



Master

2011

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

L'indemnisation du dommage de frustration en droit de la responsabilité  
civile et contractuelle

---

Benoit, Edouard

**How to cite**

BENOIT, Edouard. L'indemnisation du dommage de frustration en droit de la responsabilité civile et contractuelle. Master, 2011.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:26801>



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**FACULTÉ DE DROIT**

MÉMOIRE RÉDIGÉ HORS SÉMINAIRE

Sous la direction du Prof. SYLVAIN MARCHAND

---

L'INDEMNISATION DU DOMMAGE DE  
FRUSTRATION EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ  
CIVILE ET CONTRACTUELLE

---

EDOUARD BENOIT

Année académique 2011-2012

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
al.	Alinéa(s)
APRC	Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile
art.	Article(s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
c.	Considérant(s)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (RS 220)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des tribunaux
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LCdF	Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (RS 742.101)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LRCF	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LVF	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
N	Numéro(s)
nbp	Note(s) de bas de page
p.	Page
p. ex.	Par exemple(s)
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
Rec.	Recueil
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SJ	Semaine judiciaire
SJZ/RSJ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence
ss	Et suivant(e)(s)
TF	Tribunal fédéral
v.	Voir
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR/RDS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Revue de Droit Suisse

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	4
I. LES PRÉJUDICES RÉPARABLES.....	5
A. GÉNÉRALITÉS.....	5
B. LE DOMMAGE.....	6
a. Le dommage patrimonial.....	6
b. Le dommage normatif.....	6
C. LE TORT MORAL.....	7
II. LE DOMMAGE DE FRUSTRATION.....	9
A. GÉNÉRALITÉS.....	9
B. LES OBSTACLES À L'INDEMNISATION.....	10
a. La solution jurisprudentielle.....	10
b. Le soutien doctrinal.....	12
C. L'OUVERTURE À L'INDEMNISATION.....	14
a. Préambule.....	14
b. L'exception de la Loi sur les voyages à forfait (LVF).....	15
c. Le dommage de frustration comme dommage patrimonial.....	21
d. Le dommage de frustration comme dommage normatif.....	25
CONCLUSION.....	30
ANNEXE: TABLE DE FRANCFORT.....	32
BIBLIOGRAPHIE.....	34

## INTRODUCTION

1. Commettre un acte illicite ou violer une obligation contractuelle est, dans la vie de tous les jours, monnaie courante. En outre, sans entrer dans des chiffres et statistiques judiciaires, il ne serait pas exagéré de prétendre que les tribunaux suisses ont à connaître un certain nombre d'actions en responsabilité par année.
2. Dans un autre registre, partir en vacances, acheter un billet de concert ou conclure un abonnement dans un centre de fitness sont tout autant de comportements routiniers. Il ne serait non plus pas exagéré de prétendre que de tels agissements sont de plus en plus fréquents dans notre société de consommation, tant le plaisir et le bien-être qu'ils procurent peuvent passer avant toute considération raisonnable d'ordre financier.
3. Quand la commission d'un acte illicite ou la violation contractuelle vient à la rencontre desdits comportements et prive leurs titulaires du plaisir ou du bien-être qu'ils étaient en droit d'attendre, se pose la question de leur réparation. Le droit suisse le permet-il? En d'autres termes, ce type de dommage, dit de frustration, est-il indemnifiable sous l'égide des systèmes de responsabilités que prévoit notre ordre juridique?
4. Si le lésé se reconnaît souvent un droit à la réparation de tout ce qu'il estime être une perte due à l'acte générateur de responsabilité, le système juridique que nous connaissons et appliquons n'est pas aussi catégorique. À travers la notion relativement stricte de dommage juridiquement reconnu, la place laissée à la réparation de toutes les pertes alléguées ne conduit, très souvent, pas à satisfaction. La tentation de vouloir faire sauter les barrières s'avère ainsi grande.
5. C'est dans cette logique que s'inscrit la question relative à l'indemnisation du dommage de frustration, dont le présent travail examinera la position adoptée par le Tribunal fédéral ainsi que ses répercussions dans la jurisprudence concernant les préjudices dits réparables. Une part importante sera également accordée à la doctrine et ses avis très divergents.
6. Pour ce faire, nous analyserons, brièvement et en premier lieu, les préjudices que le droit de la responsabilité permet de réparer. En second lieu, nous entrerons dans le sujet principal qu'est le dommage de frustration en l'abordant, tout d'abord, dans les grandes lignes. Nous traiterons ensuite des obstacles s'opposant à son indemnisation pour enfin se placer à contre-courant et examiner quelles solutions s'offrent en faveur de celle-ci.

# I. LES PRÉJUDICES RÉPARABLES

## A. GÉNÉRALITÉS

7. **Responsabilité civile.** La responsabilité civile trouve son fondement principal à l'article 41 alinéa 1 CO. À teneur de ce dernier, « [c]elui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Elle est également consacrée sous d'autres formes dans le Code des obligations (p. ex. la responsabilité de l'employeur [art. 55 CO], du détenteur d'animaux [art. 56 CO] ou pour des bâtiments et autres ouvrages [art. 58 CO]) ainsi que dans nombre de lois spéciales (p. ex. la responsabilité du détenteur de véhicule automobile [art. 58 LCR<sup>1</sup>], du détenteur d'une entreprise ferroviaire [art. 40b LCdF<sup>2</sup>] ou de la Confédération des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires [LRcF<sup>3</sup>]). Dans la mesure où elle vise la réparation du préjudice causé à autrui<sup>4</sup>, celui-là est une condition indispensable de la responsabilité, à savoir une de ses conditions générales<sup>5</sup>. Le préjudice comprend deux formes: le dommage et le tort moral<sup>6</sup>.
8. **Responsabilité contractuelle.** La première source applicable à la responsabilité contractuelle est le contrat conclu entre les parties<sup>7</sup>. Cela étant, un régime légal général dans la Partie générale du Code des obligations (art. 97-101 CO) ainsi que des régimes légaux spéciaux, dans la Partie spéciale du Code des obligations (p. ex. la responsabilité du donateur [art. 248 al. 1 CO], de l'entrepreneur [art. 364 al. 1 CO] ou du mandataire [art. 398 al. 1 et 2 CO renvoyant à l'art. 321e al. 1 CO]) ou dans des lois spéciales découlant de contrats particuliers (p. ex. la responsabilité de l'organisateur ou détaillant de voyages à forfait [art. 14 LVF<sup>8</sup>]), lui sont consacrés. Dans la mesure où la responsabilité contractuelle est un cas particulier de la responsabilité civile<sup>9</sup>, l'obligation de réparer le préjudice causé subsiste<sup>10</sup>, ce dernier conservant ses deux aspects que sont le dommage et le tort moral<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> RS 741.01.

<sup>2</sup> RS 742.101.

<sup>3</sup> RS 170.32.

<sup>4</sup> TERCIER, N 1183 ; WERRO, Responsabilité civile, N 1.

<sup>5</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 40.

<sup>6</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 38.

<sup>7</sup> TERCIER, N 1189.

<sup>8</sup> RS 944.3.

<sup>9</sup> TERCIER, N 1194.

<sup>10</sup> TERCIER, N 1186.

<sup>11</sup> TERCIER, N 1209 ss.

## B. LE DOMMAGE

### a. Le dommage patrimonial

9. **Définition.** Le dommage n'est pas défini par la loi<sup>12</sup>. Sa notion a donc été définie par la jurisprudence. Ainsi, juridiquement reconnu, le dommage est la diminution involontaire du patrimoine d'une personne<sup>13</sup>. Cette diminution peut résulter d'une réduction de l'actif, d'une augmentation du passif ou d'un gain manqué<sup>14</sup>. En tant qu'il affecte le patrimoine, nous parlerons également de préjudice (purement) matériel<sup>15</sup>.
10. **Méthode de calcul.** La méthode de calcul du dommage est une appréciation comptable<sup>16</sup> de la situation concrète du cas d'espèce<sup>17</sup>. Dénommée « théorie de la différence », elle consiste en la comparaison du patrimoine actuel du lésé et celui hypothétique du même lésé si l'événement dommageable ne s'était pas produit<sup>18</sup>.
11. **Portée.** La théorie de la différence s'applique tant pour le calcul du dommage résultant de la responsabilité civile que pour celui découlant de la responsabilité contractuelle, la condition de préjudice étant commune pour les deux responsabilités<sup>19</sup>.

### b. Le dommage normatif

12. **Exception au principe.** Le dommage normatif constitue une exception au principe de l'indemnisation du dommage par la théorie de la différence<sup>20</sup>. En effet, il vise à élargir la notion classique du dommage juridiquement reconnu en préconisant l'indemnisation d'un inconvénient ne se manifestant pas sous la forme d'une différence patrimoniale<sup>21</sup>. Pour cette raison, il est considéré comme un préjudice immatériel<sup>22</sup>.

---

<sup>12</sup> ATF 127 III 73 c. 4a = SJ 2001 I 397.

<sup>13</sup> ATF 64 II 137 c. 3c = JdT 1938 I 621. WERRO, art. 41, N 8.

<sup>14</sup> THÉVENOZ, art. 97 CO, N 30.

<sup>15</sup> ENGEL, p. 523.

<sup>16</sup> ATF 99 II 214 c. 3a.

<sup>17</sup> C. CHAPPUIS, CJCE: arrêt significatif, SJ 2002, p. 395-396.

<sup>18</sup> ATF 90 II 417 c.3 ; ATF 129 III 331 c. 2.1 = JdT 2003 I 629. ENGEL, p. 472 ; THÉVENOZ, art. 97 CO, N 30.

<sup>19</sup> THÉVENOZ, art. 97, N 31.

<sup>20</sup> B. CHAPPUIS, Dommages irréparables, SJ 2010, N 50.

<sup>21</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 105.

<sup>22</sup> C. CHAPPUIS, CJCE: arrêt significatif, SJ 2002, p. 396.

13. **Un point de vue différent.** En application de cette théorie, l'appréciation du dommage n'est plus factuelle et comptable. Elle devient abstraite<sup>23</sup> et le reflet d'un jugement de valeur normatif<sup>24</sup>.
14. **Un concept flou.** Il convient toutefois de relever que la notion de dommage normatif n'est pas « un concept unique d'un dommage aux contours clairement tracés »<sup>25</sup>. Il est plutôt une nouvelle catégorie de préjudices, consistant en une réunion de nouvelles prétentions générées par l'évolution de la société de consommation qui n'entrent pas dans les catégories admises<sup>26</sup>.
15. **Concrétisation.** À l'heure actuelle, le seul cas d'application de dommage normatif ayant trouvé grâce aux yeux de la restrictive jurisprudence du Tribunal fédéral est celui du préjudice ménager<sup>27-28</sup>. Celui-ci vise à compenser la perte de la capacité de travail en indemnisant la victime de lésions corporelles empêchée de s'occuper de son ménage<sup>29</sup>.

## C. LE TORT MORAL

16. **Définition.** Le tort moral (art. 47 et 49 CO) vise à compenser la diminution du bien-être, soit les souffrances physiques ou psychiques, que le lésé ressent ensuite d'une atteinte à sa personnalité<sup>30</sup>. C'est notamment par ce biais que les dommages dits immatériels peuvent être réparés<sup>31</sup>.
17. **Conditions d'application.** En vertu de l'article 49 alinéa 1 CO, règle générale en la matière<sup>32</sup>, le tort moral est réparé pécuniairement aux conditions cumulatives que la réparation ne peut se faire autrement (p. ex. par la publication d'un droit de réponse ou par l'écoulement du temps)<sup>33</sup> et que la gravité de l'atteinte le justifie. Ces deux

---

<sup>23</sup> *Ibidem.*

<sup>24</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 52.

<sup>25</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 107.

<sup>26</sup> WERRO, Préjudice, p. 126 ss.

<sup>27</sup> REY, Haftpflichtrecht 4, N 178a.

<sup>28</sup> Pour l'historique du dommage ménager: ATF 134 III 534.

<sup>29</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 67 ss, qui considère toutefois ce type de dommage comme une perte patrimoniale.

<sup>30</sup> TERCIER, N 1215.

<sup>31</sup> ATF 115 II 474 c. 3 = JdT 1990 I 216.

<sup>32</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 145.

<sup>33</sup> ENGEL, p. 526.

conditions sont indépendantes du fondement de la responsabilité<sup>34</sup>, en ce sens qu'elles doivent être réalisées en plus de ce dernier pour qu'une réparation morale puisse être envisagée. La condition de la gravité de l'atteinte, nous le verrons, joue un rôle essentiel dans la question de l'indemnisation du dommage de frustration<sup>35</sup>:

*Ein Genugtuungsanspruch setzt nach Art. 49 aOR eine besonders schwere Verletzung in den persönlichen Verhältnissen voraus*<sup>36</sup>.

*Aux termes de l'art. 49 [CO] ancien, une réparation morale doit être justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute.*

Cette phrase du Tribunal fédéral, relative à la question d'un dommage de frustration, porte sur l'ancien article 49 CO. Celui-ci préconisait, en plus d'une atteinte particulièrement grave, de prendre en compte également la gravité de la faute de l'auteur. Dans sa nouvelle teneur datant de 1985, cette deuxième condition n'est plus mentionnée, rappelant ainsi qu'un tort moral peut être pris en compte aussi bien en cas de responsabilité pour faute qu'en cas de responsabilité objective<sup>37</sup> et qu'« il est désormais régi dans tous les domaines de la responsabilité par les règles qui régissent la réparation du dommage »<sup>38</sup>.

18. **Portée.** S'il ne fait aucun doute que les articles 47 et 49 CO s'appliquent à la responsabilité civile, la question de savoir si tel est aussi le cas en matière de responsabilité contractuelle se pose. Or, une atteinte à la personnalité peut être causée par l'inexécution ou la mauvaise exécution d'obligations contractuelles<sup>39</sup> et en vertu du renvoi de l'article 99 alinéa 3 CO aux règles des articles 42 ss CO, le tort moral est également à prendre en compte en cas d'action en responsabilité contractuelle<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 146.

<sup>35</sup> v. *infra* N 23.

<sup>36</sup> ATF 115 II 474 c. 3 = JdT 1990 I 216.

<sup>37</sup> ENGEL, p. 525.

<sup>38</sup> PETITPIERRE, Nouvelles frontières, p. 69.

<sup>39</sup> THÉVENOZ, art. 99 CO, N 20.

<sup>40</sup> ATF 116 II 519 c. 2c = JdT 1991 I 634.

## II. LE DOMMAGE DE FRUSTRATION

### A. GÉNÉRALITÉS

19. **Définition.** Le dommage de frustration est défini par la doctrine comme une dépense engagée par le lésé, qui, du fait de l'acte illicite, est devenue inutile ou doit être exposée une deuxième fois<sup>41</sup>. En d'autres termes, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle les dépenses effectuées volontairement par la victime sont frustrées de leur raison d'être<sup>42</sup>.
20. **Terminologie.** La notion de « dommage frustratoire » est également utilisée dans certains textes<sup>43</sup>. Elle semble néanmoins peu appropriée, car comme le relève B. CHAPPUIS, elle laisse penser que c'est le dommage qui est à l'origine de la frustration alors qu'il n'est que le résultat de l'acte illicite<sup>44</sup>. En revanche, la notion de dommage de frustration présente des similitudes avec celle du dommage de commercialisation<sup>45</sup>, la définition de ce dernier résidant en la perte de l'usage d'une chose à laquelle on accorde une valeur économique<sup>46</sup>. Pour cause, tant le dommage de frustration que celui de commercialisation consistent en la perte de jouissance d'un bien<sup>47</sup>. Par conséquent, « [un] billet de concert devenu inutilisable peut entrer aussi bien dans le dommage dit de frustration que dans celui résultant de la perte effective d'une valeur »<sup>48</sup>. La délimitation entre ces deux notions n'étant finalement pas absolue, le Tribunal fédéral traite, d'ailleurs, ces deux notions conjointement lorsqu'il considère le dommage de frustration comme étant une dépense volontaire à laquelle s'ajoute la privation d'un agrément ou de l'usage d'une chose<sup>49</sup>.
21. **Un débat d'actualité.** Nous le verrons, la portée pratique de l'indemnisation du dommage de frustration est fortement restreinte par le principe posé par le Tribunal fédéral<sup>50</sup>. Par contre, cette question fait l'objet de nombreuses controverses en doctrine. Ainsi, contre les arguments d'une doctrine majoritaire tout aussi restrictive que notre Haute Cour, « un important courant se dessine dans le champ extracontractuel, en

---

<sup>41</sup> B. CHAPPUIS, Dommages irréparables, SJ 2010, N 3. À l'acte illicite, il convient de rajouter la violation contractuelle.

<sup>42</sup> WERRO, art. 41 CO, N 22.

<sup>43</sup> PIOTET, Commentaire 4C.317/2002, AJP/PJA 2004, dans son entier.

<sup>44</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 108.

<sup>45</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2860.

<sup>46</sup> WERRO, art. 41 CO, N 23.

<sup>47</sup> B. CHAPPUIS, Dommages irréparables, SJ 2010, N 2.

<sup>48</sup> PETITPIERRE, Nouvelles frontières, p. 73.

<sup>49</sup> ATF 115 II 474 c. 3 = JdT 1990 I 216. WERRO, Responsabilité civile, N 97.

<sup>50</sup> v. *infra* N 22 ss.

faveur de la prise en compte, dans une certaine mesure, de la valeur que représente pour un particulier la perte de l'usage d'un service (vacances, billets de concert, loisirs, etc.) »<sup>51</sup>. Nous remarquons, également ici, l'amalgame fait entre les notions de dommage de frustration et de commercialisation. Néanmoins, la perte de l'usage d'un service résultant d'une dépense engagée puis frustrée de sa raison d'être à cause du fait générateur de responsabilité, nous emboîterons le pas du Tribunal fédéral en traitant les deux notions conjointement aussi.

## **B. LES OBSTACLES À L'INDEMNISATION**

### **a. La solution jurisprudentielle**

22. *Position du Tribunal fédéral.* Dans un arrêt de principe Swiss Residence contre S. et consorts<sup>52</sup> (ci-après: arrêt Swiss Residence) rendu en 1989 et relatif à des vacances gâchées, le Tribunal fédéral, utilisant la notion susmentionnée du dommage de frustration, a considéré ce dernier comme non réparable à titre de dommage. Pour cause, considérant ce type de préjudice comme immatériel, il a uniquement laissé la porte ouverte à une indemnisation à titre de tort moral:

*Soweit die Kläger aus entgangenem Feriengenuss Ansprüche auf Schadenersatz ableiten wollen, ist davon auszugehen, dass Schaden im Rechtssinne eine unfreiwillige Vermögensverminderung ist und in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (...). Die Anerkennung ersatzfähigen immateriellen Schadens ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, stellen keinen Schaden im Rechtssinne dar; die dafür allenfalls zu leistende Geldsumme ist nicht Schadenersatz, sondern Genugtuung. Das muss auch dort gelten, wo eine bestimmte Aufwendung ihren inneren Wert verliert, weil der mit ihr angestrebte Zweck sich nicht oder nicht vollständig einstellt; diesfalls wird nicht das Vermögen geschmälert, sondern bloss eine Erwartung enttäuscht. Für entgangenen Feriengenuss kann den Klägern demnach kein Schadenersatz zugesprochen werden<sup>53</sup>.*

---

<sup>51</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 111.

<sup>52</sup> ATF 115 II 474 = JdT 1990 I 216.

<sup>53</sup> ATF 115 II 474 c. 3 = JdT 1990 I 216.

*Les demandeurs réclament la réparation du dommage subi du fait qu'ils n'ont pas joui de leurs vacances. Juridiquement, le dommage est une diminution involontaire du patrimoine par diminution de l'actif, augmentation du passif ou manque à gagner. Il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant qu'il aurait atteint sans l'événement dommageable (...). Le droit suisse n'admet pas la réparation d'un dommage « immatériel ». Juridiquement, les atteintes aux droits non patrimoniaux ne constituent pas un dommage. Les sommes allouées de ce chef ne sont pas des dommages-intérêts; elles représentent la réparation d'un tort moral. Il en va de même lorsqu'une dépense perd après coup sa raison d'être, le but visé ayant disparu; dans ce cas aussi, il ne s'agit pas d'une atteinte au patrimoine mais d'un espoir déçu. Les demandeurs n'ont pas droit à des dommages-intérêts pour des vacances gâchées.*

23. **Impraticabilité de la solution.** Eu égard aux conditions d'application du tort moral, particulièrement à celle de la gravité de l'atteinte, le Tribunal fédéral, à travers sa position, a complètement exclu l'indemnisation du dommage de frustration. En effet, comme le relève très justement WERRO, il est assez aisé de comprendre qu'un dommage de frustration n'est que très rarement, si ce n'est jamais, constitutif d'une atteinte à ce point grave pouvant justifier l'allocation d'un tort moral<sup>54</sup>. C'est ainsi que la jurisprudence fédérale se plaît à relever que:

*La perte de l'usage consécutive au défaut pourrait à la rigueur justifier une réparation morale au sens de l'art. 49 CO, à condition bien entendu que les circonstances permettent d'établir une atteinte à la personnalité suffisamment grave, ce qui ne ressort pas des constatations de l'arrêt attaqué<sup>55</sup>.*

24. **Position maintenue.** Depuis lors, le Tribunal fédéral s'est toujours refusé à modifier sa jurisprudence<sup>56</sup>. La réparation du dommage de frustration, atteinte immatérielle, à titre de tort moral, s'avérant une théorie impraticable, sa portée et son intérêt pratique se trouvent très limités.

---

<sup>54</sup> WERRO, art. 49 CO, N 7.

<sup>55</sup> ATF 126 III 388 c. 11b.

<sup>56</sup> ATF 126 III 388 c. 11 ; ATF 127 III 403 c. 4a = SJ 2001 I 605 ; TF, 4C.317/2002 c. 5 ; TF, 4A.119/2010 c. 2.2.

25. **Position confirmée par l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile**<sup>57</sup>. Au demeurant, et bien que finalement abandonné<sup>58</sup>, il semble utile de mentionner que ledit projet de loi se ralliait à la position de la non-indemnisation du dommage de frustration à titre de dommage<sup>59</sup>. Dans leur rapport explicatif, ses auteurs se bornaient à rappeler, pour les articles relatifs au dommage patrimonial (art. 45a-45d APRC), les principes posés par le Tribunal fédéral, soit le caractère essentiel d'une perte patrimoniale pour un dommage, le fait qu'un dommage de frustration n'en est pas une et qu'il ne peut engendrer, le cas échéant, qu'un tort moral<sup>60</sup>.

## b. Le soutien doctrinal

26. **Contre l'indemnisation du dommage de frustration.** La solution du Tribunal fédéral trouve un bon écho auprès de la doctrine majoritaire<sup>61</sup>. À ce jour, elle est défavorable à l'indemnisation du dommage de frustration à titre de dommage, patrimonial comme normatif, considérant que le droit de la responsabilité deviendrait incontrôlable et que le calcul dudit dommage serait trop compliqué.

27. **Un droit de la responsabilité incontrôlable.** La position de la doctrine majoritaire s'explique avant tout par la crainte d'une extension incontrôlable du droit de la responsabilité<sup>62</sup>. Cette crainte que ROBERTO, qualifie de tendances à la dérive<sup>63</sup>, respectivement de danger de dérive<sup>64</sup>, amène notamment OFTINGER/STARK à vouloir contrôler les limites du dommage réparable face au risque de prétentions démesurées et illimitées<sup>65</sup>. KELLER soutient d'ailleurs que l'acceptation de tels dommages reviendrait à dépasser les limites du droit de la responsabilité<sup>66</sup>.

28. **Des dommages difficilement indemnifiables.** La deuxième préoccupation de la doctrine consiste en la difficulté d'évaluation de ce type de dommage<sup>67</sup>. En effet, les auteurs considèrent comme impensable et impossible, si le lésé le faisait valoir, le calcul de la

---

<sup>57</sup> <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ve-f.pdf> (18.12.2011).

<sup>58</sup> <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2009/2009-01-21.html> (18.12.2011).

<sup>59</sup> WIDMER/WESSNER, p. 79.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Notamment KELLER, *Haftpflicht I*, p. 69 ss ; OFTINGER/STARK, § 2, N 56 ss ; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 610 ss.

<sup>62</sup> C. CHAPPUIS, CJCE: arrêt significatif, SJ 2002, p. 394.

<sup>63</sup> ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 613.

<sup>64</sup> ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 614.

<sup>65</sup> OFTINGER/STARK, § 2, N 59.

<sup>66</sup> KELLER, *Haftpflicht I*, p. 71.

<sup>67</sup> *Ibidem* ; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 614-615.

moindre perte d'usage ou de jouissance, à calculer, le cas échéant, au *pro rata*<sup>68</sup>. Ce point de vue est entièrement partagé par le Tribunal fédéral:

*(...) admettre un dommage [de frustration] dans cette hypothèse entraînerait des difficultés pratiques considérables, tant en raison de la fréquence des situations dans lesquelles une telle indemnisation pourrait être requise que dans la détermination de celle-ci, car l'atteinte liée à la privation de l'usage est, par définition, difficilement évaluable*<sup>69</sup>.

29. **Arguments.** À l'appui de leurs craintes, les auteurs exposent trois arguments contre l'indemnisation du dommage de frustration. Spécialement invoqués pour soutenir le refus d'indemniser à titre de dommage normatif, ceux-ci sont le fait que la dépense est consentie, qu'elle intervient avant le fait générateur de responsabilité et que l'attente non satisfaite du lésé n'est pas une valeur patrimoniale.
30. **La dépense est consentie.** Le fait que la dépense soit consentie est, à première vue, l'argument le plus évident. En effet, comme le relève ROBERTO, invoquer comme poste du dommage une dépense faite volontairement ne peut coïncider avec la théorie de la différence qui, rappelons-le, exige que la diminution du patrimoine du lésé soit involontaire. Ainsi, le dommage de frustration ne peut constituer un dommage juridiquement reconnu<sup>70</sup>.
31. **La dépense intervient avant le fait générateur de responsabilité.** L'argument, de ROBERTO encore, est peu explicite. Néanmoins, l'auteur en dit finalement l'essentiel en ce sens que, bien que devenue inutile, la dépense intervenant avant le fait générateur de responsabilité, le lien de causalité entre celui-ci et celle-là fait défaut<sup>71</sup>.
32. **L'attente non satisfaite ne constitue pas une valeur patrimoniale.** L'argument de OFTINGER/STARK touche, une fois encore, à la notion de préjudice réparable. Les auteurs, traitant les dépenses frustrées et la perte de jouissance dans le chapitre sur les désavantages à caractère non-pécuniaire, rappellent le principe du préjudice réparable pour les pertes financières et celui du complément qu'est le tort moral pour le préjudice immatériel subi<sup>72</sup>. Considérant comme fondamentale la question de

---

<sup>68</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 614.

<sup>69</sup> ATF 126 III 388 c. 11a.

<sup>70</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 612-613.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> OFTINGER/STARK, § 2, N 56 ss, notamment nbp 76.

savoir si le droit de la responsabilité prévoit une réparation pour les dommages autres que les pertes appréciables de manière pécuniaire, ils y répondent par la négative en estimant que la notion de préjudice réparable n'a pas changé et qu'il n'existe pas de raison qu'un tel changement se produise<sup>73</sup>.

33. **Commentaire.** À propos de la question de la difficulté d'évaluation que représente le dommage de frustration, B. CHAPPUIS fait valoir avec raison qu'il n'existe aucun fondement juridique permettant de refuser l'indemnisation d'un dommage si les conditions de sa réparation sont réalisées<sup>74</sup>. De plus, mentionnant les calculs que les tribunaux sont amenés à réaliser en cas de lésions corporelles ou en cas d'atteinte à l'avenir économique, il constate, toujours avec raison, que « leurs difficultés et leur complexité [ne les] ont jamais conduit à refuser des indemnisations pour de tels motifs »<sup>75</sup>. En revanche, la crainte d'un droit de la responsabilité qui deviendrait incontrôlable mérite d'être considérée. Nous la garderons donc à l'esprit lorsque nous présenterons les solutions tendant à favoriser l'indemnisation du dommage de frustration.

## C. L'OUVERTURE À L'INDEMNISATION

### a. Préambule

34. **Des solutions multiples...** Il sied de relever d'entrée de cause que les propositions présentées n'apportent pas une solution unique à la question de l'indemnisation du dommage de frustration. En effet, si un tort moral différent de celui des articles 47 et 49 CO permet déjà l'indemnisation du dommage de frustration, une inclusion de ce dernier dans la théorie de la différence n'est pas utopique. En outre, certains auteurs préconisent son indemnisation en faveur de l'exception du dommage normatif.
35. **... aux enjeux et conséquences différents.** Les propositions dont nous traiterons sont loin d'être abstraites. Il conviendra ainsi de garder à l'esprit que, suivant la position adoptée, les conséquences et les enjeux de l'indemnisation différeront. Ils seront exposés en temps opportun.

---

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 121.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

## b. L'exception de la Loi sur les voyages à forfait (LVF)

36. **Une exception notable.** Le régime imposé par le Tribunal fédéral connaît une exception en application de la LVF, reprise autonome<sup>76</sup> de la Directive européenne 90/314/CEE concernant les voyages, vacances et circuits à forfait<sup>77</sup> (ci-après: Directive 90/314/CEE). Responsabilité contractuelle objective<sup>78</sup> découlant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat conclu entre un consommateur et un organisateur ou détaillant de voyages à forfait, elle permet l'indemnisation du dommage de frustration à titre de tort moral sans que la gravité de l'atteinte ne constitue un obstacle<sup>79</sup>.
37. **La Directive 90/314/CEE.** Adoptée le 13 juin 1990 par le Conseil des Communautés européennes, elle a pour but la protection des consommateurs<sup>80</sup>, à travers l'adoption par ses pays membres d'une réglementation harmonisée concernant les voyages à forfait<sup>81</sup>. Pour parvenir à son but, la Directive 90/314/CEE se sert de trois instruments<sup>82</sup>, dont l'exigence de « la garantie d'un minimum de loyauté dans le rapport contractuel »<sup>83</sup>. Dans ce cadre, elle demande aux pays membres, à son article 5 paragraphe 1, de prendre les mesures nécessaires afin d'instituer une responsabilité objective de l'organisateur ou du détaillant à l'égard du consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat de voyage à forfait. En outre, elle règle, au paragraphe 2 *in fine* de ce même article, via une possible limitation de responsabilité, les questions relatives aux préjudices réparables.
38. **Historique.** Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1994, la LVF s'est inscrite dans le projet *Swisslex*<sup>84</sup> tendant à accroître l'eurocompatibilité du droit suisse par rapport au droit européen<sup>85</sup>, après le rejet par le peuple suisse en décembre 1992 du Traité de l'Espace économique européen qui a rendu son prédécesseur, le projet *Eurolex*<sup>86</sup>, désuet. Bien

---

<sup>76</sup> STAUDER, Remarques préliminaires LVF, N 1.

<sup>77</sup> Directive européenne 90/314/CEE du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JOCE 1990, L 159, p. 59 (ci-après: Directive 90/314/CEE).

<sup>78</sup> STAUDER, art. 14 LVF, N 5.

<sup>79</sup> WERRO, Contrat de voyage, p. 707.

<sup>80</sup> Directive 90/314/CEE, notamment c. 3, 5, 7, 16, 17, 18.

<sup>81</sup> Directive 90/314/CEE, c. 1, 2, art. 1.

<sup>82</sup> STAUDER, Remarques préliminaires LVF, N 2.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> FF 1993, I, p. 836 ss.

<sup>85</sup> MARCHAND, Helvético-compabilité de la LVF, AJP/PJA 1994, p. 722.

<sup>86</sup> FF 1992, V, p. 735 ss.

qu'elle soit une reprise autonome, la LVF est finalement une transposition totale et fidèle de la Directive 90/314/CEE, en ce sens qu'elle ne s'en écarte nullement<sup>87</sup>.

39. **La transposition.** En tant que transposition de la Directive 90/314/CEE, l'objectif de protection du consommateur se retrouve également dans la Loi fédérale, comme le prouve la référence à l'ancien article 31<sup>sexies</sup> Cst., aujourd'hui article 97 Cst.<sup>88</sup>, tendant à la protection des consommateurs et des consommatrices. Le fondement de la responsabilité objective se retrouve à l'article 14 LVF, ses exceptions à l'article 15 LVF et les dispositions régissant le préjudice, via la limitation de responsabilité, à l'article 16 LVF. Ces dispositions constituent des *leges speciales* aux articles 97 à 101 CO<sup>89</sup>.
40. **L'arrêt Leitner**<sup>90</sup>. L'exception au régime de l'indemnisation du dommage de frustration du Tribunal fédéral passe par une décision de la Cour de justice des Communautés européennes (devenue Cour de justice de l'Union européenne). Suite à un contrat conclu entre la famille *Leitner* et une agence de voyages à forfait<sup>91</sup>, la fille de la famille fut victime, lors de ses vacances, d'une salmonellose due à la nourriture servie dans son hôtel<sup>92</sup>. En appel du jugement de première instance, la Cour du *Landesgericht Linz*, concernant la prétention de la famille pour vacances gâchées, s'en remet à la Cour de justice des Communautés européennes<sup>93</sup>. Ainsi, saisie d'une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 5 de la Directive 90/314/CEE, cette dernière a considéré que la disposition conférait en principe un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat de voyage à forfait:

*(...) il y a lieu d'interpréter l'article 5 de la directive. Si cet article se limite, à son paragraphe 2, premier alinéa, à renvoyer de façon générale à la notion de dommages, il convient de constater que, en prévoyant, à son paragraphe 2, quatrième alinéa, la faculté pour les États membres d'admettre que, pour ce qui concerne les dommages autres que les dommages corporels, le dédommagement soit limité en vertu du contrat à condition que cette limitation ne soit pas déraisonnable, la directive reconnaît implicitement l'existence d'un*

---

<sup>87</sup> MARCHAND, Helvético-compabilité de la LVF, AJP/PJA 1994, p. 721.

<sup>88</sup> RS 101.

<sup>89</sup> STAUDER, Introduction aux art. 14-16 LVF, N 2.

<sup>90</sup> CJCE, 12 mars 2002, affaire C-168/00, *Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Rec. 2002, I, p. 2651 ss (ci-après: arrêt *Leitner*).

<sup>91</sup> Arrêt *Leitner*, c. 7.

<sup>92</sup> Arrêt *Leitner*, c. 8.

<sup>93</sup> Arrêt *Leitner*, c. 11.

*droit à la réparation des dommages autres que les dommages corporels, dont le préjudice moral*<sup>94</sup>.

La décision de la Cour de justice des Communautés européennes va dans le sens des conclusions de l'avocat général TIZZANO<sup>95</sup>. En effet, ce dernier plaidait en faveur de l'inclusion du tort moral dans la notion de « dommages autres que corporels » du paragraphe 2 de l'article 5 de la Directive 90/314/CEE<sup>96</sup>. À l'appui de sa démonstration, l'avocat général avançait notamment le fait que la Directive 90/314/CEE voulait comprendre une notion large des préjudices réparables<sup>97</sup> et que tant la législation que la jurisprudence des États membres évoluaient en faveur de l'indemnisation des préjudices moraux, spécifiquement en cas de vacances gâchées<sup>98</sup>. Pour cause, il considérait que celles-ci représentent dans notre société un bien de consommation ayant une fonction socio-économique digne de protection et que le fait de ne pouvoir en profiter pleinement et de manière effective devait dès lors être réparé de la manière la plus complète possible<sup>99</sup>.

41. ***Le juge suisse en application de la jurisprudence européenne.*** Dès lors, la question se pose de savoir dans quelle mesure le juge suisse, plus particulièrement le Tribunal fédéral, est tenu d'appliquer les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, plus spécialement celui de l'arrêt *Leitner*. À appliquer la méthode d'interprétation historique des lois et donc de suivre le Message du Conseil fédéral<sup>100</sup>, ainsi que la doctrine<sup>101</sup>, le juge est tenu, dans l'interprétation des lois *Swisslex*, de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Ce point de vue a ainsi été confirmé par la jurisprudence fédérale<sup>102</sup>, dont une décision a justement trait à la LVF:

*Das Pauschalreisegesetz wurde (...) im Rahmen des « Swisslex-Programms » erlassen und enthält autonom nachvollzogenes*

---

<sup>94</sup> Arrêt *Leitner*, c. 23.

<sup>95</sup> Conclusions de l'avocat général M. Antonio TIZZANO, 20 septembre 2001, affaire. C-168/00, *Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Rec. 2002, I, p. 2633 ss. (ci-après: Conclusions).

<sup>96</sup> Conclusions, N 45 ss.

<sup>97</sup> Conclusions, N 27 ss.

<sup>98</sup> Conclusions, N 40 ss.

<sup>99</sup> Conclusions, N 43 ss.

<sup>100</sup> FF 1988, III, p. 363 ss.

<sup>101</sup> STAUDER, Influence de la CJCE, dans son entier ; WERRO, Préjudice, p. 134 ss.

<sup>102</sup> ATF 129 III 335 c. 6 = JdT 2003 II 75 ; ATF 130 III 182 c. 5.5.1 = SJ 2004 I 449.

*europäisches Recht. Es ist daher in Zweifelsfällen europarechtskonform auszulegen*<sup>103</sup>.

*La loi fédérale sur les voyages à forfait a été adoptée (...) dans le cadre du « Programme-Swisslex » et contient du droit européen intégré de manière autonome. En cas de doute, cette loi doit être interprétée conformément au droit européen.*

42. **Conséquences.** La conséquence principale découlant de ce raisonnement est que le préjudice réparable de l'article 16 alinéa 2 LVF comprend le préjudice immatériel<sup>104</sup>, à savoir le tort moral, lorsque le fondement de la responsabilité est l'article 14 LVF. Ainsi, en cas de vacances gâchées, les tribunaux suisses doivent l'indemniser<sup>105</sup>. Par contre, comme le relève WERRO, ce tort moral est d'une nature différente de celui des articles 47 et 49 CO<sup>106</sup>. En effet, ne nécessitant aucunement une atteinte grave<sup>107</sup>, il le qualifie de « petit tort moral pour tracas et désagréments »<sup>108</sup>.
43. **Calcul du dommage de frustration.** Afin de pouvoir quantifier ledit dommage, CHAIX propose de passer par la réduction du prix du voyage offerte à l'article 13 alinéa 1 lettre b LVF. En effet, il considère que, d'un point de vue économique, cette solution correspond au même résultat que celui résultant de l'accord d'une indemnité en capital pour vacances gâchées<sup>109</sup>. Pour ce faire, il prône une réduction en termes absolus lorsque la prestation défectueuse peut être distinguée des autres et une réduction en pour-cent du prix global du voyage lorsque celui-ci est facturé de manière forfaitaire<sup>110</sup>.
44. **La table de Francfort**<sup>111</sup>. S'agissant de la réduction en pour-cent, le juge peut s'aider de la table de Francfort. Texte non législatif édicté par des associations d'agences de voyages européennes, elle donne une idée du chiffre pouvant correspondre à un dommage de frustration. Sachant qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun critère juridique pour le calculer, elle a le mérite d'apporter un peu de sécurité à la jurisprudence, et ce, malgré son caractère non contraignant. Au demeurant, l'existence d'une telle table

---

<sup>103</sup> ATF 130 III 182 c. 5.5.1 = SJ 2004 I 449.

<sup>104</sup> STAUDER, art. 14 LVF, N 8.

<sup>105</sup> STAUDER, Influence de la CJCE, p. 97 ss. D'un autre avis, ROBERTO, art. 14/15 PRG, N 11.

<sup>106</sup> WERRO, Préjudice, p. 131.

<sup>107</sup> WERRO, Contrat de voyage, p. 707.

<sup>108</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 174.

<sup>109</sup> CHAIX, Responsabilité de l'organisateur de voyage, SJZ/RSJ 2005, p. 418.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> v. annexe, p. 32.

appuie notre propos selon lequel la crainte de la difficulté d'évaluer le dommage de frustration n'est pas fondée<sup>112</sup>.

45. **Le petit tort moral dans jurisprudence fédérale.** La jurisprudence fédérale en application de la LVF est relativement rare puisqu'à ce jour seul l'arrêt susmentionné<sup>113</sup>, ne traitant pas du dommage de frustration, a été rendu par notre Haute Cour. Cela s'explique, toujours selon CHAIX, par les valeurs litigieuses relativement basses des affaires que la justice a à juger et donc que l'accès au Tribunal fédéral s'en trouve limité<sup>114</sup>.
46. **Une question juridique de principe.** Ce raisonnement tient encore en vertu de l'article 74 alinéa 1 lettre b LTF<sup>115</sup>, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et régissant le recours en matière civile au Tribunal fédéral, puisqu'une valeur litigieuse de 30'000.- francs suisses est exigée. Toutefois, nous attirons l'attention sur le fait que la question du « petit tort moral pour tracas et désagréments » pourrait assurément constituer une question juridique de principe au sens de l'article 74 alinéa 2 lettre a LTF. Elle ouvrirait donc, une fois au moins, les portes de notre Haute Cour sans que l'exigence de la valeur litigieuse ne les lui ferme.
47. **Le petit tort moral dans jurisprudence cantonale.** En revanche, la jurisprudence cantonale a eu à traiter de tels cas. Ainsi, la Cour de justice du canton de Genève s'est posé la question de la réparation d'un préjudice immatériel résultant de la responsabilité de l'article 14 LVF. Les consommateurs, dont le safari en Tanzanie s'est avéré insalubre et dangereux pour leur santé, se sont vus allouer, sur la base d'un raisonnement incluant le principe de l'arrêt *Leitner* et l'avis de la doctrine à ce sujet, un tort moral de 1'800.- francs suisses<sup>116</sup>.
48. **Portée.** CHAIX relève que les juges genevois ont insisté sur le caractère très grave de la faute et du désagrément et semble ainsi y déceler une volonté de s'affranchir du petit tort moral<sup>117</sup>. Pour notre part, nous rappellerons que si la gravité du désagrément peut correspondre à l'atteinte grave que demande le tort moral, le caractère grave de la faute

---

<sup>112</sup> v. *supra* N 33.

<sup>113</sup> v. *supra* N 41.

<sup>114</sup> CHAIX, Responsabilité de l'organisateur de voyage, SJZ/RSJ 2005, p. 416. L'auteur fait référence à l'article 46 OJF qui exigeait une valeur litigieuse de 8'000.- francs suisses.

<sup>115</sup> RS 173.110

<sup>116</sup> CHAIX, Responsabilité de l'organisateur de voyage, SJZ/RSJ 2005, p. 417. L'auteur fait référence à l'arrêt du 14 novembre 2003 (ACJC/1198/2003).

<sup>117</sup> CHAIX, Responsabilité de l'organisateur de voyage, SJZ/RSJ 2005, p. 418.

n'a (plus) aucune raison d'être<sup>118</sup>. Par conséquent, le raisonnement de la Cour genevoise s'appuyant sur l'arrêt *Leitner* et ses conséquences sur le droit suisse, il est légitime d'affirmer qu'il s'agit d'une consécration du « petit tort moral pour tracas et désagréments ».

49. ***L'extension du petit tort moral.*** L'application de ce « petit tort moral pour tracas et désagréments » reste néanmoins l'exclusivité de la LVF. Ainsi, WERRO cherche la possibilité de « reconnaître une portée générale à ce nouveau tort moral »<sup>119</sup> afin de l'étendre, non seulement à la responsabilité contractuelle dans son ensemble, mais aussi à la responsabilité civile.
50. ***De la violation d'une promesse contractuelle au délit civil.*** Afin de permettre cette extension, l'auteur fonde sa réflexion sur le fait que la violation contractuelle du voyageur amenant à réparer le dommage de frustration qui pourrait en résulter est avant tout un manque de diligence. Ce dernier fonderait alors également une prétention en dehors d'une responsabilité contractuelle<sup>120</sup>. À cet effet, il relève que l'arrêt *Leitner* ne fait qu'une mention très sommaire de la promesse contractuelle du voyageur, que le législateur communautaire n'a pas consacré une responsabilité fondée sur la violation d'une promesse de résultat ou déterminée et se réfère à la plaidoirie de l'avocat général TIZZANO lorsqu'il invoque le développement du tort moral dans la responsabilité extracontractuelle<sup>121</sup>.
51. ***Le critère de l'égalité de traitement à l'appui.*** Pour étayer sa démonstration, WERRO invoque l'égalité de traitement<sup>122</sup>. Selon ses propos, traiter de façon semblable des situations qui présentent des similarités déterminantes permettrait ainsi de réparer le désagrément de vacances gâchées subi ensuite d'un délit civil et d'éviter les incohérences<sup>123</sup>. En effet, « manquer de diligence dans l'exécution d'un contrat ou en dehors du contrat n'est [...] 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 »<sup>124</sup>. Au final, il ne voit donc pas de raison impérative pour qu'un même préjudice soit traité différemment d'un domaine à l'autre<sup>125</sup>.

---

<sup>119</sup> WERRO, Contrat de voyage, p. 707.

<sup>120</sup> WERRO, Contrat de voyage, p. 708.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> WERRO, Préjudice, p. 134.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> WERRO, Contrat de voyage, p. 708.

52. **Conséquences.** L'application de cette solution donnerait la possibilité de décomposer le tort moral en deux, à savoir un grand et un petit<sup>126</sup>. Le premier, classique, sous la forme, la fonction et les conditions que nous connaissons actuellement, tandis que le second, moins strict, aurait pour vocation la réparation des ennuis et déplaisirs moins graves et plus à même de se produire au quotidien. De cela découleraient alors deux autres conséquences. Premièrement, les États se verraient imposer une notion du préjudice dont ils ne veulent pas forcément<sup>127</sup>. Ce cas est celui de la Suisse puisque la la gravité de l'atteinte était, avant l'arrêt *Leitner*, une condition *sine qua non* à l'allocation d'un tort moral et l'est encore pour tout ce qui ne touche pas à la LVF. Secondement, la délimitation entre dommage et tort moral serait remise en cause, se répercutant par la même occasion sur celle du préjudice réparable en général<sup>128</sup>.
53. **Commentaire.** Si l'argument de la complexité de l'indemnisation du dommage de frustration n'emporte définitivement pas la conviction, nous restons encore attentif au risque d'abus des prétentions. Par conséquent, sachant que l'extension du petit tort moral ne se concentre pas sur les seuls dommages de frustration résultant de vacances gâchées, mais bien sur toutes les situations présentant un dommage de frustration résultant des tracas et désagréments<sup>129</sup>, nous nous permettons d'émettre un doute quant à sa raison d'être. De plus, nous nous posons la question de la pertinence de la coexistence de deux torts moraux, dont un ne serait que jurisprudentiel, et dont l'autre verrait sa portée pratique réduite à néant. Pour cause, si la condition de la gravité de l'atteinte devait être réalisée, celle des tracas et désagréments le serait inévitablement toujours aussi.

### c. Le dommage de frustration comme dommage patrimonial

54. **Enjeu.** La théorie de la différence nécessitant dans tous les cas une diminution du patrimoine, l'enjeu serait de reconnaître au dommage de frustration une valeur patrimoniale afin de pouvoir l'intégrer dans ladite théorie.
55. **Une idée ancienne.** Alors qu'il est celui sur qui s'est basé notre Haute Cour pour définir le dommage juridiquement reconnu<sup>130</sup>, VON TUHR a, de la première à la dernière version de son ouvrage, toujours considéré le dommage de frustration comme étant une diminution involontaire du patrimoine. En effet, en prenant l'exemple

---

<sup>126</sup> PETITPIERRE, *Nouvelles frontières*, p.73.

<sup>127</sup> WERRO, *Responsabilité civile*, N 178.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> WERRO, *Contrat de voyage*, p. 708.

<sup>130</sup> ATF 64 II 137 c. 3c = JdT 1938 I 621.

d'une personne qui achète un billet de concert et qui est empêchée d'y assister, il considère qu'il y a dommage lorsque le but que l'on a cherché à atteindre en diminuant son patrimoine disparaît<sup>131</sup>. Il est à relever qu'à l'époque de ces considérations, les enjeux liés à l'indemnisation du dommage de frustration étaient moins importants.

56. **Consécration ponctuelles.** Ce point de vue a néanmoins déjà été retenu dans quelques décisions cantonales. Ainsi, s'il est moins étonnant que certaines décisions, antérieures à l'arrêt *Swiss Residence*, consacrent l'indemnisation du dommage de frustration à titre de dommage, il est plus surprenant de voir qu'une juridiction cantonale est allée, postérieurement audit arrêt, à l'encontre du principe qu'un dommage de frustration ne peut être indemnisé qu'à titre de tort moral.
57. **Antérieurement à l'arrêt *Swiss Residence*.** À propos de la perte de l'usage ou de la jouissance d'une chose, en l'espèce une voiture, deux juridictions cantonales ont admis la réparation d'un tel dommage insistant sur le fait que le véhicule en question doit être un instrument de travail. Elles n'ont pas non plus exclu la possibilité d'indemniser en cas de besoins non professionnels<sup>132</sup>. En outre, toujours pour une perte de jouissance, cette fois de pouvoir vivre dans sa propre maison, l'indemnisation a également été accordée<sup>133</sup>. Enfin, s'agissant d'un dommage de frustration ensuite de vacances gâchées au Sri Lanka<sup>134</sup>, il a été admis par l'*Obergericht* zurichois.
58. **Postérieurement à l'arrêt *Swiss Residence*.** Cet arrêt<sup>135</sup>, émanant du *Kassationsgericht* zurichois est finalement, en plus du cas de la LVF, la seule vraie exception au principe posé par l'arrêt *Swiss Residence*, puisqu'il va à son encontre alors que la question de l'indemnisation du dommage de frustration avait été tranchée par le Tribunal fédéral. Il a trait à la réparation de vacances gâchées suite à l'arrestation, à tort, pour assassinat, d'une personne le jour de son départ. Cette personne fut relâchée dans l'après-midi, quand même partie, mais ne put jouir correctement de ses vacances. La juridiction zurichoise a alors considéré les vacances gâchées comme un préjudice réparable en tant que dommage patrimonial.
59. **L'argument de la valeur économique de la perte de jouissance.** Pour fonder son raisonnement, le *Kassationsgericht* se base principalement sur MERZ. Ce dernier

---

<sup>131</sup> VON TUHR, p. 69, particulièrement nbp 10 ; VON TUHR/PETER, p. 84, particulièrement nbp 10.

<sup>132</sup> Cour civile du Canton de Neuchâtel, RJN 1980-1981, p. 57 ; Kantonsgericht des Kantons St. Gallen, SJZ/RSJ 1968, p. 205.

<sup>133</sup> Kantonsgericht von Graubünden, PKG 1978, p. 15.

<sup>134</sup> Obergericht des Kantons Zürich, ZR 1980, p. 282 ou SJZ/RSJ 1981, p. 79.

<sup>135</sup> Kassationsgericht des Kantons Zürich, ZR 1997, p. 47 ou RSJ/SJZ 1997, p. 419.

considère que, même si l'admission de principe de tels dommages ferait sauter la notion traditionnelle de dommage, elle se justifie cependant dans les seuls cas où la dépense a une raison déterminée et limitée dans le temps<sup>136</sup>. Faisant également référence à REY qui considère ce type de dommage comme pouvant avoir une valeur économique et donc comme entrant dans la théorie de la différence<sup>137</sup>, ainsi qu'à GAUCH/SCHLUEP qui pensent qu'un certain nombre de cas de pertes de jouissance peuvent être englobés dans la théorie classique du dommage<sup>138</sup>, la juridiction zurichoise raisonne en termes de pur dommage de commercialisation<sup>139</sup>. Une référence à VON TUHR est également faite.

60. **Une portée restreinte.** La portée de cet arrêt doit être grandement relativisée, notamment par rapport à l'exception de la LVF qui, elle, constitue une vraie exception au principe dégagé par la jurisprudence fédérale. Pour cause, il convient de garder à l'esprit que, d'une part, il émane d'une juridiction cantonale, et d'autre part, qu'il reste un cas assurément isolé.
61. **Jurisprudence fédérale contradictoire.** Plus intéressant est le cas de l'ATF 126 III 388, qui a déjà attiré notre attention lorsqu'il considérait le dommage de frustration trop compliqué à calculer<sup>140</sup>. Cet arrêt, qui confirme le principe de la réparation du dommage de frustration à titre de tort moral uniquement<sup>141</sup>, précise pourtant, quelques lignes auparavant, qu'une privation de l'usage peut avoir une valeur économique intrinsèque<sup>142</sup>. Bien que les juges fédéraux justifient ensuite que cette valeur économique intrinsèque représente plus la source du dommage que le dommage lui-même<sup>143</sup>, nous rejoignons B. CHAPPUIS qui n'arrive pas à expliquer pourquoi ils n'accordent pas d'indemnisation à titre de dommage patrimonial<sup>144</sup>.
62. **Conséquence.** Si une valeur patrimoniale était reconnue au dommage de frustration, alors toute dépense frustrée de sa raison d'être, ainsi que toute perte d'usage ou de jouissance d'un bien ou d'un service, serait indemnisable à titre de dommage, théoriquement sans exception. Cette considération nous ramène aux craintes de la doctrine majoritaire concernant l'abus des prétentions. Celle-ci est prise en

---

<sup>136</sup> MERZ, p. 197.

<sup>137</sup> REY, Haftpflichtrecht 1, N 391, dont l'opinion reste inchangée dans REY, Haftpflichtrecht 4, N 391.

<sup>138</sup> GAUCH/SCHLUEP, N 2640 ss, dont la position a évolué dans la dernière édition, v. *infra* N 75.

<sup>139</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 97.

<sup>140</sup> v. *supra* N 28.

<sup>141</sup> ATF 126 III 388 c. 11c

<sup>142</sup> ATF 126 III 388 c. 11a

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 117.

compte par certains auteurs, qui, tout en acceptant l'indemnisation du dommage de frustration, proposent des solutions moins radicales<sup>145</sup>.

63. **Catégorisation des dommages de frustration.** Alors qu'il considère son indemnisation comme trop compliquée et allant au-delà des limites du droit de la responsabilité<sup>146</sup>, KELLER a le mérite d'apporter une solution à la réparation du dommage de frustration en tant que dommage patrimonial. Selon ses propos, tous les dommages de frustration, soit ceux découlant de la perte de l'usage d'un bien, ne peuvent pas être soumis au régime juridique unique de la théorie classique du dommage, car ils recouvrent des réalités différentes<sup>147</sup>. C'est ainsi qu'il les regroupe en trois catégories. Premièrement, il voit en l'indisponibilité d'une voiture suite à un accident un droit au remplacement, sauf si sa privation n'est que la simple commodité de son usage<sup>148</sup>. Deuxièmement, il considère les petits désagréments de la vie (p. ex. le fait de ne pouvoir utiliser une place de théâtre ou prendre un cours de tennis) comme n'entraînant pas de diminution patrimoniale et donc comme non indemnissables<sup>149</sup>. Troisièmement, il traite des vacances qui, par leur rôle important et nécessaire dans la vie actuelle, sont un coût indemnissable au sens de l'article 46 alinéa 1 CO<sup>150</sup>.
64. **Dommages de frustration précis.** Des auteurs comme HONSELL proposent, eux, certains exemples précis de dommages de frustration méritant d'être indemnisés. Il en irait ainsi du fait ne pouvoir assister à une manifestation culturelle ou sportive ou encore des réservations de vacances<sup>151</sup>. Cet auteur fait partie de ceux qui sont, à la base, opposés à l'indemnisation du dommage de frustration, mais qui l'admettent à titre de dommage comme entrant dans la théorie de la différence, lorsque la dépense doit à nouveau être engagée afin d'obtenir un résultat identique à la situation avant la survenance de l'acte dommageable<sup>152</sup>.
65. **Changement de perspective.** Dans un autre registre, PETITPIERRE propose d'intégrer les « préjudices sans perte patrimoniale » à la théorie de la différence. Ainsi, au lieu de se baser sur un calcul comptable, il faudrait comparer l'avenir, avec et sans le préjudice,

---

<sup>145</sup> Notamment HONSELL, §8, N 56 ; KELLER, *Haftpflicht II*, p. 29 ; PETITPIERRE, *Les fondements de la responsabilité civile*, ZSR/RDS 1997, p. 288.

<sup>146</sup> v. *supra* N 27-28.

<sup>147</sup> KELLER, *Haftpflicht II*, p. 29.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> HONSELL, §8, N 56.

<sup>152</sup> PIOTET, *Commentaire 4C.317/2002*, *AJP/PJA* 2004, p. 1266, qui mentionne également d'autres auteurs.

de la victime. En effet, il estime que ce qui disparaît de l'avenir peut plus ou moins être apprécié (en argent) et ainsi constituer un dommage qu'il faut réparer<sup>153</sup>.

66. **Commentaire.** Nous voyons, après l'exposé de la solution de l'indemnisation du dommage de frustration à titre de dommage patrimonial, qu'il ne s'agit pas forcément d'adopter une position absolument contre ou absolument pour celle-ci. Si la solution de KELLER propose finalement plus une casuistique que des catégories, la position d'HONSELL mériterait considération et précision. Dans tous les cas, il convient de garder à l'esprit « la variété de circonstances à prendre en considération »<sup>154</sup> et donc qu'« il apparaît ainsi illusoire de tenter de faire entrer dans un concept unique l'ensemble des conséquences désavantageuses pour la victime d'un fait générateur de responsabilité pour le seul motif qu'elles ont en commun la perte de l'usage de quelque chose »<sup>155</sup>. De toute manière, le Tribunal fédéral ne semble malheureusement pas enclin à vouloir reconnaître une quelconque valeur patrimoniale au dommage de frustration. Quant à la solution proposée par PETITPIERRE, elle n'a que le mérite d'inclure le dommage de frustration dans la théorie de la différence. Proposée il y a bientôt quinze ans, son impact ne se retrouve nulle part, quand bien même elle fut réaffirmée huit ans plus tard<sup>156</sup>, la pratique de la comparaison comptable de deux patrimoines étant clairement ancrée.

#### **d. Le dommage de frustration comme dommage normatif**

67. **Enjeu.** Seul le dommage ménager ayant eu les arguments nécessaires pour trouver grâce aux yeux du Tribunal fédéral, l'enjeu consisterait à fonder un raisonnement susceptible de convaincre les juges fédéraux d'étendre la notion classique du dommage, permettant ainsi l'indemnisation du dommage de frustration à titre de dommage normatif.
68. **Contre-arguments.** Revenant à la position de la doctrine majoritaire, B. CHAPPUIS réfute un à un les arguments de la dépense consentie, de la dépense intervenant avant l'acte dommageable et de l'attente non satisfaite ne constituant pas une valeur patrimoniale. Suivant le courant militant pour l'indemnisation du dommage résultant de la perte de l'usage d'un service, il se place, à cet effet, dans la position d'un lésé ayant conclu un contrat de service synallagmatique<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> PETITPIERRE, Les fondements de la responsabilité civile, ZSR/RDS 1997, p. 288.

<sup>154</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 125.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> PETITPIERRE, Nouvelles frontières, dans son entier.

<sup>157</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 112 ss.

69. ***Du problème de la dépense consentie.*** Au préalable, il convient de mentionner que l'exigence de la dépense consentie ne fait pas l'unanimité, et ce, indépendamment du problème du dommage de frustration et de son admission dans la théorie du dommage normatif. Ainsi, OFTINGER/STARK considèrent qu'un dommage juridiquement reconnu peut exister, que la diminution du patrimoine soit volontaire ou involontaire<sup>158</sup>. En outre, DESCHENEAUX/TERCIER préconisent que le caractère involontaire de la diminution patrimoniale s'apprécie, non pas à travers la dépense effectuée par le lésé, mais à travers l'atteinte causée par le fait générateur de responsabilité<sup>159</sup>.
70. ***Un problème qui n'en est pas un.*** Dans tous les cas, B. CHAPPUIS fait valoir la faiblesse de cet argument. Il relève que, même si le lésé a, dans son contrat de service synallagmatique, consenti à la dépense, seul le fait de ne pas pouvoir profiter de la contre-prestation, à laquelle il a juridiquement droit, est décisif<sup>160</sup>. De plus, la situation ne serait pas si différente d'une voiture achetée, détruite illicitement, puis indemnisée, ce cas de figure permettant l'indemnisation dudit dommage<sup>161</sup>. Affirmant ainsi que le consentement à la dépense ne peut jouer aucun rôle, il laisse toutefois ouverte la question de savoir si la différence ne pourrait pas se justifier au vu de la nature du droit lésé<sup>162</sup>.
71. ***La dépense n'intervient pas avant le fait générateur de responsabilité.*** Quant au problème de la dépense intervenant avant le fait générateur de responsabilité, l'auteur propose une approche chronologique par rapport à la contre-prestation contractuelle due, et non par rapport à la dépense de base<sup>163</sup>. Dans ce cas, le lésé ne pourra profiter de celle-là, car l'effet du fait générateur de responsabilité l'en privera<sup>164</sup>. Dans cette perspective, le fait générateur de responsabilité n'intervient donc pas avant le dommage.
72. ***L'attente non-satisfaite constitue une valeur patrimoniale.*** Finalement, l'auteur démontre également que l'attente non-satisfaite du lésé a une valeur patrimoniale<sup>165</sup>. Pour cela, il qualifie la contre-prestation contractuelle due, non pas d'attente, mais de créance<sup>166</sup>. Or, sachant que le patrimoine se compose de tous les biens d'une personne

---

<sup>158</sup> OFTINGER/STARK, §2, N 8.

<sup>159</sup> DESCHENEAUX/TERCIER, §3, N 12.

<sup>160</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 112.

<sup>161</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 113.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 114-115.

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 116.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

pouvant avoir une valeur économique<sup>167</sup> et que les créances y sont comprises, il ne voit aucune raison d'exclure un tel dommage pour ce motif<sup>168</sup>. Au demeurant, il convient de noter que ce raisonnement, en tant qu'il reconnaît une valeur patrimoniale à la perte de l'usage d'un service, permettrait également l'intégration du dommage de frustration dans la notion de dommage patrimonial.

73. **Conséquence.** Les contre-arguments de B. CHAPPUIS sont frappants. Par conséquent, si son raisonnement était suivi, la porte de l'indemnisation du dommage de frustration en tant qu'exception normative serait grande ouverte. Cependant, nous nous heurtons une fois de plus à la crainte d'un droit de la responsabilité devenant incontrôlable et nous suivons C. CHAPPUIS quand elle écrit qu'« une admission de principe de la réparabilité de tout dommage immatériel serait certainement aussi inacceptable qu'un refus de toute appréciation autre que pécuniaire de la différence entre les deux états du patrimoine que constitue le dommage »<sup>169</sup>. Ainsi, une réponse générale à cette question s'avère impossible<sup>170</sup>.
74. **La relation juridique préexistante.** Une solution nuancée nous est proposée par SCHWENZER qui préconise, pour l'indemnisation du dommage normatif en général, de distinguer selon que le lésant a, préalablement à l'acte générateur de responsabilité, une obligation envers le lésé, ou non<sup>171</sup>. À mettre en pratique ses propos, il résulterait donc qu'en dehors de toute relation contractuelle, voire éventuellement en cas de responsabilité fondée sur la confiance<sup>172</sup>, le dommage normatif que constituerait le dommage de frustration ne serait pas indemnisable. Cette solution a ses partisans<sup>173</sup>, notamment car elle repose sur une appréciation juridique des faits<sup>174</sup>.
75. **L'extension des solutions légales.** Une autre solution, toujours dans le domaine contractuel, nous est proposée par GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER. À teneur de leurs propos, le rejet du dommage de frustration dans la notion classique du dommage n'est pas en harmonie avec la loi, celle-ci prévoyant la réparation des dépenses frustrées<sup>175</sup>. Il en irait ainsi des rétractations suite à une promesse publique (art. 8 al. 2 CO), des conséquences d'un contrat conclu sous l'emprise d'une erreur

---

<sup>167</sup> WERRO, art. 41, N 8.

<sup>168</sup> B. CHAPPUIS, Moment du dommage, N 116.

<sup>169</sup> C. CHAPPUIS, CJCE: arrêt significatif, SJ 2002, p. 396.

<sup>170</sup> KELLER, Haftpflicht I, p. 71.

<sup>171</sup> SCHWENZER, N 14.11.

<sup>172</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 320 ss, particulièrement N 329 concernant sa nature juridique controversée.

<sup>173</sup> WIEGAND, art. 97, N 38b.

<sup>174</sup> C. CHAPPUIS, CJCE: arrêt significatif, SJ 2002, p. 396.

<sup>175</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2864.

commise par négligence (art. 26 al. 1 CO) et de celles d'un mandat résilié en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO). En outre, la résolution contractuelle ensuite d'une demeure le permettrait également (art. 109 al. 2 CO)<sup>176</sup>. Mais encore, ils attirent l'attention sur le fait qu'un tel dommage a été accordé dans le cas d'une responsabilité fondée sur la confiance<sup>177</sup> et se demandent donc si la réparabilité des dépenses inutiles ne pourrait pas être étendue à d'autres cas précis<sup>178</sup>. À cet effet, ils évoquent l'éventualité d'inspirer de l'article 284 du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand<sup>179</sup>, qui pour indemniser la dépense inutile en tant qu'intérêt positif, se place du point de vue de son utilité quant au but qu'elle devait atteindre<sup>180</sup>.

76. **Critères permettant l'extension des frontières du droit de la responsabilité.**

Considérant le dommage de frustration comme pouvant entrer dans la théorie du dommage normatif<sup>181</sup>, mais également conscient des limites que doit s'imposer le droit de la responsabilité afin d'éviter la pullulation des prétentions en réparation, WERRO propose d'élargir lesdites limites selon que le cas d'espèce le commande<sup>182</sup>. Pour guider le choix du juge, l'auteur lui propose trois critères. Premièrement, il mentionne la protection qu'est en droit de bénéficier le « consommateur démuni, sans aucune prise face à une entreprise organisée »<sup>183</sup>. Deuxièmement, il voit également en l'égalité de traitement un critère de choix<sup>184</sup>. Troisièmement, il préconise que l'eurocompatibilité guide également ce choix. Il considère que dans la mesure où le législateur européen reconnaît certains types de dommages, les tribunaux suisses n'auraient pas de raison *a priori* pour l'écarter. La solution européenne doit ainsi être suivie à moins que des motifs très sérieux n'existent<sup>185</sup>.

77. **Commentaire.** À ce stade, il apparaît définitivement clair que la notion de dommage patrimonial a ses limites et que ses frontières méritent d'être étendues. Si les solutions de SCHWENZER et GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER convainquent, les critères que propose WERRO sont à prendre avec des pincettes, surtout s'ils conduisent à une conséquence semblable à celle de l'extension de son « petit tort moral et

---

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> ATF 121 III 350.

<sup>178</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2864.

<sup>179</sup> [http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_284.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_284.html) (18.12. 2011).

<sup>180</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2864.

<sup>181</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 90.

<sup>182</sup> WERRO, Préjudice, p. 133 ss.

<sup>183</sup> *Ibidem*.

<sup>184</sup> *Ibidem* ; v. *supra* N 51.

<sup>185</sup> *Ibidem*.

désagréments »<sup>186</sup>. Cela étant, oser affirmer savoir jusqu'où étendre lesdites frontières relèverait, pour le moment, de l'utopie et ce malgré les nombreuses tentatives doctrinales. Finalement, le fait que la théorie du dommage normatif ne constitue qu'une exception aux contours lâches à la théorie de la différence trouve ici le revers de sa médaille. Bien qu'elle permette une extension souhaitée au rigide dommage juridiquement reconnu, son absence de limites donne lieu à plus de controverses qu'autre chose. Par conséquent, nous pouvons nous demander si ce n'est pas justement ce manque de clarté, tout comme l'absence d'un consensus doctrinal, qui pousse le Tribunal fédéral à nier le caractère normatif du dommage de frustration.

---

<sup>186</sup> v. *supra* N 53.

## CONCLUSION

78. Le présent travail avait pour vocation de présenter brièvement, tout d'abord, les préjudices que le droit de la responsabilité permettait de réparer. Il s'attela ensuite plus spécifiquement à la notion de dommage de frustration et surtout au problème de son indemnisation.
79. C'est justement parce qu'il s'agissait de présenter les préjudices réparables, et non de les réinventer, qu'aucun commentaire particulier quant à cette partie du travail ne semble nécessaire. Tout au plus conviendra-t-il de relever les limites exigües dont s'est doté notre ordre juridique en exigeant à tout prix une perte patrimoniale involontaire pour qu'un dommage soit reconnu. L'existence de la théorie du dommage normatif appuie ici notre propos.
80. Quant au dommage de frustration, finalement si proche de celui de commercialisation, le traitement dont il fait l'objet par la jurisprudence s'avère relativement insatisfaisant, à tout le moins pour les fervents militants de son indemnisation. Pour cause, si celle-ci est possible, elle ne pourra l'être qu'au travers d'un tort moral, la perte n'étant pas considérée comme patrimoniale. C'est là que le bât blesse, puisque la condition de la gravité de l'atteinte du tort moral rend la solution impraticable.
81. C'est à ce stade qu'intervient la doctrine, qui majoritairement soutient le Tribunal fédéral dans son refus de reconnaître une valeur patrimoniale au dommage de frustration. Invoquant des risques d'abus dans les prétentions ainsi qu'une complexité à évaluer ce type de dommage, elle refuse également d'étendre les frontières de la notion classique de dommage afin de consacrer le dommage de frustration comme un dommage normatif.
82. Heureusement, à travers la Loi fédérale sur les voyages à forfaits et son interprétation conforme à la jurisprudence européenne, une brèche s'est ouverte dans le système. Pour cause, ensuite de l'arrêt *Leitner*, des torts moraux pour vacances gâchées doivent être reconnus par les tribunaux suisses, sans que la gravité de l'atteinte ne constitue un obstacle. Toutefois, et même si elle constitue la seule exception notable, cette brèche reste relativement dérisoire dans la mesure où elle ne s'applique qu'au domaine contractuel et qu'aux seuls voyages à forfaits gâchés.
83. Ainsi, des solutions doctrinales prônent une généralisation des petits torts moraux que permet la Loi sur les voyages à forfaits, considèrent le dommage de frustration comme une perte patrimoniale ou justifient son acceptation en tant que dommage normatif. Elles

ont le mérite, pour la plupart, de prendre en compte la réalité de la société d'aujourd'hui tout en essayant d'appréhender au mieux les craintes évoquées.

84. Malheureusement, et c'est par ces mots que nous terminerons, aucune d'entre elles n'a trouvé grâce aux yeux de notre Haute Cour. Peut-être que trop de solutions tuent les solutions et que l'absence d'un consensus large pousse les juges fédéraux à maintenir leur position. Peut-être même qu'elle n'estime tout simplement pas nécessaire de la changer. Quoi qu'il en soit, et nous espérons que le présent travail l'aura démontré, le dommage de frustration, s'il ne doit certainement pas d'être indemnisé lors de chaque action en responsabilité, mérite une meilleure considération dans le domaine des préjudices réparables.

## ANNEXE: TABLE DE FRANCFORT

CE QUI NE CORRESPONDAIT PAS	% du prix journalier du séjour hors transport *	
<b>1) Les conditions de séjour</b>		
séjour lui-même (hôtel au lieu d'un bungalow, loin de la plage, etc...)	5 à 25%	
type de chambre (1 pour 3 personnes au lieu de 1 pour 2 et 1 pour 1, etc...)	20 à 30%	
chambre elle-même: - trop petite, pas de balcon, pas de vue sur mer, etc...; - pas de bain / douche / w.c., air conditionné, panne d'électricité, etc...; - humidité, vermine, etc...;	5 à 10%	10 à 25%
service: - pas de service; - mauvais service.	25%	10 à 20%
tranquillité: - tapage pendant la journée; - tapage nocturne.	5 à 25%	10 à 40%
<b>2) Les repas</b>		
- aucun repas; - self-service au lieu de repas à la carte.	<i>Comparez d'abord avec les prix indiqués dans la brochure</i>	50% 10 à 15%
<b>3) Autres problèmes</b>		
- piscine inexistante ou très sale; - activités sportives manquantes; - garderie; - accompagnement de voyage - sur le lieu de séjour; - lors de circuits et excursions; - lors de voyage d'étude avec accompagnement scientifique.	10 à 20%	5 à 10%
	5 à 10%	5 à 10%
	5%	
	10 à 20%	
	20 à 30%	
<b>* À multiplier par le nombre de jours pendant lesquels les problèmes se sont présentés.</b>		

<b>4) Le transport</b>	
planning:	
- plus de 4 heures de retard pour vol charter (moins pour vol de ligne)	par heure de retard, à partir de la 5 <sup>ème</sup> heure: 5%
confort:	
- classe économique au lieu de la classe affaires, etc.	10 à 15%

Rappelons que cette table:

- n'a pas de valeur légale,
- est fournie à titre indicatif,
- n'est pas restrictive,
- ne servira pas nécessairement de point de référence pour les tribunaux.

## BIBLIOGRAPHIE

CHAIX, FRANÇOIS, La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LFV, SJZ/RSJ 101, 2005, p. 416 ss (cité CHAIX, Responsabilité de l'organisateur de voyage, SJZ/RSJ 2005).

CHAPPUIS, BENOÎT, Le moment du dommage. Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage., Zurich, Bâle, Genève, 2007 (cité B. CHAPPUIS, Moment du dommage).

CHAPPUIS, BENOÎT, Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine., SJ 2010 II, p. 165 ss (cité B. CHAPPUIS, Dommages irréparables, SJ 2010).

CHAPPUIS, CHRISTINE, Cour de justice des Communautés Européennes: un arrêt significatif pour la notion suisse de dommage?, SJ 2002 II, p. 389 ss (cité C. CHAPPUIS, CJCE: arrêt significatif, SJ 2002).

DESCHENAUX, HENRI/TERCIER, PIERRE, La responsabilité civile, 2<sup>ème</sup> édition, Berne, 1982.

ENGEL, PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2<sup>ème</sup> édition, Berne, 1997.

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 5. Auflage, Zurich, 1991.

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/EMMENEGGER, SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zurich, Bâle, Genève, 2008.

HONSELL, HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zurich, Bâle, Genève, 2005.

KELLER, ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Berne, 2002 (cité KELLER, Haftpflicht I).

KELLER, ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. Auflage, Berne, 1998 (cité KELLER, Haftpflicht II).

MARCHAND, SYLVAIN, De l'helvético-compabilité de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, AJP/PJA, 1994, p.721 ss (cité MARCHAND, Helvético-compabilité de la LVF, AJP/PJA 1994).

MERZ, HANS, Schweizerisches Privatrecht, Allgemeiner Teil, Band VI/1, Bâle, 1984.

OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, Zurich, 1995.

PETITPIERRE, GILLES, Le préjudice patrimonial et le tort moral: vers de nouvelles frontières?, *in* Le préjudice, une notion en devenir, p. 63 ss, Genève, Zurich, Bâle, 2005 (cité PETITPIERRE, Nouvelles frontières).

PETITPIERRE, GILLES, Les fondements de la responsabilité civile, ZSR/RDS 116, 1997, I. Halbband, p. 273 ss (cité PETITPIERRE, Les fondements de la responsabilité civile, ZSR/RDS 1997).

PIOTET, DENIS, Destruction d'une espèce protégée réintroduite et notion de dommage réparable. Pas de dommages-intérêts frustratoires (frais de réintroduction) même s'il s'agit d'une double dépense pour un résultat unique?, Commentaire de l'arrêt du 20.2.2004 de la Première Cour civile du Tribunal Fédéral, *La Fondation pour la conservation de gypaète barbu c/ Masse en faillite de la succession répudiée B.*, 4C.317/2002, AJP/PJA, 2004, p. 1262 ss (cité PIOTET, Commentaire 4C.317/2002, AJP/PJA 2004).

REY, HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zurich, 1995 (cité REY, Haftpflichtrecht 1).

REY, HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zurich, Bâle, Genève, 2008 (cité REY, Haftpflichtrecht 4).

ROBERTO, VITO, (Basler) Kommentar, Obligationenrecht I, Bundesgesetz über Pauschalreisen (PRG), 5. Auflage, Bâle, 2011 (cité ROBERTO, art.).

ROBERTO, VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zurich, 2002 (cité ROBERTO, Haftpflichtrecht).

SCHWENZER, INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berne, 2009.

STAUDER, BERND, Commentaire (romand), Droit de la consommation, Loi fédérale sur les voyages à forfait, Genève, Bâle, Munich, 2004 (cité STAUDER, [...] LVF).

STAUDER, BERND, L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse, *in* Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats, p. 75 ss, Berne, 2004 (cité STAUDER, Influence de la CJCE).

TERCIER, PIERRE, Le droit des obligations, 4<sup>ème</sup> édition, Zurich, 2009.

THÉVENOZ, LUC, Commentaire (romand), Code des obligations I, Art. 97-109 CO, Genève, Bâle, Munich, 2003.

VON TUHR, ANDREAS, Allgemeiner Teil des schweizerisches Obligationenrechts, Band I, Tübingen, 1924.

VON TUHR, ANDREAS/PETER, HANS, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zurich, 1979.

WERRO, FRANZ, Commentaire (romand), Code des obligations I, Art. 41-61 CO, Genève, Bâle, Munich, 2003 (cité WERRO, art.).

WERRO, FRANZ, Contrat de voyage à forfait et... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat?, *in* Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, p. 695 ss, Zurich, Bâle, Genève, 2004 (cité WERRO, Contrat de voyage).

WERRO, FRANZ, Le préjudice: une notion dans la mouvance des conceptions, *in* Le préjudice, une notion en devenir, p. 125 ss, Genève, Zurich, Bâle, 2005 (cité WERRO, Préjudice).

WERRO, FRANZ, La responsabilité civile, 2<sup>ème</sup> édition, Berne, 2011 (cité WERRO, Responsabilité civile).

WIDMER, PIERRE/WESSNER, PIERRE, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne, 2000.

WIEGAND, WOLFGANG, (Basler) Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 97-109 CO, 5. Auflage, Bâle, 2011.