

# Le préjudice réparable – une notion sans contours ?

par

Christoph Müller

Professeur à l'Université de Neuchâtel

et

Mathieu Singer

Assistant doctorant à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	3
II. Les fondements théoriques.....	3
A. La définition actuelle en droit suisse .....	3
B. Les fondements historiques .....	7
1. Le droit romain.....	7
2. La doctrine allemande du 19 <sup>e</sup> siècle.....	9
3. Les premières définitions en droit suisse.....	11
C. La normativité du préjudice .....	13
1. La notion de dommage normatif.....	13
2. Une approche critique .....	14
III. Quelques préjudices particuliers.....	17
A. Le dommage ménager et les situations apparentées .....	17
1. Le dommage ménager <i>stricto sensu</i> .....	17
2. Le dommage de prise en charge.....	19
3. L'aide gratuite dans les activités lucratives.....	19
B. Les naissances non désirées .....	21
1. La conception non désirée.....	21

2. La naissance non désirée .....	23
3. La vie non désirée.....	23
C. Le tort moral .....	24
D. La perte d'une chance.....	25
E. Le dommage de frustration.....	28
IV. Conclusion .....	30
Bibliographie .....	32

## I. Introduction

1. Pas de préjudice, pas de responsabilité<sup>1</sup> ! Selon le type de responsabilité extracontractuelle, toutes les autres conditions classiques peuvent être dispensables : les responsabilités objectives ne requièrent pas de faute, de nombreuses responsabilités objectives aggravées peuvent faire abstraction de l'illicéité et le préjudice n'a pas besoin de la causalité, alors que l'inverse n'est pas vrai.
2. Et pourtant, malgré son caractère fondamental et incontournable pour l'ensemble du droit des obligations, le droit suisse ne définit nulle part la notion de préjudice. La jurisprudence tente de combler cette lacune, mais l'utilité pratique de la théorie de la différence est tellement limitée que l'on peut légitimement se poser la question de savoir si le préjudice est une notion sans contours. Est-ce que la réparabilité ou non d'une perte ne dépend pas tout simplement d'un jugement de valeur des juges en fonction d'une appréciation de politique juridique ? Le Tribunal fédéral semble répondre par la négative à cette question rhétorique lorsqu'il affirme dans un arrêt de 1961 que la reconnaissance du dommage affectif comme préjudice réparable « pratiquerait une brèche dans le système parfaitement cohérent de la responsabilité civile »<sup>2</sup>...
3. En partant de la définition actuelle en droit suisse, cette contribution revient sur les fondements historiques de la notion de préjudice afin d'en dégager les éléments essentiels pour une compréhension véritablement cohérente. Celle-ci sera ensuite vérifiée à la lumière de quelques préjudices particuliers.

## II. Les fondements théoriques

### A. La définition actuelle en droit suisse

4. Aussi surprenant que cela puisse être, la loi suisse ne définit pas des notions aussi fondamentales que le préjudice ou le dommage<sup>3</sup>. Les

---

<sup>1</sup> TF 4A\_399/2012 du 3 décembre 2012, consid. 2.1 ; TF 4C.412/2004 du 23 février 2005, consid. 4.

<sup>2</sup> ATF 87 II 290, consid. 4c.

<sup>3</sup> Le TF semble s'en étonner lui aussi : cf. ATF 127 III 73, consid. 4a.

deux normes fondamentales, à savoir l'article 41 I CO pour la responsabilité extracontractuelle et l'article 97 I CO pour la responsabilité contractuelle, les présupposent tout simplement. C'est donc aux définitions données par la jurisprudence qu'il faut se référer.

5. Le préjudice est une diminution involontaire des biens d'une personne<sup>4</sup>, à savoir la victime dans le contexte extracontractuel, la créancière dans le cadre contractuel. Il peut prendre deux formes : le dommage qui est une diminution du patrimoine et le tort moral qui est une diminution du bien-être. Selon le Tribunal fédéral, le dommage peut consister en une diminution de l'actif ou une augmentation du passif (*damnum emergens*), respectivement en une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif (*lucrum cessans*)<sup>5</sup>.
6. Selon cette conception économique du dommage, seules sont réparables les pertes qui résultent d'une atteinte aux biens ayant une valeur économique dans le patrimoine de la victime. Le patrimoine est compris dans un sens large comme l'ensemble des biens d'une personne qui ont ou peuvent avoir une valeur économique mesurable en argent<sup>6</sup>. En font typiquement partie les droits réels, les créances, les droits immatériels ainsi que les expectatives (p. ex. l'atteinte à l'avenir économique au sens de l'article 46 I CO)<sup>7</sup>.
7. Le Tribunal fédéral se base à juste titre sur le patrimoine net (ou fortune nette<sup>8</sup> ; *Nettovermögen*<sup>9</sup>, *Reinvermögen*<sup>10</sup>), à savoir en déduisant le passif de l'actif. Autrement, l'augmentation du passif ne pourrait en effet pas entraîner une diminution du patrimoine. Toutefois,

---

<sup>4</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 45.

<sup>5</sup> ATF 145 III 225, consid. 4.1.1 ; ATF 144 III 155, consid. 2.2 ; TF 4A\_605/2019 du 27 mai 2020, consid. 5.4.

<sup>6</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 76 ; REY/WILDHABER, N 167 ; OFTINGER/STARK, § 2 N 5.

<sup>7</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 187.

<sup>8</sup> ATF 133 III 462, consid. 4.4.2.

<sup>9</sup> TF 4A\_393/2016 du 8 décembre 2016, consid. 4.1.

<sup>10</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 187.

cette approche ne se concilie que difficilement avec le fait qu'une dette n'est pas un bien ayant une valeur économique<sup>11</sup>.

8. A l'inverse, un désavantage qui ne se reflète pas en une diminution du patrimoine ne représente pas un dommage réparable. En effet, en dehors du tort moral dont l'indemnisation suit ses propres règles (art. 47 et 49 CO ainsi que l'art. 99 al. 3 CO pour la responsabilité contractuelle), le droit suisse ne connaît pas de dommage immatériel<sup>12</sup>. C'est pourquoi le dommage de commercialisation et le dommage affectif ne sont pas réparés<sup>13</sup>.
9. Selon le Tribunal fédéral, seule la diminution *involontaire* du patrimoine donne lieu à réparation<sup>14</sup>. La jurisprudence fait toutefois plusieurs entorses à ce principe dont la suivante. Si la victime d'un dommage corporel paie les frais de son traitement, elle diminue volontairement son patrimoine. Une telle diminution est néanmoins indemnisable, car c'est l'atteinte du responsable qui l'a rendue nécessaire<sup>15</sup>. Ces entorses amènent certains auteurs à préciser à raison que ce n'est pas la diminution du patrimoine qui doit être involontaire, mais le fait dommageable<sup>16</sup>. Le Tribunal fédéral semble aller dans le même sens lorsqu'il affirme que « le fait dommageable (stérilisation omise) est survenu contre la volonté de la mère respectivement des parents, ce qui exclut de considérer comme voulue la diminution du patrimoine qui s'ensuit (l'obligation d'entretien) »<sup>17</sup>.
10. Selon la théorie de la différence, telle qu'appliquée par les tribunaux, le dommage correspond à la différence entre l'état actuel du patrimoine (après l'événement dommageable) et l'état que le patrimoine aurait, si l'événement dommageable ne s'était pas

---

<sup>11</sup> PROBST, 7 et 10.

<sup>12</sup> ATF 115 II 474, consid. 3a.

<sup>13</sup> Cette contribution ne traite pas du dommage de commercialisation ou du dommage affectif, car ces deux types de dommage ne surviennent que rarement en relation avec un dommage corporel. Pour plus de détails, cf. MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 79 s.

<sup>14</sup> ATF 144 III 155, consid. 2.2.

<sup>15</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 191.

<sup>16</sup> BK OR-BREHM, art. 41 N 70.

<sup>17</sup> ATF 132 III 359, consid. 4.2 (traduction libre).

produit<sup>18</sup>. Cette « théorie » (ou mieux, hypothèse<sup>19</sup>) sert certes à visualiser le dommage réparable sous forme d'une simple soustraction, mais elle connaît plusieurs faiblesses. D'abord, des faiblesses conceptuelles : le dommage réparable n'est pas une notion purement arithmétique, mais le résultat d'un jugement de valeur normatif. Entrent dans le calcul de la différence uniquement les éléments du patrimoine dont le droit considère la perte comme réparable (cf. N 6-8, 31). La théorie de la différence mélange également la notion même du dommage réparable et l'évaluation de son montant<sup>20</sup>. La jurisprudence relative aux dommages causés aux arbres illustre bien ses limites<sup>21</sup>. Ensuite, une faiblesse pratique : les tribunaux ne comparent jamais deux états d'un patrimoine<sup>22</sup>, mais deux états du ou des biens juridiques atteints<sup>23</sup>. Ils obtiennent ensuite le montant du préjudice réparable en additionnant ces différents postes<sup>24</sup>.

11. La notion du préjudice réparable englobe aussi un aspect subjectif. C'est en effet l'intérêt de la victime en question à ne pas subir le préjudice qui est déterminant<sup>25</sup>. Il s'agit donc de prendre en compte l'intérêt subjectif que le bien juridique atteint avait pour la victime concernée<sup>26</sup>. En effet, le même vélo électrique détruit n'a pas la même valeur dans le patrimoine d'un cycliste du dimanche et d'un livreur professionnel de repas. Le Tribunal fédéral considère que la composante subjective du préjudice réparable résulte déjà des racines historiques de la notion (cf. N 18)<sup>27</sup>. Quoi qu'il en soit, l'approche subjective ne trouve guère application en présence d'un

---

<sup>18</sup> ATF 145 III 225, consid. 4.1.1 ; ATF 144 III 155, consid. 2.2.

<sup>19</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 199-200.

<sup>20</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 201.

<sup>21</sup> ATF 129 III 331, consid. 2.2 ; ATF 127 II 73, consid. 4b-4c.

<sup>22</sup> Cf. toutefois TF 4A\_598/2010 du 11 avril 2011, consid. 3.2.2 : « [F]ür die Schadensberechnung [ist] grundsätzlich die gesamthafte Veränderung des Vermögens [...] zu berücksichtigen [...] und nicht bloss eine isolierte Aufwandposition ».

<sup>23</sup> ATF 116 II 441, consid. 3a/aa : « Der Differenzbestimmung unterworfen ist das vom schädigende Ereignis betroffene Rechtsgut ».

<sup>24</sup> PROBST, 16-20 ; WERRO, Responsabilité civile, N 50.

<sup>25</sup> ATF 129 III 331, consid. 2.2.

<sup>26</sup> Cf. ATF 113 II 345, consid. 1, 346.

<sup>27</sup> ATF 129 III 331, consid. 2.2.

dommage corporel : le préjudice réparable ne consiste en effet pas dans le décès ou la lésion corporelle, mais dans les pertes patrimoniales et désavantages économiques que celles-ci entraînent (art. 45-46 CO)<sup>28</sup>.

12. La notion classique du préjudice réparable, basée sur le critère objectif de la théorie de la différence (cf. N 10), a connu un élargissement par la reconnaissance du dommage normatif au début de ce siècle (cf. N 27-28).
13. L'article 47 CO 2020 a tenté de combler l'absence de définition du préjudice en droit suisse par la proposition suivante : « Le dommage consiste en une perte patrimoniale ou une autre perte »<sup>29</sup>. Selon ses auteurs, cette disposition entendait comprendre, au-delà des pertes patrimoniales, d'autres pertes (« *andere Einbusen* »), telles que la perte de l'usage d'une chose (dommage de commercialisation), les dépenses rendues inutiles par le fait dommageable (dommage de frustration), l'atteinte à une chose sans maître comme l'environnement (dommage environnemental pur) ou encore la perte d'une simple chance<sup>30</sup>. Le projet a malheureusement été enterré par le Conseil fédéral.

## ***B. Les fondements historiques***

### **1. Le droit romain**

14. Pour retracer l'historique de la notion juridique de préjudice, il faut partir de la *Lex Aquilia de damno*, promulguée vers l'an 286 av. J.-C. selon les estimations<sup>31</sup>. Le droit romain connaissait certes déjà des lois traitant de la responsabilité délictuelle, mais la *Lex Aquilia* a apporté des innovations majeures. En particulier, elle a abandonné les indemnités forfaitaires définies à l'avance pour laisser la place à une estimation du dommage<sup>32</sup>. Il s'agit à cette époque d'un véritable

---

<sup>28</sup> ATF 127 III 403, consid. 4a.

<sup>29</sup> FELLMANN/MÜLLER/WERRO, 161.

<sup>30</sup> FELLMANN/MÜLLER/WERRO, art. 47 N 5-6.

<sup>31</sup> PICHONNAZ, N 2696.

<sup>32</sup> PICHONNAZ, N 2699-2700.

changement de perspective pour le droit de la responsabilité : l'objectif principal devient alors la compensation du dommage économique subi par le lésé, laissant au second plan l'aspect punitif que l'indemnité représentait pour l'auteur<sup>33</sup>. C'est encore aujourd'hui la fonction principale que l'on attribue à la responsabilité civile, tandis que toute fonction pénale est exclue et réservée au droit pénal<sup>34</sup>.

15. Les définitions du préjudice de la *Lex Aquilia* peuvent paraître assez surprenantes de nos jours. La loi envisageait en effet deux cas de figure assez précis : d'une part « tuer un esclave ou un animal à quatre pattes », d'autre part « brûler, briser, blesser gravement »<sup>35</sup>. En dépit de l'apparente étroitesse de ces formulations, une étude de la jurisprudence montre que les juristes romains ne se sentaient pas strictement liés par le texte de la loi et lui ont au contraire donné une plus grande portée en se fondant sur son but<sup>36</sup>. Cette liberté d'interprétation n'était cependant pas sans limites : le dommage se mesurait déjà de manière économique, c'est-à-dire que les atteintes ne se répercutant pas sur le patrimoine n'étaient pas réparées<sup>37</sup>.
16. Au jeu des similitudes et différences, il y a encore deux éléments qu'il peut être intéressant de relever pour évaluer dans quelle mesure la conception suisse du préjudice s'inscrit dans la continuité du droit romain. D'une part, les juristes romains partageaient la même préoccupation de ne pas trop ouvrir le champ d'application de la responsabilité civile, toujours bien présente actuellement. C'est ainsi qu'ils ont notamment posé des conditions strictes pour l'indemnisation des dommages futurs et rejeté toute réparation de l'intérêt affectif<sup>38</sup>. D'autre part, leur approche plus casuistique que la nôtre fait que les Romains n'ont en revanche pas cherché à élaborer une notion générale de dommage applicable à toutes les situations<sup>39</sup>. L'unification des conséquences de la responsabilité

---

<sup>33</sup> WINIGER, 33-36.

<sup>34</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 4 et 6.

<sup>35</sup> PICHONNAZ, N 2723-2724.

<sup>36</sup> FLEURY, 139-142. Cf. ég. PICHONNAZ, N 2735.

<sup>37</sup> FLEURY, 151-153.

<sup>38</sup> FLEURY, 185.

<sup>39</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 181.

contractuelle et délictuelle (art. 99 al. 3 CO) était une nouveauté du Code des obligations de 1911, induite par l'influence des Pandectistes<sup>40</sup> sur lesquels nous allons nous attarder un moment.

## 2. La doctrine allemande du 19<sup>e</sup> siècle

17. La paternité de la théorie de la différence, qui équivaut à la définition actuelle du dommage en droit suisse (cf. N 10), est généralement attribuée au juriste allemand FRIEDRICH MOMMSEN et son étude de 1855 intitulée *Zur Lehre von dem Interesse*<sup>41</sup>. Cette affirmation doit être nuancée à deux égards au moins. Tout d'abord, une thèse récente a mis en lumière le fait qu'un autre auteur allemand, GEORG PUCHTA, a déjà formulé une théorie similaire une trentaine d'années plus tôt<sup>42</sup>. De plus, la véritable influence de MOMMSEN sur le droit suisse est difficile à mesurer étant donné que ni le Tribunal fédéral, ni les premiers commentateurs du Code des obligations ne se sont expressément référés à lui<sup>43</sup>. La place que la doctrine plus récente lui a accordée est donc sans doute un peu surévaluée. Il demeure néanmoins que sa conception du dommage ressemble beaucoup à celle qui fait foi aujourd'hui.
18. La science pandectiste allemande s'attelait à étudier et systématiser le droit romain pour le rendre utile à la pratique contemporaine<sup>44</sup>. C'est ainsi qu'a été développée la notion d'*Interesse* – terme encore inconnu du droit romain classique – dans le sens d'une notion générale couvrant à la fois la perte éprouvée et le gain manqué<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> PICHONNAZ, N 2840.

<sup>41</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2849 ; REY/WILDHABER, N 179 ; ROBERTO, *Schadensrecht*, 11.

<sup>42</sup> FLEURY, 217.

<sup>43</sup> CHAPPUIS, *Dommages irréparables*, N 47.

<sup>44</sup> Cf. GAUDEMET JEAN, *Pandectistes*, in : *Encyclopædia Universalis* (en ligne), consulté le 1<sup>er</sup> février 2021.

<sup>45</sup> HONSELL, 258-259. Selon l'auteur, cette compréhension de l'intérêt par MOMMSEN (intérêt en tant que différence) découle en fait d'une erreur de traduction de ce dernier, qui a mal interprété l'expression latine *id quod interest* : celle-ci ne signifierait pas « ce qui se trouve entre » (la différence), mais « ce qui s'y trouve » (l'intérêt). Cela remet en question l'approche objective de la théorie de la différence (cf. N 10, 19 et 21).

L'intérêt se comprend ici comme l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage. Le lésé peut prétendre à être remis dans la situation patrimoniale hypothétique qui aurait été la sienne sans l'événement dommageable<sup>46</sup>. Pour les Pandectistes, l'idée de compensation des désavantages subis était ainsi le principe directeur de l'évaluation du préjudice<sup>47</sup>.

19. Dans cette optique, MOMMSEN en particulier a voulu élaborer une conception du dommage qui ne dépende pas de la gravité de la faute ni du caractère direct ou indirect du lien de causalité<sup>48</sup>. Sinon, cela contredirait la fonction première de la responsabilité civile qui est de compenser les conséquences de l'acte et non de punir, comme l'avaient déjà retenu les Romains. Dans ce contexte, un auteur estime que la réception de la théorie de la différence en droit suisse est un peu surprenante, puisque l'article 43 al. 1 CO s'en éloigne en prescrivant justement de tenir compte des circonstances et de la gravité de la faute pour fixer l'indemnité<sup>49</sup>.
20. L'analyse de PUCHTA était peut-être un peu plus fine sur ce point, car elle procède à un raisonnement en deux étapes qui rappelle dans une certaine mesure la distinction entre évaluation du dommage et fixation de l'indemnité qui est pratiquée actuellement. En effet, après avoir défini l'intérêt (*Interesse*) du lésé comme une différence patrimoniale, il explique comment le chiffrer concrètement en introduisant certaines limites, notamment pour le gain manqué en raison de sa nature très hypothétique<sup>50</sup>.
21. Sans se plonger plus en détail dans l'analyse de ces textes, il convient de souligner encore un point en guise de synthèse générale. La théorie de la différence a été conçue comme une sorte de formule mathématique d'application générale qui permettrait de calculer assez facilement tout type de dommage (cf. N 10). C'est là l'expression d'un idéal scientifique cher aux Pandectistes qui ont cherché à élaborer une notion objective, indépendante de jugements

---

<sup>46</sup> HONSELL, 258.

<sup>47</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 184.

<sup>48</sup> ROBERTO, Schadensrecht, 12.

<sup>49</sup> ROBERTO, Schadensrecht, 13.

<sup>50</sup> FLEURY, 217-219.

de valeur<sup>51</sup>. Or, cette vision est illusoire, tout préjudice résultant nécessairement d'un certain jugement de valeur normatif (cf. N 10, 30-33).

### 3. Les premières définitions en droit suisse

22. Nous l'avons dit plus haut, le Code des obligations ne contient pas de définition du préjudice ; il n'en allait pas différemment de son ancêtre, le Code fédéral des obligations de 1881, dont le texte de la disposition pertinente était déjà très proche de celui de l'article 41 actuel<sup>52</sup>. Les travaux préparatoires y relatifs ne donnent guère plus d'informations quant à la manière d'appréhender le préjudice<sup>53</sup>, sauf peut-être le Message du Conseil fédéral qui fait ressortir la volonté de laisser un large pouvoir d'appréciation au juge<sup>54</sup>.
23. Parmi les tout premiers arrêts rendus par le Tribunal fédéral sur la notion de préjudice en responsabilité civile, il y a lieu de mentionner un arrêt du 23 juin 1900 en la cause Weiss contre Compagnie du Nord-Est<sup>55</sup>. Cette décision contient déjà les éléments essentiels de la théorie de la différence. Il y est en effet retenu que « [l]'indemnité doit donc être calculée en principe de façon à couvrir la différence entre la position de fortune actuelle du lésé et sa position de fortune antérieure à l'événement dommageable »<sup>56</sup>. Comme cela ressort de l'expression « en principe », le Tribunal fédéral s'interdit toutefois d'être trop catégorique, réservant en outre l'appréciation du juge à plusieurs reprises dans son arrêt<sup>57</sup>.
24. Si l'on avance un peu dans la chronologie et que l'on passe sous l'empire du nouveau Code des obligations, la jurisprudence

---

<sup>51</sup> ROBERTO, *Schadensrecht*, 18.

<sup>52</sup> « Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer. » (art. 51 aCO).

<sup>53</sup> FLEURY, 221-222.

<sup>54</sup> Message du CF à la haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial du 27 novembre 1879, FF 1880 I 115, 150.

<sup>55</sup> TF, in : JdT 1900 I 466.

<sup>56</sup> TF, in : JdT 1900 I 466, consid. 3.

<sup>57</sup> Pour une analyse de cet arrêt, cf. aussi FLEURY, 232-234.

s'intéresse dans un premier temps assez peu à la notion de préjudice, au profit des autres conditions de la responsabilité et de l'indemnisation<sup>58</sup>. En revanche, le fameux traité de droit des obligations de 1924 écrit par ANDREAS VON TUHR mérite une attention particulière. Cet auteur définit le dommage en ces termes :

*Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen des Geschädigten und dem Bestand, den sein Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.*<sup>59</sup>

25. Cette définition est remarquablement identique à celle qui est retenue aujourd'hui (cf. N 10). Le Tribunal fédéral s'y référera en 1938, quoiqu'en opérant un petit raccourci : on est en présence d'un dommage, selon l'arrêt, lorsque le patrimoine actuel de la victime est inférieur à ce qu'il était *avant* l'événement dommageable<sup>60</sup>. Or, la comparaison doit se faire non pas avec le patrimoine antérieur, mais avec le patrimoine actuel hypothétique si l'événement dommageable ne s'était pas produit, ce que VON TUHR avait pourtant clairement exprimé. Sinon, le gain manqué qui aurait pu être réalisé après l'acte n'est pas pris en compte<sup>61</sup>. Cette imprécision sera corrigée quelques années plus tard, dans un arrêt qui a en outre le mérite de mentionner encore expressément que la réparation vise à satisfaire l'intérêt de la victime à la non-survenance du préjudice<sup>62</sup>. L'*Interesse*, notion centrale chez les Pandectistes, reprise par la doctrine suisse du début du 20<sup>e</sup> siècle<sup>63</sup>, disparaîtra ensuite de la jurisprudence<sup>64</sup> et de la plupart des manuels de responsabilité civile. Elle a survécu

---

<sup>58</sup> CHAPPUIS, Moment du dommage, N 164.

<sup>59</sup> VON TUHR, 69.

<sup>60</sup> ATF 64 II 137, consid. 3c (mise en évidence ajoutée).

<sup>61</sup> Pourtant, cet aspect était déjà connu : un arrêt de 1924 avait expressément précisé que le dommage ne comprend pas seulement la diminution du patrimoine, mais aussi le gain manqué (ATF 50 II 375, consid. 4).

<sup>62</sup> ATF 71 II 86, consid. 4.

<sup>63</sup> VON TUHR, 69 et 97-101 ; ZK OR-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 43 N 14. Plus récemment encore : OFTINGER/STARK, § 2 N 21.

<sup>64</sup> On peut relever une exception notable largement commentée en doctrine : l'ATF 129 III 331, consid. 2.2, relatif à des arbres détruits (cf. ég. N 11 ; on peut considérer que l'intérêt est encore présent, implicitement, à travers la composante subjective du préjudice).

uniquement dans le domaine de la responsabilité contractuelle, sous les formes de l'intérêt positif et négatif au contrat<sup>65</sup>.

26. A mentionner encore l'arrêt « Véronèse », par lequel le Tribunal fédéral a rejeté l'indemnisation de l'intérêt affectif en insistant sur la nature économique du dommage<sup>66</sup>. Depuis lors, il s'est attaché fermement à la définition actuelle du dommage fondée sur la théorie de la différence (cf. N 10), sous réserve des exceptions consenties au titre de dommage normatif (cf. N 27-28).

### *C. La normativité du préjudice*

#### **1. La notion de dommage normatif**

27. En termes simples, le dommage normatif peut être défini comme le dommage qui doit être réparé malgré l'absence d'une diminution patrimoniale<sup>67</sup>. Il convient peut-être de commencer par expliciter ce qu'on entend par le terme « normatif », car cette utilisation n'est pas forcément familière aux francophones : selon le Larousse, normatif signifie « qui émet des jugements de valeur, institue des règles, des principes ». C'est l'idée des jugements de valeur qui est décisive, car elle met en évidence la distance prise par rapport à la conception pandectiste. Comme nous l'avons vu (cf. N 21), ces derniers voulaient au contraire définir le préjudice de manière objective, quasi-mathématique. Le dommage normatif consiste à apprécier de manière abstraite la valeur d'un inconvénient dont souffre la victime, alors que cet inconvénient n'a pas nécessairement de valeur patrimoniale à proprement parler<sup>68</sup>. Selon les termes du Tribunal fédéral, le caractère normatif tient à ce que ce dommage soit « admis sans que soit établie une diminution concrète du patrimoine du lésé »<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> HONSELL, 258.

<sup>66</sup> ATF 87 II 290, consid. 4a.

<sup>67</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 85.

<sup>68</sup> CHAPPUIS, Moment du dommage, N 105.

<sup>69</sup> ATF 134 III 534, consid. 3.2.3.1.

28. Le dommage normatif a son origine en Allemagne où, plus tôt qu'en Suisse, la doctrine a pris conscience des insuffisances de la théorie de la différence et cherché des alternatives<sup>70</sup>. Après avoir été relayée dans notre pays, la notion a fait son apparition dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au dommage ménager<sup>71</sup>, sur lequel nous reviendrons (cf. N 36-39). On notera néanmoins déjà que le dommage ménager n'était pas une nouveauté ; on lui a alors simplement ajouté une nouvelle justification dogmatique. A ce jour, le dommage ménager et le dommage de prise en charge (ou dommage d'assistance ; *Pflegescha-den*) demeurent les seuls préjudices expressément reconnus par la jurisprudence fédérale en tant que dommages normatifs<sup>72</sup>.

## 2. Une approche critique

29. La doctrine déplore que le dommage normatif s'apparente en réalité à une formule vide<sup>73</sup>. En effet, cette expression ne désigne pas un concept aux contours définis, mais sert plutôt à regrouper toutes les exceptions à la théorie de la différence<sup>74</sup>. Le flou qui l'entoure se retrouve d'ailleurs également dans son pays d'origine, où les interprétations divergent<sup>75</sup> et diverses critiques sont également soulevées<sup>76</sup>.
30. Plus spécifiquement, plusieurs auteurs soulignent à raison que la théorie du dommage normatif est insatisfaisante, dans le sens où

---

<sup>70</sup> ROBERTO, *Schadensrecht*, 38 et 45. Cf. ég. FELLMANN/KOTTMANN, N 96-98.

<sup>71</sup> ATF 134 III 534, consid. 3.2.3.1 ; ATF 132 III 321, consid. 3.1 ; ATF 127 III 403, consid. 4b.

<sup>72</sup> ATF 132 III 379, consid. 3.3.2. Plus précisément, le dommage ménager *stricto sensu* est le seul à avoir été qualifié de dommage normatif directement dans les décisions topiques ; mais l'arrêt cité classe après coup le dommage de prise en charge dans la même catégorie, ce qui n'était qu'implicite jusqu'alors.

<sup>73</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 105-115 ; MÜLLER, *Responsabilité extracontractuelle*, N 88 ; ROBERTO, *Schadensrecht*, 39.

<sup>74</sup> CHAPPUIS, *Moment du dommage*, N 107.

<sup>75</sup> ROBERTO, *Schadensrecht*, 103, et les réf. citées.

<sup>76</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 111-114, et les réf. citées.

tout dommage est en réalité normatif<sup>77</sup>. En effet, même les cas de dommages matériels ordinaires, calculés selon la théorie de la différence, reposent sur un certain jugement de valeur opéré par l'ordre juridique. Le jugement consiste en le fait de reconnaître que telle atteinte à tel bien mérite une réparation à la charge de son auteur, tandis que la réponse sera négative dans d'autres cas. Par exemple, on admet que les dégâts causés à un véhicule constituent un dommage au sens juridique ; en revanche, le fait de détruire un dessin qu'un enfant avait offert à ses parents n'entraîne aucune obligation d'indemnisation, car le dessin n'a pas de valeur économique et la jurisprudence ne prend pas en compte la valeur affective d'un bien<sup>78</sup> ; ou encore, le fait de perdre une chance de guérison à cause d'une erreur médicale ne donne pas à la victime de droit à une réparation, car la chance est jugée trop volatile pour être considérée comme un élément du patrimoine (cf. N 59)<sup>79</sup>.

31. Ce dernier exemple permet de mettre en évidence un point important : la conception classique du dommage selon la théorie de la différence repose sur la notion de patrimoine. A l'instar du dommage, le patrimoine n'est pas défini dans la loi. Comme nous l'avons vu (cf. N 6), le patrimoine comprend l'ensemble des biens d'une personne qui ont une valeur économique. Or, une appréciation selon des critères économiques ne peut pas être purement objective, mais repose au contraire sur des jugements de valeur normatifs<sup>80</sup>. Comme l'exprime très justement CHAPPUIS, « il faut une décision interprétative pour dire quels sont les biens qui ont une valeur économique susceptible d'être prise en considération »<sup>81</sup>. Cette interprétation n'est pas figée, mais évolue avec la société.

---

<sup>77</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 207 ; CHAPPUIS, Dommages irréparables, N 60-62 ; CHAPPUIS, Moment du dommage, N 104 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2853 ; HONSELL, 265-266 ; WERRO, Notion plurielle, 9.

<sup>78</sup> ATF 87 II 290, consid. 4a. Dans ce sens déjà : VON TUHR, 99.

<sup>79</sup> ATF 133 III 462, consid. 4.4.3.

<sup>80</sup> Dans ce sens : REY/WILDHABER, N 177. Cf. aussi ROBERTO, Schadensrecht, 115.

<sup>81</sup> CHAPPUIS, Moment du dommage, N 83. Cet auteur explique aussi que pour contrer la rigidité que l'on reproche souvent à la théorie de la différence, il suffit finalement d'élargir l'interprétation de la notion de patrimoine.

32. Plus simplement encore, on peut faire remarquer que, comme le dommage n'est pas défini dans la loi, il appartient au juge de délimiter cette notion selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC ; ég. art. 1 al. 2 CC), comme pour toute notion juridique indéterminée<sup>82</sup>. Qu'on applique la théorie de la différence ou pas, cette activité est nécessairement de nature normative.
33. Les réflexions qui précèdent démontrent que tout dommage est normatif et que par conséquent, l'expression consacrée de « dommage normatif » est trompeuse et inconsistante.
34. Est-ce qu'il s'agit là de pures querelles académiques et que la manière dont on nomme un préjudice importe peu en définitive ? Non, la problématique est plus importante que cela. En justifiant certaines de ses décisions sur la base de concepts vides ou du moins mal délimités, la jurisprudence perd en lisibilité et en prévisibilité. Si les fondements dogmatiques de la conception suisse du préjudice étaient plus clairs, cela aiderait aussi les avocates à plaider leurs causes et peut-être, obtenir réparation pour des dommages qu'elles ne pensent pas à invoquer aujourd'hui.
35. Pour terminer, on peut encore relever que la deuxième catégorie de préjudice, le tort moral, est également fortement normative. En effet, l'admission d'un tort moral résulte d'un jugement, parfois sévère, sur l'intensité de la souffrance d'une personne. Selon la loi, il faut que « la gravité de l'atteinte le justifie » (art. 49 al. 1 CO) ou que le juge se fonde sur des « circonstances particulières » (art. 47 CO). Le pouvoir d'appréciation accordé aux tribunaux est considérable (cf. N 53-55)<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 119.

<sup>83</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 692.

### III. Quelques préjudices particuliers

#### A. Le dommage ménager et les situations apparentées

##### 1. Le dommage ménager *stricto sensu*

36. Le dommage ménager, aussi appelé préjudice ménager ou dommage domestique, correspond à la perte de la capacité d'exercer des activités non rémunérées comme en particulier la tenue du ménage<sup>84</sup>. Son indemnisation n'est, sur le principe, pas une nouveauté : le premier arrêt en la matière date de 1931<sup>85</sup>. On peut noter toutefois que pendant longtemps, seules des femmes en avaient bénéficié ; ce n'est qu'en 2002, enfin en phase avec l'évolution de la société, qu'une décision fédérale a accordé une indemnisation du dommage ménager à un homme<sup>86</sup>.
37. Comme déjà évoqué (cf. N 27-28), la particularité du dommage ménager est qu'il est reconnu même sans preuve d'une diminution concrète du patrimoine de la victime, c'est-à-dire sans se préoccuper de savoir comment cette dernière a compensé sa capacité réduite<sup>87</sup>. En ce sens, on peut considérer qu'il constitue une exception à la théorie de la différence, du moins dans sa compréhension traditionnelle (cf. N 5-11)<sup>88</sup>.
38. En substance, l'évaluation du dommage ménager se déroule en trois étapes : il faut déterminer le temps nécessaire aux tâches domestiques, l'incidence concrète des lésions corporelles sur la

---

<sup>84</sup> ATF 131 III 360, consid. 8.1.

<sup>85</sup> ATF 57 II 555, consid. 2. Cf. ég. ATF 57 II 94, consid. 4b, qui reconnaît à une femme au foyer durablement blessée le droit à une indemnité sans évoquer la perte de la capacité de tenir le ménage, mais plutôt au motif qu'elle ne sera plus en mesure d'exercer une activité lucrative si un éventuel changement de circonstances économiques devait l'obliger à le faire.

<sup>86</sup> ATF 134 III 534, consid. 3.2.3.2, se référant à l'ATF 129 III 135.

<sup>87</sup> ATF 134 III 534, consid. 3.2.3.1.

<sup>88</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 211. *Contra* : CHAPPUIS, Moment du dommage, N 135-136 ; WERRO, Notion plurielle, 11.

capacité à les accomplir et la valeur monétaire de ce travail<sup>89</sup>. C'est surtout la première étape qui peut soulever des difficultés. Le Tribunal fédéral reconnaît deux méthodes d'évaluation du temps consacré au ménage : la méthode concrète, basée sur les circonstances de fait du cas d'espèce, et la méthode abstraite, fondée sur des données statistiques<sup>90</sup>. La méthode abstraite tend à devenir la règle en pratique<sup>91</sup>. Si elle paraît plus simple à première vue, elle demeure néanmoins exigeante pour la victime, qui doit démontrer que son ménage correspond au modèle retenu dans les enquêtes statistiques ou que celles-ci permettent du moins de tirer des conclusions pertinentes pour son cas<sup>92</sup>. En revanche, et c'est discutable, la jurisprudence s'est montrée récemment réticente à pondérer les données statistiques d'après les circonstances de l'affaire<sup>93</sup>. La délimitation entre l'abstrait et le concret s'avère donc un peu floue<sup>94</sup>, d'autant plus que le choix de la méthode concrète n'empêche pas non plus les juges de « s'aider » de statistiques<sup>95</sup>.

39. Pour un dommage qui se veut normatif, selon le Tribunal fédéral (nous préférons dire qu'il est peut-être seulement « plus normatif » qu'un dommage matériel), on peut débattre de la légitimité du large recours à des statistiques. Si celles-ci présentent des avantages pratiques indéniables, elles tendent à schématiser et objectiver le calcul du dommage, ce que l'on cherchait pourtant à éviter en s'éloignant de la théorie de la différence dans ces cas-là. Les exigences posées quant à la démonstration de l'adéquation des statistiques avec la situation concrète atténuent cependant ce problème.

---

<sup>89</sup> TF 4A\_481/2019 du 27 février 2020, consid. 4.1.2 ; MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 596 ; WERRO, Responsabilité civile, N 1142.

<sup>90</sup> ATF 132 III 321, consid. 3.1 ; ATF 131 III 360, consid. 8.2.1 ; ATF 129 III 135, consid. 4.2.1.

<sup>91</sup> REY/WILDHABER, N 306.

<sup>92</sup> ATF 129 III 135, consid. 4.2.2.1 ; TF 4A\_481/2019 du 27 février 2020, consid. 4.1.3 ; TF 4A\_98/2008 du 8 mai 2008, consid. 3.1.3.

<sup>93</sup> TF 4A\_430/2019 du 9 décembre 2019, consid. 2.5 ; voir cependant TF 4A\_19/2008 du 1<sup>er</sup> avril 2008, consid. 2.3.3, qui recommande des ajustements.

<sup>94</sup> Pour des développements sur le rôle des éléments concrets dans la méthode abstraite, voir HERRMANN, 136-141.

<sup>95</sup> ATF 131 III 360, consid. 8.2.1.

## 2. Le dommage de prise en charge

40. Le dommage de prise en charge peut être considéré comme un proche parent du dommage ménager. Il vise principalement les soins indispensables prodigués par les proches d'une personne blessée<sup>96</sup>. En fait, ces prestations seront souvent effectuées par des professionnels, générant des dépenses et donc un dommage au sens classique ; mais si des proches se dévouent pour fournir ces soins gratuitement, alors la victime a quand même droit à être indemnisée dans une même mesure<sup>97</sup>. Le motif – pertinent – invoqué par le Tribunal fédéral est que cette aide doit profiter à la victime, non pas au responsable en lui permettant de réduire l'indemnité dont il est débiteur<sup>98</sup>.
41. La méthode d'évaluation du dommage est assez similaire à celle du dommage ménager : elle se fonde sur le temps consacré à la victime et le salaire usuel d'une aide professionnelle dans la région<sup>99</sup>. Il n'existe toutefois pas de statistiques en la matière, si bien qu'une évaluation concrète des besoins médicaux objectifs sera nécessaire dans chaque cas d'espèce<sup>100</sup>.

## 3. L'aide gratuite dans les activités lucratives

42. En 2006, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt fort intéressant à propos d'un agriculteur indépendant rendu invalide à 50%. La particularité du cas résidait dans le fait que l'agriculteur avait réussi à maintenir le même niveau de revenu malgré sa capacité de travail réduite, grâce à l'aide de son entourage et à la modernisation de son exploitation<sup>101</sup>. Faisant notamment le parallèle avec le dommage ménager et le dommage de prise en charge, les juges cantonaux et fédéraux ont retenu que l'absence de perte patrimoniale effective

---

<sup>96</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 87.

<sup>97</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 2031-2033 ; REY/WILDHABER, N 313-314.

<sup>98</sup> ATF 97 II 259, consid. III.2-III.3 ; TF 4A\_500/2009 du 25 mai 2010, consid. 2.1 ; TF 4C.276/2001 du 26 mars 2002, consid. 6b/aa.

<sup>99</sup> TF 4A\_500/2009 du 25 mai 2010, consid. 2.1.

<sup>100</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 2058.

<sup>101</sup> TF 4C.324/2005 du 5 janvier 2006, consid. 3.3.

n'est pas un motif pour refuser d'allouer des dommages-intérêts pour la perte de gain actuelle et future<sup>102</sup>. L'aide des proches devait en effet profiter à la victime et non aux coupables. S'agissant du calcul du dommage, on peut là aussi évaluer concrètement le temps nécessaire aux tâches que la victime ne peut plus accomplir et le multiplier par le salaire horaire d'un ouvrier agricole qualifié<sup>103</sup>.

43. Selon un auteur, cet arrêt ne consacre pas un nouveau dommage normatif (au sens où l'entend le Tribunal fédéral), mais simplement une évaluation abstraite d'un dommage concret<sup>104</sup>. Il est vrai qu'il faut reconnaître une différence importante avec le dommage ménager : les travaux domestiques n'ont pas d'objectif lucratif, alors qu'ici l'aide fournie tendait directement à assurer un revenu<sup>105</sup>. Cela étant, nous tenons à souligner que cette décision – que nous approuvons par ailleurs – est fortement imprégnée de considérations d'équité. Elle s'écarte du sens qui est habituellement donné à la notion de diminution du patrimoine net (cf. N 6-8). En trame de fond, il y a cette idée de reconnaître la valeur économique de travaux effectués gratuitement. En ce sens, le caractère normatif du dommage reconnu ici nous paraît très marqué.
44. Cette jurisprudence a pu être confirmée quelques mois plus tard déjà dans une nouvelle affaire relative à une exploitation agricole<sup>106</sup>. A notre connaissance, il n'y a plus eu de décisions similaires au niveau fédéral depuis lors. Le même raisonnement devrait cependant pouvoir s'appliquer à d'autres activités indépendantes, l'état de fait de ces deux arrêts étant transposable à tout type de petite entreprise à caractère familial. Dans le même contexte socio-économique, rappelons que la situation « inverse », soit l'atteinte à la capacité de collaborer (gratuitement) dans l'entreprise de son conjoint, peut

---

<sup>102</sup> TF 4C.324/2005 du 5 janvier 2006, consid. 3.4.

<sup>103</sup> TF 4C.324/2005 du 5 janvier 2006, consid. 3.5.

<sup>104</sup> GUYAZ, 130-131. Voir aussi CHAPPUIS, Moment du dommage, N 139.

<sup>105</sup> GUYAZ, 131.

<sup>106</sup> TF 4C.83/2006 du 26 juin 2006, consid. 3.

également donner lieu à un préjudice réparable, à condition toutefois qu'un dommage concret soit établi<sup>107</sup>.

45. En guise de conclusion, on peut saluer le fait que la jurisprudence ne limite pas l'indemnisation aux seules activités salariées ou procurant (directement) un revenu, et reconnaisse ainsi la valeur économique du travail bénévole – cela pourrait ouvrir de nouvelles perspectives en matière de dommage corporel<sup>108</sup>. Elle a su adapter sa conception quelque peu rigide à ces situations tout en gardant une cohérence entre le dommage ménager, le dommage de prise en charge et l'aide gratuite fournie par les proches.

## ***B. Les naissances non désirées***

### **1. La conception non désirée**

46. Les arrêts qui ont dû se prononcer sur la réparabilité des conséquences (patrimoniales) d'une naissance non désirée ont également mis à rude épreuve la (prétendue) cohérence de la notion de préjudice réparable.
47. En effet, le Tribunal fédéral a admis la réparation du préjudice découlant d'une naissance non désirée d'un enfant en bonne santé (*wrongful conception*) dans un arrêt de principe, l'ATF 132 III 359. Cette solution est saluée par la doctrine majoritaire<sup>109</sup>. En effet, la naissance non désirée d'un enfant en bonne santé engendre pour les parents une obligation d'entretien (art. 276 CC) qui doit être prise en charge par le médecin fautif (respectivement son assurance responsabilité professionnelle). La faute du médecin prive la mère

---

<sup>107</sup> ATF 127 III 403, consid. 4c/aa. Cet arrêt concernait une épouse blessée qui collaborait jusqu'alors dans le garage de son mari. Par un raisonnement quelque peu alambiqué, le TF a jugé que le dommage devait ici être établi de manière concrète (par l'engagement d'une personne salariée ou par une baisse de revenu), mais qu'ensuite l'épouse pouvait être pleinement indemnisée de cette somme, qui représentait sa contribution à l'entretien de la famille (art. 163 CC).

<sup>108</sup> SIDLER, 73-74.

<sup>109</sup> A part les auteurs cités dans l'ATF 132 III 359, voir également TORRIONE HENRI, Le préjudice d'être né, REAS 2006 388, 398 ; MÜLLER CHRISTOPH, Les frais d'entretien d'un enfant non planifié : dommage réparable ?, RSDS 2006 119.

(respectivement les parents) du choix de ne pas avoir d'enfant et viole ainsi leur droit constitutionnel à l'autodétermination (art. 10 al. 2 Cst.). Le préjudice patrimonial qui en résulte remplit les exigences de la théorie de la différence et doit dès lors être réparé.

48. Des auteurs isolés estiment toutefois que l'obligation d'entretien n'est pas involontaire ou que la mère viole son incombance de diminuer le préjudice (art. 44 CO), étant donné qu'ils n'ont pas donné leur enfant en adoption ou que la femme n'a pas interrompu sa grossesse<sup>110</sup>. Le Tribunal fédéral contre cet argument en rappelant que seules sont opposables à la victime, comme moyen tendant à éviter la survenance du préjudice ou à en réduire l'importance, les mesures qui peuvent être raisonnablement et objectivement exigées d'elle<sup>111</sup>. Or, l'exigence d'abandonner l'enfant en vue d'une adoption ou d'interrompre la grossesse se heurte à la protection constitutionnelle de la liberté de disposer de soi-même des parents et de la mère, et porte atteinte à leurs droits de la personnalité.
49. Le Tribunal fédéral a aussi eu la sagesse d'éviter le piège sémantique tendu par les adversaires de ce type d'action qui abusent du slogan « l'enfant comme préjudice ». La Haute Cour a en effet souligné que ce n'est pas l'enfant lui-même qui constitue le préjudice, mais l'obligation d'entretien que l'article 276 al. 1 CC impose aux parents. Les juges fédéraux distinguent ainsi la naissance non désirée du préjudice financier qui en résulte, ce qui évite tout jugement de valeur négatif par rapport à l'existence et la dignité de l'enfant<sup>112</sup>. Pour le Tribunal fédéral, la dignité humaine de l'enfant dont la naissance n'était pas désirée ne s'oppose pas à l'idée d'allouer une réparation aux parents. Au contraire, la réparation sert le bien de l'enfant, car en apportant la sécurité matérielle aux parents, elle permet à celui-ci de se développer aussi harmonieusement que possible dans son milieu naturel<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> ATF 132 III 359, consid. 4.2 et 4.3.

<sup>111</sup> ATF 132 III 359, consid. 4.3.

<sup>112</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 116.

<sup>113</sup> ATF 132 III 359, consid. 4.4.2.

## 2. La naissance non désirée

50. A la différence de l'action de *wrongful conception* (cf. N 47-49), l'action de *wrongful birth* concerne la naissance non désirée d'un enfant né handicapé. Les parents désirent donc certes avoir un enfant, mais uniquement un enfant en bonne santé. En raison d'une erreur médicale (notamment une information insuffisante sur les risques quant à l'état de santé du futur enfant), les parents conçoivent et la femme donne naissance à un enfant handicapé. Les parents font alors valoir que s'ils avaient été correctement informés des risques du handicap pour l'enfant à naître, ils n'auraient pas conçu l'enfant ou, si l'enfant est déjà conçu, la femme aurait procédé à une interruption de grossesse licite<sup>114</sup>. Le Tribunal fédéral a admis une telle action pour *wrongful birth* en allouant aux parents une indemnité pour tort moral<sup>115</sup>. Pour des raisons de procédure, la Haute Cour n'a malheureusement pas dû répondre à la question de savoir si la perte de gain que la mère faisait valoir au motif qu'elle a dû quitter son emploi pour s'occuper de son enfant handicapé, faisait partie du préjudice réparable<sup>116</sup>. Une telle demande devrait toutefois être admise. En effet, le droit à une réparation ne découle pas du bon ou mauvais état de santé de l'enfant, mais du préjudice patrimonial se trouvant en lien de causalité avec la perte pour les parents du choix de concevoir ou de mettre au monde ou non un enfant handicapé<sup>117</sup>.

## 3. La vie non désirée

51. Enfin, dans une action de *wrongful life*, c'est l'enfant lui-même (et non ses parents, cf. N 50) qui demande la réparation du préjudice qu'il subit du fait d'être né avec le handicap. Le Tribunal fédéral a rejeté une telle demande au motif principal que l'enfant n'a pas de droit de ne pas naître<sup>118</sup>. En plus, le médecin a une obligation d'information

---

<sup>114</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 118.

<sup>115</sup> TF 4A\_551/2013 du 15 décembre 2014, consid. 7.

<sup>116</sup> TF 4A\_551/2013 du 15 décembre 2014, consid. 7.3. Cf. aussi l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 24 novembre 2003, in : JAB 2004 289.

<sup>117</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 116.

<sup>118</sup> TF 4A\_551/2013 du 15 décembre 2014, consid. 9. Cf. aussi l'arrêt de la 2<sup>e</sup> Cour civile de la Cour suprême du canton de Berne du 2 mai 2011 (ZK 10 569).

uniquement envers la femme enceinte et non pas envers l'enfant à naître, de sorte qu'il ne viole pas d'obligation contractuelle. Le fait que l'enfant à naître et la femme enceinte soient tous deux parties au contrat ne signifierait pas que les devoirs du médecin sont les mêmes envers les deux<sup>119</sup>.

### *C. Le tort moral*

52. Le tort moral faisant l'objet d'une contribution dédiée d'ANTONELLA CEREGHETTI dans le présent ouvrage, nous allons nous contenter de soulever brièvement quelques points spécifiques liés à l'objet de notre étude.
53. Le tort moral tend à ce que soit également réparée, à côté de la diminution du patrimoine (dommage), la diminution du bien-être d'une personne (cf. N 5)<sup>120</sup>. Il est de nature immatérielle. Partant, le tort moral ne peut pas être *calculé*, mais doit nécessairement faire l'objet d'une évaluation en équité (*ex aequo et bono*) de la part du juge<sup>121</sup>. Les circonstances particulières du cas d'espèce sont déterminantes tant pour savoir si une indemnité pour tort moral doit être allouée que, le cas échéant, pour fixer son montant<sup>122</sup>. Le juge doit trouver un compromis entre la prise en compte du ressenti subjectif de la personne lésée et une certaine norme moyenne objective<sup>123</sup>.
54. On comprend très vite que le tort moral forme une catégorie de préjudice à part, qui n'obéit pas à la même logique que le dommage. Les jugements de valeur y sont encore plus essentiels, et les perspectives d'une systématisation mathématique de la notion inexistantes<sup>124</sup>. Cependant, la fonction demeure la même : la

---

<sup>119</sup> TF 4A\_551/2013 du 15 décembre 2014, consid. 9.

<sup>120</sup> WERRO, Responsabilité civile, N 160.

<sup>121</sup> ATF 132 II 117, consid. 2.2.2 *in fine* ; FELLMANN/KOTTMANN, N 2611.

<sup>122</sup> OFTINGER/STARK, § 8 N 27.

<sup>123</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 2613.

<sup>124</sup> Dans le même sens, voir ATF 116 II 733, consid. 4g.

compensation des désavantages subis<sup>125</sup>. A l'instar des dommages-intérêts, l'indemnité pour tort moral n'a pas de fonction pénale<sup>126</sup>.

55. Cette place importante laissée à l'appréciation du juge pourrait laisser penser que le tort moral est une notion aux contours incertains. Un exercice généreux de ce pouvoir d'appréciation pourrait faire exploser les cas, tant dans leur nombre que dans leur montant. Toutefois, c'est plutôt le contraire qui se produit en Suisse : quant aux montants alloués, notre jurisprudence se montre très restrictive en comparaison internationale<sup>127</sup>.

#### *D. La perte d'une chance*

56. Avec le dommage ménager, le tort moral et certaines hypothèses de dommages issus d'une naissance non désirée, nous avons traité de préjudices particuliers dont le caractère réparable est admis par la jurisprudence. Nous allons maintenant aborder deux autres dommages qui, à l'heure actuelle, ne sont pas reconnus comme tels en droit suisse.
57. Par perte d'une chance, on entend la simple chance perdue d'obtenir une augmentation du patrimoine ou de ne pas subir une diminution du patrimoine<sup>128</sup>. Tel est notamment le cas lorsque la causalité naturelle entre le fait dommageable et le préjudice subi est incertaine. Si une doctoresse tarde par exemple fautivement à déceler un cancer et le patient meurt quelque temps après, on ne saura jamais si le patient aurait survécu au cas où la doctoresse avait découvert le cancer lorsqu'elle aurait dû. Il est par contre certain que l'erreur médicale a privé le patient de chances de guérison ou de survie. Le

---

<sup>125</sup> ATF 132 II 117, consid. 2.2.2 ; ATF 123 III 10, consid. 4c/bb.

<sup>126</sup> REY/WILDHABER, N 500. Notez toutefois que selon l'ancienne conception, suivie durant la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle, la faute de l'auteur était une condition du tort moral ; cf. OFTINGER/STARK, § 8 N 7-8.

<sup>127</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 691 ; REY/WILDHABER, N 552.

<sup>128</sup> ATF 133 III 462, consid. 4.2.

préjudice correspond alors à la probabilité mesurable, pour la victime de l'erreur médicale, de guérir ou de survivre<sup>129</sup>.

58. Le droit suisse ne prévoit pas expressément la réparation de chances perdues. Selon les auteurs de l'article 47 CO 2020 (cf. N 13), la perte d'une chance pourrait toutefois faire partie d'une « autre perte », dans la mesure où on considérerait (à tort) que la chance n'a pas de valeur patrimoniale<sup>130</sup>. De même, l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile de 1999 prévoyait à son article 56d al 2 ce qui suit : « Si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration de la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante ; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance »<sup>131</sup>.
59. Malgré l'avis contraire de la doctrine largement majoritaire<sup>132</sup>, le Tribunal fédéral a refusé à tort de qualifier la perte d'une chance de préjudice réparable dans un arrêt où son pouvoir d'appréciation était toutefois limité à l'arbitraire<sup>133</sup>. Le Tribunal fédéral a notamment estimé que la reconnaissance de la chance comme élément du patrimoine – et ainsi la perte d'une telle chance comme préjudice réparable – serait en contradiction avec la théorie de la différence (cf. N 10)<sup>134</sup>. Il n'est en effet pas aisé de réconcilier la perte d'une chance avec la théorie de la différence<sup>135</sup> : comme au moment du jugement, le patient a d'ores et déjà perdu sa chance de guérir ou de survivre, la chance ne fait plus partie du patrimoine effectif de la victime. Toutefois, la chance ne ferait pas non plus partie du patrimoine hypothétique de la victime, car soit le patient serait guéri

---

<sup>129</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 108. Pour une analyse approfondie, cf. MÜLLER, Perte d'une chance.

<sup>130</sup> FELLMANN/MÜLLER/WERRO, art. 47 N 2.

<sup>131</sup> Cf. WIDMER/WESSNER, 241-246.

<sup>132</sup> BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 97 N 237 ; REY/WILDHABER, N 172 ; cf. aussi tous les auteurs cités chez MÜLLER, Perte d'une chance – Revisited, notes de bas de page 12-14.

<sup>133</sup> ATF 133 III 462, consid. 4.4 ; cf. MÜLLER CHRISTOPH, Hat die perte d'une chance in der Schweiz noch eine Chance ? – BGE 133 III 462, RJB 2007 862.

<sup>134</sup> ATF 133 III 462, consid. 4.4.3.

<sup>135</sup> MÜLLER, Perte d'une chance, N 359.

du cancer, soit le développement naturel du cancer aurait conduit au décès du patient. Cette difficulté est due à l'essence même de la chance qui est provisoire et dynamique, et non pas statique. La chance tend vers sa réalisation ou sa perte. Elle se transforme donc inévitablement en un gain ou une perte. Cette difficulté conceptuelle n'est toutefois pas suffisamment importante pour renoncer à la réparation de chances perdues. Le poids démesuré que le Tribunal fédéral lui attribue est d'autant plus surprenant lorsque l'on met cette situation en parallèle avec la réparation du dommage normatif (cf. N 27). En effet, le dommage normatif viole la théorie de la différence de manière nettement plus flagrante que la perte d'une chance : tandis que pour le dommage normatif, aucune preuve d'une perte patrimoniale n'est exigée, l'indemnisation de chances perdues requerrait de la victime la preuve de (i) l'existence et de l'importance des chances au moment du fait dommageable, (ii) leur perte définitive, et (iii) du lien de causalité naturelle et adéquate entre le fait dommageable et la perte définitive des chances<sup>136</sup>.

60. Le Tribunal fédéral estime également que l'indemnisation de chances perdues est incompatible avec la notion de causalité. Comme un fait ne pourrait être la cause naturelle d'un effet que s'il est à son origine avec une « vraisemblance prépondérante », une chance inférieure à 50% ne pourrait pas constituer un fait générateur de responsabilité au sens juridique du terme<sup>137</sup>. Cet argument passe sous silence tous les cas dans lesquels l'importance des chances perdues se situe quelque part entre 51% et 100%, à savoir où la vraisemblance est toujours prépondérante. Est-ce que le Tribunal fédéral considère comme juste le fait que le responsable doive en principe réparer 100% du préjudice lorsque la probabilité que celui-ci ait été causé par son comportement n'est que de 51% ? A l'inverse, est-ce que le Tribunal fédéral considère comme juste le fait que le responsable ne doive aucune réparation s'il n'a causé le préjudice qu'avec une probabilité de 49% ? La réponse à ces questions rhétoriques est évidemment négative.

---

<sup>136</sup> MÜLLER, Perte d'une chance – Revisited, 30-32.

<sup>137</sup> ATF 133 III 462, consid. 4.4.3.

61. Les considérations du Tribunal fédéral n'emportent pas la conviction, ce que prouve aussi l'indemnisation de chances perdues dans de très nombreux systèmes juridiques étrangers<sup>138</sup>. L'indemnisation de chances perdues aboutit en effet à des résultats plus proches de la réalité que le système actuel du tout-ou-rien en matière de preuve de la causalité naturelle<sup>139</sup>. La perte d'une chance devrait ainsi être reconnue comme un préjudice réparable lorsque les conditions spécifiques suivantes sont réunies : (i) le caractère aléatoire de l'avantage ayant une valeur économique ; (ii) des chances d'obtenir l'avantage escompté ou d'éviter le désavantage craint ; (iii) la perte définitive de ces chances ; et (iv) la causalité naturelle et adéquate entre le fait dommageable imputable à l'auteur et la perte des chances<sup>140</sup>.

### *E. Le dommage de frustration*

62. Le dommage de frustration (*Frustrationsschaden*) résulte d'une dépense faite volontairement par la victime qui, en raison du fait dommageable, se révèle inutile par la suite<sup>141</sup>. C'est par exemple le cas de la personne qui achète un voyage de vacances, mais qui est empêché de partir, car elle a été victime d'un accident entre-temps. Le fait de ne pas pouvoir profiter des vacances ne donne pas droit à une indemnisation en droit suisse<sup>142</sup>. Selon le Tribunal fédéral, seule une indemnité pour tort moral serait, le cas échéant, envisageable à condition que l'atteinte à la personnalité soit suffisamment grave<sup>143</sup>.
63. Selon le Tribunal fédéral, la notion classique du préjudice réparable (cf. N 8) empêche de tenir compte de pertes qui n'ont pas de répercussions sur le patrimoine. Cela vaudrait aussi pour le cas où une dépense perd sa valeur intrinsèque parce que le but visé par elle ne peut plus être atteint (complètement). Une telle perte ne diminuerait pas le patrimoine, mais décevrait simplement une

---

<sup>138</sup> MÜLLER, Perte d'une chance – Revisited, 21-28.

<sup>139</sup> MÜLLER, Responsabilité extracontractuelle, N 212.

<sup>140</sup> MÜLLER, Perte d'une chance, N 590.

<sup>141</sup> REY/WILDHABER, N 205.

<sup>142</sup> ATF 115 II 474, consid. 3a ; TF 4A\_119/2010 du 29 avril 2010, consid. 2.2.

<sup>143</sup> ATF 126 III 388, consid. 11b (privation d'usage d'une partie d'une villa).

attente<sup>144</sup>. Certains auteurs ajoutent que la victime ne subit pas le dommage de frustration de façon involontaire (cf. N 9), car la dépense est faite volontairement<sup>145</sup>. Ce deuxième argument ne convainc pas lorsque l'on part de l'idée que seul le fait dommageable (et non pas la diminution patrimoniale) doit être involontaire.

64. Pour des raisons d'équité, certaines décisions isolées indemnisent toutefois de telles dépenses devenues inutiles<sup>146</sup>. En plus, comme la Cour de Justice de l'Union européenne reconnaît, sur la base de la Directive sur les voyages à forfait<sup>147</sup>, au consommateur le droit à la réparation de son dommage immatériel<sup>148</sup>, le même critère devrait valoir dans le champ d'application de la loi sur les voyages à forfait<sup>149</sup> qui a comme modèle la Directive européenne. Cette différence de traitement des vacances gâchées selon que l'on se trouve ou non dans le champ d'application de la loi sur les voyages à forfait n'est d'ailleurs pas sans poser de sérieuses difficultés au niveau de la cohérence de l'ordre juridique suisse...
65. C'est pourquoi une partie de la doctrine plaide en faveur de la notion économiquement structurée du préjudice réparable (*ökonomisch strukturierter Schadensbegriff*)<sup>150</sup>. Cette conception reste attachée à la théorie de la différence (cf. N 10), mais y intègre des aspects économiques. Elle s'inspire de l'analyse économique du droit (*Economic Analysis of Law*) telle qu'elle a été développée par RICHARD A. POSNER, qui a aussi eu une certaine influence sur la doctrine européenne du droit privé. En partant de l'utilité que peut avoir un bien ou une dépense pour une personne, la perte de cette utilité par le fait dommageable devient l'objet d'un jugement de valeur. Ce jugement doit décider si un fait qui fait perdre ou diminuer cette

---

<sup>144</sup> ATF 115 II 474, consid. 3a.

<sup>145</sup> ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 24.18 ; PROBST, 37 (critique).

<sup>146</sup> TF 4C.340/1999 du 31 janvier 2000 (réparabilité de l'abonnement de ski, toutefois non rediscutée par le TF) ; Tribunal de cassation zurichois du 15 décembre 1995, in : RSJ 1997 419.

<sup>147</sup> Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JO L 158 du 23 juin 1990, 59 ss).

<sup>148</sup> CJUE, 12 mars 2002, *Simone Leitner c. TUI Deutschland*, C-168/00.

<sup>149</sup> Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3).

<sup>150</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 14.08.

utilité peut être imputé à l'auteur du fait dommageable, de sorte qu'il doit l'indemniser. Cette commercialisation de certains plaisirs et avantages (vacances, concerts, etc.) permet de leur reconnaître une valeur patrimoniale, même s'il s'agit en principe de valeurs immatérielles<sup>151</sup>.

66. Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire rejettent le caractère réparable de la perte de l'utilité, que ce soit au titre du dommage de frustration ou du dommage de commercialisation<sup>152</sup>. Il s'agit, une fois de plus, d'une décision de politique juridique. Le refus semble surtout fondé sur la crainte d'une responsabilité sans limites qui brouillerait la ligne de démarcation par rapport au dommage immatériel et notamment le tort moral (cf. N 8)<sup>153</sup>. La réticence s'expliquerait aussi par le principe selon lequel la victime ne doit pas se trouver enrichie par le fait dommageable<sup>154</sup>. Le défi consiste donc à élaborer des critères aussi précis que possible d'après lesquels les dommages de frustration (et de commercialisation) pourraient être reconnus comme préjudice réparable sur la base de la théorie de la différence (cf. N 10)<sup>155</sup>.

#### IV. Conclusion

67. Il est sans doute un peu exagéré de dire que le préjudice réparable est une notion sans contours. Nous avons pu voir qu'elle s'est développée avec une certaine continuité depuis l'époque romaine. En Suisse, le Tribunal fédéral s'est servi très tôt déjà de la théorie de la différence pour mesurer le dommage et il s'y tient encore aujourd'hui avec constance, en n'admettant pas facilement des exceptions. En matière de tort moral, la pratique judiciaire garde également une ligne stricte.
68. Il demeure néanmoins que ces contours sont ceux que les tribunaux veulent bien lui donner, guidés notamment par des considérations

---

<sup>151</sup> REY/WILDHABER, N 200.

<sup>152</sup> ATF 132 III 379, consid. 3.3.2 ; ATF 126 III 388, consid. 11a ; ATF 115 II 474, consid. 3a ; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 24.22 ; BK OR-BREHM, art. 41 N 84c.

<sup>153</sup> REY/WILDHABER, N 203.

<sup>154</sup> HONSELL, 266-267.

<sup>155</sup> REY/WILDHABER, N 203.

de politique juridique. Ils sont en ce sens quelque peu incertains. En plus, la notion de dommage normatif laisse – en théorie du moins – des ouvertures considérables pour l'avenir. Dans ces circonstances, nous ne pensons pas que l'affirmation fière du Tribunal fédéral selon laquelle le système suisse de la responsabilité civile est « parfaitement cohérent » soit encore d'actualité. Il est important de prendre pleinement conscience du fait que le préjudice réparable repose sur un jugement de valeur, et que le jugement de demain ne sera plus forcément le même que celui d'hier.

## Bibliographie

BREHM ROLAND, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen – Art. 41-61 OR, Berner Kommentar, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2013.

CHAPPUIS BENOÎT, Le moment du dommage, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007 (cité : Moment du dommage).

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

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I, Berne 2012.

FELLMANN WALTER/MÜLLER CHRISTOPH/WERRO FRANZ, Des obligations résultant d'actes illicites, in : Huguenin/Hilty (édit.), OR/CO 2020, Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zurich/Bâle/Genève 2013, 152 ss.

FLEURY GÉRARD PATRICK, Le dommage aquilien et son évaluation patrimoniale – Etude en droit roman et suisse ainsi que dans les projets européens de révision des codes civils, thèse Lausanne 2020.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, vol. II, 11<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.

GUYAZ ALEXANDRE, Dommage subséquent et perte de gain normative – Arrêt du TF 4C.324/2005 du 5 janvier 2006, REAS 2006 126.

HERRMANN JAN, Haftpflichtrechtliche Überlegungen zur Beeinträchtigung in der Haushaltführung, in : Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2013, Zurich/Bâle/Genève 2013, 133 ss.

HONSELL HEINRICH, Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, in : Fuhrer (édit.), Société suisse de droit de la responsabilité civile et des assurances – Mélanges à l'occasion de son cinquantième anniversaire, Zurich/Bâle/Genève 2010, 255 ss.

MÜLLER CHRISTOPH, La perte d'une chance, thèse Berne 2002 (cité : Perte d'une chance).

MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013 (cité : Responsabilité extracontractuelle).

MÜLLER CHRISTOPH, Perte d'une chance – Revisited, in : Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zurich/Bâle/Genève 2018, 15-34 (cité : Perte d'une chance – Revisited).

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 1995.

OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Das Obligationenrecht – Art. 1-183, Zürcher Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1929.

PICHONNAZ PASCAL, Les fondements romains du droit privé, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2020.

PROBST THOMAS, Der Ersatz « immateriellen Schadens » im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht, in : Probst/Werro (édit.), Strassenverkehrsrechtstagung 10.-11. Juni 2010, Berne 2010, 1 ss.

REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2018.

ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018 (cité : Haftpflichtrecht).

ROBERTO VITO, Schadensrecht, thèse d'habil. Zurich, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997 (cité : Schadensrecht).

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8<sup>e</sup> éd., Berne 2020.

SIDLER ANDREAS, Ehrenamtliche Tätigkeit im Haftpflichtrecht, in : Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2007, Zurich/Bâle/Genève 2007, 61 ss.

VON TUHR ANDREAS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. I, Tübingen 1924.

WEBER ROLF H./EMMENEGGER SUSAN, Die Folgen der Nichterfüllung – Art. 97-109 OR, Berner Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2020.

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2017 (cité : Responsabilité civile).

WERRO FRANZ, Le dommage : l'état d'une notion plurielle, in : Werro/Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états, Colloque de

droit de la responsabilité civile 2013, Berne 2013, 1 ss (cité : Notion plurielle).

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

WINIGER BÉNÉDICT, La responsabilité aquilienne romaine – *Damnum iniuria datum*, thèse Genève, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997.