläger hat Berufung eingereicht, die vom Bundesgericht abgewiesen wird.

Seite 273 (BGE_128_III_271)

Auszug aus den Erwägungen:

Aus den Erwägungen:

Erwägung 2

2.- a) Das Obergericht hat für die Zeit von 1993 bis 1997 einen Ferienanspruch von insgesamt 125 Tagen errechnet. Dazu kommen zehn Tage aus dem Jahre 1992 und 14,58 Ferientage pro rata temporis für das Jahr 1998. Davon ist eine krankheitsbedingte Kürzung des Anspruchs um 4,17 Tage in Abzug zu bringen. Daraus ergibt sich ein Gesamtanspruch von 145,41 Tagen. Soweit ist die Berechnung des Obergerichts unbestritten. Dagegen ist streitig, wie viele Ferientage tatsächlich bezogen worden sind. Während die Beklagte behauptet, der Kläger habe alle Ferientage bezogen, soll nach dessen Vorbringen noch ein Ferienguthaben von 91,91 Tagen offen sein.

aa) Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Daraus ergibt sich nach überwiegender Auffassung, dass grundsätzlich das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend ist. Dieses Verhältnis bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist (SCHMID, Basler Kommentar, N. 38 zu Art. 8 ZGB; KUMMER, Berner Kommentar, N. 125 zu Art. 8 ZGB). Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (SCHMID, a.a.O., N. 42 und 56 zu Art. 8 ZGB; KUMMER, a.a.O., N. 146, 160 und 164 zu Art. 8 ZGB). Zu beachten ist allerdings, dass es sich um eine Grundregel handelt, die einerseits durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden kann und andererseits im Einzelfall zu konkretisieren ist (vgl. SCHMID, a.a.O., N. 39 zu Art. 8 ZGB; KUMMER, a.a.O., N. 131 zu Art. 8 ZGB).

Nach der erwähnten Grundregel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt. Das gilt auch

für den Fall, dass die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten behauptet wird (vgl. BGE 113 II 424 E. 1d). Die Erfüllung der Vertragspflicht hat dagegen jene Partei zu beweisen, welche dies behauptet und damit den Untergang der vertraglichen

Seite 274 (BGE_128_III_271)

Pflicht einwendet (BGE 125 III 78 E. 3b S. 80; 111 II 263 E. 1b; KUMMER, a.a.O., N. 160 f. zu Art. 8 ZGB; SCHWENZER, Schweiz. Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 76.01). Wird jedoch Schadenersatz wegen Schlechterfüllung verlangt, muss die betreffende Partei neben dem Schaden grundsätzlich auch die Vertragsverletzung und den Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Schaden nachweisen (GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 31 Rz. 21). Nimmt der Gläubiger eine Leistung vorbehaltlos als Erfüllung an, kehrt sich die Beweislast um und es obliegt nun dieser Partei der Beweis, dass nicht oder nicht richtig erfüllt worden ist (SCHWENZER, a.a.O., Rz. 76.02; GUHL/KOLLER, a.a.O., § 29 Rz. 14).

bb) Die Ferien sind im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und nicht als blosser Einschränkung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers geregelt. Die Art. 329a bis 329d OR finden sich unter dem Kapitel "C. Pflichten des Arbeitgebers" (Randtitel zu den Art. 322 ff. OR). Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, dass ihm der Arbeitgeber die Freizeit für die Ferien einschliesslich des Lohnes während dieser Zeit gewährt und überdies in gegenseitiger Absprache festgesetzt wird, wann die Ferien zu beziehen sind. Der Anspruch auf Ferien ist Ausfluss der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (vgl. VISCHER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, III, Der Arbeitsvertrag, Basel 1994, S. 84). Mit der Anordnung der Ferien und der Arbeitsbefreiung sowie der Lohnzahlung während dieser Zeit erfüllt der Arbeitgeber seine vertraglichen Pflichten. Die Nichtgewährung der Ferien stellt somit die Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung dar.

Aus den einleitend erörterten Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass der Kläger sowohl die vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung von Ferien wie auch ihr Entstehen durch die Dauer des Arbeitsverhältnisses beweisen musste. Demgegenüber trug die Beklagte die Beweislast dafür, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit vom Kläger bezogen worden sind. Der Kläger wirft der Vorinstanz demnach zu Recht vor, die Beweislast falsch verteilt zu haben, indem sie ihn für beweispflichtig erklärte, dass ihm ein Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ferien zustehe. Die unzutreffende Auffassung der Vorinstanz hinsichtlich der Verteilung der Beweislast führt jedoch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (vgl. unten E. 2b/bb).

Seite 275 (BGE_128_III_271)

b) Das Obergericht ist in Würdigung der ihm vorliegenden Beweise zum Ergebnis gelangt, dass nicht genau nachgewiesen werden kann, wie viele Ferientage der Kläger bezogen hat. Unbestritten ist, dass dem Kläger für die gesamte Anstellungsdauer die vom Obergericht errechneten 145,41 Ferientage zustanden. Das Obergericht hält sodann fest, es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger die ihm zustehenden Ferien nicht lückenlos bezogen habe. Die Beklagte habe eingeräumt, dass der Kläger für die Jahre 1997 und 1998 einen Restferienanspruch von 14 Tagen habe. Indessen bestehe eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger auch in den früheren Jahren nicht alle Ferien bezogen habe. Nach Auffassung des Obergerichts kann unter diesen Umständen in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden, wie viele Ferientage der Kläger in den Jahren vor 1997 bezogen hat.

aa) Nach Lehre und Rechtsprechung schreibt das Bundesprivatrecht für seinen Anwendungsbereich ein bestimmtes Regelbeweismass vor. Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Er muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat. Die Funktion des Regelbeweismasses besteht darin, dem materiellen Recht im Prozess zum Durchbruch zu verhelfen. Die Rechtsdurchsetzung darf nicht daran scheitern, dass zu hohe oder uneinheitliche Anforderungen an das Beweismass gestellt werden (vgl. zum Ganzen: BGE 118 II 235 E. 3c; 98 II 231 E. 5; SCHMID, a.a.O., N. 17 zu Art. 8 ZGB; HOHL, *Le degré de la preuve dans les procès au fond*, in: *Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le procès civil*, S. 127 ff., S. 137 f.; ISAAK MEIER, *Das Beweismass - ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts*, in: *BJM 1989 S. 57 ff., S. 77 f.*).

Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Diesen Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. So kann es sich nach dem Gesetzgeber zum Beispiel im Fall des

Seite 276 (BGE_128_III_271)

Schadensbeweises bei der ausservertraglichen Haftung oder für den Nachweis bzw. die Bestreitung der Vaterschaft verhalten (Art. 42 Abs. 2 OR und Art. 256b Abs. 2 ZGB; vgl. zu Art. 42 Abs. 2 OR: BECKER, *Berner Kommentar*, N. 2 zu Art. 42 OR; weitere Beispiele bei HOHL, a.a.O., S. 130). Aus der Praxis des Bundesgerichts sind sodann der Beweis für den Wert einer Liegenschaft in einem be-

stimmten Zeitpunkt oder der Beweis für die Anzahl geleisteter Überstunden zu erwähnen (BGE 116 II 225 E. 3b und 4C.381/1996 vom 20. Januar 1997, E. 4). In beiden Urteilen wird Art. 42 Abs. 2 OR zitiert und dessen analoge Anwendung befürwortet. Es finden sich aber auch Entscheide, in denen bloss auf die typischerweise bestehenden Beweisschwierigkeiten hingewiesen und Art. 42 Abs. 2 OR nicht erwähnt wird. So hat sich im Gebiet des Versicherungsvertrags die Praxis herausgebildet, dass der vom Versicherungsnehmer zu erbringende Beweis des Eintritts des Versicherungsfalls dadurch zu erleichtern ist, dass bloss der Beweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit verlangt wird (5C.79/2000 vom 8. Januar 2001, E. 1b/aa mit Hinweisen). Eine ständige Rechtsprechung besteht sodann auch in Bezug auf den natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhang. Hier wird das Beweismass wegen der oft bestehenden Beweisschwierigkeiten auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt (BGE 107 II 269 E. 1b mit Hinweisen; 121 III 358 E. 5 mit Hinweisen). Schliesslich finden sich auch in der Literatur Meinungsäusserungen, die allgemein eine Herabsetzung des Beweismasses für Sachverhalte befürworten, bei denen typischerweise Beweisschwierigkeiten auftreten (SCHMID, a.a.O., N. 18 zu Art. 8 ZGB; HOHL, a.a.O., S. 137 f.) oder die im Einzelfall eine analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ausserhalb des Schadensbeweises als gerechtfertigt betrachten (vgl. z.B. REHBINDER, Berner Kommentar, N. 3 zu Art. 321c OR: Beweis der Überstundenarbeit; MÜNCH, in: Geiser/Münch, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 1.46: Beweis der für den Arbeitnehmer mit der Freistellung verbundenen Nachteile).

Bundesrecht steht somit der analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht entgegen. Eine Herabsetzung des Beweismasses setzt indessen – entsprechend der Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung – voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts

Seite 277 (BGE_128_III_271)

sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (vgl. BGE 122 III 219 E. 3a mit Hinweisen; BREHM, Berner Kommentar, N. 50 f. zu Art. 42 OR; OFTINGER/STARK, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl. 1995, S. 259). In prozessualer Hinsicht ist schliesslich festzuhalten, dass es sich bei der ermessensweisen Schätzung um Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung handelt, welche der Überprüfung durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich entzogen ist (BGE 122 III 219 E. 3b S. 222 mit Hinweisen). Auch in diesem Bereich gilt im Übrigen der vom Bundesgericht in ständiger Praxis befolgte Grundsatz, dass die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos ist, wenn die Vorinstanz aufgrund ihrer Beweiswürdigung zum Ergebnis gekommen ist, ein bestimmter Sachverhalt sei nachgewiesen worden (vgl. BGE 119 III 103 E. 1 mit Hinweis; 117 II 387 E. 2e S. 393 mit Hinweis).

bb) Im angefochtenen Urteil wird festgehalten, das Beweisverfahren habe keine genügende Grundlage ergeben, um den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Ferienentschädigung im Umfang von rund drei Monaten gutzuheissen. Andererseits sei der Auffassung des Arbeitsgerichts insoweit beizupflichten, dass durch das Beweisverfahren immerhin erstellt sei, dass für den Kläger der reguläre Bezug der vertraglich zugesicherten Ferien mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden gewesen sei. Es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger tatsächlich die ihm zustehenden Ferien nicht lückenlos bezogen habe. Da der genaue Umfang der nicht in natura bezogenen Ferien aus Beweisgründen nicht zuverlässig festgestellt werden könne, sei der dem Kläger zu vergütende Entschädigungsanspruch in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Diese Schätzung, welche die Vorinstanz unter Würdigung der besonderen Verhältnisse des beurteilten Falles vornimmt, führt sie zum Ergebnis, dass der Kläger insgesamt vierzig Ferientage nicht bezogen habe.

Das Vorgehen des Obergerichts ist unter dem Gesichtspunkt des Bundesrechts nicht zu beanstanden. Da ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar war, durfte das Beweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt werden. Aus den Erwägungen des Obergerichts ergibt sich zudem, dass keiner der Parteien vorgeworfen werden kann, die prozessualen Obliegenheiten hinsichtlich Behauptung und Beweis des entscheidenderheblichen Sachverhalts vernachlässigt zu haben. Die Voraussetzungen zur analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR waren

Seite 278 (BGE_128_III_271)

somit gegeben. In den übrigen diesbezüglichen Punkten kann der Entscheid des Obergerichts mit der Berufung nicht angefochten werden. Soweit der Kläger auch die Beweismässigkeit des Obergerichts kritisiert, ist er nicht zu hören. Unerheblich ist schliesslich seine Rüge falscher Verteilung der Beweislast (vgl. oben E. 2b/aa).

c) Das Obergericht hat für den Ferienlohn einen Tagessatz von Fr. 271.70 und damit für 40 Tage insgesamt Fr. 10'686.- errechnet. Richtigerweise ist es davon ausgegangen, dass der Anspruch nur auf den "darauf entfallenden Lohn" (Art. 329d Abs. 1 OR) geht, ohne dass ein Zuschlag von 25% nach Art. 321c Abs. 3 OR geschuldet ist. Wohl leistet ein Arbeitnehmer, der unter dem Jahr nicht alle Ferien bezieht, mehr, als er vertraglich müsste. Es handelt sich aber grundsätzlich nicht um Überstunden im Sinne von Art. 321c OR. Zwar legt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien fest. Dem Arbeitnehmer steht aber ein Mitspracherecht zu. Die Mehrleistung des Arbeitnehmers ist insofern nicht als notwendige Überstundenleistung im Sinne des Gesetzes zu betrachten. Anders kann es sich allenfalls verhalten, wenn bereits vereinbarte Ferien wegen auftretender Zusatzarbeiten verschoben werden müssen oder wenn der Arbeitgeber in bestimmten Zeiten aus betrieblichen Gründen die Anwesenheit des Arbeitnehmers verlangt und dadurch den Bezug der Ferien vereitelt. Diese Voraussetzungen sind aber im vorliegenden

Fall nicht gegeben. Das Obergericht hat demnach zu Recht entschieden, dass kein Zuschlag im Sinne von Art. 321c Abs. 3 OR geschuldet ist.

Erwägung 3

3.- a) Der Kläger verlangt zudem eine Entschädigung für nicht bezogene Feier- und Freitage. Wie beim Ferienanspruch hielt das Obergericht auch diesbezüglich einen genauen Nachweis in quantitativer Hinsicht für nicht möglich und schätzte die Zahl der nicht bezogenen Feier- und Freitage im Zeitraum von 1993 bis 1997 auf hundert Tage.

Soweit sich der Kläger mit der Berufung gegen die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz wendet, ist er aus den im Zusammenhang mit dem Ferienanspruch aufgeführten Gründen (vorne E. 2b) nicht zu hören. Das Bundesgericht ist auch in dieser Hinsicht an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden.

b) Bezüglich der Entschädigung für nicht bezogene Feier- und Freitage stellt sich die Frage, ob es sich dabei um gewöhnliche Arbeitszeit oder um Überstunden handelt. Das Obergericht hat in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt, dass es sich bei 55 von den hundert Tagen um Überstunden handelt. Der Kläger

Seite 279 (BGE_128_III_271)

wendet in rechtlicher Hinsicht ein, dass jede Arbeitsleistung während Feier- oder Freitagen als Überstundenarbeit im Sinne von Art. 321c OR zu betrachten sei.

aa) Es trifft zu, dass zwischen der gesetzlichen Vorschrift über die Gewährung der Frei- und Feiertage (Art. 329 OR) und jener betreffend die Überstundenarbeit (Art. 321c OR) eine Verbindung besteht. Zu beachten ist aber, dass die Regelung über die Frei- und Feiertage in erster Linie die Frage des Zeitpunkts der Arbeitsleistung berührt und nicht die Frage des Umfangs der Arbeit. Art. 329 OR hält als Regel fest, dass neben den üblichen freien Stunden und Tagen jede Woche ein freier Tag zu gewähren ist. Aus dem Umstand, dass diese Regel nicht eingehalten worden ist, folgt jedoch nicht zwingend, dass im Vergleich zur vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit mehr Arbeit geleistet wurde. Noch weniger bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer eine entsprechende Mehrarbeit aus betrieblichen Gründen leisten musste oder diese als vom Arbeitgeber angeordnet oder gebilligt gelten würde. Das wird indessen vorausgesetzt, damit ein Lohnzuschlag gemäss Art. 321c Abs. 3 OR geschuldet ist (BGE 116 II 69 E. 4b). Die tatsächlichen Voraussetzungen, aus welchen der Anspruch auf den Lohnzuschlag abgeleitet wird, sind vom Arbeitnehmer zu beweisen (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 16 zu Art. 321c OR; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 10 zu Art. 321c OR).

bb) Das Obergericht ist aufgrund seiner Beweiswürdigung zum Ergebnis gelangt, dass insgesamt 55 Tage als betrieblich bedingte Mehrarbeit angesehen

werden können, während es sich bei insgesamt 45 Tagen um bloss nicht bezogene Frei- und Ferientage handle. Es erachtet als erwiesen, dass hundert Tage Mehrarbeit geleistet worden sind und ein Teil davon, nicht aber die gesamte Anzahl, betrieblich notwendig bzw. von der Arbeitgeberin angeordnet oder gebilligt worden waren. Da ein genauer Beweis nicht möglich war, schätzte es aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls die Zahl der als Überstunden mit Zuschlag zu entschädigenden Mehrleistung. Dabei hat es berücksichtigt, dass gewisse Arbeiten nicht ins Pflichtenheft des Klägers gehörten. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang behauptet, es sei von seiner Vorgesetzten Überzeit angeordnet worden, ist er nicht zu hören. Damit wendet er sich in unzulässiger Weise gegen den von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Sachverhalt.

Erwägung 4

4.- Der Kläger war seit 1. März 1998 freigestellt und hat – noch vor dem Ablauf der Kündigungsfrist Ende Juli – am 1. Juli 1998

Seite 280 (BGE_128_III_271)

eine neue Arbeitsstelle angetreten. Nach dem angefochtenen Urteil muss sich der Kläger 40 Ferientage als durch Freizeit, über die er während der Freistellung verfügen konnte, kompensiert anrechnen lassen, weshalb ihm insoweit keine Entschädigungsforderung zusteht. Die Vorinstanz stellt in diesem Zusammenhang auf die Gerichtspraxis ab, wonach ein Ferienguthaben auch ohne Anweisung des Arbeitgebers, dass die verbleibenden Ferientage während der Freistellung zu beziehen seien, durch Kompensation untergeht, wenn die Freistellungsdauer den Restanspruch deutlich überschreitet (vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 11 zu Art. 329c OR, S. 240 f.; sowie ALFRED BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. St. Gallen 2000, S. 190).

Mit der Berufung wird eingewendet, das Obergericht habe die geltend gemachten Stellensuchbemühungen des Klägers während der Freistellungszeit nicht berücksichtigt, die einer Kompensation entgegenstünden. Sodann habe das Obergericht die anrechenbare Freistellungszeit nach Monaten statt nach Arbeitstagen berechnet; bei richtiger Berechnung sei eine Kompensation mangels ausreichender Freizeit nicht möglich.

a) Vorweg stellt sich die von Amtes wegen zu prüfende Rechtsfrage, ob die Ferientage mit der freien Zeit während der Freistellung zu kompensieren sind, selbst wenn keine entsprechende Anweisung des Arbeitgebers erfolgt.

aa) Zweck der Ferien ist die Erholung des Arbeitnehmers. Der Anspruch auf Ferien hat rechtlich eine Doppelnatur. Einerseits stellt er eine Forderung des Arbeitnehmers dar; andererseits ist er als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anzusehen (VISCHER, a.a.O., S. 86). Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR), sondern sind tatsächlich zu beziehen. Der Durchsetzung des Erholungs-

zwecks dient die Vorschrift, dass der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Ferienlohn verliert, wenn er während der Ferienzeit einer entgeltlichen Arbeit nachgeht und dadurch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzt werden (Art. 329d Abs. 3 OR). Diese beiden Vorschriften sind absolut zwingend (Art. 361 OR).

Auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gilt grundsätzlich das Abgeltungsverbot. Es ist indessen im Einzelfall in Berücksichtigung der konkreten Umstände einzuschränken. So sind die Ferien nach Lehre und Rechtsprechung in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist (BGE 106 II 152

Seite 281 (BGE_128_III_271)

E. 2 S. 154; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 11 zu Art. 329c OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 16 zu Art. 329d OR; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 4 zu Art. 329d OR und N. 5b zu Art. 329c OR). Dabei spielt eine Rolle, dass der Arbeitnehmer in dieser Zeit die Möglichkeit haben muss, nach einer neuen Stelle zu suchen (Art. 329 Abs. 3 OR). Diesem Anspruch des Arbeitnehmers kommt Vorrang gegenüber dem Ferienbezug zu (vgl. BLESI, a.a.O., S. 184) und insoweit wird das Abgeltungsverbot eingeschränkt.

bb) Zweck der Freistellung ist, den Arbeitnehmer von der Arbeit fernzuhalten (vgl. BGE 118 II 139 E. 1b S. 141). Die Freistellung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das vom Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts (Art. 321d Abs. 1 OR) ausgeübt wird (vgl. BLESI, a.a.O., S. 23 f. und S. 26 ff.). Der Arbeitgeber verzichtet in seinem eigenen Interesse auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Die Aufhebung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers hat indessen nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge. Alle übrigen Pflichten des Arbeitnehmers bleiben deshalb bestehen, soweit sie nicht unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammenhängen.

In BGE 118 II 139 ff. ist die Frage beurteilt worden, ob sich der freigestellte Arbeitnehmer anderweitig verdienten Lohn auf seine Lohnforderung anrechnen lassen muss. Nach dieser Entscheidung kommt Art. 337c Abs. 2 OR analog zur Anwendung, falls keine andere Vereinbarung getroffen wurde und auch die Umstände des Falles den Schluss nicht zulassen, es sei auf die Anrechnung verzichtet worden. Das Urteil ist in der Lehre überwiegend kritisiert worden. Die Einwände richteten sich zwar mehrheitlich nicht gegen das Ergebnis, wohl aber gegen die Begründung, soweit Art. 337c Abs. 2 OR für analog anwendbar erklärt wurde (vgl. die Nachweise bei BLESI, a.a.O., S. 158 ff. und MÜNCH, a.a.O., Rz. 1.46). Auf diese Kritik braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Sowohl Art. 337c Abs. 2 OR wie auch Art. 324 Abs. 2 OR, dessen Anwendung von den Kritikern befürwortet wird, liegt die Überlegung zu Grunde, dass sich der Arbeitnehmer nicht auf Kosten des Arbeitgebers bereichern darf, indem er ohne Arbeitsleistung vom Arbeitgeber Lohn erhält und gleichzeitig aus anderweitiger Arbeitstätigkeit ein zusätzliches Einkommen erzielt (vgl. STAEHELIN, a.a.O., N. 32 zu Art. 324 OR und N. 10 zu Art. 337c OR; MÜNCH, a.a.O., Rz. 1.46). Der Grundsatz, dass

sich der Arbeitnehmer nicht auf diese Weise bereichern darf, muss für den freigestellten im Vergleich zum

Seite 282 (BGE_128_III_271)

ungerechtfertigt fristlos entlassenen Arbeitnehmer umso mehr gelten, als er in ein noch andauerndes Arbeitsverhältnis eingebunden ist und damit die allgemeine Treuepflicht dem Arbeitgeber gegenüber (Art. 321a OR) weiter besteht. Beim freigestellten steht somit im Vergleich zum fristlos entlassenen Arbeitnehmer die Treuepflicht im Vordergrund. Aus dieser Treuepflicht lässt sich ohne weiteres ein Gebot ableiten, dem Arbeitgeber nunmehr nutzlos entstehende Kosten in zumutbarem Umfang zu mindern. Stehen dem Arbeitnehmer während der Freistellung freie Tage zur Verfügung, die er wie Ferientage nutzen kann, so soll er sie entsprechend verwenden, so dass sich dadurch sein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber vermindert und diesem weniger Kosten entstehen.

Beim ungerechtfertigt fristlos entlassenen Arbeitnehmer wird die Kompensation nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts lediglich von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit zum Bezug der Ferientage zur Verfügung steht, und zwar in der Regel mehr als zwei bis drei Monate (BGE 117 II 270 E. 3b S. 272 f.; 4C.250/1996 vom 21. Oktober 1996, E. 3b/cc, publ. in: SJ 1997 S. 149; 4C.182/2000 vom 9. Januar 2001, E. 3c). Eine Anweisung zum Ferienbezug durch den ehemaligen Arbeitgeber ist nach dieser Praxis nicht erforderlich. Das lässt sich allerdings mit der besonderen Rechts- und Sachlage bei der fristlosen Entlassung erklären. Mit der fristlosen Entlassung endet das Arbeitsverhältnis und damit auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers einerseits und die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers andererseits, soweit sich die Treuepflicht nicht ausnahmsweise auch nach Vertragsende auswirken kann. Es ist somit fraglich, ob der Arbeitgeber berechtigt wäre, eine entsprechende Weisung zu erteilen, und ob sie vom Arbeitnehmer befolgt werden müsste. Dazu kommt, dass bei der fristlosen Entlassung das Arbeitsverhältnis auch nach der Vorstellung der beteiligten Personen tatsächlich beendet ist und die Kontakte in der Regel abgebrochen werden. Unter diesen Umständen wäre der Arbeitgeber aber mangels entsprechender Informationen oft nicht in der Lage, eine sinnvolle Anweisung zu erteilen.

c) Aus der Gegenüberstellung der gesetzlichen Ferienregelung einerseits und der Rechtsnatur der Freistellung andererseits sowie dem Vergleich mit dem Fall des fristlos entlassenen Arbeitnehmers ergibt sich, dass auch in der Zeit der Freistellung das Abgeltungsverbot im Vordergrund steht und der Arbeitnehmer aufgrund der nach wie vor bestehenden Treuepflicht die Interessen des Arbeitgebers

Seite 283 (BGE_128_III_271)

insoweit wahrzunehmen hat, als er die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit bezieht, ohne dass eine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers nötig ist,

wobei die Arbeitssuche aber Vorrang hat. In zeitlicher Hinsicht lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen machen. In der Lehre findet sich denn auch die allgemein gehaltene Formulierung, wonach die Abgeltung ausser Betracht fällt, wenn die Freistellungsdauer den Restanspruch deutlich überschreitet (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 11 zu Art. 329c OR). Jedenfalls darf nicht auf die im Zusammenhang mit der fristlosen Entlassung nach der Gerichtspraxis geltende Regel abgestellt werden, dass die Kompensation erst ab einer Freistellungsdauer von wenigstens zwei bis drei Monaten in Frage kommt. Massgebend ist vielmehr das im Einzelfall gegebene Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage.

b) Das Obergericht hat die Zeit von März bis Mai 1998 berücksichtigt und für diese Dauer 92 Freistellungstage errechnet. Der Kläger wendet zu Recht ein, dass lediglich mit den Arbeitstagen kompensiert werden dürfe, die nach seinen Angaben monatlich 21,75 betragen. Auf der gleichen Grundlage beruhte denn auch die Berechnung des Arbeitsgerichts. Dieses hat auf eine anrechenbare Freistellungszeit von fünf Monaten (März bis Ende Juli 1998) abgestellt. Ob der Monat Juli mitgezählt werden darf, ist indessen fraglich, da der Kläger nach seinen Angaben auf den 1. Juli 1998 eine neue Teilzeit-Arbeitsstelle gefunden hat. Nicht einzusehen ist indessen, warum das Obergericht den Monat Juni nicht berücksichtigt hat. Der im angefochtenen Urteil erwähnte Umstand, dass der Lohn für den Monat Juni nicht ausbezahlt, aber auch nicht eingeklagt wurde, reicht jedenfalls als Begründung nicht aus. Wird aber auch der Monat Juni berücksichtigt, hatte der Kläger genügend Zeit, um neben der Suche nach einer neuen Arbeitsstelle die noch offenen Ferientage mit Freizeit zu kompensieren. Damit erweist sich die Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet.

3. Arrêt du Tribunal fédéral non publié

4C. 300/2001 du 27 février 2002

I^{ère} COUR CIVILE

27 février 2002

Composition de la Cour: MM. Walter, président, Corboz, juge, et Pagan, juge suppléant. Greffier: M. Ramelet.

Dans la cause civile pendante

entre

X._____, défendeur et recourant, représenté par Me Raymond Didisheim, avocat à Lausanne,

et

les époux Z._____, demandeurs et intimés, représentés par Me Philippe Jatton, avocat à Lausanne;

(responsabilité de l'architecte en cas de dépassement de devis)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants:

A.- a) Au cours des mois de février et mars 1992, les époux Z._____ ont approché l'architecte X._____ au sujet d'un projet de construction d'une villa individuelle sur une parcelle qu'ils avaient l'intention d'acquérir. Dès le mois de mars 1992, X._____ a établi plusieurs avant-projets et réalisé différentes maquettes.

Le 3 juin 1992, les époux Z._____ ont acheté en société simple la parcelle No ... du cadastre de la Commune de Montreux, sise chemin des Crêtes, pour le prix de 280'000 fr. Compte tenu des honoraires du notaire, des droits de mutation et des frais d'inscription au registre foncier, cette acquisition a représenté 291'714 fr.

Le 15 juin 1992, X._____ a établi les plans de la villa.

Le 30 juin 1992, les parties ont conclu un contrat relatif aux prestations de l'architecte sur formule SIA No 1002, renvoyant au Règlement SIA 102. Les honoraires de l'architecte étaient calculés en fonction d'un pourcentage selon le décompte final du coût de l'ouvrage, pour les prestations ordinaires au sens de l'art. 3.6 du dit règlement; pour les prestations supplémentaires, il était prévu un tarif horaire de 135 fr. Le coût probable de l'ensemble de l'ouvrage était évalué à 875'000 fr., le montant donnant droit aux honoraires étant d'environ 450'000 fr. Compte tenu d'un taux de base de 15,65%, d'un degré de complexité V = 1.1 et d'une valeur à 100% des prestations partielles à fournir, les honoraires probables étaient estimés

à environ 77'500 fr., payables par 52'000 fr. à la fin de septembre 1992, le solde étant à régler le 25 de chaque mois en fonction des prestations fournies. La fin des travaux était agendée au mois d'avril 1993.

Il résulte du plan financier annexé au contrat que les frais de construction étaient estimés à 825'000 fr., soit 295'000 fr. pour le terrain (CFC 0), 450'000 fr. pour le bâtiment (CFC 2) et 80'000 fr. pour des aménagements extérieurs (CFC 4). Il a été établi que les postes "travaux préparatoires et fondations spéciales (CFC 1)" et "équipement et agencement (CFC 3)", qui devaient être évalués à 50'000 fr., ne figuraient pas dans l'estimation financière, d'où la différence entre le montant figurant dans le contrat du 30 juin 1992 et celui inscrit dans le plan financier. La marge d'approximation, en référence à l'art. 4.4.2 du Règlement SIA 102, était de plus ou moins 20%. Il a été retenu que ce plan financier était incomplet, et donc inutilisable en vue de l'obtention d'un crédit de construction

b) L'enquête publique a eu lieu du 10 au 30 juillet 1992 et le permis de construire a été délivré le 24 août 1992.

Dans le courant du mois d'août 1992, la banque Y._____ a accordé aux époux Z._____ un crédit de construction de 543'910 fr.

Le 18 septembre 1992, X._____ a établi un document comparatif des offres reçues, document qui, selon les enquêtes, ne permettait pas de déterminer le coût total de la construction.

Selon une "situation" dressée par l'architecte le 24 septembre 1992, le coût total était de 833'000 fr. Cette situation ne comprenait toutefois pas la totalité des postes du projet.

Par courrier du 11 décembre 1992, X._____ a fait savoir aux époux Z._____ qu'à cette date environ 70% des travaux avaient déjà été adjugés, ce qui représentait environ 873'000 fr. L'architecte faisait état d'une économie de 30'000 fr. provenant de la renonciation à l'installation d'une pompe à chaleur, de la nécessité d'une augmentation du crédit de construction, de l'aménagement d'un studio indépendant au rez-de-chaussée inférieur de la villa et d'une amplification des frais de terrassement occasionnée par l'excavation d'un rocher.

D'après le décompte annexé à ce pli, le coût provisoire des travaux atteignait 858'533 fr., soit 307'470 fr. (terrain), 26'081 fr. (travaux préparatoires), 398'002 fr. (bâtiment), 29'000 fr. (frais secondaires), 77'500 fr. (honoraires de l'architecte) et 20'500 fr. (honoraires de l'ingénieur), l'aménagement extérieur et une réserve pour les imprévus ne donnant lieu à aucune évaluation. Il a été prouvé par expertise que ce document était incomplet, car il ne reflétait pas le coût réel de l'ensemble de l'ouvrage et sousestimait l'ampleur du coût final prévisible.

Le 1er mars 1993, les époux Z._____ ont obtenu un prêt de 30'000 fr. de la part de la mère de sieur Z._____.

Les époux Z._____, qui ont admis avoir commandé des travaux supplémentaires pour environ 40'000 fr., ont pu occuper leur villa au cours du mois de juin 1993; le permis d'habiter leur a été délivré le 31 août 1993.

Le 24 octobre 1993, X._____ a adressé aux époux Z._____ un décompte final des coûts de la construction pour un montant total de 1'239'870 fr.65, somme arrondie à 1'240'000 fr. Le poste relatif à l'acquisition du terrain, à son aménagement et à son accès représentait à cette date 349'821 fr.30; les frais relatifs aux travaux préparatoires étaient de 70'023 fr.15, ce montant comprenant l'excavation d'un rocher à l'explosif et l'évacuation des déblais; la construction du bâtiment lui-même, estimée à 450'000 fr. dans le contrat du 30 juin 1992, atteignait 587'800 fr. en chiffres ronds et le coût des aménagements extérieurs, évalué à 80'000 fr. le 30 juin 1992, ascendait à 92'128 fr.45; les honoraires d'ingénieur se montaient à 23'000 fr. et ceux de l'architecte à 109'956 fr., d'où, sur ce dernier poste, un solde dû de 37'956 fr., les époux Z._____ ayant déjà payé 72'000 fr.

Dans ce décompte final n'étaient pas comprises trois factures qui lui étaient postérieures, ascendant en tout à 7'950 fr.

En date du 24 octobre 1993, les factures payées atteignaient 1'093'718 fr.25 au total.

Le 14 janvier 1994, la banque Y._____ a porté à 645'000 fr. le crédit de construction octroyé aux époux Z._____.

Par pli du 4 février 1994, le conseil des époux Z._____ a informé X._____ que le dépassement de 50% du coût des travaux par rapport à l'estimation du 30 juin 1992 engageait sa responsabilité d'architecte. X._____ a répondu par une fin de non-recevoir. Les parties sont par la suite restées sur leurs positions.

B.- Le 6 décembre 1994, les époux Z._____ ont intenté action devant la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois à l'encontre de X._____, à qui ils ont réclamé principalement paiement de 293'000 fr. plus intérêts à 5% dès le 1er janvier 1994.

Le défendeur a conclu à libération des fins de la demande; à titre reconventionnel, il a conclu à ce que les demandeurs soient reconnus comme étant ses débiteurs solidaires pour la somme de 37'956 fr. avec intérêts à 5% dès le 23 décembre 1994.

En cours de procédure, une expertise a été confiée à A._____, architecte SIA, diplômé EPFL. Selon ce dernier, il convient de déduire du coût de la construction estimé à 875'000 fr. le prix d'achat du terrain, par 295'000 fr., ainsi que l'économie réalisée par la renonciation à l'installation d'une pompe à chaleur, par 30'000 fr.; partant, le coût de la construction selon l'estimation initiale était en réalité de 550'000 fr. Pour cet expert, compte tenu de la marge d'approximation de 20 % applicable en la matière, ce coût pouvait osciller entre 440'000 fr. et 660'000 fr. A suivre A._____, l'augmentation des coûts résultait non seulement de la réalisation de travaux à plus-value, mais aussi du fait que la parcelle n'était pas équipée et

que les travaux préparatoires étaient difficilement prévisibles, en particulier ceux liés aux sondages, de telle sorte qu'ils ne pouvaient pas être estimés d'une manière raisonnable lors de la signature du contrat.

La Cour civile a commis un second expert en la personne de l'architecte SIA B._____. Cet homme de l'art a considéré que l'augmentation des coûts de construction résultait de travaux nécessaires à l'exécution du projet, mais que ceux-ci en avaient augmenté la charge financière au préjudice du maître de l'ouvrage. Le coût des travaux supplémentaires commandés par les demandeurs ne justifiait pas le dépassement. D'autres travaux supplémentaires n'avaient fait l'objet d'aucune confirmation, les demandeurs n'en ayant eu connaissance que lors de la signature des bons de paiement. Cet expert en a déduit que le défendeur n'avait pas rempli son mandat conformément au Règlement SIA 102, mais que les demandeurs, par leur passivité, devaient supporter une part de responsabilité.

Par jugement du 27 novembre 2000, dont les considérants ont été communiqués le 17 juillet 2001, la Cour civile a prononcé que le défendeur devait payer aux demandeurs, solidairement entre eux, 158'187 fr. plus intérêts à 5% dès le 13 janvier 1995. En substance, l'autorité cantonale a considéré que l'activité du défendeur se caractérisait comme celle d'un mandataire. Elle a reconnu, en privilégiant l'opinion de l'expert B._____, que la responsabilité du défendeur était engagée pour avoir estimé de manière incomplète le coût de la construction, insuffisamment contrôlé l'évolution du coût de celle-ci et mal renseigné les demandeurs à ce sujet, lesquels en avaient subi un préjudice dont ils étaient fondés à réclamer réparation. Les juges cantonaux ont retenu que le dommage maximum imputable au défendeur, qui consistait dans la différence entre la valeur objective de l'ouvrage et son utilité subjective pour les demandeurs, était de 237'280 fr. Comme les demandeurs avaient manqué de vigilance à l'égard du défendeur, notamment en ne protestant pas à réception du décompte du 11 décembre 1992 et en payant les factures des entrepreneurs alors que le plan financier était dépassé, une faute concomitante devait être retenue à la charge des maîtres de l'ouvrage, laquelle autorisait une réduction d'un tiers de l'indemnité, ce qui ramenait cette dernière à 158'187 fr. Dans le cadre de la reconvention, l'autorité cantonale a jugé que le "droit à de pleins honoraires" s'élevait pour le défendeur à 101'190 fr. Les manquements dont l'architecte devait répondre autorisaient pourtant une réduction de 30% de ce montant, si bien qu'il ne pouvait prétendre au mieux qu'à 70'833 fr.; comme il avait déjà reçu 72'000 fr., aucun solde ne lui était dû.

C.- X._____ exerce un recours en réforme au Tribunal fédéral. Il requiert la réforme du jugement cantonal en ce sens qu'il n'est en rien le débiteur des demandeurs et que ceux-ci lui doivent paiement de 37'956 fr. avec intérêts à 5% dès le 23 décembre 1994.

Le recourant a formé, sur le plan cantonal, un recours en nullité contre le jugement du 27 novembre 2000. Par arrêt du 16 octobre 2001, le Président de la Cham-

bre des recours du Tribunal cantonal vaudois a pris acte de la déclaration de retrait de recours, déposée par le défendeur le 15 octobre 2001, et rayé l'affaire du rôle.

Les intimés proposent le rejet du recours.

Considérant en droit:

1.- Le recours en réforme est ouvert pour violation du droit fédéral (art. 43 al. 1 OJ). Il ne permet en revanche pas d'invoquer la violation directe d'un droit de rang constitutionnel (art. 43 al. 1 2e phrase OJ) ou la violation du droit cantonal (ATF 127 III 248 consid. 2c et les arrêts cités).

Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu à rectification de constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 64 OJ; ATF 127 III 248 ibidem). Dans la mesure où une partie recourante présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte (ATF 127 III 248 consid. 2c). Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). Le recours n'est pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves et des constatations de fait qui en découlent (ATF 126 III 189 consid. 2a; 125 III 78 consid. 3a).

Si le Tribunal fédéral ne saurait aller au-delà des conclusions des parties, lesquelles ne peuvent en prendre de nouvelles (art. 55 al. 1 let. b in fine OJ), il n'est lié ni par les motifs qu'elles invoquent (art. 63 al. 1 OJ), ni par ceux de la décision cantonale (art. 63 al. 3 OJ; ATF 127 III 248 consid. 2c; 126 III 59 consid. 2a).

2.- a) Le recourant invoque tout d'abord une violation de l'art. 398 al. 2 CO. Il prétend que le fait de ne pas établir un devis complet correspondait à un accomplissement imparfait de ses prestations, susceptible de donner lieu tout au plus à une réduction de ses honoraires, mais pas d'engager sa responsabilité pour dépassement des coûts de construction. A le suivre, les intimés ne pouvaient pas considérer les estimations incomplètes qu'il leur a présentées comme des devis fixant approximativement le coût total de l'ouvrage. Il aurait appartenu aux demandeurs de réclamer à leur architecte les précisions nécessaires s'ils attachaient de l'importance à l'estimation des postes non devisés, ce qu'ils n'avaient jamais fait. Au demeurant, soutient le recourant, aucune faute ne peut lui être reprochée, dès l'instant où il aurait rapporté la preuve que, même vers la mi-décembre 1992, les

travaux préparatoires étaient difficilement prévisibles. La Cour civile a certes retenu le contraire en se fiant à l'opinion de l'expert B. _____; d'après le recourant, pour autant que cette conviction non motivée soit jugée admissible au regard de l'art. 8 CC, il répète que le manquement qui peut lui être reproché ne pouvait conduire qu'à une réduction du montant de ses honoraires.

b) Il résulte de l'état de fait définitif (art. 63 al. 2 OJ) que le défendeur, par contrat du 30 juin 1992, a été chargé par les demandeurs d'étudier la construction d'une villa, d'en dresser les plans, d'en évaluer les coûts et d'assumer la direction des travaux. Les parties ont ainsi conclu un contrat d'architecte global.

D'après la jurisprudence, lorsqu'un architecte est chargé d'établir des plans, des soumissions ou des projets de construction, il se conclut un contrat d'entreprise (art. 363 CO); s'il est chargé des adjudications et de la surveillance des travaux, il s'agit d'un mandat (art. 394 CO); si sa mission englobe des activités relevant des deux catégories, le contrat est mixte et relève, suivant les prestations, du mandat ou du contrat d'entreprise (ATF 127 III 543 consid. 2a; 114 II 53 consid. 2b; 110 II 380 consid. 2).

Dans le cas du contrat complet (comme celui d'espèce), la jurisprudence a admis qu'il fallait appliquer les règles du mandat en ce qui concerne la responsabilité de l'architecte pour une mauvaise évaluation du coût des travaux (ATF 127 III 543 consid. 2a; 119 II 249 consid. 3b), bien qu'elle admette l'existence d'un contrat d'entreprise lorsque l'architecte est chargé exclusivement d'élaborer un devis écrit (ATF 114 II 53 consid. 2b).

C'est donc à juste titre que les faits litigieux ont été examinés à la lumière des règles propres au mandat (art. 394 ss CO).

c) aa) De manière générale, le mandataire doit tenir son mandant régulièrement au courant du développement du contrat et lui signaler toute circonstance importante, notamment lorsqu'elle pourrait avoir une influence sur les instructions données. De même, il lui incombe de rendre le mandant attentif aux risques que comporte le service ou l'exécution du mandat (Tercier, *Les contrats spéciaux*, 2e éd., n. 4040) et, dans l'hypothèse d'un contrat d'architecte, ce devoir d'information porte sur tous les faits qui peuvent avoir une importance sur le déroulement des travaux (Tercier, *op. cit.*, n. 4195).

Dans le cadre d'une exécution correcte du mandat qui lui est confié, l'architecte doit établir soigneusement l'estimation des coûts de construction appelée devis et vérifier que ces derniers correspondent à l'évaluation faite, surtout lorsque les travaux ont commencé; en cas de doute à ce sujet, il doit s'en ouvrir au maître de l'ouvrage (ATF 119 II 249 consid. 3b; Schumacher, *Die Haftung des Architekten aus Vertrag*, in: *Le droit de l'architecte*, 3ème édition, n. 747). En effet, un comportement passif de l'architecte est de nature à aggraver le problème des coûts et à amener le maître de l'ouvrage à recourir à des dispositions dommageables, du

moment que les risques portant sur les coûts ne sont la plupart du temps pas reconnaissables pour le mandant sans une information idoine de son architecte (Schumacher, op. cit., n. 748).

Lorsqu'une évaluation des coûts est dépassée et que l'architecte doit en répondre, il y a lieu de distinguer entre un simple dépassement du montant initialement prévu et le cas où les coûts supplémentaires résultent d'une estimation inexacte ou d'une surveillance insuffisante des coûts. La responsabilité de l'architecte pour les coûts supplémentaires qui ont été causés en violation du contrat et qui auraient pu être épargnés au maître de l'ouvrage par une conduite correcte du chantier existe indépendamment de l'établissement d'un devis, soit d'une évaluation ou estimation des coûts. De tels suppléments de coûts constituent un dommage que l'architecte doit prendre à sa charge si une faute peut lui être imputée (ATF 122 III 61 consid. 2a et les références).

L'inexactitude des estimations dont répond l'architecte peut provenir de l'oubli de certains postes, d'une erreur de calcul, d'une connaissance insuffisante du terrain, voire de l'estimation défectueuse de la quantité des prestations nécessaires, de l'étendue des travaux en régie ou encore des prix entrant en ligne de compte. Il faut considérer que l'architecte qui évalue mal les coûts - compte tenu de la marge de tolérance inhérente à toute estimation - donne une information erronée à son mandant au sujet du coût de construction prévisible. La responsabilité du chef d'une fausse information entraîne l'obligation de réparer le dommage résultant de la confiance déçue qu'a subi le maître en tenant l'estimation pour exacte et en prenant ses dispositions en conséquence. Le préjudice peut notamment consister dans le fait que le maître aurait pu faire construire à moindres frais (ATF 119 II 249 consid. 3b/aa p. 251/252).

bb) Il a été établi in casu que le dépassement de coûts constaté a pour origine l'inexactitude des estimations effectuées par le défendeur, lesquelles se sont révélées incomplètes. Ce point n'est pas contesté par le recourant, qui allègue cependant que les estimations de coûts auxquelles il a procédé ne revêtiraient pas la nature d'un devis fixant approximativement le coût total de la construction.

Comme on l'a vu ci-dessus, la responsabilité de l'architecte pour dépassement des coûts est indépendante de l'existence d'un devis, ce qui réduit à néant la critique du défendeur. De toute manière, le plan financier annexé au contrat et faisant référence au Règlement SIA 102 devait être clair et non équivoque, l'architecte devant en particulier attirer l'attention de ses mandants sur le risque de frais supplémentaires (Schumacher, op. cit., n. 751), ce qui n'a pas été le cas en l'occurrence.

Lorsque le défendeur fait valoir qu'il incombait aux demandeurs de réclamer à leur architecte les précisions nécessaires, il s'en prend de manière irrecevable aux faits constatés par l'autorité cantonale, dès lors qu'il n'a pas été établi que les intimés étaient conscients du caractère incomplet des estimations de coûts que l'architecte leur avait présentées.

C'est manifestement à tort que le recourant soutient que les manquements qui lui sont imputés ne pourraient avoir pour conséquence qu'une réduction de ses honoraires. De fait, il est de jurisprudence qu'il y a cumul entre le droit à réduction des honoraires et la réparation du dommage causé par la mauvaise exécution du mandat (ATF 124 III 423 consid. 3c). L'autorité cantonale pouvait ainsi parfaitement, sans violer le droit fédéral, réduire de 30% les honoraires réclamés par le recourant pour manquement à son devoir de diligence et allouer des dommages-intérêts aux intimés pour dépassement des coûts de construction prévus initialement, tout en réduisant l'indemnité afin de tenir compte de la faute concomitante des demandeurs.

En prétendant, du reste sans aucunement étayer son propos, qu'il n'a commis aucune faute, le recourant perd de vue que la faute est présumée en matière contractuelle selon l'art. 97 al. 1 CO, disposition valant également en matière de mandat (Tercier, op. cit., n. 4079).

Enfin, le défendeur ne peut reprocher aux premiers juges d'avoir suivi l'avis de l'expert B. _____ plutôt que celui exprimé par l'expert A. _____ et d'avoir considéré que l'avis de ce premier expert était clair et convaincant. Il s'agit évidemment d'une question qui porte sur l'appréciation des preuves, laquelle n'est pas régie par l'art. 8 CC, cette disposition ne disant pas comment le juge peut parvenir à une conviction (ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522).

Il découle ainsi des considérations qui précèdent que le premier moyen développé par le recourant, qui consiste à contester toute responsabilité contractuelle, est dénué de tout fondement.

3.- a) Le recourant fait ensuite valoir que la cour cantonale aurait méconnu la notion juridique du dommage et violé les principes de droit applicables à son calcul. Il déclare que l'autorité cantonale a fait une fausse application de l'art. 42 al. 2 CO en admettant que le préjudice entraîné par le dépassement de devis correspondait à l'entier de la différence entre la valeur objective et la valeur subjective de l'ouvrage; à son sens, le dommage en cause ne saurait excéder le quart de cette différence.

b) D'après la jurisprudence, l'architecte doit réparer le dommage causé au maître de l'ouvrage qui s'est fié aux renseignements inexacts qui lui ont été donnés sur le coût de la construction; ce préjudice ne correspond pas toutefois à la plus-value objective du bâtiment résultant du dépassement du devis. En effet, le dommage découle du fait que, s'il avait connu à temps l'inexactitude du devis, le maître aurait disposé autrement de son argent au motif que la plus-value de la construction - qu'il ne souhaitait pas - était sans utilité pour lui ou que l'investissement exigé dépassait ses moyens financiers. La plus-value représentant un avantage opposable au maître en tant que celui-ci y a un intérêt personnel, le dommage consiste dans la différence existant entre la valeur objective du bâtiment et son utilité subjective pour le lésé. Il s'agit plutôt du préjudice maximum. Le fait que le maître se

soit fié au devis ne signifie pas encore que la plus-value qui lui a été imposée soit sans utilité subjective et que le dommage déterminant réside dans la totalité de cette différence (ATF 122 III 61 consid. 2c/aa).

L'existence et l'étendue de la valeur subjective de la plus-value relevant de l'appréciation souveraine du dommage par le juge du fait (art. 42 al. 2 CO), leur détermination ne saurait être revue par le Tribunal fédéral en instance de réforme. En d'autres termes, dire s'il y a eu dommage et déterminer quelle en est la quotité est une question de fait soustraite à l'examen du Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme (ATF 127 III 543 consid. 2b et les références). Ce dernier est donc lié par les constatations de l'autorité cantonale, à moins que celle-ci ait méconnu la notion juridique du dommage ou violé des principes juridiques quant au calcul du préjudice. Il faut toutefois faire une exception pour la décision qui se fonde uniquement sur l'expérience générale de la vie et qui est formulée en termes abstraits lui donnant le caractère d'une norme valable pour d'autres cas du même genre; mais une décision qui ne se réfère à l'expérience générale de la vie que pour fixer le dommage dans un cas particulier, compte tenu des preuves administrées ou d'autres facteurs d'appréciation, n'entre pas dans cette catégorie (ATF 122 III 61 consid. 2c/bb et les arrêts cités).

c) A l'appui de son moyen, le défendeur se limite pour l'essentiel à substituer sa propre approche des faits à celle de l'autorité cantonale, sans même indiquer le principe juridique qui n'aurait pas été observé. On cherche en vain dans l'argumentation du recourant une énumération des notions juridiques en matière de fixation de dommage qui n'auraient pas été respectées, de sorte qu'il est douteux que le recours satisfasse sur ce point aux exigences de motivation requises.

Au sujet de la détermination de la valeur subjective, le recourant n'explique pas quels sont les faits admis définitivement qui auraient permis de retenir une valeur subjective différente.

En ce qui concerne le calcul du dommage, le défendeur feint d'oublier que les intimés ont dû, d'une part, recourir à un financement bancaire complémentaire de 101'090 fr. (645'000 fr. - 543'910 fr.), lequel a entraîné le paiement d'intérêts débiteurs supplémentaires, et, d'autre part, encore emprunter 30'000 fr. à la mère du demandeur. Or, il sied de rappeler que le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une nondiminution du passif (ATF 127 III 543 consid. 2b et les arrêts cités).

Quoi qu'en pense le défendeur, on ne voit pas comment il serait possible de s'écarter du plan financier annexé au contrat du 30 juin 1992, étant donné qu'il s'agit d'un document contractuel définissant le cadre du mandat confié au recourant.

Comme cela a déjà été dit ci-dessus, l'art. 8 CC ne prescrit pas comment le juge doit forger sa conviction. Dès lors, le recourant ne peut remettre en cause en instance de réforme la constatation de fait selon laquelle le crédit de construction a été octroyé sur la base d'un coût de 875'000 fr.

Le recourant fait preuve de mauvaise foi lorsqu'il soutient que les demandeurs ne pouvaient sérieusement se fier au plan financier du 30 juin 1992, document qui était incomplet. Comme il n'apparaît pas qu'il aurait rendu ses mandants attentifs à cet état de choses, il invoque à ce propos sa propre turpitude afin de contester le dommage qu'il a causé, attitude qui ne mérite aucune protection.

De toute manière, il faut relever que l'indemnité due a été réduite d'un tiers pour qu'il soit tenu compte de la faute concomitante imputée aux intimés, de sorte que le résultat auquel est parvenu l'autorité cantonale n'apparaît en rien choquant.

Partant, le jugement attaqué n'est entaché d'aucune violation du droit fédéral quant à la détermination du préjudice subi par les intimés.

4.- a) Invoquant une violation des art. 43 et 44 CO, le recourant affirme que la faute concurrente des intimés est d'une gravité nettement supérieure à celle qui a été retenue dans le jugement déferé. D'après le défendeur, les demandeurs ne pouvaient pas méconnaître le fait que certains postes des estimations présentées, parfois importants, n'étaient pas encore chiffrés. En outre, les intimés étaient en mesure de "comparer les indications fournies et les montants des adjudications qu'ils signaient".

b) L'appréciation de la faute concomitante mise à la charge des intimés relève du droit et le Tribunal fédéral est en mesure de revoir librement cette question (ATF 115 II 283 consid. 1a in fine; 113 II 323 consid. 1c).

L'art. 44 al. 1 CO, siège de la matière, est applicable en matière de responsabilité contractuelle à teneur de l'art. 99 al. 3 CO (ATF 112 II 450 consid. 4 in fine p. 458; Schnyder, Commentaire bâlois, n. 1 ad art. 44 CO).

Pour apprécier la mesure d'une faute concomitante, il y a lieu de procéder à une comparaison entre cette dernière et celle du responsable du dommage (Schnyder, op. cit., n. 9 ad art. 44 CO; Brehm, Commentaire bernois, n. 20 ad art. 44 CO). A cette fin, l'autorité cantonale jouit d'un large pouvoir d'appréciation et le Tribunal fédéral n'intervient qu'en cas d'excès de ce pouvoir (ATF 123 III 306 consid. 5b p. 314 in fine). Aussi, le Tribunal fédéral s'astreint-il à la retenue et n'intervient-il que si la décision déferée s'est écartée sans raison des principes reconnus par la jurisprudence et la doctrine, ou si elle a pris en considération des faits qui n'auraient dû jouer aucun rôle ou, au contraire, si elle n'a accordé aucune importance à des circonstances qui auraient dû être prises en compte; la juridiction fédérale revoit en outre les décisions d'appréciation lorsqu'elles consacrent un résultat manifestement inéquitable et apparaissent injustes de manière choquante (ATF 125 III 226 consid. 4b; 123 III 246 consid. 6a p. 255, 274 consid. 1a/cc).

En l'occurrence, on ne discerne pas en quoi les juges cantonaux auraient méconnu les principes précités, d'autant que la réduction d'un tiers opérée sur l'indemnité due aux demandeurs apparaît déjà sévère.

En effet, comme on l'a vu au consid. 2c/aa cidessus, les risques portant sur les coûts ne sont la plupart du temps pas reconnaissables pour le mandant sans l'intervention d'un homme de l'art (Schumacher, op. cit., n. 748). De plus, l'autorité cantonale a reconnu de manière à lier le Tribunal fédéral (art. 63 al. 2 OJ) que, faute d'informations suffisantes, les demandeurs n'avaient pas été à même d'évaluer les risques de dépassement et qu'ils s'étaient ainsi trouvés devant le fait accompli, sans plus pouvoir envisager des modifications de l'ouvrage propres à en réduire le coût.

Le moyen est privé de tout fondement.

5.- Le recourant s'en prend encore à la manière dont la cour cantonale a déterminé les honoraires qui lui étaient dus. Il reproche à la Cour civile d'avoir retenu, sur la base du contrat du 30 juin 1992, que le montant donnant droit à des honoraires serait de 450'000 fr. et de n'avoir pas pris en compte le calcul de l'expert A._____, qui serait rigoureusement conforme au Règlement SIA 102.

En dépit des affirmations du défendeur, il résulte clairement du jugement déferé (p. 45 § 3) que les juges cantonaux ont calculé les honoraires du recourant non sur le montant qu'il indique, mais bien sur le coût déterminant de l'ouvrage arrêté à 587'800 fr., cela après avoir écarté sur ce point l'opinion de l'expert A._____.

La critique, pour autant qu'elle ne soit pas dirigée contre l'appréciation des preuves et singulièrement des expertises, n'a aucune consistance.

6.- Enfin, le recourant prétend qu'il n'y aurait pas matière à réduction de ses honoraires. A l'en croire, il se justifierait tout au plus d'opérer sur leur montant une réduction de 6% selon l'avis du premier expert, voire de 15% au maximum.

Comme le recourant n'explique nullement en quoi le jugement querellé serait à cet égard contraire au droit fédéral, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur ce grief qui ne respecte en rien les exigences de motivation du recours en réforme (art. 55 al. 1 let. c OJ).

7.- Il suit de là que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, le jugement attaqué devant être confirmé. Les frais et dépens seront mis à la charge du recourant qui succombe (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs,
le Tribunal fédéral:

1. Rejette le recours dans la mesure où il est recevable et confirme le jugement attaqué;
2. Met un émolument judiciaire de 6'000 fr. à la charge du recourant;
3. Dit que le recourant versera aux intimés, créanciers solidaires, une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens;
4. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et à la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois. _____

Lausanne, le 27 février 2002

ECH

Au nom de la Cour civile
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

Le Greffier

4. Arrêt du Tribunal fédéral non publié

4C. 110/2002 du 25 juin 2002

I^{ère} COUR CIVILE

Les juges fédéraux Walter, président de la Cour, Corboz et Favre,
greffier Carruzzo.

M. _____,

demandeur et recourant, représenté par Me Urs Andenmatten, avocat, Kreuzgasse
2, Case postale 31, 3953 Leuk Stadt,

contre

X. _____ S.A.,

défenderesse et intimée, représentée par Me Jörn-Albert Bostelmann, avocat,
avenue Ritz 31, case postale 2040, 1950 Sion 2.

responsabilité du propriétaire d'ouvrage; fixation du dommage,

(recours en réforme contre le jugement de la II^e Cour civile du Tribunal
cantonal du canton du Valais du 8 février 2002).

Faits:

A.

M. _____ est propriétaire d'un centre de tennis, édifié sur la parcelle n° 380 plan
n° 8 de la commune de Y. _____, qu'il exploite depuis le 12 décembre 1984. A
l'ouest de son bien-fonds se trouve la parcelle n° 798, sur laquelle ont été cons-
truits deux bâtiments en propriété par étages (V. _____ et W. _____), dont
X. _____ S.A. est propriétaire de toutes les unités d'étages. Sur la limite de pro-
priété, commune entre les deux parcelles, une route d'accès au terrain n° 798, large
d'environ 5 à 6 m., a été tracée, suivant la pente descendante du nord au sud; elle
est constituée de terre battue, couverte de granulés.

A l'extrémité est de la parcelle n° 798, un bisse court le long de la route d'accès en
direction du sud. En août/septembre 1994, il a été placé dans une conduite dont
l'ouverture supérieure se situe à l'angle nord-est du bien-fonds, légèrement au-
dessus du bâtiment W. _____. Son entrée est munie de deux barres de métal
verticales. A la suite d'un débordement survenu le 20 novembre 1994, il a été décidé
de construire sur la parcelle n° 798, le long d'un mur de pierres et parallèlement au
bisse placé sous conduite, un petit canal de 25 cm de diamètre ("cunette") se trouvant
à l'extrémité ouest de la route d'accès. Cette dernière est traversée, en diagonale, par
deux caniveaux avec grille carrossable, le premier se déversant dans la "cunette" et le
second directement dans le puits de dessablement (regard avec grille) où aboutit éga-
lement la "cunette". Ce puits, ne disposant à tort d'aucun sac de boue est raccordé en

aval au bisse par un tuyau de matière plastique de plusieurs mètres de long. En dessous du regard avec grille, dans la façade sud-ouest de la halle de tennis, se trouve la porte du garage de ce centre qui offre un accès direct aux places de jeux couvertes. Le seuil extérieur de cette porte est équipé d'un dispositif d'écoulement des eaux de surface, la halle de tennis disposant en plus d'une ceinture de drainage, d'un diamètre de 20 à 25 cm.

B.

Selon une "convention et constitution de servitudes" relative au bisse, passée entre la municipalité de Y._____ et X._____ S.A. le 31 mai 1994, cette dernière "assume l'entière responsabilité à tous égards et tous risques dommages, indemnités (...) qui pourraient résulter de" la modification de l'état des lieux concernant le lit du bisse.

C.

C.a Le 20 novembre 1994, le bisse a débordé, l'eau n'arrivant plus à s'engouffrer dans l'orifice de la canalisation, à l'extrémité nord-est de la parcelle n° 798. Elle s'est alors déversée sur la route d'accès avant de pénétrer dans la halle de tennis de M._____. Celui-ci a estimé à 16'431 fr. le dommage provenant de ces dégâts d'eau.

Le 23 novembre 1994, les propriétaires voisins ont décidé, en présence d'un responsable du service technique de la commune de Y._____, d'envisager la constitution d'une servitude de distance et divers travaux de réaménagement du bisse et de la voie d'accès ("cunette", caniveaux et regard avec grille complète). Les architectes, constructeurs du bâtiment W._____, se sont engagés à dénoncer le sinistre à leur assureur pour la prise en charge des frais de remise en état des dégâts occasionnés par le débordement. Le 27 mars 1995, M._____ et X._____ S.A. ont passé devant notaire la convention de constitution de servitude de distance. Sous "IV. Besondere Vereinbarungen", les mesures d'amélioration de la canalisation, spécialement de son entrée et de la route, ont été confirmées, ainsi que l'engagement du maître de l'ouvrage des travaux réalisés sur la parcelle n° 798 (Die Bauherrschaft) de soumettre le sinistre à sa compagnie d'assurances.

C.b Le 22 avril 1995, le bisse a débordé à nouveau, au même endroit, l'eau s'introduisant dans la halle de tennis par la porte du garage. Son propriétaire a estimé les dégâts à 12'896 fr.50.

Selon un rapport du service technique de la commune, le débordement aurait pu être évité si les travaux exigés antérieurement avaient été accomplis, en particulier la construction de l'entrée de l'aqueduc avec une grille avancée. Les architectes du maître de l'ouvrage, un représentant de leur assurance RC, un entrepreneur en maçonnerie et le responsable du service technique de la commune ont décidé, le 23 juin 1995, de mandater l'architecte B._____ "pour déterminer les responsabilités et vérifier la valeur des dommages". Ce dernier a rendu son rapport le 28

août 1995. Entre-temps, les travaux de modification de la pente de la voie d'accès étaient exécutés et les caniveaux en travers posés, mais non raccordés à la "cunette".

C.c Les 13 et 14 juillet 1995, à la suite d'importants orages, en raison de l'insuffisance du système de canalisations et de l'aménagement du terrain, l'eau s'est écoulée en direction de la parcelle n° 380, pénétrant jusqu'au fond du premier court de tennis à l'ouest de la halle sur une largeur de 2 à 3 m, ainsi qu'à l'entrée sur une profondeur de 4 à 5 cm. L'exploitant a estimé les dommages à 11'424 fr.90.

Le 20 février 1996, C._____, époux de la concierge des immeubles V._____ et W._____, a aidé cette dernière à déblayer la neige de la route d'accès. A cette occasion, de petites pierres ont été projetées contre la paroi translucide ouest de la halle de tennis, causant un dommage que son propriétaire évalue à 15'000 fr. au minimum.

D.

Par demande du 5 février 1997, M._____ a agi devant le Tribunal cantonal va-laisan siégeant comme première et unique instance aux termes de l'art. 5 aCPC/VS en concluant au paiement des montants susmentionnés, soit au total 55'751 fr., par X._____ S.A.; après diverses audiences d'instruction tenues devant le Tribunal de district et l'exécution d'autres mesures probatoires, en particulier le dépôt d'un rapport du 15 octobre 1998 et d'un rapport complémentaire du 19 août 1999 de l'ingénieur A._____, expert judiciaire, le dossier a été transmis au Tribunal cantonal pour jugement. Dans ses dernières conclusions du 31 janvier 2002, le demandeur a conclu au paiement des sommes citées plus haut, en y ajoutant le montant de 15'500 fr. en raison du défaut d'aménagement de la route d'accès et de 15'240 fr. pour le nettoyage accru du système de drainage situé devant l'entrée sud-ouest de la halle, pendant une période de six ans. Subsidièrement le demandeur sollicitait l'aménagement de la route d'accès dans les termes préconisés par l'expert judiciaire.

La défenderesse a conclu au rejet de la demande.

Statuant le jour même, la IIème Cour civile du Tribunal cantonal a condamné la défenderesse à payer au demandeur 12'900 fr. avec intérêts à 5% dès le 26 avril 1996 et lui a ordonné d'aménager la route située entre les deux parcelles n°s 380 et 798 selon les modalités arrêtées par l'expert judiciaire dans son rapport du 15 octobre 1998. Elle a rejeté les autres conclusions de la demande et mis les frais à la charge des parties par moitié, chacune d'elles supportant ses propres frais d'intervention. La cour cantonale a retenu, en substance, que la responsabilité de propriétaire d'ouvrage de la défenderesse était engagée pour les trois débordements du bisse. Elle a estimé que le demandeur avait prouvé son dommage à concurrence de 7'200 fr. pour le premier sinistre et de 5700 fr. pour le deuxième. Pour le troisième, il s'était borné à déposer un décompte sans autre pièce justificative ni moyen de preuve, de sorte qu'il ne pouvait être mis au bénéfice de l'art. 42 al. 2

CO, ce qui entraînait le rejet de ses prétentions. Le dommage subi le 20 février 1996, lors de travaux de déneigement, n'était pas imputable à la défenderesse. La conclusion en paiement de 15'500 fr. pour le défaut d'aménagement de la route d'accès était irrecevable, de même que celle en paiement de 15'240 fr. pour les frais d'entretien du système de drainage. Par contre, le demandeur était fondé à exiger l'exécution de l'art. 6 du contrat constitutif de servitude de distance, prévoyant l'aménagement de la route d'accès, qui devait être accomplie selon les directives incontestées de l'expert judiciaire. En définitive, la défenderesse devait payer au demandeur 12'900 fr. et aménager la route d'accès.

E.

Le demandeur interjette au Tribunal fédéral, parallèlement, un recours de droit public et un recours en réforme. Dans chacun d'eux, il précise que le jugement cantonal n'est pas attaqué quant au ch. 2 du dispositif ordonnant à X. _____ S.A. d'aménager la route située à la limite des parcelles n°s 380 et 798, selon les modalités arrêtées par l'expert judiciaire. Dans le recours de droit public, le demandeur conclut à l'annulation du jugement de la IIème Cour civile cantonale et au renvoi de la cause à cette autorité pour nouvelle décision. Dans le recours en réforme, il requiert la condamnation de la défenderesse au paiement de respectivement 16'430 fr., 12'896 fr.50, 11'424 fr.90, 15'000 fr. et 15'240 fr., avec intérêts à 5% dès la survenance des différents sinistres, sous déduction du montant de 12'700 fr. (recte: 12'900 fr.), avec intérêts à 5% dès le 26 avril 1996, alloué par le Tribunal fédéral. La motivation des deux recours (III. Beschwerdebegründung et III. Berufungsbegründung) est mot pour mot identique. La seule différence réside dans une partie de la remarque finale exprimée en page 21 du recours de droit public: "Die Beschwerde ist aus diesen Gründen gutzuheissen und der Entscheid des Kantonsgerichtes vom 31.1/8.2.2002 aufzuheben", et en page 18 du recours en réforme: "Die Berufung ist aus diesen Gründen gutzuheissen und der Entscheid des Kantonsgerichtes vom 31.1/8.2.2002 zu reformieren."

En substance, le recourant expose, pour le premier dégât d'eau, de novembre 1994, que le Tribunal cantonal a arbitrairement apprécié les preuves en méconnaissant le rapport de l'expert judiciaire, non contesté, au profit des conclusions de l'expert privé B. _____. Or, ce dernier n'avait pas eu connaissance de tous les éléments du dommage, concernant certaines interventions et le nombre d'heures de travail, alors qu'il aurait pu être établi à partir de la liste des travailleurs employés que contient l'annexe 12 de son rapport. Appréciant ainsi les preuves contrairement à l'art. 8 CC, et ne procédant pas à l'audition complémentaire de l'expert judiciaire selon l'art. 248 aCPC/VS, le Tribunal cantonal avait finalement violé l'art. 42 CO.

Pour le deuxième dégât d'eau, du 22 avril 1995, les mêmes griefs sont adressés à la cour cantonale. Cette dernière s'est fondée sur l'opinion de l'expert privé, qui a supprimé sans explication plusieurs jours entiers de travail; de son côté l'expert

judiciaire a reconnu entièrement le dommage, sous réserve des heures de travail qui n'étaient, pour lui, pas objectivement contrôlables.

Quant au troisième dégât d'eau, de juillet 1995, le recourant relève que l'expert judiciaire a reconnu tous les postes du dommage, sous réserve des heures de travail qui ne pouvaient être évaluées. L'expert privé ne s'est pas exprimé sur ce sinistre.

Le Tribunal cantonal a encore arbitrairement conclu à l'irrecevabilité de la demande de paiement de 15'240 fr. pour les frais d'entretien plus intensifs du système de drainage, en considérant qu'elle avait été formulée pour la première fois lors du débat final. En réalité, le recourant avait invoqué l'obligation pour l'intimée d'entretenir le système d'écoulement de l'eau et de goudronner la route d'accès dans sa réplique du 2 septembre 1997, et dans la remise d'un dossier photographique des 16/18 février 2000 à l'occasion de la procédure probatoire. Toutefois, ces documents sont parvenus au Tribunal cantonal dans un dossier partiel séparé. Le montant de 15'240 fr. a été articulé à l'occasion des débats finaux. Ainsi, la juridiction cantonale n'avait pas pris connaissance de l'état de fait et n'avait pas porté son attention sur les preuves, qu'elle avait appréciées arbitrairement en s'appuyant sur l'art. 88 aCPC/VS, inapplicable en l'espèce.

Concernant enfin le dommage subi en raison de trous constatés dans la paroi translucide de la façade ouest de la halle, le recourant souligne qu'il découle d'un rapport de la police cantonale que le mari de la concierge des copropriétés V._____ et W._____ avait reconnu que des pierres pouvaient être projetées par la fraiseuse qu'il utilisait, ce qui ressortait également de l'état du revêtement de la route d'accès, non goudronnée. L'expert judiciaire avait considéré le montant du dommage, à concurrence de 15'000 fr., comme raisonnable et le Tribunal cantonal n'avait tenu aucun compte de ces éléments, en violation des art. 4 aCst. et 42 CO.

L'intimée conclut au rejet des recours avec suite de frais et dépens.

Le Tribunal cantonal se réfère à son jugement.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

Interjeté par la partie demanderesse qui a succombé dans ses conclusions condamnatoires et dirigé contre un jugement final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 48 al. 1 OJ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 8'000 fr. (art. 46 OJ), le recours en réforme est en principe recevable, puisqu'il a été formé en temps utile (art. 54 al. 1 OJ) dans les formes requises (art. 55 OJ).

Le recours en réforme est ouvert pour violation du droit fédéral, mais non pour violation directe d'un droit de rang constitutionnel (art. 43 al. 1 OJ) ou pour viola-

tion du droit cantonal (ATF 127 III 248 consid. 2a; 126 III 189 consid. 2a, 370 consid. 5).

Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu à rectification de constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 64 OJ; ATF 127 III 248 consid. 2c; 126 III 59 consid. 2a). Dans la mesure où une partie demanderesse présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte (ATF 127 III 248 consid. 2c). Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). Le recours n'est pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves et des constatations de fait qui en découlent (ATF 126 III 189 consid. 2a; 125 III 78 consid. 3a; 122 III 26 consid. 4a/aa, 61 consid. 2c/bb, 73 consid. 6b/bb p. 80).

Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties, mais il n'est pas lié par les motifs qu'elles invoquent (art. 63 al. 1 OJ), ni par l'argumentation juridique retenue par la cour cantonale (art. 63 al. 3 OJ; ATF 127 III 248 consid. 2c; 126 III 59 consid. 2a; 123 III 246 consid. 2).

2.

Le demandeur fait tout d'abord valoir une violation de l'art. 8 CC au sujet de la preuve des faits se rapportant au premier et au deuxième dégâts d'eau.

2.1 Selon cette disposition, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Sous réserve d'une règle spéciale (instituant par exemple une présomption légale), l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve (ATF 122 III 219 consid. 3c p. 223) pour toutes les prétentions fondées sur le droit privé fédéral (ATF 124 III 134 consid. 2b/bb p. 143) et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences d'un échec de la preuve (ATF 125 III 78 consid. 3b p. 79).

Il ne prescrit cependant pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées; il ne détermine pas non plus sur quelles bases le juge peut forger sa conviction (ATF 122 III 219 consid. 3c; 118 II 142 consid. 3a, 365 consid. 1 p. 366). L'art. 8 CC est éludé (et en conséquence violé) si le juge admet ou écarte un fait pertinent et contesté sans aucun raisonnement ni aucun commencement de preuve (Bernard Corboz, Le recours en réforme au Tribunal fédéral, SJ 2000 II p. 1 ss, 41). En revanche, dès le moment où le juge tire des déductions en examinant les éléments réunis, il procède à une appréciation des preuves; or l'appréciation des preuves et les constatations de fait qui en découlent ne sont pas régies par le droit fédéral et ne peuvent donner lieu à un recours en réforme, mais seulement à

un recours de droit public pour arbitraire (ATF 126 III 10 consid. 2b p. 13; 125 III 78 consid. 3a; 122 III 61 consid. 2c/cc p. 66).

2.2 Lorsqu'il reproche au Tribunal cantonal de s'être fondé principalement sur l'expertise B._____, sans l'avoir confrontée aux déclarations des parties et des témoins et à certaines pièces du dossier, notamment sans égard aux conclusions de l'expert judiciaire, le demandeur reproche à la juridiction cantonale d'avoir préféré un moyen de preuve à d'autres pour asseoir son opinion. Une telle critique relève de l'appréciation des preuves et s'avère par conséquent irrecevable dans le cadre du présent recours en réforme, dès lors que, lorsque le juge a procédé à une telle appréciation, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus, ce qui vide de son objet le grief de violation de l'art. 8 CC. En l'occurrence, le demandeur a invoqué le moyen pris de l'appréciation arbitraire des preuves dans le recours de droit public déposé parallèlement au recours en réforme, et sur lequel le Tribunal de céans s'est prononcé en le rejetant.

De même, lorsque le demandeur fait grief au Tribunal cantonal de ne pas avoir apprécié les pièces et les preuves selon l'art. 8 CC et de n'avoir tenu aucun compte de l'expérience de la vie, alors que la cour cantonale expose très succinctement pourquoi elle a suivi l'expertise B._____, en raison de la grande difficulté de l'expert judiciaire de contrôler dans le détail les factures présentées, notamment en ce qui concerne les heures de travail, il s'en prend aux bases sur lesquelles le juge a établi son raisonnement, et non pas au droit à la preuve, et à la répartition du fardeau de celle-ci. Ce moyen, irrecevable dans la présente procédure, a été développé par le demandeur dans le recours de droit public connexe, sur lequel le Tribunal de céans a statué.

3.

3.1 Le demandeur se plaint d'une mauvaise application de l'art. 42 CO de la part du Tribunal cantonal, en ce que ce dernier n'a pas retenu le montant réclamé pour le premier sinistre, de novembre 1994, en ignorant certains postes du dommage, notamment les frais de granulés et les dépenses relatives aux heures de travail. Le même grief était adressé à la juridiction cantonale pour les dégâts d'eau du 22 avril 1995.

Pour le troisième dommage, soit l'inondation des 13 et 14 juillet 1995, le demandeur estime que le Tribunal cantonal aurait dû considérer le préjudice allégué comme fondé, notamment par référence à l'expertise judiciaire.

Sous let. E, le demandeur critique enfin la décision du Tribunal cantonal de n'avoir pas fixé à 15'000 fr., en application de l'art. 42 CO, le montant du préjudice, qualifié de "raisonnable" par l'expert judiciaire, pour ce qui est du jet de pierres contre la paroi translucide du centre de tennis.

3.2 La fixation du dommage ressortit en principe au juge du fait. Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral n'intervient que si l'autorité cantonale a méconnu

la notion juridique du dommage ou si elle a violé des principes juridiques relatifs au calcul du préjudice. L'estimation du dommage d'après l'art. 42 al. 2 CO repose sur le pouvoir d'apprécier les faits; elle relève donc de la constatation des faits, laquelle ne peut être revue en instance de réforme. Certes, ressortit au droit le point de savoir quel degré de vraisemblance la survenance du dommage doit atteindre pour justifier l'application de l'art. 42 al. 2 CO et si les faits allégués, en la forme prescrite et en temps utile, permettent de statuer sur la prétention en dommages-intérêts litigieuse. Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où l'autorité cantonale, sur la base d'une appréciation des preuves et des circonstances concrètes, a admis ou nié que la vraisemblance de la survenance du préjudice confinait à la certitude, elle a posé une constatation de fait qui est, sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, soustraite au contrôle de la juridiction fédérale de réforme (ATF 126 III 388 consid. 8a et les références).

3.3 Le demandeur invoque l'art. 42 CO, sans préciser qu'il fonde en réalité son argumentation sur une violation éventuelle de l'art. 42 al. 2 CO, concernant la fixation du montant du dommage par le Tribunal cantonal.

Dans les deux premiers cas (A et B), la cour cantonale a fixé le montant du préjudice à des valeurs différentes de celles proposées par le demandeur, procédant à une appréciation des faits qui n'est pas susceptible d'être corrigée en instance de réforme. Sur ce point, le recours est irrecevable.

Concernant le troisième dégât d'eau, le Tribunal cantonal a expressément admis que le demandeur l'avait subi, mais il a reproché à ce dernier de s'être contenté de déposer un décompte, sans aucune pièce justificative attestant de la commande de matériaux ou le paiement de factures en rapport avec la remise en état des lieux. De même, le Tribunal cantonal relève que le demandeur n'avait pas prouvé le nombre d'heures passées à ces travaux par l'audition des personnes employées à leur réalisation, ce pourquoi les prétentions devaient être rejetées, faute de preuves suffisantes.

D'après la jurisprudence, pour que l'art. 42 al. 2 CO soit applicable, il faut que les preuves du dommage fassent défaut ou que leur administration ne puisse être raisonnablement exigée du lésé (ATF 105 II 87 consid. 3 p. 89 et les arrêts cités). L'art. 42 al. 2 CO ne constitue en effet pas une solution de facilité pour le plaideur qui omet d'apporter des preuves ou qui ferait obstacle à leur administration. L'application de cette disposition suppose en outre que la partie à laquelle le fardeau de la preuve incombe fournisse au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments permettant l'évaluation ex aequo et bono du montant du dommage (ATF 113 II 323 consid. 9c p. 343; 98 II 34 consid. 2; 97 II 216 consid. 1).

En l'espèce, malgré une certaine difficulté quant à l'estimation du nombre d'heures de travail nécessaires à la restitution des lieux dans leur état d'usage, le demandeur aurait pu fournir les preuves et les témoignages nécessaires à fixer directement le dommage, ou, à tout le moins, à permettre au juge de l'évaluer en

fonction de ces données partielles, en application de l'art. 42 al. 2 CO. En l'absence de tels éléments, le Tribunal cantonal pouvait retenir qu'il n'était pas tenu d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO, sans violer cette disposition. Le recours doit être rejeté sur ce point.

3.4 Enfin, concernant les atteintes causées à la paroi ouest du centre de tennis par C._____, le dommage et le montant du préjudice ressortent du dossier, notamment des déclarations de l'expert judiciaire. Toutefois, l'auteur de ce dommage n'est pas la société intimée, mais l'auxiliaire d'une employée de deux communautés de copropriétaires, de sorte que, faute de légitimation passive de l'intimée, la juridiction cantonale a eu raison de rejeter les prétentions du demandeur à son égard.

Le recours en réforme doit donc être intégralement rejeté, dans la mesure où il est recevable.

4.

Vu l'issue du recours, les frais seront mis à la charge du demandeur qui succombe, soit un émoulement de 3'000 fr. Celui-ci devra aussi s'acquitter d'une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens en faveur de l'intimée.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable, et le jugement attaqué est confirmé.

2.

Un émoulement judiciaire de 3'000 fr. est mis à la charge du recourant.

3.

Le recourant versera à l'intimée une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la IIe Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Valais.

Lausanne, le 25 juin 2002

Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier:

5. Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 23 avril 2004

Chambre civile

statuant par voie de procédure accélérée

Entre

Monsieur P. _____, appelant

d'une part

et

1. **CLUB _____ SA**, intimée

2. **L'ATELIER _____ SA**, autre intimée

d'autre part,

- EN FAIT -

A. P. ___ a appelé en date du 22 octobre 2003 du jugement du Tribunal de première instance du 10 septembre 2003, notifié le 16 septembre 2003 et reçu le 23 septembre 2003, condamnant solidairement Club SA et Atelier SA à payer à P. ___ la somme de 1'500 fr., sous déduction de 600 Fr. payés le 9 octobre 2002, et à la moitié des dépens.

P. ___ a conclu principalement à la condamnation solidaire des deux sociétés précitées au paiement de la somme de 6'820 fr. et subsidiairement au renvoi de la cause au Tribunal pour enquêtes en vue de l'établissement du dommage.

Club SA a conclu au déboutement de l'appelant, avec suite de dépens.

L'Atelier SA n'a pas pris de conclusions devant la Cour et s'est borné à nier toute responsabilité dans cette affaire.

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

P. ___ a effectué une réservation pour un voyage en Mongolie auprès de l'Atelier SA en mars 2002 selon un arrangement forfaitaire « Club SA » pour deux personnes, soit lui-même et son épouse, pour la période du 8 au 30 juillet 2002.

La publicité « Club SA », édition 2000, que P.____ a produite dans la procédure, prévoyait que le voyage était « encadré par un accompagnateur professionnel Club SA français » et « spécialiste de la Mongolie ».

La publicité, édition mai 2002, prévoyait que le voyage était «encadré par un accompagnateur Club SA mongol francophone ».

Pour ce voyage, P.____ a payé 11'120 fr., moins une note de crédit de 380 fr.

Il s'est révélé pendant le voyage que l'accompagnatrice n'était ni française, ni francophone, ni spécialiste de la Mongolie, avec qui toute communication était pratiquement impossible, ses connaissances de français étant insuffisantes et sa connaissance du pays et de sa culture quasi inexistante.

C. En date du 13 janvier 2003, P.____ a expédié une demande en paiement à l'adresse du Tribunal de première instance à l'encontre de Club SA et de l'Atelier SA. Il a conclu au paiement de la somme de 6'820 fr., compte tenu du prix de 11'120 fr., sous déduction du prix de 3'700 fr. à titre de voyage non organisé, calculé selon sa propre appréciation et de la somme de 600 fr. versée par Club SA, mais sans tenir compte de la note de crédit de 380 fr.

Ce dernier a proposé 1'500 fr. sous déduction de 600 fr. déjà versés.

Dans le jugement attaqué du 10 septembre 2003, le Tribunal a appliqué l'art. 13 al. 1 lettre b de la LF sur les voyages à forfait du 18 juin 1993 (RS 944.3, ci-après LVF). Il n'a pas cité l'art. 42 al. 1 et 2 CO et s'est fondé sur l'appréciation du syndicat national français des agents de voyages pour fixer le « dommage » à 1'000 euros ou 1'500 fr.

D. Dans ses écritures d'appel, l'appelant se plaint de la mauvaise application de l'art. 42 al. 1 CO, le jugement écartant, selon lui, sans aucune motivation, le calcul du dommage qu'il avait lui-même chiffré et prouvé, dès le moment où il a fourni le calcul détaillé d'un voyage non guidé. La preuve chiffrée du dommage n'était pas impossible et devait pouvoir être administrée. Le juge ne pouvait alors pas faire application de son pouvoir d'appréciation que lui accorde l'art. 42 al. 2 CO. Dans l'hypothèse où cette dernière disposition serait applicable, elle l'a été de manière erronée, car le jugement indique comme motif d'appréciation une proposition non motivée, incertaine, émanant d'un syndicat d'agents de voyage, faite sur la base d'un état de fait inconnu et régie par un droit étranger.

Pour Club SA, le dommage est constitué par la différence entre la valeur de la prestation fournie et la valeur de la prestation promise, soit par comparaison entre la prestation d'un accompagnateur mongol disposant d'une connaissance insuffisante de son sujet et celle d'un accompagnateur français ayant une bonne connaissance de la Mongolie. Le montant du dommage exact ne peut être établi. Le Tribunal a correctement appliqué les art. 13 al. 1 lettre b LVF et 42 al. 2 CO en usant de son pouvoir d'appréciation.

L'Atelier SA a exposé qu'il n'avait pas agi comme détaillant et qu'il avait rempli toutes ses obligations. Le contrat de voyage a été conclu entre l'appelant et Club SA, de sorte que la responsabilité de l'Atelier SA ne saurait être engagée.

- EN DROIT -

1. L'appel a été formé dans le délai légal et selon la forme requise (art. 300 al. 1, 337 et 344 al. 1 LPC).

2. Vu la valeur litigieuse de moins de 8'000 fr., la cause a été jugée en dernier ressort (art. 18, 19 et 22 LOJ). Le pouvoir d'examen de la Cour se trouve ainsi restreint au cadre défini à l'art. 292 alinéa 1 lit. c LPC. Elle ne peut dès lors revoir la décision attaquée - dans les limites des griefs articulés par les parties et seulement s'ils ont été soumis au premier juge (SJ 1987 p. 235; 1981 p. 90) - que si celle-ci consacre une violation de la loi, respectivement une appréciation arbitraire d'un point de fait (SJ 1991 p. 135; SJ 1990 p. 595; SJ 1995 p. 521).

L'appelant se plaint de la violation de l'art. 42 al. 1 et 2 CO par le premier juge. Il ne se plaint pas qu'il n'ait pas ou mal appliqué une disposition de la LVF.

En réalité, le Tribunal n'a pas appliqué l'art. 42 al. 1 et 2 CO qu'il ne cite d'ailleurs pas. Il s'est fondé sur l'appréciation du syndicat national français des agents de voyages pour fixer le « dommage » à 1'000 euros ou 1'500 fr.

Le Tribunal a appliqué l'art. 13 al. 1 lettre b LVF qui dispose que lorsque, après le départ du consommateur, une part importante des prestations convenues n'est pas fournie ou que l'organisateur constate qu'il ne pourra en assurer une telle part, il doit réparer « le dommage subi » par le consommateur à concurrence de la différence entre le prix des prestations prévues et celles effectivement fournies.

Il ne s'agit pas d'un « dommage », mais d'une action en diminution ou en restitution partielle du prix en cas de défaut de voyage. L'expression « dommage » est erronée (STAUDER, Commentaire romand, ad art. 13 LVF n. 12 p. 2372). Elle est ambiguë. Il faut entendre par réparation du dommage la restitution du prix pour prestation non fournie (MARCHAND, De l'helvetico-comptabilité de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, PJA 1994 p. 734).

Si le voyageur subit un dommage supérieur au prix des prestations non fournies, ce que l'appelant ne prétend pas, il a droit à des dommages-intérêts pour une telle inexécution du contrat prévue par l'art. 14 al. 1 LVF (MARCHAND, op. cit., p. 734), qui prévoit que l'organisateur ou le détaillant partie au contrat est responsable envers le consommateur de la bonne exécution du contrat, indépendamment du fait que les prestations dues soient à fournir par lui-même ou par d'autres prestataires de services.

L'action en diminution de prix de l'art. 13 al. 1 lettre a L VF doit ainsi être distinguée de l'action de l'art. 14 al. 1 L VF.

Elle n'est pas une action en dommages-intérêts ou pour inexécution au sens de l'art. 97 CO. Partant, les art. 42 et ss CO ne sont pas applicables (ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2000, p. 45; STANISLAS, *Le droit de résolution dans le contrat de vente*, 1979, p. 115).

Le code des obligations n'est de toute manière pas applicable aux aspects du contrat d'organisation de voyages, qui font l'objet de règles spécifiques dans la L VF (STAUDER, *op. cit.*, remarques préliminaires à la L VF, n. 6 p. 2331), ce qui est le cas des défauts du voyage et de leurs conséquences.

L'art. 42 CO n'avait en conséquence pas à être appliqué et l'appelant se trompe de disposition en soutenant qu'elle a été violée.

De toute manière, l'appel basé sur l'art. 42 al. 1 CO ne serait pas recevable, faute de violation de la loi, l'appelant reprochant au premier juge de ne pas lui avoir laissé la possibilité de prouver son dommage, alors qu'il n'a pas formulé d'offre de preuve dans ses écritures de première instance.

Il en serait de même dans le cadre de l'art. 42 al. 2 CO.

En effet, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour estimer le dommage (ENGEL, *op. cit.*, p. 502) et la Cour refuse de voir une violation de la loi dans le cas où le juge use de son pouvoir d'appréciation, sans excès (SJ 1953 p. 366 et 1970 p. 350 cités par BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, *Commentaire de la loi de procédure civile genevoise*, n. 8 ad art. 291 LPC; SCHMIDT, *Le pouvoir d'examen en droit de la Cour d'appel pour violation de la loi en procédure civile genevoise*, SJ 1995 p. 531-532).

L'appelant ne démontre ainsi pas que le jugement attaqué consacre une violation de la loi ou que le juge a abusé de son pouvoir d'appréciation, de sorte que l'appel sera déclaré irrecevable, avec suite de dépens en faveur de Club SA seulement, l'Atelier SA plaidant en personne et ne justifiant pas l'allocation de dépens en sa faveur.

**Par ces motifs,
La Cour:**

Déclare irrecevable l'appel interjeté par P.____ contre le jugement JTPI/9905/2003 prononcé le 10 septembre 2003 par le Tribunal de première instance dans la cause C/864/2003-10.

Condamne P.____ aux dépens d'appel de Club SA comprenant une indemnité de procédure de 500 fr. valant participation aux honoraires de son conseil.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant:

Monsieur Michel Criblet, président; Monsieur François Chaix et Monsieur Daniel Devaud, juges; Madame Nathalie Deschamps, greffière.

6. Arrêt du Bundesgerichtshof allemand du 18 janvier 1983

Bundesgerichtshof, VI. Zivilsenat

18. Januar 1983

- VI ZR 114/81 -

Landgericht München I; Oberlandesgericht München

Die am 24. Februar 1977 geborene Erstklägerin ist eine eheliche Tochter der Zweitklägerin und des Drittklägers (künftig: Kläger). Die Erstklägerin ist gesundheitlich aufs schwerste geschädigt, weil ihre Mutter, die Zweitklägerin, während der ersten Schwangerschaftswochen an Röteln (rubeola) erkrankt war. Die Kläger werfen dem beklagten Frauenarzt vor, dass er diese Erkrankung der Mutter nicht erkannt habe, so dass die – an sich erwünscht gewesene – Schwangerschaft nicht unterbrochen worden sei.

Kind und Eltern begehren die Feststellung, dass der Beklagte ihnen – vorbehaltlich eines gesetzlichen Forderungsübergangs – »allen Schaden zu ersetzen hat, der ihnen durch die Röteln-Erkrankung der Zweitklägerin während der Schwangerschaft entstanden ist und noch entstehen wird«.

[...]

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hält die Ansprüche aller Kläger für unschlüssig. Es führt im einzelnen aus:

I. Auch im Falle eines Behandlungsfehlers habe der Beklagte ein Rechtsgut oder Recht der Erstklägerin nicht verletzt. Zwar könne nach der Rechtsprechung eine Handlung auch dann zum Schadensersatz führen, wenn der durch sie an seiner Gesundheit Geschädigte zu diesem Zeitpunkt noch nicht geboren oder noch nicht gezeugt sei. Hier aber habe der Beklagte die Schädigung der Erstklägerin nicht verursacht, vielmehr laste diese ihm ein Verhalten an, dem sie ihr Leben und ihre Rechtsfähigkeit verdanke. Ein Recht auf Abbruch der sie betreffenden Schwangerschaft habe die Leibesfrucht schon deshalb nicht, weil die Entscheidung darüber, soweit die Abtreibung rechtlich hingenommen werde, allein von der Schwangere abhängen. Auch lasse sich die Alternative zwischen Existenz und Nicht-Existenz nicht mit juristischen Schadenskategorien erfassen. Schliesslich habe der Beklagte durch die Verhinderung der Schwangerschaftsunterbrechung auch kein die Klägerin schützendes Gesetz verletzt.

Der zwischen der Zweitklägerin und dem Beklagten abgeschlossene Behandlungsvertrag habe zwar auch Schutzwirkung zugunsten der Erstklägerin entfaltet.

Jedoch habe gerade seine Pflicht, die Zweitklägerin über Risiken der Schwangerschaft und eine mögliche Schädigung der Leibesfrucht aufzuklären, allein deren Interesse gedient.

II. Die Ansprüche der Eltern legt das Berufungsgericht dahin aus, dass sich das Feststellungsbegehren der Zweitklägerin auch auf immateriellen Schaden (wegen der Notwendigkeit einer durch Kaiserschnitt erschwerten Geburt), dasjenige des Klägers allein auf materiellen Schaden beziehe. Es verneint jedoch Ansprüche beider.

a) Ansprüche der Zweitklägerin

aa) Das Berufungsgericht will offenlassen, ob die (hier erhöhte) Belastung mit wirtschaftlichen Unterhaltspflichten als Schaden geltend gemacht werden könne. Jedenfalls trafen die vom erkennenden Senat in seinen beiden Urteilen vom 18. März 1980 (BGHZ 76,249 und 259) entwickelten Grundsätze hier nicht zu. Zwar würde ein Behandlungsfehler des Beklagten (zu dem das Berufungsgericht keine Feststellungen trifft) die Unterhaltslast der Zweitklägerin adäquat verursacht haben. Indessen sei der Schwangerschaftsabbruch im Gegensatz zur Sterilisation eine Tötungshandlung (BVerfGE 39,1,43,46) und nach Meinung mancher gegebenenfalls nur straffrei, aber nicht gerechtfertigt. Unabhängig von letzterer Frage sei aber anders als bei einem Sterilisationsauftrag der Beklagte hier nicht verpflichtet gewesen, auch wirtschaftliche Belange der Zweitklägerin in Betracht zu ziehen. Denn eine Verpflichtung, über medizinische und eugenische Indikationen einer Schwangerschaftsunterbrechung aufzuklären, habe für ihn nur im Hinblick auf Gefahren für Leben und Gesundheit der Zweitklägerin bestanden. Hier sei es indessen allein darum gegangen, der Erstklägerin ein Leben unter schwersten Bedingungen zu ersparen. Daneben dürften zwar wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle gespielt haben, die aber für sich den Abbruch der Schwangerschaft nicht gerechtfertigt haben würden. Eine wirtschaftliche Überforderung, die auch als Rechtfertigungsgrund erwogen werde, sei nicht dargetan. Demnach habe die Wahrung der allein geltend gemachten wirtschaftlichen Belange nicht zu den Vertragspflichten des Beklagten gehört. Insoweit sei also auch keine Schadensersatzpflicht begründet.

bb) Entsprechendes gelte für Schadensersatzansprüche der Zweitklägerin aus §§ 823 Abs. 1,847 BGB im Zusammenhang mit der ungewollten, mit Komplikationen verbundenen Geburt. Auch der Ersatz solchen Schadens liege ausserhalb des Schutzbereichs der verletzten Vertragspflicht.

b) Ansprüche des Drittklägers

Die für den Kläger allein in Frage stehenden vertraglichen Ansprüche entfielen aus den für die Zweitklägerin dargelegten Gründen, obwohl er in den Schutzbereich des Vertrages zwischen der Zweitklägerin und dem Beklagten einbezogen gewesen sei (BGHZ 76,259,262).

B.

Diese Ausführungen halten zwar der Revision der Erstklägerin (des Kindes) stand, im wesentlichen aber nicht den Revisionen der Eltern.

I.

1. Nach dem unstreitigen Sachverhalt lässt sich kaum bezweifeln, dass der Beklagte den ärztlichen Auftrag erhalten und auch angenommen hat, der Gefahr einer schweren Schädigung der Erstklägerin (Kind) durch eine Röteln-Infektion ihrer Mutter (Zweitklägerin) in den ersten Schwangerschaftswochen nachzugehen; jedenfalls ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen. Dass er diesen Auftrag schuldhaft schlecht ausgeführt hat, hatte das Landgericht festgestellt. Das Berufungsgericht stellt – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – eine solche Feststellung dahin, obwohl der Beklagte unstreitig die Erstklägerin hinsichtlich des Ergebnisses angeblicher weiterer Blutuntersuchungen wohl wissentlich falsch unterrichtet hatte.

Für die Revisionsinstanz muss jedenfalls unterstellt werden, dass der Beklagte seine übernommene Behandlungspflicht schuldhaft versäumt hat. Der festgestellte Sachverhalt lässt überdies kaum Zweifel daran, dass es der medizinisch nicht uninformierten Zweitklägerin bei der Konsultation des Beklagten gerade darum gegangen ist, gegebenenfalls der schweren Gefahr einer irreversiblen Schädigung des soeben empfangenen Kindes durch einen Abbruch der Schwangerschaft vorzubeugen. Auch dass ein auftragsgemässes Verhalten des Beklagten die Befürchtung erhärtet und damit den rechtzeitigen Schwangerschaftsabbruch als einzige Abhilfe ermöglicht hätte, ist revisionsmässig zu unterstellen. Damit hat – aus der Sicht des Revisionsverfahrens – der Beklagte den von den Klägern geltend gemachten Schaden gegebenenfalls durch seine schuldhafte Verletzung des Behandlungsvertrags verursacht.

[...]

Daneben aber muss auch das ethische Interesse der Mutter Berücksichtigung finden, sich als die einzige Person, der nach wohl allgemeiner Meinung die Entscheidung darüber zustehen kann, nicht dem Vorwurf oder auch nur Selbstvorwurf auszusetzen, dass sie dem Kind nicht ein unter Umständen qualvolles und der Eingliederung in die Gesellschaft schwer zugängliches Leben durch eine von der Rechtsordnung in ihre Verantwortung gestellte Entscheidung erspart hat (für das anderen Beziehungen nicht vergleichbare besondere Verantwortungsverhältnis der werdenden Mutter zu ihrer Leibesfrucht vgl. Sondervotum Rupp v. Brünneck BVerfGE 39,79 f.).

[...]

1. Ansprüche der Eltern

Die Auffassung, dass sich grundsätzlich Ansprüche der Eltern ergeben können, wird im neueren Schrifttum wohl überwiegend geteilt (u. a. Deutsch VersR 1982,

713, 714; Fischer NJW 1981, 1991; Hagen SchHA 1982,2,6; Schlund, *Arztrecht*, 1982,64,66; Steffen in BGB-RGRK 12. Aufl. § 823 Rdnr. 13; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts* 13. Aufl. Bd. I S. 411, Fn. 66; Schünemann JZ 1981,574,575 ff.). Doch wird das angefochtene Urteil verschiedentlich ohne nähere Stellungnahme zustimmend erwähnt. Verneint wird die Möglichkeit solcher Ansprüche insbesondere von denen, die den Schwangerschaftsabbruch mit verschiedener Begründung für nur straflos halten (s. o.). Der Senat ist, wie bemerkt, der ersteren Meinung.

a) Ansprüche der Mutter

aa) In der Geburt der Erstklägerin hat sich, wovon ausgegangen werden muss, die Gefahr, der es nach dem Entschluss der Mutter durch eine Schwangerschaftsunterbrechung vorzubeugen galt, verwirklicht. Denn die Gesamtschädigung des Kindes ist, soweit ersichtlich, so schwer, dass eine gegebenenfalls zum Schwangerschaftsabbruch bereite Mutter, hätte sie sie zuvor gekannt, darauf verzichtet hätte, das Kind auszutragen. Den dadurch der Mutter entstandenen Schaden hat der Beklagte durch seine Vertragsverletzung verursacht und muss ihn daher grundsätzlich ersetzen. Dieser Schaden kann als nach Vertragsrecht geschuldeter Vermögensschaden in dem finanziellen und sachlichen (Arbeitsleistung) Unterhaltsmehraufwand für das Kind bestehen, den die Mutter ganz oder teilweise, möglicherweise lebenslang, wird erbringen müssen. Dass es den Eltern nur um den schadensbedingten Mehraufwand, also nicht auch um den Unterhaltsaufwand geht, der auch für ein gesundes Kind entstanden wäre, hat der Prozessvollmächtigte der Kläger vor dem Senat ausdrücklich klargestellt; der Senat kann sich daher im Streitfall auf die Entscheidung über dieses Begehren beschränken. Dass auch dieser Mehraufwand einer familienrechtlichen Unterhaltspflicht entspricht, steht im Verhältnis zu einem verantwortlichen Dritten seiner Charakterisierung als Vermögensschaden nicht grundsätzlich entgegen. (Für die Ersatzfähigkeit unterhaltsrechtlich geschuldeter Aufwendungen vgl. Senatsurteile vom 18. März 1980 – BGHZ 76,249 und 259.)

Daraus ergibt sich, dass – ebenso wie bei einem planwidrig geborenen Kind – auch bei einem Kind, das so, d. h. in seinem behinderten Zustand, nach dem Wunsch der Mutter nicht hatte geboren werden sollen, jedenfalls die durch die Behinderung bedingten Mehraufwendungen (in BGHZ 76,249,258 noch offengelassen) als ersatzfähiger Schaden in Frage kommen können. Das gilt freilich nur, wenn und soweit sich die Gefahr, die es zu vermeiden galt, tatsächlich verwirklicht hat, also wegen der Schwere der eingetretenen Schädigung – wäre sie voraussehbar gewesen – die Austragung des Kindes unzumutbar erschienen wäre. Davon aber ist hier jedenfalls für das Revisionsverfahren auszugehen.

Anders könnte es nicht schadensrechtlich ausgeglichen werden, dass der Beklagte durch seine Nachlässigkeit der Mutter etwas aufgezwungen hat, was ihr das Gesetz nicht zumuten wollte und was sie deshalb zu vermeiden berechtigt gewesen war.

bb) Daneben hält der Senat ein Schmerzensgeld für die Mutter angesichts der notwendig gewordenen Kaiserschnittentbindung für rechtlich in Frage kommend. Anders als in den BGHZ aaO entschiedenen Fällen beruht hier die Schwangerschaft zwar als solche nicht auf dem Versagen des Arztes, sondern auf freier Entschliessung der Mutter (Zweitklägerin) oder ist von dieser doch hingenommen worden. Damit hat der Beklagte nicht durch die Zufügung einer ungewollten Entbindung unmittelbar in die körperliche Befindlichkeit der Zweitklägerin (anders im Senatsurteil vom 18. März 1980 – VI ZR 247/78 – VersR 1980,558, insoweit in BGHZ nicht abgedruckt) eingegriffen. Deshalb kann nach Auffassung des Senats hier nur diejenige Schmerzbelastung als Begründung eines Anspruchs aus § 847 BGB in Frage kommen, die schadensbedingt die mit einer natürlichen, komplikationslosen Geburt verbundenen Beschwerden übersteigt. Das könnte sich – wobei aber wiederum Feststellungen fehlen – dadurch verwirklicht haben, dass nur wegen der Schädigung des Kindes eine Kaiserschnitt-Entbindung notwendig geworden ist, was die Kläger behauptet haben. Bei der Bemessung dieses Schmerzensgeldes könnte allerdings wiederum in Betracht zu ziehen sein, dass der Mutter so ein – wie jedenfalls behauptet – nicht ganz einfacher Abtreibungseingriff erspart worden ist, dem sie sich bei vertragsmässigem Verhalten des Beklagten unterzogen hätte.

Darüber hinaus kommen Ansprüche der Mutter aus direkter oder entsprechender Anwendung des § 847 BGB freilich nicht in Frage. Das Berufungsgericht hat ein solches Begehren auch – von der Revision unangegriffen – nicht in der Einlassung der Kläger erkannt. Deshalb mag hier nur kurz angemerkt werden, dass ein solcher Anspruch wegen der – nicht ausnahmsweise Krankheitswert erreichenden – seelischen Belastung durch das Haben eines schwer geschädigten Kindes der deutschen Rechtsordnung fremd wäre (anders in mehreren ausländischen Rechtsordnungen; vgl. etwa die Entscheidung i.S. Howard v. Lecher des Court of Appeals of New York, North Eastern Reporter, Volume 366 S. 64 ff. – »mental and emotional suffering«). Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die in einem streng umschriebenen Bereich des Ehrenschatzes für Verletzungen des Persönlichkeitsrechts eine schmerzensgeldähnliche Entschädigung gewährt (vgl. die Übersicht bei Palandt/Thomas, BGB 42. Aufl. § 823 Anm. 15), ist insoweit nicht ausdehnbar. Vor allem kann eine dem Ansatz der gesetzlichen Regelung widersprechende Geldentschädigung nicht für die Verletzung des »Rechts auf Familienplanung« als Ausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährt werden (vgl. dazu etwa Giesen FamRZ 1970,565; Schiemann JuS 1980,709,711 ff.), soweit eine die Persönlichkeit betreffende Entscheidung des Betroffenen nur – wie hier – faktisch vereitelt wird.

[...]

2. Ansprüche des Kindes

Hier stellt sich für die inländische höchstrichterliche Rechtsprechung erstmalig unmittelbar das Problem, das im angelsächsischen Sprachbereich als »wrongful

life« bezeichnet wird. Der Beklagte hat, wie oben bemerkt, den bedauernswerten Zustand des Kindes nicht verursacht; jedenfalls ist nicht behauptet, dass er ihn noch durch irgendwelche Massnahmen habe verhindern können. Er hat jedoch unter Verstoss gegen seine der Mutter gegenüber übernommene Behandlungspflicht nicht ermöglicht, dass die Geburt eines gesundheitlich erheblich gefährdeten Kindes, bei dem sich diese Gefährdung dann auch in schwerer Form verwirklicht hat, durch den Abbruch der Schwangerschaft verhindert wurde. Insoweit in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht ist der Senat der Ansicht, dass das Kind hieraus Ansprüche nicht herleiten kann.

Inländische Rechtsprechung ist, wie bemerkt, kaum bekannt geworden. Ausser dem hier angefochtenen Urteil liegt dem Senat ein Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. Januar 1982 - 3 U 107/81 - zur Revision vor, wo Ansprüche des Kindes selbst jedoch aus Verfahrensgründen rechtlich nicht geprüft worden sind. Ausländische Entscheidungen, die aber schon wegen der verschiedenen Rechtsgrundlagen nur beschränkt für das inländische Recht Bedeutung haben können, sind, soweit ersichtlich, in England und in den Vereinigten Staaten ergangen. In England ist ein Anspruch des Kindes unlängst verneint worden (Urteil des [London] Court of Appeal vom 19. Februar 1982 in Sachen McKay v. Essex Health Authority and Another - Bericht in Law Report February 22 1982, Court of Appeal; vgl. auch den Abdruck der Richter-»opinions« in dieser Sache in The Weekly Law Reports 1982, S. 890 ff.). Die in der Zwischenzeit dort in Kraft getretene gesetzliche Regelung schliesst Ansprüche des Kindes ohnehin aus (vgl. Finch, New Law Journal 1982,235,236). Auch in den Vereinigten Staaten ist diese Auffassung seit längerer Zeit ganz herrschend; Ansprüche des Kindes sind nur in einem einzigen Fall (Court of Appeal in California i.S. Curlender v. Bio-Science 1980) rechtskräftig bejaht worden (zitiert nach der Übersicht im »Opinion« v. L. J. Stephenson, The Weekly Law Reports aaO S. 904). Zwei weitere erstinstanzliche Entscheidungen, die nicht bzw. noch nicht rechtskräftig geworden waren, erwähnt Fischer NJW 1981, 1991 Fn. 4; für den Stand von 1978 vgl. die ausführliche Darstellung von Sarno, American Law Reports = ALR, 83 3 d, S. 15 ff.).

In dem das Recht der Bundesrepublik Deutschland betreffenden Schrifttum sind die Ansichten geteilt, wobei die Ablehnung eines Anspruchs des Kindes überwiegt. Einen solchen Anspruch befürworten zwar Deutsch (aaO) und wohl auch Plum (VersR 1982,722; vgl. auch Fuchs NJW 1981,610,613). Verneint werden Ansprüche des Kindes selbst aber nicht nur von allen, die die nicht ermöglichte Abtreibung überhaupt nicht als Haftungsgrund anerkennen wollen, sondern auch von Autoren, die gegebenenfalls Ansprüche der Eltern anerkennen (so etwa Fischer, Hagen, Schlund, Steffen, Schünemann, je aaO). Der Senat folgt bei seiner Ablehnung eines kindlichen Schadensersatzanspruches aus dem Rechtsgrund »wrongful life« bzw. »wrongful birth« folgenden Erwägungen:

a) Eine unmittelbare deliktsrechtliche Pflicht, die Geburt einer Leibesfrucht deshalb zu verhindern, weil das Kind voraussichtlich mit Gebrechen behaftet sein

wird, die sein Leben aus der Sicht der Gesellschaft oder aus seiner unterstellten eigenen Sicht (für die naturgemäss nicht der geringste Anhalt besteht) »unwert« erscheinen lässt, müsste innerhalb des allgemein auf Integritätsschutz ausgerichteten Kreises der deliktischen Verhaltensnormen einen Fremdkörper bilden. Es gibt sie nicht. Das gilt selbst für Fälle, in denen – anders als hier – nicht nur die Gefahr einer Schädigung besteht, sondern z. B. im Wege der heute in verdächtigen Fällen weitgehend üblichen Amniocentese (Fruchtwasseruntersuchung) ein schwerer genetischer Mangel – etwa beim Mongolismus – enigmatischerweise sicher zu prognostizieren ist. Und das gilt auch, obgleich nach vielleicht überwiegender Meinung und wohl auch rechtstatsächlicher Praxis die Geburt jedenfalls solcher Kinder verhindert werden sollte. Das menschliche Leben, das nach Abschluss der Nidation auch den Nasciturus umfasst (BVerfG aaO S. 37), ist ein höchstrangiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig. Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Daher ist auch anerkannt, dass die Pflicht, das Leben eines Erkrankten oder schwer Verletzten zu erhalten, nicht von dem Urteil über den Wert des erhaltbaren Lebenszustandes abhängig gemacht werden darf.

Nur bei der Frage, inwieweit nur noch einzelne Lebensfunktionen durch künstliche Massnahmen ohne Hoffnung auf Besserung aufrecht zu erhalten sind, mag dieser Grundsatz eine gewisse Grenze finden (vgl. Sax JZ 1975,137,149).

Darum aber geht es hier nicht. Allgemein erlaubt gerade die durch die Erfahrung mit der national-sozialistischen Unrechtsherrschaft beeinflusste Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland aus gutem Grund kein rechtlich relevantes Urteil über den Lebenswert fremden Lebens (vgl. etwa Hagen aaO S. 7).

b) Darum könnte sich die eine Ersatzpflicht begründende Pflichtwidrigkeit des Beklagten ohnehin nur aus dem Behandlungsverhältnis zur Mutter ergeben.

aa) Einerseits können allerdings auch Vertragspflichten, selbst wenn sie einem Dritten gegenüber bestehen, gleichzeitig eine deliktische Einstandspflicht begründen (Nachweise etwa bei Palandt/Thomas, BGB 42. Aufl. Übersicht vor § 823 Anm. 2). Insoweit aber gilt das bereits Gesagte. Weder die Ermöglichung noch die Nichtverhinderung von Leben verletzt (anders, soweit die Qualität dieses Lebens durch Tun oder Unterlassen erst beeinträchtigt wird) ein nach § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut. Das ist nicht nur eine dogmatische Erwägung. Sie wird vielmehr auch dadurch gestützt, dass schon die ethische Wertung des erlaubten Schwangerschaftsabbruchs in der allgemeinen Meinung keine einheitliche ist (wobei sich der Beklagte hier allerdings nie auf ethische Bedenken berufen hat; er hätte sonst auch die Beratung und Behandlung der Mutter ablehnen müssen). Vor allem nämlich entzieht es sich, eben weil es nicht um ein Integritätsinteresse geht, den Möglichkeiten einer allgemeinverbindlichen Beurteilung, ob Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative des Nichtlebens überhaupt im Rechtssinne einen Schaden oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt (vgl. dazu die Stellungnahme von L. J. Stephenson, *The Weekly Law Reports*

aaO S. 90; »Man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know, whether that is so.«).

bb) Damit bleibt nur eine unmittelbare Vertragspflicht des Beklagten zu prüfen, die dieser vermöge einer (gegebenenfalls nur sinngemäss) vereinbarten Schutzwirkung zugunsten des noch ungeborenen Kindes diesem gegenüber zu erfüllen gehabt hätte. Auch das vermag der Senat indessen nicht zu bejahen, obwohl ein solcher Behandlungsvertrag in anderer Richtung sehr wohl Schutzwirkungen für das Kind entfalten kann, wie auch das Berufungsgericht erkennt.

Es stünde dem allerdings nicht entgegen, dass das klagende Kind im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Verhaltens des Beklagten noch nicht rechtsfähig war (§ 1 BGB). Auch für das Deliktsrecht ist (s. o.) anerkannt, dass eine haftungsbegründende Handlung vor der Geburt des Geschädigten (BGHZ 58,48), ja sogar vor der Erzeugung liegen kann (BGHZ 8,243). Hinsichtlich eines Schadensersatzanspruches, der sich auf eine das Ungeborene begünstigende Vertragspflicht gründet, kann nichts anderes gelten.

Der Senat sieht sich jedoch an der Feststellung, dass eine solche Schutzwirkung ausbedungen war, schon deshalb gehindert, weil das geltende Recht der Mutter die rechtfertigende Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch ausdrücklich nur in ihrem eigenen Interesse gewährt. Diese gesetzliche Wertung mag in ihrer Motivation nicht zwingend sein; sie ist auch, soweit ersichtlich, in anderen Kulturstaaten, deren Rechtsordnung den Schwangerschaftsabbruch nicht grundsätzlich ablehnt, nicht festzustellen. Das hindert nicht, dass sie für den Rechtsbereich der Bundesrepublik schon aus verfassungsrechtlichen Gründen zu respektieren ist (BVerfG aaO). Damit steht sie nicht nur einer im Sinne einer Begünstigung des zu vermeidenden Kindes erweiterten Auslegung des Behandlungsvertrags entgegen, sondern, wie bemerkt, auch einer durch die Übernahme des Behandlungsauftrags unmittelbar dem Kind gegenüber entstandenen deliktischen Garantenpflicht des Arztes.

cc) Aber auch abgesehen von dieser speziellen Ausgestaltung der deutschen Abtreibungsregelung hält der Senat die Ablehnung eigener Ansprüche des Kindes in solchen Fällen für zwingend. Sie sind nur tragbar, wo schuldhaft durch menschliches Handeln dessen Integritätsinteresse beeinträchtigt worden ist, wobei ein solches Verhalten, wie bemerkt, zeitlich sogar vor der Erzeugung liegen kann. Im übrigen kann es nicht so sehr auf auch vom Berufungsgericht angeführte Argumente formaler Logik ankommen, etwa dahingehend, dass es nicht denkbar sei, als Rechtssubjekt Ansprüche aus einem Verhalten herzuleiten, das die Existenz und Rechtsfähigkeit erst begründet hat (vgl. dazu schon Heldrich JZ 1965,593,594). Vielmehr hält der Senat dafür, dass in Fällen wie dem vorliegenden überhaupt die Grenzen erreicht und überschritten sind, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung tragbar ist. Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch

auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere. Wenn der Mutter – nur sie kann es sein – von der Rechtsordnung gleichwohl eine solche Entscheidung eingeräumt wird, dann kann das auch ihr gegen- über keinen Anspruch des Kindes auf Nichtexistenz begründen. Daran ändert es nichts, dass in ihre Entscheidung legitimermassen auch das Mitleid mit dem schwer geschädigten Leben einfließen mag (vgl. Fischer aaO S. 1992: »Motivbündel«; Larenz, aaO).

Wollte man gegenüber dem Arzt anders entscheiden, dann müsste man folgerichtig auch eine Haftung in anderen Fällen bejahen, etwa bei Eltern, die trotz schwerer genetischer Belastung ein Kind gezeugt haben und deren Verantwortlichkeit sich derzeit nur in der gegebenenfalls erhöhten Unterhaltspflicht auswirkt, oder bei Personen, die für diese genetische Belastung verantwortlich sind, auch dann, wenn diese den in erster Linie verantwortlichen Eltern bei der Zeugung bekannt war (anders als in dem der Entscheidung BGHZ 8,243 zugrundeliegenden Fall, bei dem es um die auf einer Blutübertragung beruhende Luesinfektion der Mutter ging; vgl. etwa Schlund aaO S. 67). Und es könnte sich insoweit eine Einstandspflicht für mehrere Generationen ergeben, weshalb schon eine Haftungsbegrenzung auf die erste Generation erwogen worden ist (vgl. den Hinweis von Giesen, Arzthaftungsrecht, 1981, S. 119 bei Fn. 867; ferner Heldrich aaO S. 599).

Das alles zeigt, wie bemerkt, nach Auffassung des Senats, dass hier ein Bereich anfängt, in dem eine rechtliche Regelung der Verantwortung für weitgehend schicksalhafte und naturbedingte Verläufe nicht mehr sinnvoll und tragbar ist.

dd) Der Senat verkennt nicht, dass auf diese Weise schwer behinderte Kinder wirtschaftlich schutzlos bleiben, sobald die Unterhaltspflicht der Eltern – etwa bei deren Ableben – aufhört. Das muss aber ebenso hingenommen werden, wie in den Fällen, in denen die Mutter sich nicht zur Schwangerschaftsunterbrechung entschliessen kann oder die gesetzliche Frist für diese aus irgendwelchen Gründen versäumt wurde. Allgemein verwirklicht sich hier ein schicksalhafter Verlauf, auf dessen Abbruch das Kind selbst keinen Anspruch haben kann und dessen Auswirkungen im Rahmen des Möglichen von der Allgemeinheit ausgeglichen werden müssen.

7. Arrêt de la Cour de cassation française ass. Plén. du 17 novembre 2000

Cour de cassation, ass. Plén.
17 nov. 2000¹

La Cour: – Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche du pourvoi principal formé par les époux X..., et le deuxième moyen du pourvoi provoqué, réunis, formé par la caisse primaire d'assurance maladie de Z: – **Vu les articles 1165² et 1382³ du Code civil;**

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. Y..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale de Yerres, aux droits duquel est M. A..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme X... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la Cour de renvoi dit que "l'enfant Nicolas X... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises" par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues;

Par ces motifs, [...], casse [...] renvoie devant la Cour d'appel de D, autrement composée [...].⁴

¹ In Le Dalloz, 2001, n°4, p. 332.

² CCF Art. 1165: « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. »

³ CCF Art. 1382: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

⁴ 99-13.701 (n°457 PL)-Composition de la juridiction: MM. Canivet, prés. – Sargos, rapp. – Sainte-Rose, av. gén. – Mes Choucroy, Le Prado, SCP Piwnica et Moliné, SCP Gatineau, av. – *Décision attaquée:* Cour d'appel d'Orléans, 5 févr. 1999.

8. Loi de la République française n° 2002-303 du 4 mars 2002

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 Relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹

Article 1

I. – Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

II. – Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale.

III. – Le Conseil national consultatif des personnes handicapées est chargé, dans des conditions fixées par décret, d'évaluer la situation matérielle, financière et morale des personnes handicapées en France et des personnes handicapées de nationalité française établies hors de France prises en charge au titre de la solidarité nationale, et de présenter toutes les propositions jugées nécessaires au Parlement et au Gouvernement, visant à assurer, par une programmation pluriannuelle continue, la prise en charge de ces personnes.

IV. – Le présent article est applicable en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie, dans les îles Wallis et Futuna ainsi qu'à Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon.

¹ J.O. n°54 du 5 mars 2002, p. 4118.

9. Arrêt de la Cour de Première Instance de Bruxelles du 7 juin 2002

DOMMAGE

Réparation du dommage - Wrongful life

L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse

(...)

L'action tend à obtenir condamnation *in solidum* des défendeurs à payer à chacun des demandeurs en leur nom propre la somme de un million de francs (€ 24.789,35) à majorer d'intérêts, une rente mensuelle de 100.000.- frs payable par anticipation et indexée sous réserve d'augmentation suite à des aggravations des soins nécessaires majorée des intérêts compensatoires sur les arriérés et en tant que représentants légaux de la personne et des biens de leur enfant mineure E. la somme de 30 millions de francs (€ 743.680,57) à majorer d'intérêts et enfin en tant que représentants légaux de la personne et des biens de leur enfant mineure R. la somme de 300.000.- frs (€ 7.436,80).

A titre subsidiaire: procéder à la désignation d'un collège de trois experts comprenant un médecin-légiste, un obstétricien et un spécialiste en échographie avec la mission qui sera précisée *infra*.

Rétroactes

Il est acquis que la demanderesse donna naissance le 25 août 1995 à une fille, prénommée E., présentant le syndrome des mains et pieds fendus.

Il s'agit d'une maladie génétique assortie d'un risque de transmissibilité très important et pour laquelle les possibilités thérapeutiques sont très limitées telles que la kinésithérapie et appareils appropriés.

Cette naissance a été précédée de celle de R. (19 juillet 1993) qui elle présenta une leucocorie de l'œil droit (ou arrêt du développement de l'œil en question) et enfin d'une fausse couche en octobre 1994 après quatorze semaines de grossesse.

Outre que la grossesse qui a débuté à la mi-novembre 1994 pour aboutir à la naissance d'E. le 25 août 1995 a été émaillée de divers avatars (décollement ovulaire avec menace de fausse couche, augmentation du liquide amniotique, kyste à l'insertion du cordon) qui ont nécessité onze examens échographiques dont aucun n'a permis de déceler le handicap dont était frappé E.

Les trois premiers (23 et 29 décembre 1994 et 3 janvier 1995) ont été réalisés dans les cinq premières semaines de la grossesse et les huit autres entre la treizième semaine et le terme de la grossesse (13 février, 17 mars, 12 mai, 9 mai, 10 et 28 juillet et 22 août 1995).

A cet égard, il est utile de relever qu'en termes de citation, les demandeurs ont précisé « ... les onze examens échographiques effectués durant la grossesse de ma seconde requérante n'ont pas été dirigés de manière à détecter une malformation des membres du fœtus; »

« le Docteur A. a inféré la normalité morphologique du fœtus à partir de la visualisation des reins, de l'estomac, de l'aorte, de la vessie, du cœur et du cordon ».

« ... il n'a pas inclus le squelette, le cerveau et le rachis fœtal dans l'évaluation ».

Le Professeur B., consulté après la naissance d'E. et la constatation de son handicap, s'est étonné de ce que « ... le squelette, le cerveau et le rachis fœtal ne soient pas inclus dans l'évaluation » d'une part en précisant que le type de malformation présenté par E. aurait pu être détecté lors des échographiques anténatales « vers 18 semaines, plus sûrement vers 20-22 semaines ».

La première défenderesse est à la cause en tant qu'assureur de la responsabilité professionnelle du défendeur.

Discussion

De la recevabilité des parents en leur nom propre:

1. L'action des parents en leur nom propre:

Les demandeurs, en leur nom propre reprochent essentiellement au défendeur de ne pas avoir décelé les malformations sur le fœtus ou, dans le cas contraire, de ne pas les en avoir informé de telle manière qu'ils n'ont pu avoir la possibilité d'opter pour une interruption de grossesse dans le respect du Code pénal.

Contrairement à ce que les défendeurs prétendent, les demandeurs ont chiffré le dommage tant moral que matériel qui résultait de cette faute pour tous les membres de la famille, y compris la victime, la gravité du handicap constaté constituant manifestement une lourde épreuve tant sur le plan psychologique que sur le plan matériel.

Les défendeurs invoquent encore l'irrecevabilité de l'action dans la mesure où les demandeurs reprocheraient au défendeur de ne pas avoir permis de faire procéder à un avortement illégal, se fondant précisément sur les réflexions du Professeur B., situé plus haut.

C'est ignorer la disposition de l'article 350, 4° du Code pénal qui prévoit l'avortement au-delà du délai de 12 semaines « ... lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme

incurable au moment du diagnostic... » comme en l'espèce, encore que cet élément ne résultera que du rapport d'expertise du collège d'Experts que le tribunal compte de toute façon désigner qui devra se prononcer sur les possibilités de constat de ce type de handicap à partir de la technique de l'échographie.

Quoiqu'il en soit, les demandeurs, en leur nom propre ont un intérêt actuel et certain en la cause.

2. L'action d'E représentée par ses parents en tant que gardiens de sa personne et de ses biens:

La recevabilité de l'action de la victime dépend de celle de ses parents dans la mesure où ceux-ci, bien informés, auraient pu interrompre la grossesse et éviter à leur enfant les souffrances qu'implique la gravité du handicap dont elle est atteinte.

Par suite d'une mauvaise information de ses parents, l'enfant est venu au monde avec le handicap que l'on sait, source d'un préjudice indéniable.

Avant sa naissance, le droit à la vie de l'enfant dépend de ses concepteurs, ses parents.

Si mal informés, ceux-ci ont accepté qu'il naisse dans les conditions que l'on sait, l'enfant a subi assurément un préjudice d'être né dans des conditions (un handicap grave) qu'il n'a pas choisies.

Le tribunal se ralliera à cet égard à la tendance dégagée par la jurisprudence française selon laquelle « ... l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse;... ».

La loi sur l'avortement avait d'ailleurs prévu cette possibilité en son point 4°; on peut dire que le fait de n'avoir pu bénéficier de cette possibilité constitue en soi un préjudice pour les parents et par voie de conséquence pour l'enfant handicapé.

E. est donc intéressée à l'action et son action est recevable.

L'expertise sollicitée par les demandeurs n'est là que pour établir l'éventuel lien de causalité entre une faute du médecin et les préjudices invoqués par les demandeurs.

Du 7 juin 2002 – Tribunal de première instance de Bruxelles – 11^{ème} chambre
Siég. Staes-Polet
Plaid.: Estienne, de Callatay, Fagnart, Masset

Liste des ouvrages

- Baddeley, Margareta* 1994
L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie
- Baddeley, Margareta (éd.)* 1999
La forme sociale de l'organisation sportive
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999
- Bellanger, François (éd.)* 2000
L'Etat face aux dérives sectaires
Actes du colloque du 25 novembre 1999
- Cattaneo, Daniele* 1992
Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage
Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen
- Chaix, François* 1995
Le contrat de sous-traitance en droit suisse
Limites du principe de la relativité des conventions
- Chappuis, Christine* 1991
La restitution des profits illégitimes
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse
- Chatton, Gregor T.* 2005
Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO
Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven
- Chavanne, Sylvie* 1993
Le retard dans l'exécution des travaux de construction
Selon le Code des obligations et la norme SIA 118
- Ducrot, Michel* 2005
La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral
- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
 Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
 Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
 Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
 Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
 Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
 Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
 Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG

- Languin, Noëlle/* 1994
Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
Roth, Robert/Sardi, Massimo/
Strasser, François Roger
**La libération conditionnelle:
risque ou chance?**
La pratique en 1990 dans les cantons
romands
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
Nature juridique et constitutionnalité
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Scartazzini, Gustavo* 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
Etude de droit suisse et comparé
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996

Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990

Le crédit documentaire en droit suisse

Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Trigo Trindade, Rita 1996

Le conseil d'administration de la société anonyme

Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Vulliéty, Jean-Paul 1998

Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005

La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001

Delley, Jean-Daniel/Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998

Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

Insolvençe, désendettement et redressement

Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Professeur à l'Université de Genève

Kellerhals, Jean/ 2002

Mani, Dominique/Roth, Robert (éd.)

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

Problèmes actuels de droit économique

Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Ouvrages collectifs

Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson 1995

Démocratie directe

- Arx, Nicolas von* 2002
Ähnlich, aber anders
Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz
- Auer, Andreas (éd.)* 1996
Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie
- Auer, Andreas (éd.)* 2001
Sans délais et sans limites?
L'initiative populaire à la croisée des chemins
Ohne Fristen und Grenzen?
Die Volksinitiative am Scheideweg
- Auer, Andreas/
Trechsel, Alexander H.* 2001
Voter par Internet
Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique
- Delley, Jean-Daniel (éd.)* 1999
**Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/
Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik**
- Schuler, Frank* 2001
Das Referendum in Graubünden
Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven
- Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe* 1999
Kaleidoskop Volksrechte
Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

- Trechsel, Alexander* 2000
Feuerwerk Volksrechte
Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands jurisconsultes» et «Grands textes»)

- Dufour, Alfred/Roth, Robert/
Walter, François (éd.)* 1994
Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)
- Dufour, Alfred* 1998
Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)
Genevois et Suisse à vocation européenne
- Dufour, Alfred (éd.)* 2001
Rossi, Pellegrino
Cours d'histoire suisse
- Dufour, Alfred* 2003
L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées
- Dunand, Jean-Philippe* 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter
Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique, 2^{ème} éd.
- Manai, Dominique* 1990
Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse

Travaux préparatoires de l'Acte de
Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe

Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998

Autonomie et démocratie dans les communes genevoises

Schmidlin, Bruno/ 1991

Dufour, Alfred (éd.)

Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

La responsabilité aquilienne en droit commun

Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003

Foëx, Bénédicte (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005

Foëx, Bénédicte (éd.)

Protection de l'environnement et immobilier

Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002

Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry /

Bellanger, François (éd.) 2002

L'administration transparente

Droit de la responsabilité civile

Chappuis, Christine/ 2005

Winiger, Bénédicte (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Le préjudice est une notion qui a connu, ces dernières années, une forte évolution non seulement en droit suisse, mais également dans les pays qui nous entourent. En ajoutant en 2003 au Code des obligations des dispositions protégeant le propriétaire d'animaux, le législateur suisse a peut-être fait un pas vers une nouvelle notion de préjudice matériel à la frontière du tort moral. Le statut du préjudice purement économique pourrait, lui aussi, connaître des évolutions prochaines, comme le démontrent les analyses des assureurs. Dans le même temps, sur le plan européen les facettes du préjudice sont toujours plus nombreuses. Quels sont les droits d'un enfant né handicapé face au médecin traitant qui a commis une faute de diagnostic prénatal, quels sont les droits des parents?

Der Schadensbegriff hat in den letzten Jahren sowohl in der Schweiz als auch in den umliegenden Ländern eine starke Entwicklung erfahren. Durch die Zusätze, die er 2003 ins Obligationenrecht aufgenommen hat, um den Tierhalter besser zu schützen, hat der Gesetzgeber vielleicht den Weg für eine neue Form dinglichen Schadens geöffnet. Aber auch der Begriff des reinen ökonomischen Schadens könnte eine neue Entwicklung erfahren, wie die Analysen der Versicherer zeigen. Gleichzeitig wird in Europa der Schadensbegriff immer facettenreicher. Welches sind die Rechte eines behindert geborenen Kindes gegenüber dem Arzt, der eine falsche pränatale Diagnose stellt? Welches sind die Rechte der Eltern?