



Chapitre de livre

2013

Published version

Open Access

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

---

## Le tort moral : un long fleuve peu tranquille

---

Chappuis, Christine

### How to cite

CHAPPUIS, Christine. Le tort moral : un long fleuve peu tranquille. In: Le tort moral en question. Journée de la responsabilité civile 2012. Chappuis, Christine ; Winiger, Bénédicte (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2013. p. 11–33. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:55226>

---

# Le tort moral : un long fleuve peu tranquille

CHRISTINE CHAPPUIS\*

## Table des matières

|  |    |
|--|----|
| I. Quelques évidences                                | 12 |
| A. La justification de la réparation morale          | 12 |
| B. Les fondements légaux                             | 14 |
| 1. Le Code civil et le Code des obligations          | 14 |
| 2. Les dispositions particulières                    | 16 |
| C. Les points acquis                                 | 17 |
| 1. Existence d'un tort moral                         | 17 |
| 2. Le seuil de gravité                               | 18 |
| 3. Ayants droit                                      | 19 |
| 4. Victime inconsciente                              | 19 |
| 5. Fixation de l'indemnité morale : absence de tarif | 20 |
| 6. Montants accordés                                 | 21 |
| II. Les nouveaux acquis                              | 23 |
| A. Les ayants droit à la réparation morale           | 23 |
| 1. La « famille » de la victime (art. 47 CO)         | 23 |
| 2. La personne morale                                | 24 |
| B. La fixation de l'indemnité morale                 | 27 |
| 1. Les deux phases                                   | 27 |
| 2. Le niveau de vie de la victime                    | 28 |
| C. Les cas limites                                   | 29 |
| III. Perspectives et conclusions                     | 30 |
| IV. Bibliographie                                    | 31 |

En un demi-siècle ou presque, le tort moral a évolué. F. GILLIARD affirmait, en 1967, devant l'assemblée générale de la *Société suisse des juristes* que « la plus grande confusion règne à cet égard non seulement dans nos lois, mais encore dans les esprits »<sup>1</sup>. Quelques années plus tard, P. TERCIER écrivait à propos des incertitudes entourant le tort moral qu'il qualifiait de « sujet tabou » : « Le juriste suisse respecte cette institution parce que la loi la consacre, mais il

---

\* Professeure, Doyenne de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

<sup>1</sup> GILLIARD, PV, p. 751.

prend bien garde de ne pas trop s'y attarder, par crainte de voir s'écrouler les fragiles fondements sur lesquels elle repose.»<sup>2</sup>.

Il n'est pas certain que la confusion et les incertitudes anciennes soient réellement dissipées quarante ans plus tard<sup>3</sup>. Les conditions du tort moral et le montant envisageable continuent de hanter les esprits, peut-être à cause du souvenir – aussi vague qu'approximatif – de réparations pharamineuses parfois accordées par des tribunaux américains.

Au moment même où les tribunaux fournissent amplement matière à réflexion dans leurs décisions récentes, il est intéressant de repenser le tort moral sous toutes ses facettes. Le but du présent article est de préparer l'examen transversal du tort moral, auquel se livrent les contributions qui suivent. Après le rappel de quelques évidences, nous examinerons les grandes innovations de ces dernières années (qu'elles soient d'ordre législatif ou jurisprudentiel) et terminerons sur les perspectives d'avenir.

## I. Quelques évidences

La responsabilité civile impose la réparation des préjudices causés. Cette obligation n'est pas limitée à la compensation d'une diminution patrimoniale. La victime n'est en effet pas nécessairement atteinte dans son patrimoine, ou du moins pas uniquement. L'auteur peut l'avoir touchée plus profondément encore dans sa personne et lui avoir causé des souffrances psychiques ou morales. La diminution du bien-être qui en résulte constitue un tort moral (*immaterielle Unbill*), lui aussi sujet à indemnisation. Il faut s'interroger tout d'abord sur les raisons pour lesquelles une telle valeur immatérielle peut donner lieu à indemnité.

### A. La justification de la réparation morale

L'indemnisation du dommage, défini comme une diminution involontaire du patrimoine, trouve sa justification dans l'idée de réparation. Le but prioritaire du droit de la responsabilité civile est d'assurer une réparation socialement adéquate des dommages<sup>4</sup>. En d'autres termes, il s'agit de replacer la victime dans la situation qui était la sienne avant l'événement dommageable. Quant

---

<sup>2</sup> TERCIER, p. 2; SIDLER, N 10.1.

<sup>3</sup> La contribution de L. HECKENDORN au présent ouvrage apporte un éclairage intéressant sur les incertitudes continuant d'affecter le tort moral.

<sup>4</sup> WIDMER / WESSNER, p. 19.

à l'indemnisation du tort moral, défini comme une diminution involontaire du bien-être, elle se justifie par la même idée nonobstant le fait qu'il ne se rapporte pas à des valeurs patrimoniales. La réparation du tort moral consiste à replacer la victime dans la situation de bien-être qui était la sienne avant l'atteinte portée à celui-ci (état de bien-être antérieur). L'indemnité vise ainsi à compenser les souffrances physiques, psychiques et morales subies par la victime<sup>5</sup>.

L'argent ne faisant pas le bonheur, chacun s'accorde à souligner qu'une indemnité pécuniaire ne saurait soulager des souffrances<sup>6</sup> qui ne se traduisent pas par une diminution du patrimoine. Nulle compensation financière, si élevée soit-elle, ne saurait rendre à la victime l'usage de sa main droite, ni son enfant tué ou son honneur perdu<sup>7</sup>. Le Tribunal fédéral souligne ainsi qu'une indemnité pécuniaire est fondamentalement impropre à compenser la perte d'un proche<sup>8</sup>. A quoi bon, alors, prévoir l'indemnisation du tort moral? Il serait tentant d'y reconnaître une trace de la volonté de punir l'auteur ou de celle de se venger. Toutefois, du fait de la séparation des deux ordres de responsabilité, civile et pénale, la fonction de punir incombe aujourd'hui au droit pénal<sup>9</sup>. Puniton et vengeance font partie du monopole de l'Etat. C'est au juge pénal qu'il appartient de sanctionner les infractions pénales et de condamner les auteurs de celles-ci à une peine pécuniaire ou privative de liberté. Il est aujourd'hui largement admis que la fonction première de la responsabilité civile est de compenser les préjudices subis par les victimes<sup>10</sup>.

L'indemnisation du tort moral participe de la même volonté de compensation en qu'elle vise à supprimer le tort moral subi par la victime ou, du moins, à atténuer, dans la mesure du possible, sa souffrance physique, psychique ou morale. Dans ce sens, l'ordre juridique cherche à augmenter, tant que faire se peut, le bien-être diminué de la victime, mais non à punir l'auteur, à expier les fautes ou à venger la victime<sup>11</sup>.

La traduction en francs et centimes de l'atteinte portée à une chose exige parfois une expertise (véhicule automobile, machine ou œuvre d'art endommagés), mais l'opération, qui repose sur une appréciation comptable, est courante. La traduction en francs et centimes d'une atteinte à l'intégrité

---

<sup>5</sup> DESCHENAUX / TERCIER, § 30 N 2.

<sup>6</sup> Message Personnalité, p. 704.

<sup>7</sup> Sur le caractère paradoxal du système de la responsabilité civile en cas de mort d'homme ou d'invalidité, cf. TRIGO TRINDADE, p. 93 s., 98 ss.

<sup>8</sup> TF, arrêt 2C\_302/2010 du 28 avril 2011 (*Skyguide*), consid. 3.1.

<sup>9</sup> TERCIER p. 92 s., 104 ss; cf. aussi, REY, N 447; SCHWENZER, N 17.02. Voir également la contribution de L. HECKENDORN au présent ouvrage, II.B.

<sup>10</sup> WERRO Franz, N 2 et 7. Voir également la contribution de L. HECKENDORN au présent ouvrage, II.A.

<sup>11</sup> CHK-MÜLLER, CO 47 N 3. ATF 115 II 158 consid. 2, JdT 1989 I 712; ATF 116 II 733 consid. 4f. Sur l'ancienne controverse aujourd'hui dépassée, TERCIER, p. 106 ss.

corporelle est certes savante, mais largement connue, elle aussi. La traduction en francs et centimes de la violation d'un contrat se heurte fréquemment à l'absence de preuve, comme l'ont montré les journées consacrées au préjudice ou à la preuve<sup>12</sup>, mais est souvent pratiquée. En revanche, la traduction en francs et centimes de la diminution du bien-être, celle du mal-être, est par nature délicate, voire impossible. Le tort non patrimonial fait à la victime, qui a souffert ou souffre encore plus que de mesure, échappe à toute appréciation comptable. D'où le malaise, décrit par P. TERCIER<sup>13</sup>, un malaise qu'augmente encore une différence cachée de perception du tort moral réparable. Dans un droit de la responsabilité civile essentiellement centré sur les atteintes aux conséquences patrimoniales, la place des conséquences non patrimoniales n'est pas claire. Il n'est dès lors pas étonnant que des conceptions plus ou moins généreuses du tort moral continuent de s'affronter.

## **B. Les fondements légaux**

Jusqu'à la fin des années 1970, l'indemnisation du tort moral se limitait, d'une part, à la protection de la personnalité (art. 28 aCC et art. 49 CO) et, d'autre part, aux conséquences des lésions corporelles ou du décès (art. 47 CO). Le droit des assurances sociales a ajouté un volet important à la protection de l'intégrité corporelle avec l'indemnité pour atteinte à l'intégrité en cas d'accident. D'autres dispositions spéciales sont venues s'ajouter à cette prise en compte de plus en plus large des conséquences non patrimoniales d'une atteinte. Les différents fondements de l'indemnisation morale sont examinés ci-après.

### **1. Le Code civil et le Code des obligations**

Dispositions fondamentales consacrées par le CO à la réparation du tort moral, les art. 47 et 49 CO ont subi une modification majeure au moment de l'adoption du « nouveau » droit de la personnalité en 1983<sup>14</sup>. Considérant qu'il n'y avait aucune raison de protéger moins bien la personnalité que les intérêts patrimoniaux, le législateur a renoncé à la condition supplémentaire de la faute particulièrement grave de l'auteur, qui était posée par

---

<sup>12</sup> CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédict (édit.), *Le préjudice, Une notion en devenir*: Journée de la responsabilité civile 2004, Genève, Bâle, Zurich (Schulthess) 2005; LES MÊMES, *La preuve en droit de la responsabilité civile*: Journée de la responsabilité civile 2010, Genève (Schulthess) 2011.

<sup>13</sup> Cf. *supra*, n. 2.

<sup>14</sup> LF du 16 décembre 1983 en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1985, RO 1984 778, 782.

l'art. 49 aCO<sup>15</sup>. Cette modification cardinale a mis du temps à pénétrer la jurisprudence et la doctrine. Une décision essentielle de 1990<sup>16</sup> en tire pourtant les conséquences et abandonne l'ancienne jurisprudence qui niait toute réparation morale en cas de faute concomitante de la victime – comme si la souffrance de cette dernière n'était pas digne d'être prise en considération dans la mesure où l'événement dommageable pourrait aussi lui être imputé à faute.

Les deux dispositions visent des situations *a priori* différentes : atteintes à l'intégrité corporelle pour l'art. 47 CO<sup>17</sup>, à la personnalité pour l'art. 49 CO<sup>18</sup>. Cependant, il est généralement admis que la première constitue un cas particulier de la seconde<sup>19</sup>, puisque l'intégrité corporelle fait partie de la personnalité protégée par les art. 28 CC et 49 CO. Il est également admis que les art. 47 et 49 CO ne constituent pas des chefs de responsabilité indépendants en ce sens que les conditions d'une norme de responsabilité (acte illicite fautif ou réalisation d'un risque) doivent être remplies pour que la réparation morale soit envisageable. Cela étant, l'indemnité morale est placée sur le même pied que la réparation du préjudice patrimonial<sup>20</sup>.

La gravité particulière des souffrances subies constitue une condition commune aux deux dispositions, qu'il s'agisse de la victime de lésions corporelles, des proches de la personne décédée ou de la victime d'une atteinte à sa personnalité<sup>21</sup>. Il ne suffit donc pas d'être atteint dans son intégrité corporelle, d'avoir subi le décès d'un proche ou d'être atteint dans sa personnalité pour avoir droit à une réparation morale. Les souffrances subies doivent être supérieures à la moyenne. La gravité de l'atteinte permet à la fois d'admettre qu'un tort moral existe et de fixer l'indemnité due en cas d'atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle (art. 47 CO) comme à d'autres biens de la personnalité (liberté, intégrité sexuelle, honneur, sphère personnelle) selon l'art. 49 CO.

C'est l'atteinte qui doit parvenir à un degré de gravité suffisant pour qu'une indemnisation morale soit accordée. L'accent est mis sur la victime, non sur l'auteur. On l'a vu, le but n'est pas de punir, mais de réparer. La faute de l'auteur a cessé d'être une condition de la réparation morale, mais demeure une circonstance de nature à influencer sur l'étendue des dommages-intérêts.

---

<sup>15</sup> Message Personnalité, p. 703.

<sup>16</sup> ATF 116 II 733 consid. 4f.

<sup>17</sup> Voir la contribution d'O. PELET au présent ouvrage.

<sup>18</sup> Voir la contribution de S. WERLY au présent ouvrage.

<sup>19</sup> ATF 116 II 733 consid. 4f. FELLMANN / KOTTMANN, N 2617; CHK-MÜLLER, CO 47 N 4; SCHWENZER, N 17.03; WERRO, N 145.

<sup>20</sup> ATF 116 II 733 consid. 4f. WIDMER / WESSNER, p. 88 s.

<sup>21</sup> FELLMANN / KOTTMANN, N 2616; SCHWENZER, N 17.05.

## 2. *Les dispositions particulières*

Différentes dispositions ont largement modifié le domaine du tort moral au cours des années. Ainsi, la loi sur l'assurance accidents du 20 mars 1981 (LAA)<sup>22</sup> a introduit une « indemnité pour atteinte à l'intégrité » (art. 24 s. LAA), notamment reprise par l'art. 48 al. 1 de la Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (LAM)<sup>23</sup>. L'art. 74 al. 2 let. e de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA)<sup>24</sup> confirme que l'indemnité pour atteinte à l'intégrité et l'indemnité à titre de réparation morale sont des prestations de même nature. Ce volet du droit des assurances sociales règle l'hypothèse de base du décès et de l'atteinte à l'intégrité corporelle (physique, mentale, psychique), mais la soumet à des conditions distinctes. L'atteinte à l'intégrité suppose une lésion à caractère durable (voire permanent) qui subsiste une fois le traitement médical achevé, alors que le droit civil s'attache à l'intensité des souffrances de la victime<sup>25</sup>. L'indemnité pour atteinte à l'intégrité (IPAI) est appréciée de manière abstraite et égalitaire pour tous les assurés, alors que le tort moral du droit civil dépend fondamentalement des circonstances du cas d'espèce<sup>26</sup>.

Toujours dans le cadre des atteintes à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle, la victime d'une infraction a droit à la protection instaurée par la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007 (Loi sur l'aide aux victimes, LAVI)<sup>27</sup> entièrement modifiée en 2007. L'aide aux victimes comprend également une réparation morale lorsque la gravité de l'atteinte le justifie. Le montant de cette réparation est dû par l'Etat à titre subsidiaire pour le cas où l'auteur de l'infraction ou un autre débiteur ne versent aucune prestation ou ne versent que des prestations insuffisantes (art. 4 al. 1 LAVI<sup>28</sup>).

Ces divers textes légaux présentent un point commun. Ils fixent un plafond que l'indemnité ne peut excéder. S'agissant de l'aide aux victimes, ce plafond est de 70 000 francs pour la victime et de 35 000 francs pour un proche (art. 23 al. 2 LAVI). En matière d'assurance-accidents, il correspond

---

22 RS 832.20. Sur l'indemnité pour atteinte à l'intégrité (IPAI), voir la contribution de L. LE TENDRE au présent ouvrage.

23 RS 833.1. Nouvelle teneur selon le ch. 6 de l'annexe à la LF du 21 mars 2003 (4<sup>e</sup> révision AI), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2004 (RO 2003 3837; FF 2001 3045).

24 RS 830.1.

25 ATF 133 V 224 consid. 5.1, 5.3.

26 ATF 113 V 218 consid. 4a. Sur ces questions, voir la contribution de L. LE TENDRE au présent ouvrage.

27 RS 312.5.

28 Sur la LAVI, voir CONVERSET Stéphanie, *Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage: de l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit*, Genève 2009.

au montant maximum du gain annuel assuré (art. 25 al. 1 LAA). Nonobstant cette différence essentielle, la jurisprudence rendue en matière de LAVI présente un intérêt particulier du fait qu'elle applique par analogie les principes du droit civil et absorbe la plupart des affaires de tort moral des dernières années<sup>29</sup> (ces décisions ne sont cependant généralement pas traduites en français, ce qui est regrettable). Un raisonnement croisé entre les règles de la LAVI et celle du droit civil – même seulement par analogie – est donc envisageable.

Le nouveau Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP)<sup>30</sup> prévoit aussi une réparation du tort moral subi en raison d'une atteinte particulièrement grave à la personnalité du prévenu acquitté ou bénéficiant d'un classement, notamment en cas de privation de liberté (art. 429 al. 1 let. c CPP). Une réparation morale est également due en cas de mesures de contrainte illicites selon l'art. 432 CPP. Le tort causé par une détention injustifiée peut être incommensurable. L'on notera cependant que le dommage proprement dit est sujet à une réparation spécifique pour autant que la preuve de la perte de gain (entre autres éléments) puisse effectivement être apportée selon les nouvelles dispositions du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)<sup>31</sup>.

Le champ du tort moral s'est ainsi considérablement élargi ces trente dernières années, et a permis la prise en compte des conséquences non patrimoniales d'une atteinte à la personnalité au sens large. Au centre de ce développement, l'on trouve l'intégrité corporelle (y compris sexuelle) propre ou celle d'une personne proche, ainsi que, plus largement, la personnalité (honneur, liberté, etc.).

## C. Les points acquis

Au terme de l'évolution de ces dernières années, quelques points sont désormais bien acquis, qui ont trait tant aux conditions qu'aux conséquences du tort moral.

### 1. *Existence d'un tort moral*

Le tort moral comporte, selon certains auteurs<sup>32</sup>, un aspect objectif et un aspect subjectif. Objectivement, la victime subit une atteinte déterminée (à l'intégrité corporelle, à l'honneur, etc.) qui se traduit par des souffrances

---

<sup>29</sup> P. ex., ATF 132 II 117.

<sup>30</sup> RS 312.0.

<sup>31</sup> RS 272. Voir la contribution d'Y. JEANNERET au présent ouvrage.

<sup>32</sup> DESCHENAUX / TERCIER, § 4 N 45; ZK-LANDOLT, Vorb. zu Art. 47/49, N 114 ss; CHK-MÜLLER, CO 47 N 6-8, CO 49 N 9; REY, N 442 ss; WERRO, N 144. D'autres auteurs ne font pas cette distinction : FELLMANN / KOTTMANN, N 2609 ss, 2617 ss; HONSELL, § 10.

physiques, psychiques ou morales dont l'intensité peut, subjectivement, varier en fonction des individus. Ainsi, la perte de sensibilité des doigts de la main gauche représente une atteinte objective à l'intégrité corporelle qui n'est pas ressentie aussi intensément par la femme de la rue que par une violoniste. L'approche en deux temps de l'existence même d'un tort moral permet une finesse bienvenue dans l'analyse. Dans l'hypothèse où la victime est violoniste professionnelle, une telle perte de sensibilité pourra avoir des répercussions patrimoniales si la victime doit interrompre sa carrière ou changer de métier (concerts remplacés par des cours dans le cadre d'une école de musique). En pareil cas, la victime subit à la fois un dommage (perte de gain) et un tort moral consistant dans la perte du plaisir de jouer de l'instrument, donc une diminution du bien-être sans conséquences patrimoniales. Pour la violoniste non professionnelle, l'impossibilité de pratiquer la musique pour son plaisir personnel se traduira uniquement par un tort moral.

Concentrée sur la fixation de l'indemnité, la jurisprudence<sup>33</sup> ne fait pas pareille distinction dans la première étape, celle de la constatation qu'il existe une atteinte aux conséquences non patrimoniales (immatérielles ou morales). On notera qu'une certaine imprécision brouille la distinction entre les deux étapes classiques de la fixation du dommage, respectivement du tort moral, et de la détermination de l'indemnité (dommages-intérêts, respectivement indemnité morale)<sup>34</sup>. C'est en rapport avec la fixation de l'indemnité que la jurisprudence récente procède clairement en deux étapes comme on le verra plus loin<sup>35</sup>. Sur l'existence même d'un tort moral, l'on constate un certain manque d'attention de la part de la jurisprudence.

Cela étant, le parallélisme entre le dommage et le tort moral est aujourd'hui acquis<sup>36</sup>, en ce sens que lorsque les conditions d'une responsabilité sont données, des conséquences indemnitaires en découlent, qu'il s'agisse de réparer un dommage ou un tort moral.

## 2. *Le seuil de gravité*

La souffrance morale invoquée doit atteindre un certain seuil de gravité pour être qualifiée de tort moral<sup>37</sup>. Le mal-être dont se plaint la victime doit dépasser la moyenne. Le simple intérêt d'affection – non pris en compte au titre du dommage – n'est pas considéré comme suffisant par la jurisprudence<sup>38</sup>. Il

---

<sup>33</sup> P. ex., ATF 138 III 337; ATF 134 III 97; ATF 132 II 117.

<sup>34</sup> ZK-LANDOLT, Vorb. Art. 47/49, N 185.

<sup>35</sup> Cf. *infra*, II.B.

<sup>36</sup> SIDLER, N 10.21; WIDMER/WESSNER, p. 88 s.

<sup>37</sup> BK-BREHM, CO 47 N 27 ss, CO 49 N 12, 19 ss; REY, N 442.

<sup>38</sup> ATF 87 II 290 (*Véronèse*): voir la contribution de F. WERRO au présent ouvrage.

en va de même du plaisir perdu suite à des vacances gâchées<sup>39</sup>; en revanche, l'attachement à un animal domestique est aujourd'hui pris en compte par la loi (art. 42 al. 3 et 43 al. 1<sup>bis</sup> CO)<sup>40</sup>. Ces deux dernières questions ont quelque peu transformé la traditionnelle différence entre dommage et tort moral, de sorte que certains auteurs proposent aujourd'hui de distinguer deux types de tort moral, le «petit» et le «grand tort moral»<sup>41</sup>. Cette distinction ne s'est pas encore imposée dans la jurisprudence et la doctrine.

### 3. *Ayants droit*

A la lettre de l'art. 47 CO, seule la victime a droit à une indemnisation de son tort moral en cas de lésions corporelles; les proches ne sont légitimés à faire valoir leur souffrance qu'en cas de décès de la victime. La jurisprudence permet cependant aux proches de faire valoir le tort moral qu'ils subissent personnellement, alors même que la victime n'est pas décédée sur la base de l'art. 49 al. 1 CO<sup>42</sup>. Le détour par cette dernière disposition se justifie du fait de l'atteinte à la personnalité que peuvent subir personnellement les proches d'une victime gravement atteinte.

Dans la même ligne, la jurisprudence<sup>43</sup> admet la réparation du dommage consécutif au choc nerveux causé à un père par le décès de deux de ses enfants, causé par la chute d'un avion. Le père qui subit lui-même une atteinte au droit absolu à l'intégrité corporelle, est directement lésé et a droit à la réparation de son dommage (art. 46 CO) et de son tort moral (art. 47 CO). Ces principes ont été récemment appliqués à la responsabilité du détenteur d'un véhicule automobile (art. 58 al. 1 LCR), nonobstant les arguments de l'assureur du détenteur<sup>44</sup>.

### 4. *Victime inconsciente*

Etant donné que l'indemnité morale a pour but d'atténuer les souffrances, une partie de l'opinion refuse toute indemnité à la victime inconsciente<sup>45</sup>. Le Tribunal fédéral en a jugé différemment en 1982 dans l'affaire d'une jeune fille devenue tétraplégique et inconsciente par la faute d'un anesthésiste<sup>46</sup>. Cette

---

<sup>39</sup> ATF 115 II 474 consid. 3b, JdT 1990 I 216. CHAPPUIS C., p. 116 ss.

<sup>40</sup> «Petit tort moral»: CR CO I-WERRO, CO 41 N 8, 25 s., Intro. art. 47-49 N 1.

<sup>41</sup> PETITPIERRE, p. 71 ss; WERRO, Préjudice, p. 131.

<sup>42</sup> ATF 112 II 220, JdT 1986 I 452; ATF 118 II 404 consid. 3b.cc, JdT 1993 I 736. PETITPIERRE, p. 70 s.

<sup>43</sup> ATF 112 II 118 (*Hunter*).

<sup>44</sup> ATF 138 III 276 consid. 2 et 3.

<sup>45</sup> BK-BREHM, CO 47 N 21; DESCHENAUX / TERCIER, § 3 N 45 et 47.

<sup>46</sup> ATF 108 II 422, JdT 1983 I 104.

décision mérite approbation si l'on veut éviter de traiter moins bien la victime d'une atteinte si grave qu'elle en perd toute conscience, que la victime subissant une atteinte de moindre gravité<sup>47</sup>. La critique résiste. Sans doute croit-elle la victime aussi incapable de ressentir la souffrance que de profiter d'un adoucissement de son sort par le versement d'une indemnité morale. Par ailleurs, considérant que la jurisprudence accorde aux proches la réparation de leur tort moral propre sur la base de l'art. 49 CO, ces auteurs soutiennent qu'il est désormais possible de faire l'économie d'une indemnisation de la victime inconsciente<sup>48</sup>. La jurisprudence reconnaissant à la victime inconsciente le droit à une réparation paraît toutefois fermement établie<sup>49</sup>, ce qui est réjouissant.

## 5. Fixation de l'indemnité morale : absence de tarif

Une fois franchis les obstacles des conditions de la réparation morale, il reste à fixer l'indemnité. Etant donné sa nature, il n'est pas possible de calculer, mais seulement d'estimer l'indemnité morale (« *nicht errechnen, nur schätzen* »<sup>50</sup>), faute d'une référence patrimoniale. Ce nonobstant, le premier réflexe, dans une situation concrète, consiste à se référer à un tarif<sup>51</sup>. La recherche d'un tarif de l'indemnité morale est d'autant plus compréhensible qu'une véritable tarification existe en matière d'assurance-accidents : l'indemnité pour atteinte à l'intégrité est calculée en fonction de la gravité de l'atteinte en pourcentage du montant maximum du gain assuré<sup>52</sup>. Ainsi, selon le barème prévu par l'Annexe 3 de l'OLAA, la perte d'un gros orteil « vaut » 5%, celle d'un pied 30%, d'une main 40%, l'atteinte très grave à la fonction rénale ou pulmonaire 80%, la surdité totale 85% et la paraplégie 90%; pour les atteintes les plus graves, soit la tétraplégie et la cécité totale, le barème prévoit une indemnité pour atteinte à l'intégrité correspondant à 100% du gain assuré.

Toutefois, la jurisprudence répète volontiers que l'indemnisation du tort moral n'est pas soumise à un tarif<sup>53</sup>. En effet, et il faut insister sur ce point, la détermination de l'indemnité pour tort moral relève du pouvoir d'apprécia-

<sup>47</sup> ZK-LANDOLT, Vorb. Art. 47/49 N 89 ss; PETITPIERRE, p. 70 s.

<sup>48</sup> WERRO, N 156. Voir aussi, FELLMANN / KOTTMANN, N 2634 ss; HONSELL, § 10 N 11; REY, N 481 ss et 498 s.; ROBERTO, N 919.

<sup>49</sup> ATF 112 II 226, JdT 1987 I 450; ATF 116 II 519 consid. 2c, JdT 1991 I 634.

<sup>50</sup> ATF 132 II 117 consid. 2.2.2; ATF 117 II 50 consid. 4a.aa. FELLMANN / KOTTMANN, N 2656; SIDLER, N 10.41-10.80.

<sup>51</sup> Sur l'origine historique de la tarification, cf. la contribution de L. HECKENDORN au présent volume, II.A.

<sup>52</sup> Art. 25 LAA et Annexe 3 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (OLAA; RS 832.202).

<sup>53</sup> ATF 132 II 117 consid. 2.2.3; ATF 127 IV 215 consid. 2e, JdT 2003 IV 129. TF, arrêt 6B\_544/2010 du 25 octobre 2010 consid. 3.1. Sur l'absence de tarif: HIRSCH, p. 268 s.; ZK-LANDOLT, Vorb. Art. 47/49, N 187.

tion du tribunal qui est appelé à tenir compte des spécificités de chaque cas d'espèce (art. 4 CC)<sup>54</sup>. Dans sa décision en équité, le tribunal peut se référer au tarif valant pour l'atteinte à l'intégrité en matière d'assurance-accident, mais seulement à titre de point de comparaison<sup>55</sup>. L'équité intervient à un double titre dans le raisonnement: d'abord dans les conditions de l'octroi d'une indemnité pour tort moral<sup>56</sup>, ensuite dans la fixation de l'indemnité morale. Les critères à retenir, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, pour la détermination de la réparation sont les suivants: la nature et la gravité de l'atteinte, l'intensité et la durée des effets sur la personnalité de la victime et le degré de faute du responsable. Le Tribunal fédéral ne revoit l'indemnité fixée par l'autorité inférieure qu'avec retenue, en particulier lorsque celle-ci a mésusé son pouvoir d'appréciation et pris en considération des éléments qui ne devaient pas l'être ou omis de tenir compte de facteurs pertinents<sup>57</sup> du fait que le premier tribunal est mieux à même d'opérer une pesée individuelle des intérêts que les autorités supérieures.

## 6. Montants accordés

Les tribunaux montrent traditionnellement une retenue certaine dans l'octroi de réparations morales dont les montants restent relativement modestes. Partant de l'idée que le tort moral ne peut « que difficilement être réduit à une simple somme d'argent », les tribunaux retiennent que l'évaluation de l'indemnité « ne saurait excéder certaines limites » tout en restant équitable<sup>58</sup>. La doctrine apprécie diversement la tendance générale quant aux montants accordés, à la hausse selon certains<sup>59</sup>, y compris le Tribunal fédéral lui-même<sup>60</sup>, à la baisse selon un auteur<sup>61</sup>, voire simplement stables<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> DESCHENAUX / TERCIER, § 31 N 10; CR CO I-WERRO, Intro. art. 47-49 N 5. ATF 129 IV 22 consid. 7.2. ATF 130 III 699 consid. 5.1.

<sup>55</sup> ATF 132 II 117 consid. 2.2.3 (*Richtwert* ou *Orientierungspunkt*).

<sup>56</sup> Cf. les circonstances spéciales de l'art. 47 CO.

<sup>57</sup> ATF 118 II 410 consid. 2; ATF 130 III 699 consid. 5.1; ATF 129 IV 22 consid. 7.2; ATF 125 III 29 consid. 2a; TF, arrêt 6B\_544/2010 du 25 octobre 2010, consid. 3.1. BSK-HEIERLI / SCHNYDER, CO 47 N 21a; CHK-MÜLLER, CO 47 N 15; CR CO I-WERRO, Intro. art. 47-49, N 5;.

<sup>58</sup> ATF 129 IV 22 consid. 7.2; ATF 125 III 269 consid. 2a; ATF 118 II 410 consid. 2.

<sup>59</sup> HONSELL, § 10 N 14; CHK-MÜLLER, CO 47 N 12 (depuis 1981: ATF 107 II 348 consid. 6); REY, N 488 (voir la casuistique aux N 504 ss); SCHWENZER, N 17.13.

<sup>60</sup> ATF 125 III 269, 274, consid. 2a: « D'une manière générale, la jurisprudence tend, depuis quelques années, à allouer des montants plus importants en matière d'atteintes graves à l'intégrité d'une personne. »; à propos de l'indemnité de 100 000 francs accordée en l'espèce à la victime d'actes d'ordre sexuel extrêmement graves, le Tribunal fédéral relève: « Il est vrai que ce montant est exceptionnellement élevé et il convient de souligner qu'il représente sans doute le maximum qui puisse être alloué pour ce genre de cas » (consid. 2c, p. 276).

<sup>61</sup> WERRO, N 1349, vu l'absence d'indexation des montants qui n'augmentent pas depuis les années 1980.

<sup>62</sup> Voir l'analyse de la jurisprudence par HIRSCH L., p. 279 ss, 284 ss; SIDLER, N 10.41-10.80.

Sans doute, convient-il de nuancer l'appréciation en fonction de l'atteinte considérée, et de sa gravité particulière. Pour les cas de lésions corporelles sérieuses, la jurisprudence admet des montants de l'ordre de 100 000 francs et davantage, mais qui n'ont, il est vrai, pas augmenté depuis une quinzaine d'années. Ainsi, dans l'affaire du plongeur de Colombier en 1997<sup>63</sup>, le Tribunal fédéral avait-il admis, au profit d'un jeune homme souffrant de tétraplégie incomplète et définitive, que l'autorité inférieure n'avait pas mésusé de son pouvoir d'appréciation « en fixant le montant de l'indemnité pour tort moral à 120 000 francs, encore que cette somme représente assurément la limite supérieure de la réparation pouvant être accordée en pareilles circonstances »<sup>64</sup>. Les juges semblent avoir été impressionnés par la situation de la victime condamnée à l'immobilité dans une chaise roulante sa vie durant, nécessitant en permanence l'aide de tiers pour des actes élémentaires et le fait que le travail tout comme les loisirs exigeraient de lui des efforts constants, de nombreux lieux lui étant pour toujours inaccessibles<sup>65</sup>.

Deux ans plus tard, dans une affaire d'atteintes d'ordre sexuel, le Tribunal fédéral attribue à une victime « épouvantablement marquée par les actes horribles que son père lui a fait subir »<sup>66</sup> un montant de 100 000 francs, tout en soulignant que ce montant représente un maximum pour ce genre de cas. Là aussi, les juges semblent impressionnés par la gravité des atteintes subies par une enfant pendant une dizaine d'années. Plus récemment (en 2008), un montant de 140 000 francs a été jugé admissible s'agissant d'un motocycliste de 19 ans victime d'un accident à l'origine d'une hospitalisation prolongée et d'une invalidité permanente<sup>67</sup>. Dans ces trois cas, frappants par leur gravité, il s'agit de jeunes victimes. En revanche, pour la douleur des proches d'une personne décédée ou celle résultant d'autres atteintes (p. ex., à l'honneur), les tribunaux semblent moins généreux, accordant parfois des montants ridiculement bas selon I. SCHWENZER<sup>68</sup>.

La retenue observée par les tribunaux dans l'octroi des indemnités morales pourrait se relâcher quelque peu depuis que la nouvelle LAVI plafonne la réparation morale à 70 000 francs maximum (art. 23 LAVI) et que les tribunaux n'ont plus plus à craindre une potentielle « contagion » entre les indemnités LAVI et celles accordées en droit civil<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> ATF 123 III 306 consid. 9a.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 315, consid. 9b.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> ATF 125 III 269, consid 2b (constatations de l'autorité cantonale).

<sup>67</sup> ATF 134 III 97.

<sup>68</sup> SCHWENZER, N 17.15.

<sup>69</sup> WERRO, N 1362.

## II. Les nouveaux acquis

Les incertitudes mentionnées plus haut tenant à la nature même de l'indemnisation du tort moral, et notamment à l'affrontement de deux conceptions du tort moral – l'une restrictive, l'autre plus large – sont peu à peu dissipées par la jurisprudence. Plusieurs points saillants méritent d'être relevés dans la jurisprudence récente (1-3). Malgré les clarifications ainsi apportées, une zone d'ombre nouvelle est apparue à la frontière entre le tort moral et le dommage (4).

### A. Les ayants droit à la réparation morale

L'année 2012 a été riche en décisions sur le tort moral, à commencer par les personnes pouvant prétendre à une indemnité.

#### 1. La « famille » de la victime (art. 47 CO)

Une question demeurerait controversée, celle de savoir si le concubin survivant avait droit à une réparation morale sur la base de l'art. 47 CO<sup>70</sup>. Outre l'argument littéraliste tiré de la version française selon laquelle seul un membre de la « famille » pourrait prétendre à une réparation morale, la réflexion figée sur l'idée que la relation de concubinage heurtait la moralité<sup>71</sup>. Une décision de 2012<sup>72</sup> tranche la question. Elle interprète tout d'abord la notion de « famille » dans le sens du terme allemand de *Angehörige*, soit de « proches », ce qui élargit le cercle des personnes considérées. Se pose ensuite la question de savoir si le concubin survivant est bien un proche pouvant prétendre à une indemnité pour tort moral. Suivant la doctrine majoritaire récente<sup>73</sup>, le Tribunal fédéral retient le concubin ne saurait être exclu du champ d'application de l'art. 47 CO au seul motif qu'il ne ferait pas partie de la « famille »<sup>74</sup>.

Cependant, la notion de « proches » (*Angehörige*) est interprétée de manière restrictive. Ainsi, seule la personne vivant dans une relation de concubinage stable doit pouvoir être considérée comme un *Angehöriger* ayant droit à une indemnisation morale<sup>75</sup>. Refusant de fixer un nombre d'années à partir

---

<sup>70</sup> Question laissée ouverte in ATF 114 II 144 consid. 3a.

<sup>71</sup> Cf. réf. cit. par BK-BREHM, CO 47 N 160.

<sup>72</sup> ATF 138 III 157.

<sup>73</sup> FELLMANN / KOTTMANN, N 2648 ; CHK-MÜLLER, CO 47 N 11.

<sup>74</sup> ATF 138 III 157 consid. 2.3.2.

<sup>75</sup> ATF 138 III 157 consid. 2.3.3.

duquel un concubinage peut être qualifié de stable, les juges admettent l'existence d'une telle relation dans le cas d'espèce pour un couple vivant ensemble depuis plus de quatre ans et ayant formé un projet de mariage. Le fait que les concubins devaient d'abord chacun préalablement divorcer de leur conjoint respectif n'a pas empêché cette qualification<sup>76</sup>.

L'arrêt, bien fondé, traduit une approche moderne du couple et son résultat mérite approbation, lors même qu'il conduit à une curieuse responsabilité double de la détentrice. En effet, celle-ci voit sa responsabilité admise, d'une part, envers l'épouse du défunt et leurs enfants, d'autre part, envers la concubine et ses enfants. L'on observera que les autres solutions envisageables auraient été insatisfaisantes : donner la préférence à l'épouse légitime aurait conduit à une solution formellement correcte, mais matériellement injuste ; peser la souffrance de l'épouse contre celle de la concubine aurait relevé de la mission impossible. Sur ce point, l'arrêt montre une conception ouverte du tort moral, centrée sur la souffrance effectivement ressentie par les « proches » de la victime.

## 2. *La personne morale*

Une autre décision de 2012<sup>77</sup> apporte une réponse non équivoque à la question de savoir si une personne morale peut se prévaloir d'une atteinte illicite à sa personnalité pour prétendre à une réparation morale fondée sur l'art. 49 CO. On pouvait douter qu'une personne morale (juridique) pût éprouver une souffrance susceptible d'être adoucie par une indemnité pour tort moral. La personne juridique en tant que création du droit ne semble pas pouvoir être placée sur le même pied que la personne physique en ce qui concerne les souffrances ressenties. La souffrance n'est-elle en effet pas « inséparable des conditions naturelles de l'homme » selon la formule de l'art. 53 CC ?

Le doute est ancien. Sans examiner la question centrale de la possibilité pour une personne juridique de se prévaloir des conséquences non patrimoniales d'une atteinte à sa personnalité, une décision de 1938<sup>78</sup> nie la gravité particulière de l'atteinte<sup>79</sup> consistant à taxer une publicité de la victime de « *Schwindel* » (« bobards »<sup>80</sup>). Quelques arrêts postérieurs ont donné une impression favorable à l'admission du tort moral de la personne juridique, mais

---

<sup>76</sup> ATF 138 III 157 consid. 2.4.

<sup>77</sup> ATF 138 III 337.

<sup>78</sup> ATF 60 II 326, 331.

<sup>79</sup> Et de la faute, s'agissant d'une décision antérieure à la modification de l'art. 49 CO.

<sup>80</sup> Selon la traduction figurant dans l'ATF 138 III 337, 341 consid. 6.1.

implicite ou résultant d'*obiter dicta*<sup>81</sup>. Il n'est dès lors pas étonnant que la question ait profondément divisé la doctrine<sup>82</sup>.

La jurisprudence constante admet que la personne morale bénéficie, au même titre que la personne physique, de la protection de sa personnalité selon les art. 28 ss CC<sup>83</sup>. La personne morale peut ainsi se voir atteinte dans son honneur, sa sphère privée, la considération sociale dont elle jouit et son libre développement économique (par le biais de la LCD). Les conséquences prévues par l'art. 28a al. 3 CC, et notamment la possibilité d'une réparation morale, devraient donc trouver application.

L'idée que la personne morale ne puisse pas ressentir de souffrance s'explique si l'on considère la personnalité morale comme une pure fiction juridique. A cet égard, deux théories fondamentalement opposées ont été développées au XIX<sup>e</sup> siècle. Selon la théorie romaniste de la fiction, l'être humain seul est susceptible d'être sujet de droits et d'obligations; c'est sur la base d'une pure fiction que les personnes juridiques (*juristische Personen*) se voient reconnaître le statut de sujet de droit<sup>84</sup>. Dans cette optique, la personne morale ne peut être sujette à des souffrances. A l'opposé, dans l'optique de la théorie germanique de la réalité, la personne morale n'a rien d'artificiel, mais apparaît comme une personne réelle existant véritablement et ne se distinguant des êtres humains que par le fait qu'elle n'a pas d'existence corporelle; les actions des organes sont considérées comme celles de la personne morale<sup>85</sup>. Les organes, qui « sont » la personne morale, sont donc aussi susceptibles de ressentir de la souffrance pour la personne morale dont ils forment et expriment la volonté (art. 55 al. 1 CC).

Si le droit suisse est fondamentalement favorable aux personnes juridiques qui sont placées, en tant que sujets de droit, sur le même plan que les personnes physiques<sup>86</sup>, la jurisprudence hésite sur les fondements théoriques de la notion de personnalité morale<sup>87</sup>. Le Tribunal fédéral se place dans l'optique de la théorie de la réalité de la personne morale, en affirmant qu'il « existe une unité d'action en ce sens que l'organe et la personne morale sont considérés comme une personne identique »<sup>88</sup>. Autrement dit, la souffrance

<sup>81</sup> ATF 95 II 481 consid. 12b; ATF 108 II 422.

<sup>82</sup> ATF 138 III 337, consid. 6.1. Défavorables : TERCIER, p. 153 ss, 161 s.; WERRO, N 172; CR CO I-WERRO, Intro. art. 47-49 N 4. Favorables : BK-BREHM, CO 49 N 42-43; REY, N 484. Voir aussi la contribution de S. WERLY au présent ouvrage.

<sup>83</sup> ATF 121 III 168 consid. 3a, JdT 1996 I 52.

<sup>84</sup> WEBER, p. 48.

<sup>85</sup> WEBER, p. 48 s.

<sup>86</sup> Cf. art. 53 CC. Sur ce sujet, voir BSK-HUGUENIN, Vor Art. 52-59 ZGB N 5.

<sup>87</sup> WEBER, p. 50.

<sup>88</sup> ATF 138 III 337 consid. 6.1.

que peuvent ressentir les organes du fait d'une atteinte à l'honneur de la personne morale est imputée directement à cette dernière, tout comme l'on impute à la personne morale la connaissance que peuvent avoir ses organes de certains faits (*Wissenszurechnung*)<sup>89</sup>. Il n'est pas question ici d'une atteinte à l'honneur touchant les personnes qui sont organes de la personne morale, mais bien d'une atteinte à l'honneur de celle-ci par le truchement de ses organes qui pensent et prêtent leur volonté à la personne morale. Par conséquent, une personne morale peut fondamentalement se prévaloir de l'art. 49 CO et faire valoir son tort moral propre<sup>90</sup>.

Il reste que les conditions de cette disposition doivent être réalisées, en particulier celle de la gravité de l'atteinte qui doit, on l'a vu<sup>91</sup>, dépasser un certain seuil. L'atteinte résultant en l'espèce du fait que la page du site «Y.com»<sup>92</sup> donnait une image négative de la personne morale n'est pas qualifiée du point de vue du tort moral occasionné à la victime. L'arrêt n'examine pas la gravité de l'atteinte subie par la victime qui se plaignait que ce site la dénigrât, si ce n'est pour relever que les juges genevois avaient, sans arbitraire, admis l'existence d'un préjudice suffisamment grave pour permettre l'octroi d'une indemnité satisfaisante<sup>93</sup>. Cependant, l'arrêt attache, dans la fixation de l'indemnité, une importance particulière au fait que l'image négative de la victime a été diffusée par internet, décrit comme «un système d'interconnexion de réseaux informatiques accessible à toute heure dans le monde entier, par le moyen de communications électroniques toujours plus développées»<sup>94</sup>, un paramètre essentiel s'agissant d'une entreprise active dans le transport international de marchandises. Doit-on comprendre qu'une atteinte, même de peu de gravité, franchit le seuil de gravité nécessaire dès lors qu'elle est diffusée par internet? La partie publiée de l'arrêt ne donne pas d'autre indice de la vérification du seuil de gravité devant être atteint pour que le tort moral mérite indemnisation. Sans donner d'autres indices relatifs au seuil de gravité nécessaire, l'arrêt passe directement à l'étape délicate de la fixation de l'indemnité morale qu'il ramène de 25 000 francs à 10 000 francs<sup>95</sup>. Même si la question théorique de la légitimation active de la personne morale est tranchée de manière satisfaisante, il subsiste un regret quant à l'existence même du tort moral qui est, comme souvent, perdue dans la fixation de l'in-

<sup>89</sup> Ce que méconnaît AKIKOL, REAS, p. 412, lorsqu'elle retient que «*Schmerzen können keiner anderen Person zugerechnet werden*».

<sup>90</sup> AKIKOL, Medialex, p. 170, et REAS, p. 414, en admettant que les organes peuvent ressentir un tort moral propre qui constituerait une *Reflexgenugtuung*, passe à côté de la relation particulière entre la personne morale et ses organes.

<sup>91</sup> Cf. *supra*, I.C.2.

<sup>92</sup> ATF 138 III 337, 338 s. consid. A.b.

<sup>93</sup> Cf. le considérant 6.2.2 de l'arrêt, qui n'est pas publié: TF, 4A\_741/2011, c. 6.2.2.

<sup>94</sup> ATF 138 III 337, 347 consid. 6.3.6.

<sup>95</sup> ATF 138 III 337 consid. 6.3.

demnité morale<sup>96</sup>, une opération délicate en matière d'atteinte à la personnalité d'une personne juridique plus encore qu'en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne physique où les points de comparaison sont plus nombreux.

## B. La fixation de l'indemnité morale

### 1. Les deux phases

L'indemnité morale «échappe à toute fixation selon des critères mathématiques» comme le rappelle régulièrement le Tribunal fédéral<sup>97</sup>. La fixation de cette indemnité «équitable» relève du pouvoir d'appréciation du tribunal. Or, toute décision en équité fondée sur l'art. 4 CC devrait se faire en deux phases: partant du cas concret, le tribunal doit d'abord élaborer des règles générales d'appréciation qu'il adapte ensuite à la situation concrète<sup>98</sup>. L'exercice du pouvoir d'appréciation ainsi encadré évite des décisions trop diverses portant atteinte aux principes d'égalité de traitement et de sécurité juridique lorsque la loi charge le tribunal de statuer en effectuant lui-même la pesée des intérêts en cause dans le litige à trancher<sup>99</sup>.

S'agissant de la réparation morale, la doctrine préconise expressément une méthode en deux phases<sup>100</sup>. La première phase, objectivée, se fonde sur des situations comparables et les montants accordés en pareils cas (p. ex., tétraplégie de la victime ou mort d'un enfant). Les tableaux de jurisprudence établis par HÜTTE/DUCKSCH/GROSS/GUERRERO<sup>101</sup> sont particulièrement utiles dans cette première étape. L'on détermine ainsi un montant théorique de base en fonction de la gravité de l'atteinte. Dans un second temps, le montant retenu (ou une fourchette de montants) est revu à la hausse ou à la baisse en fonction des circonstances du cas particulier (p. ex., souffrances particulières de la victime tétraplégique, relations étroites – ou au contraire absence de relations – avec l'enfant décédé). La méthode des deux phases, reprise dans les décisions récentes sur l'étendue de la réparation morale<sup>102</sup>, semble s'être

<sup>96</sup> AKIKOL, *Medialex*, p. 170, relève à juste titre que la comparaison opérée par l'arrêt au considérant 6.3.4 avec le tort moral subi par des enfants à la suite du meurtre de leur père, ou celui de victimes d'accidents de la circulation, manque de pertinence.

<sup>97</sup> ATF 125 III 269 consid. 2. Voir *supra*, n. 49 ss.

<sup>98</sup> CR CC I-PERRIN, CC 4 N 17. STEINAUER, N 430. Conception différente: BSK I-HONSELL, CC 4 N 8 s.

<sup>99</sup> Sur la définition du pouvoir d'appréciation, STEINAUER, N 409 ss.

<sup>100</sup> CHK-MÜLLER, CO 47 N 14; CR CO I-WERRO, CO 47 N 19, CO 49 N 13; WERRO, N 1347 ss.; Déjà, DESCHENAUX / TERCIER, § 31 N 10.

<sup>101</sup> HÜTTE / DUCKSCH / GROSS / GUERRERO. TF, arrêt 2C\_302/2010 du 28 avril 2011 consid. 3.

<sup>102</sup> ATF 132 III 117 consid. 2.2.3. TF, arrêt 1C\_412/2010 du 20 janvier 2011 consid. 4.2; TF, arrêt 2C\_302/2010 du 28 avril 2010 consid. 3.3.1 (*Skyguide*); TF, arrêt 6B\_544/2010 du 25 octobre 2010 consid. 3.1.

aujourd'hui imposée. Elle permet d'éviter une trop grande subjectivité dans la détermination de l'indemnité<sup>103</sup>.

Dans la mesure où elle a pour cadre l'exercice du pouvoir d'appréciation (art. 4 CC), cette méthode en deux phases vaut pour toutes les formes de tort moral. La décision de 1999 qui avait accordé 100 000 francs à une jeune victime d'actes d'ordre sexuel procède, sans le dire, selon cette méthode. Elle commence par rappeler les principes régissant la fixation de l'indemnité morale, puis examine les cas comparables tranchés par la jurisprudence en se fondant notamment sur les tables HÜTTE/DRUCKSCH<sup>104</sup>, ce qui correspond à la première étape. Après ces considérations générales et abstraites, la décision s'attache aux circonstances concrètes de l'atteinte dont a été victime la jeune fille : la durée de cette atteinte (dix ans), son caractère atroce (description des actes subis par la victime) et les conséquences durables sur la santé de la victime (retard mental et troubles du comportement), ce qui correspond à la phase d'individualisation de la décision en équité. Le Tribunal fédéral, dans cette décision fondée sur l'art. 49 CO, préfigure la méthode en deux temps récemment reconnue, qui correspond à un sain exercice du pouvoir d'appréciation fondé sur la loi.

## 2. *Le niveau de vie de la victime*

Un vieux démon hante périodiquement la jurisprudence, celui de la prise en compte des conditions économiques et sociales au domicile de la victime. Ainsi, un arrêt récent relève que « dans la mesure où le bénéficiaire domicilié à l'étranger serait exagérément avantageé en raison des conditions économiques et sociales existant à son lieu de domicile, il convient d'adapter l'indemnité vers le bas, en précisant toutefois qu'il ne saurait y avoir une correspondance mathématique entre le niveau des salaires au domicile à l'étranger par rapport à celui existant en Suisse et l'impact que cette divergence pourrait avoir sur le montant de l'indemnité pour tort moral »<sup>105</sup>. Le principe a été plusieurs fois énoncé dans des décisions antérieures<sup>106</sup>, mais appliqué une seule fois en 1999 au calcul d'une indemnité pour tort moral LAVI accordées aux filles de la victime, retournées vivre en Voïvodine<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> TF, arrêt 2C\_302/2010 du 28 avril 2011 consid. 3.3.1.

<sup>104</sup> ATF 125 III 269, consid. 2a.

<sup>105</sup> TF, arrêt 2C\_302/2010 consid. 3.3.3 (*Skyguide*) (élément non pris en compte dans le cas d'espèce).

<sup>106</sup> ATF 123 III 10 consid. 4, SJ 1997 402 (pas de prise en compte du domicile de la victime) ; ATF 121 III 252, JdT 1998 IV 122 (pas de prise en compte du domicile de la victime) ; ATF 97 II 123 consid. 10 (baisse du pouvoir d'achat en Suisse inopérante).

<sup>107</sup> ATF 125 II 554 consid. 4b, JdT 2001 IV 96, SJ 2000 I 189 (réduction de moitié à 17 500 francs chacune).

Le raisonnement, ainsi réservé plus souvent qu'il n'est effectivement suivi, s'engage sur une pente dangereuse. Faudrait-il donc prendre en considération le fait que la victime est domiciliée dans une ville plutôt qu'à la campagne, au pied du Jura plutôt qu'à Zurich, qu'elle risque de déménager? La victime pauvre aurait-elle droit à une indemnité inférieure à celle accordée à une victime riche sous prétexte qu'une satisfaction plus grande serait provoquée chez la première par le versement d'un même montant? Une décision de 1995 avait relevé les conclusions insoutenables auxquelles ce raisonnement risquait de conduire et refusé de réduire la réparation morale accordée à la veuve et aux trois enfants du défunt<sup>108</sup>.

Une fois admis que le terrain de l'indemnisation morale n'est pas celui des mathématiques, il convient de résister à la tentation de procéder comme si l'on pouvait effectivement calculer le prix de la douleur, et de s'opposer à la prise en compte du niveau de vie parmi les circonstances pertinentes lors de la fixation de la réparation morale du fait de la difficulté pratique à tenir compte de ce critère.

### C. Les cas limites

L'opposition entre les conséquences patrimoniales (matérielles) et non patrimoniales (immatérielles) d'une atteinte semble relever de l'évidence. Entre le dommage et le tort moral, la démarcation paraît aisée. Certaines hypothèses se situent pourtant dans une zone grise lorsque l'atteinte n'a pas pour conséquence une véritable différence patrimoniale, ni réellement un tort moral. On se souvient de l'avocat mandaté pour s'opposer à l'expropriation des terrains de la cliente et dont les manquements compromettent précisément cet intérêt<sup>109</sup>. Le Tribunal fédéral se place ici sur le terrain de l'intérêt d'affection dont ne pourrait se prévaloir la victime qu'aux conditions restrictives de l'art. 49 CO, non réalisées dans le cas d'espèce. L'on songe aussi au déplaisir lié à des vacances gâchées du fait de l'entreprise qui était précisément chargée d'organiser la détente et le plaisir. Le second cas trouve sa solution en droit européen<sup>110</sup>, solution qui – pour l'heure – n'a pas été transposée en droit suisse.

Le spectre de la «brèche dans le système parfaitement cohérent de la responsabilité civile» et de la porte ouverte «à une casuistique qui permettrait

---

<sup>108</sup> ATF 121 III 252 consid. 2, JdT 1998 IV 122 (domicile au Kosovo; indemnités de 20 000 francs en faveur de la veuve et de 15 000 fr. par enfant).

<sup>109</sup> ATF 87/1961 II 290 (*Véronèse*), sans que l'on sache précisément en quoi consistaient les manquements reprochés à l'avocat. Voir la contribution de F. WERRO dans le présent ouvrage.

<sup>110</sup> Voir la contribution de F. WERRO dans le présent ouvrage.

peut-être des solutions plus équitables dans quelques cas particuliers mais qui créerait l'incertitude et inciterait à des réclamations pour des atteintes minimales»<sup>111</sup> continue d'habiter la réflexion. Cependant, le législateur lui-même a ouvert une brèche avec les dispositions sur les animaux, qui permettent au tribunal d'élargir la notion de dommage (art. 42 al. 3 CO) et celle de tort moral en prescrivant de tenir compte de la valeur affective d'un animal tué ou blessé (art. 43 al. 1<sup>bis</sup> CO). La jurisprudence, quant à elle, montre parfois des audaces étonnantes, même si elles sont cachées, comme dans l'affaire du lutteur obtenant la réparation d'un dommage de frustration<sup>112</sup>. Que la solution se trouve dans un assouplissement de la notion de dommage<sup>113</sup> ou dans un abaissement du seuil du tort moral<sup>114</sup>, voire des deux, une évolution de la jurisprudence est souhaitable.

### III. Perspectives et conclusions

La leçon la plus importante de ces dernières années tient sans doute à la reconnaissance du fait que le tort moral doit être soumis à un traitement analogue à celui du dommage. C'est ainsi, d'une part, que l'exigence d'une faute grave de l'auteur ne compte plus parmi les conditions du tort moral. D'autre part, la faute concomitante de la victime ne fait plus échec à la réparation morale. Autre acquis important, la jurisprudence montre une certaine générosité dans les conditions du tort moral en étendant le cercle des ayants droit aux proches de la victime et à la personne morale.

La tendance est-elle pour autant à une augmentation des indemnités, comme l'espèrent certains, le redoutent d'autres ? L'impression qui se dégage de la jurisprudence ne va pas clairement dans ce sens. Ainsi, l'arrêt du plongeur, qui avait accordé une indemnité de 120 000 francs au jeune plongeur devenu tétraplégique<sup>115</sup>, continue d'être cité – seize ans plus tard – comme un exemple d'indemnité touchant la limite supérieure de ce que l'on peut accorder.

Au cœur du cyclone, la détermination du montant de l'indemnité relève d'une décision en équité destinée à réaliser un impératif de justice individuelle. Le constat poétique mais désabusé que place M. SIDLER en exergue de sa contribution – «*Die Genugtuung ist wie eine Mongolfiere, die irgendwo frei im Himmel schwebt und irgendwo auf der Erde verankert werden soll*» – ne tient sans

---

<sup>111</sup> ATF 87/1961 II 290, 292 s. (Véronèse).

<sup>112</sup> ATF 121 III 350 (Grossen); voir CHAPPUIS C., p. 113 ss, 123 ss.

<sup>113</sup> Solution suggérée par PETITPIERRE, p. 71 ss.

<sup>114</sup> Solution soutenue par F. WERRO dans sa contribution au présent ouvrage, I.B.2.

<sup>115</sup> Cf. *supra*, n. 62.

doute pas assez compte du fait que la détermination de la réparation morale relève du pouvoir d'appréciation du tribunal (art. 4 CC). Vu l'inévitable marge d'incertitude liée à cet outil de flexibilité que le législateur place en mains du tribunal, il est vain de viser la précision des chiffres.

A condition de ne plus se réfugier dans l'illusion du dommage conçu comme le résultat d'une opération purement mathématique, à condition aussi que la méthode développée pour encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation du tribunal soit mise en œuvre, la réflexion sur le tort moral pourra se débarrasser de la fragilité originelle qui l'obscurcit.

En fin de compte, le tort moral suit une évolution aussi peu tranquille que la vie dans le film d'Etienne Chatiliez!

#### IV. Bibliographie

AKIKOL Anil, « Genugtuung der juristischen Person », in REAS 2012 406-414 (cité: REAS).

AKIKOL Anil, « Genugtuungsanspruch der juristischen Person aus UWG-Verletzung », in Medialex 2012 168-170 (cité: Medialex).

BREHM Roland, *Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2006 (cité: BK-BREHM).

CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédict (édit.), *Le préjudice, Une notion en devenir: Journée de la responsabilité civile 2004*, Genève, Bâle, Zurich 2005.

CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédict (édit.), *La preuve en droit de la responsabilité civile: Journée de la responsabilité civile 2010*, Genève 2011.

CHAPPUIS Christine, « Responsabilité civile: entre audace et repli », in Guillod/Müller (édit.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Bâle 2011, p. 91-106.

CONVERSET Stéphanie, *Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage: de l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit*, Genève 2009.

DESCHENAUX Henri / TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1982.

- FELLMANN Walter / KOTTMANN Andrea, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*, Berne 2012.
- GILLIARD François, *Vers l'unification du droit de la responsabilité civile*, RDS 86/1967 II 193-323.
- GILLIARD François, in *PV de la 101<sup>e</sup> Assemblée de la ssJ*, RDS 86/1967 II 737 ss (cité: PV).
- HEIERLI Christian / SCHNYDER Anton K., in Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2011 (cité: BSK-HEIERLI/SCHNYDER).
- HIRSCH Laurent, «Le tort moral dans la jurisprudence récente», in Werro/Pichonnaz (édit.), *Colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Le préjudice corporel: bilan et perspectives*, Berne 2009.
- HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2005.
- HONSELL Heinrich, in Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB OR*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2012 (cité: BSK-HONSELL).
- HUGUENIN Claire, in Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB OR*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 (cité: BSK-HUGUENIN).
- HÜTTE Klaus / DUCKSCH Petra / GROSS Alexandre / GUERRERO Kayum, *Le tort moral, Tableaux de jurisprudence comprenant des décisions judiciaires*, Zurich 1984-2005.
- LANDOLT Hardy, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 45-49 OR*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2007 (cité: ZK-LANDOLT).
- MÜLLER Christoph, in Furrer/Schnyder (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2012 (cité: CHK-MÜLLER).
- PERRIN Jean-François, in Pichonnaz/Foëx (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-359 CC*, Bâle 2010.
- PETITPIERRE Gilles, «Le préjudice patrimonial et le tort moral: vers de nouvelles frontières?», in Chappuis/Winiger (édit.), *Le préjudice, une notion en devenir, Journée de la responsabilité civile 2004*, Genève, Bâle, Zurich 2005, p. 63-74.
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2008.

- ROBERTO Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002.
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6<sup>e</sup> éd., Berne 2012.
- SIDLER Max, «Die Genugtuung und ihre Bemessung», in Münch/Geiser/Karlen (édit.), *Schaden – Haftung – Versicherung*, Bâle 1999, p. 445-489.
- STEINAUER Paul-Henri, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Bâle 2009.
- TERCIER Pierre, *Contribution à l'étude du tort moral*, Fribourg 1971.
- TRIGO TRINDADE Rita, «Mort d'homme, invalidité et analyse économique du droit», in Chappuis/Winiger (édit.), *Le préjudice, une notion en devenir, Journée de la responsabilité civile 2004*, Genève, Bâle, Zurich 2005, p. 93-106.
- WEBER Rolf H., *Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht II/4*, Bâle 1998.
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011.
- WERRO Franz, «Le tort moral et la circulation routière : actualités et perspectives», in Werro/Probst (édit.), *Journées du droit de la circulation routière*, Fribourg 2010, Berne 2010, p. 1-30 (cité: Tort moral).
- WERRO Franz, «Le préjudice : une notion dans la mouvance des conceptions», in Chappuis/Winiger (édit.), *Le préjudice, une notion en devenir, Journée de la responsabilité civile 2004*, Genève, Bâle, Zurich 2005, p. 125-135 (cité: Préjudice).
- WIDMER Pierre / WESSNER Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, Berne 2000.
- Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité : art. 28 CC et 49 CO), FF 1982 II 661 ss (cité: Message Personnalité).