

Journée de la responsabilité civile 2012

Le tort moral en question

Edité par

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger
en collaboration avec Arnaud Campi



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Le tort moral en question : Journée de la responsabilité civile 2012

CHAPPUIS, Christine (Ed.), WINIGER, Bénédict (Ed.)

Reference

CHAPPUIS, Christine (Ed.), WINIGER, Bénédict (Ed.). *Le tort moral en question : Journée de la responsabilité civile 2012*. Genève : Schulthess, 2013, 196 p.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:42562>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Journée de la responsabilité civile 2012



Droit de la responsabilité

Journée de la responsabilité civile 2012

Le tort moral en question

Edité par

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger
en collaboration avec Arnaud Campi



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2013

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

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

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2013

ISBN 978-3-7255-6911-3

ISSN Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

Avant-propos

La vie en société implique inévitablement des heurts entre les individus, qui laissent leurs traces dans le patrimoine autant que dans l'être intime de ceux-ci. La réparation morale prévue notamment à l'art. 49 CO tient compte, mais de manière limitée, des conséquences non patrimoniales d'une atteinte. Toutefois, les sensibilités évoluent, influençant l'ordre juridique. Ainsi, le dernier tiers du siècle passé est marqué en droit suisse par une plus grande attention vouée à la victime et, partant, à une amélioration de la protection de sa sphère non patrimoniale. Où en sommes-nous dans cette évolution et quels chemins devrait-elle emprunter dorénavant ? Telles sont les questions autour desquelles est conçue la Journée de responsabilité civile organisée par la Faculté de droit de l'Université de Genève en automne 2012.

Le présent ouvrage rassemble les contributions consécutives aux interventions prononcées à cette occasion. Christine Chappuis présente en ouverture un tableau général du tort moral en droit suisse, en insistant sur le continu mouvement d'élargissement de cette notion. Lukas Heckendorn retrace l'évolution de la responsabilité civile et du tort moral de l'Antiquité romaine aux législations européennes en vigueur aujourd'hui. Franz Werro s'interroge sur le rôle que le tort moral peut et doit jouer dans des rapports contractuels et compare les solutions suisses avec celles d'autres ordres juridiques. Stéphane Werly montre l'intrusion croissante des médias dans notre vie et le système de défense qu'elle a provoqué en droit. Yvan Jeanneret présente les solutions retenues dans le nouveau code de procédure pénale en cas de dommage causé au cours d'une procédure pénale. Odile Pelet analyse le tort moral causé à l'occasion de lésions corporelles, par exemple par des douleurs physiques, psychiques ou morales, tout en abordant les cas difficiles où, par exemple, une victime est plongée dans le coma. Lionel Le Tendre, finalement, présente les particularités de l'atteinte à l'intégrité en droit des assurances sociales et les différences entre ce système et celui du droit des obligations.

Nos chaleureux remerciements s'adressent aux conférencières et conférenciers qui ont offert au public de la Journée des réflexions aussi passionnantes que pertinentes, et ont ensuite consacré le temps nécessaire à la publication de leurs contributions. M. Arnaud Campi s'est chargé de la relecture des manuscrits et a coordonné les travaux d'édition. M^{me} Ariane Tschopp a effectué la mise en page des manuscrits. Nous les en remercions vivement, ainsi que toutes celles et tous ceux qui ont contribué au succès de notre Journée.

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger
Août 2013

Sommaire

Avant-propos	5
Liste des auteurs	9
 CHRISTINE CHAPPUIS	
Le tort moral : un long fleuve peu tranquille	11
 LUKAS HECKENDORN URSCHALER	
Le tort moral, ses origines et son avenir en Europe	35
 FRANZ WERRO	
Le tort moral en cas de violation d'un contrat	55
 STÉPHANE WERLY	
Le tort moral en cas d'atteinte à la personnalité par la voie des médias	79
 YVAN JEANNERET	
L'indemnisation du prévenu poursuivi à tort... ou à raison	111
 ODILE PELET	
Le prix de la douleur	141
 LIONEL LE TENDRE	
L'atteinte à l'intégrité en droit des assurances sociales	175
 BÉNÉDICT WINIGER	
Conclusions – Les extensions timides du tort moral	189

Liste des auteurs

CHRISTINE CHAPPUIS	Professeure, Doyenne de la Faculté de droit de l'Université de Genève
LUKAS HECKENDORN URSCHELER	Docteur en droit, Chef de la division scientifique, Institut suisse de droit comparé, Lausanne
YVAN JEANNERET	Professeur à l'Université de Neuchâtel, Avocat au barreau de Genève
LIONEL LE TENDRE	Avocat
ODILE PELET	Docteur en droit, Avocate au Barreau du Canton de Vaud, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Chargée de cours à la Faculté des Sciences de la Vie de l'EPFL
STÉPHANE WERLY	Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel, Chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Membre de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP)
FRANZ WERRO	Professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, Washington, DC
BENEDICT WINIGER	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

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 »¹. 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.

¹ 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.»².

Il n'est pas certain que la confusion et les incertitudes anciennes soient réellement dissipées quarante ans plus tard³. 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 dommages⁴. En d'autres termes, il s'agit de replacer la victime dans la situation qui était la sienne avant l'événement dommageable. Quant

² TERCIER, p. 2 ; SIDLER, N 10.1.

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

⁴ 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 victime⁵.

L'argent ne faisant pas le bonheur, chacun s'accorde à souligner qu'une indemnité pécuniaire ne saurait soulager des souffrances⁶ 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 perdu⁷. Le Tribunal fédéral souligne ainsi qu'une indemnité pécuniaire est fondamentalement impropre à compenser la perte d'un proche⁸. 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 pénal⁹. 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 victimes¹⁰.

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 victime¹¹.

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

⁵ DESCHENAUX / TERCIER, § 30 N 2.

⁶ Message Personnalité, p. 704.

⁷ 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.

⁸ TF, arrêt 2C_302/2010 du 28 avril 2011 (*Skyguide*), consid. 3.1.

⁹ 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.

¹⁰ WERRO FRANZ, N 2 et 7. Voir également la contribution de L. HECKENDORN au présent ouvrage, II.A.

¹¹ 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 preuve¹², 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. TERCIER¹³, 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 1983¹⁴. 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

¹² 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.

¹³ Cf. *supra*, n. 2.

¹⁴ LF du 16 décembre 1983 en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1985, RO 1984 778, 782.

l'art. 49 aCO¹⁵. Cette modification cardinale a mis du temps à pénétrer la jurisprudence et la doctrine. Une décision essentielle de 1990¹⁶ 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 CO¹⁷, à la personnalité pour l'art. 49 CO¹⁸. Cependant, il est généralement admis que la première constitue un cas particulier de la seconde¹⁹, 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 patrimonial²⁰.

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 personnalité²¹. 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.

¹⁵ Message Personnalité, p. 703.

¹⁶ ATF 116 II 733 consid. 4f.

¹⁷ Voir la contribution d'O. PELET au présent ouvrage.

¹⁸ Voir la contribution de S. WERLY au présent ouvrage.

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

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

²¹ 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)²² 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)²³. 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)²⁴ 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 victime²⁵. 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'espèce²⁶.

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)²⁷ 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 LAVI²⁸).

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^e révision AI), en vigueur depuis le 1^{er} 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 années²⁹ (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)³⁰ 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)³¹.

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 auteurs³², 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

²⁹ P. ex., ATF 132 II 117.

³⁰ RS 312.0.

³¹ RS 272. Voir la contribution d'Y. JEANNERET au présent ouvrage.

³² 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 jurisprudence³³ 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)³⁴. C'est en rapport avec la fixation de l'indemnité que la jurisprudence récente procède clairement en deux étapes comme on le verra plus loin³⁵. 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 acquis³⁶, 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 moral³⁷. 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 jurisprudence³⁸. Il

³³ P. ex., ATF 138 III 337; ATF 134 III 97; ATF 132 II 117.

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

³⁵ Cf. *infra*, II.B.

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

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

³⁸ 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 gâchées³⁹; 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^{bis} CO)⁴⁰. 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»⁴¹. 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 CO⁴². 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 jurisprudence⁴³ 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 détenteur⁴⁴.

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 inconsciente⁴⁵. 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 anesthésiste⁴⁶. Cette

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

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

⁴¹ PETITPIERRE, p. 71 ss; WERRO, Préjudice, p. 131.

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

⁴³ ATF 112 II 118 (*Hunter*).

⁴⁴ ATF 138 III 276 consid. 2 et 3.

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

⁴⁶ 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 gravité⁴⁷. 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 inconsciente⁴⁸. La jurisprudence reconnaissant à la victime inconsciente le droit à une réparation paraît toutefois fermement établie⁴⁹, 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* »⁵⁰), faute d'une référence patrimoniale. Ce nonobstant, le premier réflexe, dans une situation concrète, consiste à se référer à un tarif⁵¹. 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 assuré⁵². 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 indemn  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 tarif⁵³. En effet, et il faut insister sur ce point, la détermination de l'indemn  pour tort moral relève du pouvoir d'apprécia-

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

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

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

⁵⁰ 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.

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

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

⁵³ 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)⁵⁴. 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 comparaison⁵⁵. L'équité intervient à un double titre dans le raisonnement : d'abord dans les conditions de l'octroi d'une indemnité pour tort moral⁵⁶, 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 pertinents⁵⁷ 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 équitable⁵⁸. La doctrine apprécie diversement la tendance générale quant aux montants accordés, à la hausse selon certains⁵⁹, y compris le Tribunal fédéral lui-même⁶⁰, à la baisse selon un auteur⁶¹, voire simplement stables⁶².

⁵⁴ 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.

⁵⁵ ATF 132 II 117 consid. 2.2.3 (*Richtwert* ou *Orientierungspunkt*).

⁵⁶ Cf. les circonstances spéciales de l'art. 47 CO.

⁵⁷ 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 ;.

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

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

⁶⁰ 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).

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

⁶² 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 1997⁶³, 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»⁶⁴. 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 inaccessibles⁶⁵.

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»⁶⁶ 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 permanente⁶⁷. 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. SCHWENZER⁶⁸.

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 civil⁶⁹.

⁶³ ATF 123 III 306 consid. 9a.

⁶⁴ *Idem*, p. 315, consid. 9b.

⁶⁵ *Ibidem*.

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

⁶⁷ ATF 134 III 97.

⁶⁸ SCHWENZER, N 17.15.

⁶⁹ 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 CO⁷⁰. 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 moralité⁷¹. Une décision de 2012⁷² 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 récente⁷³, 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 »⁷⁴.

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 morale⁷⁵. Refusant de fixer un nombre d'années à partir

⁷⁰ Question laissée ouverte in ATF 114 II 144 consid. 3a.

⁷¹ Cf. réf. cit. par BK-BREHM, CO 47 N 160.

⁷² ATF 138 III 157.

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

⁷⁴ ATF 138 III 157 consid. 2.3.2.

⁷⁵ 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 qualification⁷⁶.

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 2012⁷⁷ 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 1938⁷⁸ nie la gravité particulière de l'atteinte⁷⁹ consistant à taxer une publicité de la victime de « *Schwindel* » (« bobards »⁸⁰). Quelques arrêts postérieurs ont donné une impression favorable à l'admission du tort moral de la personne juridique, mais

⁷⁶ ATF 138 III 157 consid. 2.4.

⁷⁷ ATF 138 III 337.

⁷⁸ ATF 60 II 326, 331.

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

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

implicite ou résultant d'*obiter dicta*⁸¹. Il n'est dès lors pas étonnant que la question ait profondément divisé la doctrine⁸².

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 CC⁸³. 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^e 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 droit⁸⁴. 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 morale⁸⁵. 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 physiques⁸⁶, la jurisprudence hésite sur les fondements théoriques de la notion de personnalité morale⁸⁷. 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»⁸⁸. Autrement dit, la souffrance

⁸¹ ATF 95 II 481 consid. 12b; ATF 108 II 422.

⁸² 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.

⁸³ ATF 121 III 168 consid. 3a, JdT 1996 I 52.

⁸⁴ WEBER, p. 48.

⁸⁵ WEBER, p. 48 s.

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

⁸⁷ WEBER, p. 50.

⁸⁸ 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*)⁸⁹. 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 propre⁹⁰.

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 vu⁹¹, dépasser un certain seuil. L'atteinte résultant en l'espèce du fait que la page du site «Y.com»⁹² 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 satisfaisante⁹³. 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»⁹⁴, 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 francs⁹⁵. 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-

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

⁹⁰ 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.

⁹¹ Cf. *supra*, I.C.2.

⁹² ATF 138 III 337, 338 s. consid. A.b.

⁹³ Cf. le considérant 6.2.2 de l'arrêt, qui n'est pas publié: TF, 4A_741/2011, c. 6.2.2.

⁹⁴ ATF 138 III 337, 347 consid. 6.3.6.

⁹⁵ ATF 138 III 337 consid. 6.3.

demnité morale⁹⁶, 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 fédéral⁹⁷. 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 concrète⁹⁸. 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 trancher⁹⁹.

S'agissant de la réparation morale, la doctrine préconise expressément une méthode en deux phases¹⁰⁰. 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/GUERRERO¹⁰¹ 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 morale¹⁰², semble s'être

⁹⁶ 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.

⁹⁷ ATF 125 III 269 consid. 2. Voir *supra*, n. 49 ss.

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

⁹⁹ Sur la définition du pouvoir d'appréciation, STEINAUER, N 409 ss.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ HÜTTE/DUCKSCH/GROSS/GUERRERO. TF, arrêt 2C_302/2010 du 28 avril 2011 consid. 3.

¹⁰² 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'indemnité¹⁰³.

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/DRUCKSCH¹⁰⁴, 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 avantagé 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»¹⁰⁵. Le principe a été plusieurs fois énoncé dans des décisions antérieures¹⁰⁶, 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 Voïvodine¹⁰⁷.

¹⁰³ TF, arrêt 2C_302/2010 du 28 avril 2011 consid. 3.3.1.

¹⁰⁴ ATF 125 III 269, consid. 2a.

¹⁰⁵ TF, arrêt 2C_302/2010 consid. 3.3.3 (*Skyguide*) (élément non pris en compte dans le cas d'espèce).

¹⁰⁶ 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).

¹⁰⁷ 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 défunt¹⁰⁸.

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 intérêt¹⁰⁹. 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 européen¹¹⁰, 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

¹⁰⁸ 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).

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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 minimales¹¹¹ 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^{bis} 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 frustration¹¹². Que la solution se trouve dans un assouplissement de la notion de dommage¹¹³ ou dans un abaissement du seuil du tort moral¹¹⁴, 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 tétraplégique¹¹⁵, 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

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

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

¹¹³ Solution suggérée par PETITPIERRE, p. 71 ss.

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

¹¹⁵ 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^e 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^e 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^e 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^e 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^e éd., Zurich (Schulthess) 2005.
- HONSELL Heinrich, in Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB OR*, 4^e 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^e 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^e éd., Zurich 2007 (cité: ZK-LANDOLT).
- MÜLLER Christoph, in Furrer/Schnyder (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 2^e 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^e éd., Zurich 2008.

- ROBERTO Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002.
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6^e 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^e 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).

Le tort moral, ses origines et son avenir en Europe

LUKAS HECKENDORN URSCHALER*

Table des matières

I. Introduction	35
II. Les origines	38
A. La tarification	38
B. De la séparation entre droit civil et droit pénal	40
C. La diversité actuelle dans le raisonnement juridique	40
III. Quel avenir?	42
A. L'objectivation de l'indemnité	42
1. La détermination des montants par référence au législateur ou à la jurisprudence	42
2. Les institutions spécialisées	44
3. Les nomenclatures	44
B. La flexibilité	46
C. L'influence des autres systèmes de compensation	48
IV. Conclusion	49
V. Bibliographie	51

I. Introduction

Le tort moral est en profonde mutation en Suisse¹. C'est souvent dans des moments de transition qu'on ressent un besoin de s'orienter dans le temps et dans l'espace. La présente contribution a ainsi pour objectif de présenter quelques points d'orientation sans pour autant pouvoir prétendre à traiter le sujet de manière exhaustive.

L'analyse du tort moral dans l'espace – autrement dit, une approche de droit comparé – affiche une particularité relativement rare en droit comparé. Les indemnités pour tort moral se prêtent à une comparaison basée sur des seuls chiffres. De plus – et contrairement à la détermination des montants qui, selon la jurisprudence suisse, «échappe à toute fixation selon des critères

* Docteur en droit, Chef de la division scientifique, Institut suisse de droit comparé, Lausanne.

¹ Cf. CHAPPUIS, dans ce volume.

mathématiques»² – la comparaison peut se faire sur la base d'opérations mathématiques simples – ce qui peut paraître un garant d'objectivité et de neutralité.

En dépit de ces avantages, les études comparatives analysant les indemnités pour tort moral sous l'angle primaire des montants alloués sont peu nombreuses³. La majorité des études analyse davantage les concepts et le raisonnement juridiques que les montants⁴. Cette réticence reflète peut-être une retenue des cercles académiques de traiter les données statistiques ou une plus grande familiarité avec les concepts, conceptions et le raisonnement juridiques qu'avec les chiffres mathématiques. Il est ainsi vrai que les chiffres ont un pouvoir explicatif limité. Le petit nombre de comparaisons chiffrées pourrait également traduire une certaine prudence. Ainsi, du point de vue économique, un certain montant ne représente pas nécessairement la même valeur dans une autre économie; les différences factuelles et conceptuelles ainsi que l'existence d'autres mécanismes de compensation pourraient fausser les premières impressions⁵. En dépit de ces réserves certes justifiées à plusieurs égards, une comparaison chiffrée permet une première orientation.

Toutes les études comparatives des montants alloués pour tort moral constatent une différence impressionnante entre les Etats européens⁶. Selon une étude basée sur des chiffres de 2002, dans un « pays généreux », une victime peut obtenir plus que dix fois le montant qu'un juge lui accorderait dans l'ordre juridique le moins favorable pour la même blessure⁷. En comparant la position relative des Etats sur un classement selon les montants alloués, un auteur américain propose de distinguer quatre groupes (en dépit des différences qui pourraient exister entre les différentes blessures)⁸. Ainsi, les droits irlandais, anglais, belge, luxembourgeois, écossais et italien paraissent les plus favorables à des indemnités pour tort moral (ou leur équivalent); les droits grec, suédois, danois et portugais sont par contre particulièrement réticents. Entre les deux se situent dans un groupe de montants relativement élevés l'Allemagne, la Hollande et le Liechtenstein. La Suisse est classée par cet auteur dans un groupe d'indemnités relativement modestes, ensemble avec l'Autriche et plusieurs pays scandinaves (la Finlande, la Norvège et l'Islande). Enfin, la France paraît – toujours selon cet auteur – difficile à classer. Le classement met ainsi en évidence des différences entre des ordres juri-

² ATF 125 III 269, c. 2a.

³ MCINTOSH / HOLMES; VON BAR, p. 29 ss; SUGARMAN, p. 399 ss; ROGERS, p. 268 ss (qui mentionne les montants qu'en dernière partie, mais dédie une analyse détaillée à la comparaison).

⁴ Ainsi p. ex. ZIMMERMANN, p. 706 ss; GARDNER, p. 481 ss.

⁵ Cf. à cet égard VON BAR, p. 27; PIERRE, p. 60 ss; KARAPANOU / VISSCHER, p. 56.

⁶ KARAPANOU / VISSCHER, p. 56, avec d'autres références; GAIDZIK, p. 86 s.

⁷ SUGARMAN, p. 412; ROGERS, p. 247, selon lequel le facteur n'est que 4, également p. 268 ss.

⁸ SUGARMAN, p. 410 ss.

diques apparemment semblables (telles que la Suède et la Finlande, la France et la Belgique) ou encore des similitudes entre des ordres juridiques généralement regardés comme fondamentalement différents (l'Irlande et l'Italie, par exemple).

Il n'y a pas lieu d'entrer en détail sur les raisons des différences. Sans en faire une analyse approfondie lui-même, l'auteur cité mentionne des explications en partie provocatrices telles que l'attitude germanique qui serait peu favorable aux indemnités en Suisse et en Autriche, la religion catholique qui pourrait expliquer la pratique généreuse en Italie, Irlande, Belgique, ou encore le degré d'individualisation d'un système de responsabilité – faible dans les ordres juridiques scandinaves avec un Etat-providence très développé ou encore fort dans les ordres juridique de la *common law* basés sur la résolution de différents individuels⁹.

Aussi intéressant que cela pourrait paraître, la présente contribution ne pourra pas analyser les raisons de ces différences. Le classement va cependant servir d'orientation dans le choix des ordres juridiques qui seront pris en compte pour la présente analyse. Outre les limites imposées par les connaissances linguistiques de l'auteur ainsi que la disponibilité des sources, le choix est également inspiré par la classification traditionnelle en droit comparé entre une famille juridique romano-germanique (respectivement une famille romaine et une famille germanique), une famille de la *common law* ainsi qu'une famille des systèmes scandinaves¹⁰. Une attention particulière serait ainsi portée au droit suédois comme représentant des pays allouant des indemnités modestes et reflétant la tradition des pays scandinaves. Le droit irlandais et le droit anglais seront pris en compte en tant que représentants de la *common law* et des pays avec des montants considérables. Enfin, quelques ordres juridiques voisins, les droits allemands et français, seront également inclus dans l'analyse.

Aussi intéressant qu'un voyage dans tous ces pays puisse paraître, la présente contribution ne va pas expliquer les particularités des différents systèmes dans une série de rapports nationaux. Dans le but de dégager des tendances européennes (qui font par définition abstraction des différences nationales) passées et actuelles, voire futures, une méthode sélective¹¹ sera appliquée. La réflexion va ainsi suivre l'axe du temps et commencer par les origines de l'indemnité pour tort moral (II.), pour ensuite cogiter autour de son avenir (III.).

⁹ SUGARMAN, p. 411.

¹⁰ ZWIEGERT/KÖTZ, p. 73.

¹¹ Pour une justification d'une méthode dialectique, argumentative (au moins en droit public) au lieu d'une analyse « neutre » partant de rapports nationaux : TSCHENTSCHER, p. 815 ss ; également contre l'application d'une méthode pré-définie : GLANERT, p. 81.

II. Les origines

La présente contribution se borne à relever deux éléments historiques dans le contexte actuel sans vouloir prétendre présenter un véritable aperçu historique des origines du tort moral. Il s'agit de la tarification des indemnités (A.) et de la séparation entre droit civil et droit pénal (B.). Enfin, et afin de rendre possible la transition vers l'avenir, les raisonnements juridiques selon lesquelles des dommages non-patrimoniaux sont indemnisés dans différents ordres juridiques seront présentés (C.).

A. La tarification

De manière générale, le droit de la responsabilité civile tire ses origines romaines et germaniques de la vengeance. Les premières interventions du pouvoir « étatique » ont eu pour but de limiter la vengeance entre autres¹² par l'introduction du principe du talion (un œil pour un œil). Par la suite, l'auteur d'un dommage a eu la possibilité et plus tard l'obligation de payer un certain montant à la victime (ou sa famille) pour échapper à la vengeance¹³. C'est dans ce contexte qu'on trouve pour la première fois des listes précises avec des blessures/atteintes et des montants que l'auteur devait payer à la victime.

A l'époque médiévale, le droit franconien et la loi salique ont prévu des montants précis pour les différents types de violation de l'intégrité physique. Ce paiement jouait à la fois le rôle d'une peine et d'une indemnisation. En effet, il paraît avoir été possible de distinguer dans les montants une partie dédiée à la compensation de la perte effective, une autre à la compensation du « *pretium doloris* » et une autre encore à une peine privée¹⁴. Dans certaines de ces lois, des tarifs détaillés établissaient pour chaque partie du corps une certaine somme à payer ; il y avait également des différences en fonction de l'âge, du sexe et de la position sociale de l'auteur et la victime¹⁵. Par la suite, dans un processus lent et hétérogène, marqué également par le développement du droit pénal (ci-dessous, B.), les tableaux ont été remplacés pour donner un rôle plus important au juge quant à la détermination du montant à payer¹⁶.

¹² Cf. EBERT, p. 16 et 28.

¹³ Cf. pour le droit romain : KASER / KNÜTEL, § 32 N 3 ss ; pour le droit germanique : VINEY, N 9.

¹⁴ VINEY, N 9 ; EBERT, p. 17 ss.

¹⁵ ADY, p. 10 ; EBERT, p. 18.

¹⁶ Cf. de manière très détaillée : EBERT, p. 32 ss.

En droit romain ancien, on trouve également des tarifs. Ainsi, la loi des XII Tables contenait des montants fixes pour différents types de blessures¹⁷. Avec la dévalorisation de l'argent, les montants prédéterminés n'ont toutefois plus constitué une sanction effective¹⁸. C'était la raison pour laquelle l'*actio iniuriarum* a été développé. Conçue pour des atteintes visibles à la personne en prévoyant le paiement d'un montant fixe, elle a par la suite été élargie pour comprendre des atteintes à la personne notamment par des paroles et pour permettre une compensation selon l'estimation du juge (*actio iniuriarum aestimatoria*)¹⁹. Elle avait ainsi pour but de donner satisfaction à la victime. Au moyen âge, l'*actio iniuriarum* a été utilisée pour permettre une compensation des atteintes à l'honneur qui n'avait pas causé de dommage matériel²⁰. Le droit romain a ainsi développé une action spéciale spécifiquement destinée à la compensation du seul fait d'avoir souffert une « injustice », un intérêt immatériel. Les atteintes à la personne ont ainsi été le premier terrain pour le développement d'une sorte de « tort moral ». Pour la *Lex Aquilia* par contre, texte fondamental pour le développement du droit de la responsabilité civile, c'était la réparation de la valeur réelle (sans égard à la valeur affective) qui était au premier plan²¹.

La tarification du droit romain et des droits médiévaux a un avantage peut-être déterminant pour son introduction : elle crée une sécurité juridique²² et favorise un règlement rapide du litige, ce qui est normalement dans l'intérêt des deux parties. La tarification est ainsi particulièrement importante lorsqu'une valeur financière est difficile à établir. Elle trouve donc de préférence application en cas de blessures qui, selon l'état de la médecine, ne peuvent pas être guéries, d'une part, et à des atteintes à l'honneur, d'autre part. Son rôle est cependant beaucoup moins important s'il s'agit de compenser un dommage matériel.

Enfin, il convient de relever que les tarifications anciennes ainsi que l'*actio iniuriarum* contenaient un élément pénal²³. La séparation entre droit civil et pénal n'intervenait que par la suite (cf. B.). La fixation d'un montant déterminé permet donc de combiner plusieurs finalités (réparation, satisfaction pour la victime, punition) sans nécessairement préciser le rapport / la proportion de l'une par rapport aux autres.

¹⁷ IMMENHAUSER, p. 111.

¹⁸ KASER / KNÜTEL, § 51, 20 ; ZIMMERMANN, Obligations, p. 1052.

¹⁹ ZIMMERMANN, Obligations, p. 1052 s ; KASER / KNÜTEL, § 51, N 21 ss ; EBERT, p. 38 ss.

²⁰ EBERT, p. 37 ss ; ZIMMERMANN, Obligations, p. 1062 ss.

²¹ Cf. à cet égard : WINIGER, p. 139 ss, notamment p. 150 ; PICHONNAZ, N 2427 ss ; IMMENHAUSER, p. 113.

²² Pour le droit romain : IMMENHAUSER, p. 111.

²³ Cf. EBERT, p. 41 et 43.

B. De la séparation entre droit civil et droit pénal

La séparation entre le droit civil et le droit pénal est déterminante dans le développement et l'interprétation du droit à une indemnité pour tort moral. Elle commence au Moyen âge par une division des indemnités : une partie du montant revient au Trésor public et l'autre à la victime. Par la suite, sous l'influence de l'église catholique, le droit pénal s'est développé de plus en plus avec ses propres caractéristiques²⁴. Par conséquent, les actions civiles à caractère punitif ont perdu en importance.

Par la suite, la doctrine du droit naturel a développé une théorie générale de la responsabilité civile, exigeant l'existence d'un dommage. Cela a eu des implications sur l'indemnité pour tort moral : selon plusieurs auteurs du XVIII^e siècle, il était exclu d'obtenir une indemnité pour des dommages non-économiques. Néanmoins, dans la pratique (au moins en Allemagne), en dépit de la position très critique dans la doctrine romaniste, des indemnités pour des « douleurs » ont apparemment été accordés. Les différentes sources font donc état de controverses entre une attitude relativement restrictive (notamment dans la doctrine) basée sur le droit romain (ou l'*actio injuriarum* est comprise comme action de nature pénale) et une attitude plus généreuse. Il paraît que vers la fin du XVIII^e siècle, une approche favorable à certaines actions pour des dommages non-économiques se dessine. Ce n'est qu'au XIX^e siècle qu'une approche plus restrictive a été retenue, notamment dans les droits germaniques²⁵.

C. La diversité actuelle dans le raisonnement juridique

La « confusion » de principe des XVIII^e et XIX^e siècles autour de la possibilité de compenser des dommages non-économiques s'est traduite dans la diversité actuelle des qualifications dogmatiques de l'indemnité pour tort moral en Europe. En faisant abstraction de certaines particularités nationales, il est possible d'identifier trois approches différentes :

- Une première approche consiste à ne pas faire de différence de principe entre le dommage immatériel et le dommage matériel. C'est notamment l'approche française. Cette attitude correspond à l'état de la discussion à la fin du XVIII^e siècle : « tout dommage peut faire l'objet d'une réparation ».

²⁴ EBERT, p. 25 ss et 50 ss ; ADY, p. 14 ss.

²⁵ Cf. pour tout le développement : EBERT, p. 62 ss, avec des références.

- Une deuxième approche consiste à établir une séparation de principe entre le dommage (purement patrimonial) et le tort moral (dommage non-patrimonial). Cette distinction se trouve dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse²⁶ ainsi que dans la doctrine anglaise²⁷. Elle est le plus prononcée en droit allemand, où le paragraphe § 253 BGB interdit toute compensation d'un dommage non-patrimonial sans base légale expresse; l'art. 2059 du *Codice civile* italien prévoit la même interdiction. Dans les deux cas, la jurisprudence, par contre, s'est montrée plus souple par rapport à cette interdiction²⁸.
- Une troisième approche consiste à prévoir, directement dans la loi, les différents préjudices qui peuvent faire l'objet de compensation sans faire une différence de principe entre le dommage matériel et le dommage immatériel. Ainsi, la loi suédoise sur la responsabilité civile (*Skadeståndslagen*²⁹: SkL) distingue dans les dispositions qui fondent la responsabilité entre le dommage à la personne et le dommage aux choses (1:1 SkL) et le dommage purement économique (1:2 SkL) ainsi que des atteintes pénalement répréhensibles à un certain nombre d'intérêts telles que l'intégrité physique, la liberté et la liberté sexuelle (*kränkning*, 1:3 SkL). Dans le cinquième chapitre, le législateur indique les chefs de préjudice qui peuvent être indemnisés: on trouve l'équivalent du tort moral d'une part dans les indemnités suite à un dommage à la personne (5:1 SkL) et d'autre part dans l'indemnité pour *kränkning* (5:6 SkL). La distinction selon les intérêts atteints existe aussi en droit suisse (art. 47 et 49 CO) et est souvent faite par des études académiques³⁰.

Cette première vue d'ensemble montre qu'il existe une pluralité d'approches légales, jurisprudentielles et doctrinales pour traiter les dommages non-patrimoniaux. Il convient toutefois de rappeler que les différences d'approche n'ont pas nécessairement un impact sur le montant d'une indemnité pour tort moral. C'est également pour cette raison que les fondements conceptuels n'auront probablement pas une influence déterminante sur l'avenir du tort moral. D'autres facteurs paraissent plus important à cet égard. Ils seront traités par la suite (III.).

²⁶ P. ex. ATF 126 III 388, c. 11; cf. également ATF 134 III 97, c. 4.2.

²⁷ P. ex. MCGREGOR, Book One, Part One qui distingue entre « pecuniary losses » et « non-pecuniary losses ».

²⁸ Cf. COMANDÉ, p. 9 s.

²⁹ SFS 1972:207.

³⁰ P. ex. ROGERS, p. 246.

III. Quel avenir?

S'il est impossible de prédire l'avenir, l'observation du présent permet tout de même de dégager quelques tendances actuelles qui auront d'une manière ou d'une autre un impact sur le futur. Deux tendances opposées paraissent particulièrement importantes: tout d'abord, une tendance vers une objectivation de l'indemnité pour tort moral, notamment dans le contexte des dommages corporels (A.), ensuite, et en dépit du premier développement, la persistance de plusieurs éléments de flexibilité (B.). En raison de la situation en Suisse, il convient d'analyser également l'impact sur l'indemnité pour tort moral des systèmes de compensation autres que le droit de la responsabilité civile (C.).

A. L'objectivation de l'indemnité

Un dommage non-patrimonial n'a par définition pas de valeur économique: la tâche du juge s'agissant de la détermination d'une compensation monétaire est donc une mission impossible³¹. Si l'appréciation du tort moral résulte de l'appréciation individuelle du juge, le principe de l'égalité exige une certaine cohérence³². Ce besoin se traduit par une tendance vers une objectivation des indemnités dans tous les systèmes européens analysés. Cette tendance peut toutefois prendre des formes très diverses qui sont souvent combinées. En faisant abstraction des différentes approches nationales³³, il est possible de déterminer les montants par référence au législateur ou à la jurisprudence (1.), de confier la détermination des montants à des institutions spécialisées (2.) ou de créer des classifications et catégories avec des références souvent médicales (3.).

1. *La détermination des montants par référence au législateur ou à la jurisprudence*

La forme extrême d'objectivation consiste à prescrire le montant dû directement dans la loi. C'est l'approche choisie par le législateur tchèque dans certains cas³⁴. En Suisse, par contre, la pratique suit une approche plutôt

³¹ Pour beaucoup: WERRO, Responsabilité civile, N 1345.

³² Cf. à ce sujet, notamment par rapport au manque de cohérence de l'appréciation par les juristes aux Etats-Unis: NIEMEYER, p. 1401 ss.

³³ Cf. à cet égard COMANDÉ, p. 5 ss, qui distingue entre l'approche anglaise et allemande de tableaux descriptifs et l'approche française et italienne des barèmes.

³⁴ ZIMMERMANN, Comparative Report, N 8; HRÁDEK / TICHÝ, N 10, art. 444(3) Code civil.

minimale: c'est par le biais de compilations privées de la jurisprudence que les professionnels du droit peuvent comparer les montants des différentes décisions³⁵. La même approche est suivie ailleurs, par exemple en Allemagne³⁶. En effet, les compilations privées peuvent avoir un impact important sur la jurisprudence.

En droit anglais et irlandais, au moins dans le domaine des atteintes à l'intégrité corporelle (*physical injuries*), la tendance vers l'objectivation va plus loin en raison du caractère officiel de la compilation de jurisprudence. C'est l'organe indépendant responsable de la formation des juges, le *Judicial College* (en Irlande du nord le *Judicial Studies Board*) qui publie depuis 1992 des « *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases* »³⁷. Les directives ne sont pas contraignantes; elles reflètent en principe la pratique judiciaire et devraient ainsi faciliter l'analyse de la jurisprudence³⁸. Toutefois, contrairement à l'approche typique de l'analyse de jurisprudence dans la *common law*, les directives ne décrivent pas les décisions sur lesquelles elles se basent et n'en donnent pas les circonstances précises. Il s'agit simplement d'une énumération et description d'un grand nombre de blessures différentes, allant des *injuries involving paralysis* en passant par *psychiatric damage*, les *facial injuries* jusqu'au *damage to hair*, la dermatite, et des *minor injuries*. Pour chaque blessure, les directives indiquent une fourchette ainsi qu'un descriptif de la situation et des facteurs qui peuvent avoir un impact sur le montant. Pour les dommages graves du cerveau, on y trouve par exemple le degré de discernement, l'espérance de vie et le degré de limitation physique³⁹. Il s'agit donc d'une description plus concise si on la compare aux collections privées suisses. Il faut également relever que les directives (et la pratique) ne font pas de différence entre *pain and suffering* et *loss of amenities* en dépit de l'importance conceptuelle des deux catégories⁴⁰.

³⁵ Cf. p. ex. HÜTTE/DUCKSCH/GUERRERO; pour le rôle des collections, cf. WERRO, Responsabilité civile, N 1347.

³⁶ Cf. p. ex. PARDEY, § 7 N 54 ss; Münch-Komm-OETKER, N 37 ad § 253; cf. également COMANDÉ, p. 7 s. et KARAPANOU/VISSCHER, p. 56 ss, avec des références au droit allemand et néerlandais.

³⁷ The Judicial Studies Board for Northern Ireland, *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases in Northern Ireland*, 4^e édition mars 2013, disponible sous www.jsbni.com/Publications/personal-injury-guide/Documents/Green%20Book.pdf (02.04.2013); Judicial College, *Guidelines for the Assessment of General Damages in personal Injury Cases*, 11th édition, Oxford (Oxford University Press) 2012.

³⁸ LORD DONALDSON OF LYMINGTON, p. ix.

³⁹ Judicial College, *Guidelines for the Assessment of General Damages in personal Injury Cases*, 11th édition, Oxford (Oxford University Press) 2012 p. 5 s.

⁴⁰ Critique par rapport à l'utilité des deux catégories: BARRIE, N 22.02; cf. également MCGREGOR, N 3-003 s.: «As is normal, a single assessment is made to cover both matters».

2. Les institutions spécialisées

Un autre facteur d'objectivation des indemnités est la création d'institutions spécialisées pour établir les dommages-intérêts, y compris les indemnités pour des dommages non-économiques. Il est possible de distinguer une institutionnalisation officielle d'une institutionnalisation non-officielle. Pour la première, c'est la République d'Irlande qui fournit un exemple. Le « *Personal Injury Assessment Board* », établi par le *Personal Injuries Assessment Board Act 2003*, a la tâche d'analyser les dommages-intérêts. Il s'agit dans la majorité des cas d'un passage obligé : la victime doit, en règle générale, d'abord contacter le *Board* avant de pouvoir saisir la justice. Avec l'accord de l'autre partie, le *Board* établit une estimation des dommages qui peut être acceptée par les parties. Si elle ne l'est pas, l'autorité judiciaire sera saisie⁴¹. En ce qui concerne les montants pour tort moral, le *Board* a établi un « *Book of Quantum* » qui indique une fourchette des montants par partie du corps touchée (cf. également 1.)⁴².

La deuxième forme d'institutionnalisation est le recours volontaire par la jurisprudence à des institutions spécialisées. Ainsi, la jurisprudence suédoise se réfère en règle générale aux tableaux publiés par le *Trafikskadenämnd*. Il s'agit d'une institution étatique créée dans le contexte des accidents de la circulation routière qui propose une indemnisation aux compagnies d'assurance. Le *Trafikskadenämnd* n'émet qu'une recommandation : aussi bien la victime que la compagnie d'assurance peut saisir le juge et demander la fixation de l'indemnité. C'est pourtant relativement rare. En pratique, le *Trafikskadenämnd* a publié des tableaux qui sont souvent utilisés également par la jurisprudence. Pour les indemnités suite à des atteintes à l'intégrité sexuelle, la jurisprudence se réfère de règle générale aux montants établis par l'autorité d'aide aux victimes (*brottsoffermyndigheten* ; cf. à ce sujet *infra*, C.)⁴³.

3. Les nomenclatures

Une dernière approche qui mène à une objectivation est la division de l'indemnité en sous-catégories⁴⁴. Ce « saucissonnage » est pratiqué par exemple en Suède ou en France. Pour le droit français (plus facilement accessible) où le droit des dommages corporels est en pleine évolution⁴⁵, nous nous bornons à

⁴¹ QUIGLEY/BINCHY, p. 1 ss.

⁴² Voir www.injuriesboard.ie/eng/Estimator/.

⁴³ Cf. FRIBERG et SCHULZ ; pour la pratique, cp. *Brottsoffermyndigheten, Brottsoffermyndighetens Referatsamling* 2012, Stockholm (Fritzes) 2011, disponible sous www.brottsoffermyndigheten.se/Filer/Referatsamling/Aktuell%20upplaga/Referatsamling%202012.pdf, p. 15 ss.

⁴⁴ Cf. à cet égard : BOURDOISEAU, p. 97 ss.

⁴⁵ Pour une vue d'ensemble, cf. LAMBERT-FAIVRE/PORCHY-SIMON, N 40 ss.

relever la nomenclature Dintilhac, établie selon le rapport d'un groupe de travail publié en 2005⁴⁶ qui est devenu aujourd'hui un outil de référence (certes non-obligatoire) en matière civile⁴⁷. Selon la nomenclature Dintilhac, il faut distinguer trois types de préjudices extrapatrimoniaux : les préjudices temporaires, permanents et évolutifs. Les préjudices extrapatrimoniaux temporaires comprennent le déficit fonctionnel temporaire (on retrouve ici le temps d'hospitalisation, on ajoute la gêne temporaire et notamment la privation temporaire des activités privées, la perte temporaire des activités de loisirs et le préjudice sexuel temporaire), les souffrances endurées et le préjudice esthétique temporaire ; les préjudices extrapatrimoniaux permanents sont composés du déficit fonctionnel permanent (l'atteinte aux fonctions physiologiques, les douleurs postérieures à la consolidation, la perte générale de la qualité de vie), du préjudice d'agrément, du préjudice sexuel, du préjudice esthétique ainsi que du préjudice d'établissement. Le préjudice non-économique évolutif concerne notamment le préjudice résultant de la connaissance de la contamination par le virus du SIDA ou l'hépatite C. Le calcul pour chaque indemnité s'effectue de façon différente. Très souvent, une classification médicale est nécessaire : c'est par exemple le médecin qui évalue les souffrances endurées ou le préjudice esthétique sur la base d'une échelle entre 1 à 7⁴⁸. Les montants sont par la suite déterminés à l'aide d'un barème.

En droit suédois, comme indiqué ci-dessus (I., C.), la réparation du préjudice non-économique fait partie des préjudices réparables en cas de dommage à la personne. La loi mentionne trois types de préjudice : les souffrances temporaires (*sveda och värk*), le préjudice permanent (*lite och men*) et, enfin, les autres inconvénients (5:1 chiffre 3 SkL). Comme indiqué ci-dessus, ce sont les tableaux du *Trafikskadenämnd* qui précisent les montants pour une grande partie de cas. Ainsi, pour les souffrances temporaires (*sveda och värk*), une indemnité mensuelle est prévue pour la durée du séjour à l'hôpital ou pour la durée d'un autre traitement. Le montant de l'indemnité mensuelle est moins important après un séjour de six mois et encore une fois pour la période qui dépasse l'année ; elle varie également en fonction de la gravité du dommage. Enfin, une augmentation entre 10 à 50% est possible en fonction de circonstances particulières (séjour en unité de soins intensifs, restrictions de mobilité, etc.)⁴⁹. Pour le préjudice permanent, il existe une série de tableaux en

⁴⁶ Disponible sous www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217/0000.pdf.

⁴⁷ Cf. pour la nomenclature différente en droit administratif : LAMBERT-FAIVRE/PORCHY-SIMON, N 43 et 127.

⁴⁸ Cf. par rapport à l'expertise médicale : LAMBERT-FAIVRE/PORCHY-SIMON, N 56 ss, notamment N 63, et N 171 et 182.

⁴⁹ Pour tout, *Trafikskadenämnden, Hjälpställ 2013 för bestämmande av ersättning för sveda och värk*, Annexe 1 au Cirkulär nr. 2-2013, disponible sous www.trafikskadenamnden.se/upload/Ersattningstabeller/2013/Sveda%20och%20värk%201.pdf.

fonction du degré d'invalidité et de l'âge de la victime. De plus, des tableaux particuliers existent pour les amputations et les défigurations⁵⁰. Enfin, une liste spécifique contient des montants pour des types de dommage spéciaux (*särskilda skadetyper*) tels que la perte de la vue ou la perte d'une dent⁵¹. Sans entrer plus profondément dans les complexités de leur application, l'existence des tableaux indique une approche semblable à celle utilisée en France. Le nombre des catégories, l'approche plus ou moins schématique et le rôle des experts constituent néanmoins des différences importantes entre ces deux ordres juridiques.

B. La flexibilité

S'il est possible de constater une tendance vers l'objectivation des indemnités pour tort moral suite aux dommages corporels, les différents ordres juridiques font également état d'un besoin de maintenir la flexibilité. Ainsi, dans aucun ordre juridique le besoin d'objectivation ne se traduit par une standardisation complète. Le juge garde partout un pouvoir d'appréciation souverain, même si l'étendue et l'exercice effectif de ce pouvoir varient de manière considérable entre les ordres juridiques et les types d'atteinte. Les indemnités pour compenser un préjudice extrapatrimonial suite à un dommage corporel sont souvent relativement standardisés alors que dans d'autres domaines tels que la protection de la sphère privée, cette tendance intervient beaucoup moins⁵². Le degré de familiarisation d'un ordre juridique avec une certaine indemnité pourrait expliquer des différences sans pour autant fournir la seule raison. Une standardisation est ainsi plus probable pour les préjudices extrapatrimoniaux qui font régulièrement l'objet de réparation dans un ordre juridique donné alors qu'une normalisation est peu probable pour les préjudices qui ne sont qu'exceptionnellement compensés.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme fournit un exemple d'une flexibilité accrue dans le domaine des dommages corporels. L'art. 41 de la Convention prévoit un droit à une « satisfaction équitable » si une violation ne peut pas être réparée autrement. Les montants varient de manière considérable : dans des cas de violation du droit à la vie, les indemnités varient par exemple entre 7800 Euro et 135 000 Euro ; et il est souvent difficile d'identifier les raisons des différences qui, par conséquent, paraissent souvent peu rationnelles⁵³. L'inexpérience relative de la Cour par rapport à

⁵⁰ Tableau 5 et 6, annexes à Trafikskadenämnden, *Hjälptabell 2013*, cit.

⁵¹ Trafikskadenämnden, *Hjälptabell 2013*, cit.

⁵² Cp. ROGERS, p. 279 ss.

⁵³ BRUCKMANN, p. 130 ss, notamment p. 134.

l'allocation des indemnités pour tort moral pourrait expliquer ce phénomène dans une certaine mesure, d'autres explications restant sans doute également importantes. On pourrait notamment penser aux compositions de la Cour, représentant des traditions juridiques différentes, ou encore à une volonté accrue de flexibilité d'une instance supranationale qui applique un concept lié à l'équité dans des situations nationales très divergentes.

La volonté de garder la flexibilité est par ailleurs étroitement liée à la fonction judiciaire elle-même. Le juge étant appelé avant tout à résoudre des cas individuels, il ne saura pas abandonner la possibilité de prendre en considérations les circonstances particulières. C'est en particulier cette capacité qui le distingue du législateur et qui est essentielle dans tout ordre juridique, puisqu'il est impossible de prévoir toutes les situations possibles dans la loi. La flexibilité ne saurait ainsi être abandonnée, au moins aussi longtemps que le pouvoir de fixer l'indemnité est attribué à une instance judiciaire. Tout au contraire, c'est particulièrement dans des situations donnant lieu à des indemnités pour préjudices non-économiques qui sont de par nature indéterminées voire indéterminables que les juges auront un intérêt de garder la porte ouverte pour prendre en compte les circonstances particulières. C'est peut-être une raison de la réticence des juges à parler de « standardisation » dans le domaine des indemnités pour tort moral⁵⁴.

Il convient de revenir sur les variations de la flexibilité entre les différents pays et domaines. Les ordres juridiques qui sont plus revendicateur de flexibilité ou plus réticent à la standardisation admettent (ouvertement) l'importance, lors de la fixation de l'indemnité, de facteurs tels que le gain et la faute de l'auteur. La question est liée entre autres à la finalité de l'indemnité. La majeure partie des ordres juridiques considère que l'indemnité pour tort moral a une fonction purement compensatrice. Dans ce cas, la faute devrait être prise en compte uniquement si elle « a significativement contribué au grief de la victime. »⁵⁵ L'appréciation concrète paraît cependant difficile, et selon plusieurs auteurs, le besoin de satisfaction voire de vengeance de la victime joue un rôle⁵⁶. Dans ce contexte, un juge peut facilement se laisser influencer – de manière consciente ou subconsciente – par des considérations d'ordre quasiment punitif. De même, le fait qu'un auteur ait obtenu un profit considérable par l'acte dommageable pourrait avoir un impact sur la souffrance psychique de la victime et sur la décision du juge. C'est ainsi que l'indemnité pour tort moral est à la croisée des chemins de plusieurs institutions juridiques.

⁵⁴ Cf. à cet égard PELET, dans ce volume.

⁵⁵ Principes de droit européen de la responsabilité civile, 10:301 (2), disponible sous www.egtl.org/.

⁵⁶ Cf. GADIDZIK, p. 79.

C. L'influence des autres systèmes de compensation

L'impact des différents systèmes de compensation sur le droit de la responsabilité civile en général est considérable, et il n'est pas possible ici de traiter tous les aspects de cette question⁵⁷. Le rapport entre les assurances / la sécurité sociale et l'indemnité pour tort moral sera ainsi exclu de la présente analyse. Cependant, quelques observations par rapport au rôle de la protection des victimes si importante en Suisse s'imposent.

Dans l'Union européenne, la protection des victimes fait l'objet de tentatives d'harmonisation comme le montrent la décision-cadre du Conseil relative au statut des victimes⁵⁸ et surtout la directive 2004/80/CE du 24 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité. Une révision des exigences européennes est en préparation en raison des disparités jugées trop importantes⁵⁹. Les deux instruments reconnaissent le droit des victimes d'obtenir « une indemnisation juste et appropriée »⁶⁰. C'est ainsi que tous les Etats-membres à l'exception de la Grèce connaissent des systèmes d'indemnisation des victimes. Selon une étude empirique effectuée sur demande de la Commission européenne, la majorité des systèmes nationaux couvrent les préjudices moraux et prévoient une limite maximale de l'indemnité, alors que seulement une minorité des Etats (9 sur 26) paraît appliquer des barèmes⁶¹. Il y a donc une disparité considérable des systèmes⁶².

En raison des disparités de systèmes, il n'est guère surprenant que l'impact des mécanismes de protection de victimes sur les indemnités pour tort moral varie également. Ainsi, le droit suédois fait état d'un lien relativement étroit: comme déjà relevé ci-dessus (A.), les indemnités accordés à des victimes de violences sexuelles par l'autorité suédoise d'aide aux vic-

⁵⁷ Cf. à cet égard VAN BOOM, Willem H. & FAURE, Michael (éds.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Vienne/New York (Springer) 2007.

⁵⁸ Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (2001/220/JAI), Art. 9.

⁵⁹ Communication du 18.05.2011 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Renforcer les droits des victimes dans l'Union européenne, COM(2011) 274 final.

⁶⁰ Journal officiel n° L 261 du 06/08/2004 p. 0015-0018, Art. 12 (2).

⁶¹ Rapport du 20.04.2009 de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2004/80/CE du Conseil relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, COM(2009) 170 final, p. 9; MATRIX INSIGHT / EUROPEAN COMMISSION, p. 23; la question telle qu'elle est posée ne semble pourtant pas viser les indemnités pour tort moral, p. 82.

⁶² Communication du 18.05.2011 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Renforcer les droits des victimes dans l'Union européenne, COM(2011) 274 final, p. 4.

times (*Brottsoffermyndigheten*) qui sont publiées annuellement⁶³ sert de ligne directrice pour les tribunaux civils lors de l'allocation des indemnités. Dans d'autres systèmes, par contre, un tel lien n'existe pas. L'absence de lien peut être due au fait que le système de protection des victimes ne prévoit pas d'indemnité pour tort moral tel qu'en Allemagne⁶⁴. Une autre raison pourrait résider dans des montants relativement modestes et schématiques de l'indemnité attribués aux victimes dans le cadre pénal tel que prévu au Royaume Uni⁶⁵. Le plus souvent, l'absence de lien entre l'indemnité pour tort moral et la protection des victimes peut s'expliquer par l'existence d'un autre système officiel de référence. En Suède, c'est ainsi que l'institution plus récente de l'autorité de protection des victimes de crimes n'intervient que dans le domaine qui n'est pas couvert par le *trafikskadenämnd*, i.e. dans les cas où il ne s'agit pas d'atteintes pouvant faire l'objet d'un accident de voitures.

En conclusion, hormis les assurances et la sécurité sociale, les autres systèmes de compensation jouent un rôle important dans la fixation de l'indemnité pour tort moral dans les cas où un besoin d'objectivation est ressenti par les tribunaux et aucun autre mécanisme (préexistant) ne répond à ce besoin. C'est ainsi que le système très développé en France ou les Directives officielles anglaises rendent superflu le recours à d'autres systèmes de compensation.

IV. Conclusion

Dans le passé et le présent, le développement du tort moral est marqué en Europe par deux tendances opposées : la volonté d'objectivité, de cohérence et de prédictibilité, d'une part, et le besoin de flexibilité, d'autre part. Il reflète ainsi de manière exceptionnellement claire le dilemme de tout ordre juridique entre sécurité juridique et équité individuelle. Si les tarifications anciennes ont été remplacées par des clauses de responsabilité flexibles, cette flexibilité paraît difficile à gérer dans la mesure où elle n'a pas de limite chiffrée telle que la valeur marchande d'un bien à compenser. C'est ainsi qu'on assiste aujourd'hui à une sorte de réintroduction d'une variété de barèmes ou de tarifs dans le domaine des indemnités pour tort moral. Ce n'est pourtant

⁶³ Brottsoffermyndigheten, *Brottsoffermyndighetens Referatsamling 2012*, Stockholm (Fritzes) 2011, disponible sous www.brottsoffermyndigheten.se/Filer/Referatsamling/Aktuell%20upplaga/Referatsamling%202012.pdf, p. 15 ss.

⁶⁴ § 1 Opferentschädigungsgesetz (selon *Bekanntmachung* du 7 janvier 1985, BGBl. I p. 1, tel que modifié en dernier par l'art. 3 de la Loi du 20 juin 2011, BGBl. I s. 1114), qui se réfère à § 9 Bundesversorgungsgesetz (selon *Bekanntmachung* du 22 janvier 1985, BGBl. I s. 21, tel que modifié en dernier par l'art. 1 de l'Ordonnance du 21 juin 2012, BGBl. I s. 1391).

⁶⁵ Ministry of Justice, *The Criminal Injuries Compensation Scheme 2012*, présenté au parlement selon le Criminal Injuries Compensation Act 1995, notamment Annexe A pour les tarifs.

pas un développement circulaire: le développement actuel est toujours accompagné d'éléments de flexibilité. Cette flexibilité peut être fondée dans le tarif lui-même (indication de fourchettes, pouvoir d'appréciation médical) et elle se traduit toujours (au moins) par une force non-obligatoire des barèmes qui donne le dernier mot au juge.

La tendance vers l'abstraction et l'objectivation prend des formes différentes d'un ordre juridique à l'autre. De plus, et surtout, elle varie entre les différents types de dommage. Ainsi, l'objectivation est relativement avancée dans le domaine des dommages corporels. Dans d'autres domaines tels que les atteintes à la sphère privée, cette tendance est (encore ?) beaucoup moins prononcée. Face à cette différence, il est surprenant que les tribunaux paraissent relativement réticents lors de la fixation de l'indemnité à considérer (ou au moins à se référer de manière explicite à) des montants alloués pour d'autres dommages. A mon avis, une telle comparaison serait favorable à l'équité en général. Il paraît, cependant, que les tribunaux sont réticents à comparer les souffrances suite à un dommage corporel au préjudice ressenti par la publication d'images de la sphère privée⁶⁶.

Une question fondamentale n'a pas été abordée par la présente analyse, et il y a lieu d'expliquer ce silence en guise de conclusion. Il s'agit de la question de savoir si on assiste à une explosion des indemnités pour tort moral. A mon avis, il n'est pas possible de constater une tendance générale indiquant une véritable explosion des montants attribués d'où le silence (qualifié) sur ce sujet. S'il est vrai que, dans la plupart des ordres juridiques⁶⁷ tels qu'en droit anglais, on assiste à une augmentation des montants attribués, cela n'est pas partout le cas, comme le montre l'identité des montants dans les tableaux suédois des dernières années. De plus, l'augmentation intervient souvent de manière contrôlée. Dans le cas du droit anglais où l'augmentation prend actuellement une dimension importante (augmentation de 10%), ce développement intervient suite à une analyse des coûts de la procédure civile qui a aussi recommandé entre autres un tel changement⁶⁸.

S'il n'y a donc, selon notre analyse (toutefois limitée), pas lieu d'admettre une tendance générale d'explosion des montants alloués, il paraît possible que la compensation d'un préjudice extrapatrimonial soit accordée dans de

⁶⁶ Cp. ROGERS, p. 295: «there must be at least some reasonable relationship between the sums awarded in these cases and those given for personal injuries».

⁶⁷ Pour l'augmentation modérée en France, cf. LAMBERT-FAIVRE/PORCHY-SIMON, p. 207, avec des références à des statistiques des assurances; pour l'Allemagne: LUCKEY, p. 65 ss.

⁶⁸ L'augmentation a été décidée par la Court of Appeal le 26.07.2012 dans *Simmons v. Castle* [2012] EWCA Civ 1039, disponible sous www.judiciary.gov.uk/JCO%2fDocuments%2fJudgments%2fsimmons-v-castle.pdf; elle fait suite au rapport de LORD JUSTICE JACKSON, Review of Civil Litigation Costs, cf. par rapport à l'augmentation de 10%: LORD JUSTICE JACKSON, Why Ten Percent?

plus en plus de situations. L'indemnité pour des vacances gâchées, imposée en Europe par la CJCE⁶⁹ dans le cadre de la Directive européenne sur les voyages de forfaits⁷⁰, en est un signe, peut-être précurseur⁷¹, et cela en dépit du fait que la proposition de la Commission européenne relatif à un droit commun européen de la vente⁷² semble plus restrictive⁷³.

V. Bibliographie

ADY Johannes, *Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbussen*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2004.

BARRIE Peter, *Personal Injury Law. Liability, Compensation, and Procedure*, Oxford (Oxford University Press) 2005.

VON BAR Christian, «Schmerzensgeld in Europa», in Ahrens et al. (éds), *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich (Carl Heymanns Verlag) 1999, p. 29 ss.

BOURDOISEAU Julien, «La rationalisation de la compensation du dommage corporel», in Pierre/Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles (Larcier) 2012, p. 97 ss.

BRUCKMANN Gabriele, *Was kostet ein Menschenleben? Ein Vergleich der Schadensersatzurteile des Europäischen und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach der Verletzung des Rechts auf Leben*, Francfort (Peter Lang) 2009.

COMANDÉ Giovanni, «Doing away with inequality in loss of enjoyment of life», *Opinio Juris in Comparatione* 2009/2, disponible sous <http://liderlab.ssup.it/opinio>.

⁶⁹ C-168/00, Rec. 2002-2631, *Simone Leitner / TUI Deutschland GmbH & Co. KG*.

⁷⁰ Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

⁷¹ Cf. pour une analyse approfondie des développements européens : WERRO, dans ce volume.

⁷² Proposition de Règlement du Parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011, COM(2011)635 final, notamment Article 2 (c) : « «préjudice» : le préjudice économique et le préjudice non économique tel que la douleur et la souffrance, qui exclut d'autres formes de dommage non économique comme la détérioration de la qualité de vie et la privation de jouissance ; ».

⁷³ Voir notamment les critiques à cet égard : KOCH, p. 226 ss ; REMIEN, p. 506 ss ; KIENINGER, p. 216 ss, qui est favorable à une approche restrictive, mais critique par rapport à la formulation.

- DONALDSON OF LYMINGTON Lord, «Foreword to the First Edition», in Judicial College, *Guidelines for the Assessment of General Damages in personal Injury Cases*, 11th edition, Oxford (Oxford University Press) 2012.
- EBERT Ina, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2004.
- FRIBERG Sandra, *Kränkningersättning: Skadestånd för kränkning genom brott*, Uppsala 2010.
- GAIDZIK, PETER W., «Schmerzensgeld – ein internationaler Vergleich», in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V./ Ratajczak/Stegers (éds), *Arzthaftungsrecht – Rechtspraxis und Perspektiven*, Berlin/Heidelberg/New York (Springer) 2006, p. 77 ss.
- GARDNER Daniel, «L'indemnisation du préjudice corporel dans les juridictions de tradition civiliste», in Société de législation comparée (éd.), *Travaux de l'Association Henri Capitant. L'indemnisation*, Journées Québécoises, Tome LIV/2004, Paris 2008 p. 481 ss.
- GLANERT Simone, «Method ?», in Montaneri (éd.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham/Northampton (Edward Elgar) 2012, p. 61 ss.
- HÜTTE Klaus / DUCKSCH Petra / GUERRERO Kayum, *Die Genugtuung. Eine tabellarische Übersicht über Gerichtsentscheide*, 3^e édition avec compléments, Zurich 2005.
- IMMENHAUSER Martin, *Das Dogma von Vertrag und Delikt. Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung*, Cologne/Weimar/Vienne (Böhlau) 2006.
- JACKSON Lord Justice, *Review of Civil Litigation Costs*, 01.12.2009, disponible sous www.judiciary.gov.uk/JCO%2fDocuments%2fReports%2fjackson-final-report-140110.pdf.
- JACKSON Lord Justice, *Why Ten Percent ?*, Tenth Lecture in the Implementation Programme, disponible sous www.judiciary.gov.uk/JCO%2fDocuments%2fSpeeches%2flj-jackson-speech-why-ten-percent-29022012a.pdf.
- KARAPANOU Vaia / VISSCHER Louis, «Towards a Better assessment of Pain and Suffering Damages», (2010) 1 *Journal of European Tort Law* 48, p. 56 ss.
- KASER Max / KNÜTEL Rolf, *Römisches Privatrecht*, 17^e édition, Munich 2003.
- KIENINGER, Eva-Maria, «Allgemeines Leistungsstörungenrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», in: Schulte-Nölke et al. (éds), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Munich (sellier) 2012, p. 205 ss.

- KOCH Bernhard A., «Schadensersatz und Rückabwicklung (Teile VI und VII CESL-Entwurf)», in: Wendehorst & Zöchling-Jud (éds), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11. 10. 2011*, Vienne (Manz) 2012, p. 225 ss.
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne / PORCHY-SIMON Stéphanie, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 7^e édition, Paris (Dalloz) 2011.
- LUCKEY Jan, «Schmerzensgeld in Deutschland – Tendenzen in der Rechtsprechung», in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V./ Ratajczak/Stegers (éds), *Arzthaftungsrecht – Rechtspraxis und Perspektiven*, Berlin/Heidelberg/New York (Springer) 2006, p. 49 ss.
- MATRIX INSIGHT / EUROPEAN COMMISSION, *The application of Directive 2004/80 relating to compensation to crime victims, Empirical Report*, 12.12.2008, disponible sous http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study_application_directive_compensation_final_report_en.pdf.
- MCGREGOR Harvey, *McGregor on Damages*, 18^e édition, Londres (Sweet & Maxwell) 2009.
- MCINTOSH David & HOLMES, Marjorie (éds), *Personal Injury Awards in EU and EFTA Countries*, La Haye/Londres/New York (Kluwer) 2003.
- NIEMEYER Paul V., «Awards for Pain and Suffering: The Irrational Centerpiece of our Tort System», 90 *Vanderbilt Law Review* (2004), p. 1401 ss.
- OETKER Hartmut, «§ 253», in Gottwald et al. (éds), *MünchKommBZBGB zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, Munich (Beck) 2012.
- PARDEY Frank, «Schmerzensgeld (Nichtvermögensschäden)», in Haag (éd.), *Geigel. Der Haftpflichtprozess*, 26^e édition, Munich (Beck) 2011.
- PICHONNAZ Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, Genève/Zurich/Bâle 2008.
- PIERRE, Philippe, «La mise en œuvre de la réparation intégrale» in: Pierre/Leduc (dir.), *La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux*, Bruxelles (Larcier) 2012, p. 43 ss.
- QUIGLEY, Paul / BINCHY, William, «Navigating the PIAB Procedure», in Quigley / Binchy (éds), *The Personal Injuries Assessment Board: Implications for Legal Practice*, Dublin (FirstLaw) 2004, p. 1 ss.
- REMIEN Oliver, «Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht», in: Schmidt-Kessel (éd.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, Munich (sellier) 2012, p. 307 ss.

- ROGERS, W.V. Horton, «Comparative Report of a Project Carried Out by the European Centre for Tort and Insurance Law», in Rogers/Koziol (éds), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Vienne/New York (Springer) 2001, p. 245 ss.
- SCHULTZ Mårten, *Kränkning: studier i skadeståndsrättslig argumentation*, Stockholm (Jure) 2008.
- SUGARMAN, Steven, «A Comparative Law Look at Pain and Suffering Awards», 55 *De Paul Law Review* (Chicago) (2005-2006), p. 399 ss.
- TSCHECHSCHER Axel, «Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht», *JuristenZeitung* (Tübingen) 2007, p. 807 ss.
- VAN BOOM Willem H. & FAURE Michael (éds), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Vienne/New York (Springer) 2007.
- VINEY Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, 2^e édition, Paris (LGDJ) 1995.
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^e édition, Berne 2011.
- WINIGER Bénédict, *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum Iniuria Datum*, Genève 1997.
- ZIMMERMANN Reinhard, «Comparative Report (Categories 11-13)», in Winiger et al. (éds), *Digest of European Tort Law. Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlin, Boston (De Gruyter) 2011, p. 706 ss.
- ZIMMERMANN Reinhard, *The Law Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford (Oxford University Press) 1996.
- ZWEIGERT, Konrad / KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e édition, Tübingen (Mohr Siebeck) 1996.

Le tort moral en cas de violation d'un contrat

FRANZ WERRO*

Table des matières

I.	Introduction	56
II.	Un état des lieux	57
A.	La conception classique du tort moral	57
1.	La notion de préjudice	57
2.	Une conception restrictive	58
B.	Les nouveaux développements	59
1.	La réparation du tort moral pour la perte ou la blessure d'un animal	59
a)	Un nouveau droit	59
b)	Les nouvelles perspectives	60
2.	Les vacances gâchées et l'avènement du «petit» tort moral	61
a)	Le «petit» tort moral	61
b)	Le fondement et les applications du «petit» tort moral	62
III.	Le tort moral en cas de violation du contrat	64
A.	Le fondement de l'obligation de réparer le tort moral	64
B.	La jurisprudence du Tribunal fédéral	65
1.	L'octroi d'une indemnité pour atteinte aux droits de la personnalité	66
2.	Le refus du tort moral en l'absence d'une atteinte grave aux droits de la personnalité	67
3.	Le refus d'une indemnité malgré un mandat confié pour la sauvegarde d'un intérêt d'affection	68
C.	Deux arrêts anglais pour compléter l'analyse	71
1.	Le tort moral consécutif à la vue de la perte accidentelle de sa maison	71
2.	Le tort moral comme sanction de la violation d'un contrat en l'absence d'une perte patrimoniale	72
IV.	Conclusion	73
V.	Bibliographie	75

* Professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, Washington, DC. L'auteur remercie Madame Jessica Mabillard, assistante à la Faculté de droit de Fribourg, de l'aide précieuse apportée dans la mise au point de ce texte.

I. Introduction

La présente contribution porte sur la question de savoir si, comme telle, la violation d'un contrat peut donner lieu à une indemnité pour tort moral. Elle aborde également celle de savoir si la perte d'une chose ayant une valeur affective peut fonder l'obligation du responsable de payer une indemnité pour tort moral. A première vue, les réponses sont claires. Il n'y en principe de réparation pour tort moral en cas de violation du contrat que lorsque celle-ci constitue en même temps une atteinte illicite aux droits de la personnalité de la victime, tels qu'ils sont définis aux art. 47 ou 49 CO (cf. art. 99 al. 3 CO)¹. Quant à la perte d'une chose ayant une valeur affective pour son propriétaire, elle n'a jamais donné lieu à une indemnité pour tort moral, même si le Tribunal fédéral a admis le principe de cette indemnité.

L'apparente clarté de la première réponse et l'absence de jugement sur la seconde ne doivent pas faire illusion. Les développements récents de la jurisprudence et de la législation ont changé la donne et ils invitent à revisiter la matière et à s'interroger sur la cohérence des solutions admises. On peut en signaler essentiellement deux. Le premier résulte de la jurisprudence européenne, applicable en Suisse, qui a reconnu un droit à l'indemnisation de la diminution du bien-être par suite de vacances gâchées². Cette perte est comprise dans la notion du dommage de la Loi sur les voyages à forfait (LVF) et une indemnité est due en cas de manquement du voyageur, indépendamment d'une atteinte aux droits de la personnalité de la victime au sens des art. 47 ou 49 CO. Cette indemnité dépasse ainsi les limites du tort moral traditionnel et, de plus, nous verrons qu'il conviendrait de la reconnaître en dehors des contrats de voyage à forfait et même des vacances gâchées. Le second changement qui contribue à une nouvelle définition du tort moral réparable repose sur l'adoption en 2003 de l'art. 43 al. 1^{bis} CO. Celui-ci reconnaît en effet que la blessure ou la mort d'un animal domestique peut donner lieu à une indemnité qui prend en compte la valeur affective de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci. Sans porter ici de jugement sur la nécessité ou la légitimité de cette règle, celle-ci constitue à notre avis non seulement un élargissement du tort moral traditionnel, mais elle offre aussi une raison de plus pour admettre, comme l'avait envisagé le Tribunal fédéral³,

¹ Il en va de même dans les lois spéciales qui renvoient aux normes générales ; cf. p. ex. art. 9 al. 3 LCD, 62 al. 2 LDA, 55 al. 2 LPM, 62 al. 1 LCR, 7 al. 1 LRCN, 34 LITC.

² CJUE, aff., C-168/00, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Rec. 2002, I-02631. Sur la reprise de la jurisprudence de la CJUE par le TF, cf. notamment ATF 137 III 226, c. 2.2 (nous y reviendrons plus loin ; *infra* II. B. 2. a) et note 21).

³ ATF 87 II 290.

que la perte d'une chose qui présente un intérêt d'affection peut donner lieu à une indemnité pour tort moral en application de l'art. 49 CO, surtout lorsque le responsable était chargé par contrat de veiller à la sauvegarde de cet intérêt.

Les développements évoqués appellent une approche renouvelée de l'indemnisation du tort moral et l'analyse de l'état des lieux (II.) devrait nous conduire à affiner les réponses qu'il convient d'apporter aux questions posées plus haut (III.).

II. Un état des lieux

Un rappel de la conception classique du tort moral (A.) permettra de mieux saisir la réalité des nouveaux développements (B.).

A. La conception classique du tort moral

Pour comprendre le tort moral classique, il faut souligner qu'il est une des deux formes de préjudice reconnues en droit suisse.

1. La notion de préjudice

En droit suisse, le préjudice se définit comme une diminution involontaire des biens de la victime. Il peut revêtir deux formes : le dommage et le tort moral. Alors que le premier désigne la diminution du patrimoine, le second vise la diminution du bien-être d'une personne⁴.

Dans la conception classique de la responsabilité civile, la notion de préjudice reste en principe liée à une atteinte à un droit. En effet, dans le prolongement de la conception du droit allemand, notre droit refuse l'indemnisation du préjudice s'il ne résulte pas d'une atteinte aux droits absolus (*Erfolgssunrecht*) ou de la violation d'une norme protectrice des intérêts de la victime (*Verhaltensunrecht*)⁵. Ainsi, en dehors d'un acte illicite défini de

⁴ WERRO, Responsabilité, n. 41.

⁵ WERRO, Responsabilité, n. 98, n. 297, n. 305, n. 308; BREHM, ad art. 41 n. 34 ss; HEIERLI / SCHNYDER, ad art. 41 n. 31, n. 33; HONSELL, § 4 n. 1a, § 4 n. 26 ss; ROBERTO, n. 258; REY, n. 670 ss; SCHWENZER, n. 50.04.

manière étroite, ni le dommage purement économique⁶ ni le pur tort moral⁷ ne peuvent faire l'objet d'une indemnisation.

On notera que l'intérêt d'affection, compris comme la valeur affective qu'une chose peut avoir pour son propriétaire, n'est pas d'ordre patrimonial et que si cet intérêt est atteint, la perte qui en résulte n'est pas comprise comme un dommage indemnisable⁸. Contrairement à ce que l'on peut lire parfois⁹, l'attachement partagé par d'autres personnes que celle qui fait valoir un intérêt d'affection n'est pas une exception à cette règle. Cet attachement partagé ne fait qu'apporter une valeur patrimoniale à la chose et la valeur d'indemnisation est celle du prix de la chose sur le marché, et non celle d'une valeur affective¹⁰.

Quant à la question distincte de savoir si la perte d'une chose ayant une valeur affective pour le propriétaire peut fonder le droit au paiement d'une indemnité pour tort moral, elle n'a jamais reçu de réponse positive de la part du Tribunal fédéral. Celui-ci a bien admis qu'une telle indemnité pouvait se justifier en principe, mais notre Haute Cour a jugé, dans le cas qui lui était soumis, que la perte subie n'avait pas entraîné une atteinte grave à la personnalité¹¹.

2. *Une conception restrictive*

Comme pour le dommage, la réparation du tort moral est conçue de manière restrictive. En effet, à elle seule, la diminution du bien-être ne justifie en principe pas de réparation. La compensation de la diminution du bien-être est prévue uniquement lorsque la victime subit une atteinte à ses droits absolus et que cette atteinte peut être qualifiée de grave. La mort, les lésions corporelles graves (art. 47 CO) ou l'atteinte grave aux autres droits de la personnalité de la victime (art. 49 CO) doivent être la cause de la souffrance pour que le lésé ait droit à une indemnité pour tort moral¹².

En dehors de la perte d'un animal comprise comme une atteinte aux intérêts personnels, la perte d'une chose revêtant un intérêt affectif n'a jamais

⁶ WERRO, Responsabilité, n. 98; BREHM, ad art. 41 n. 38d; HONSELL, § 4 n. 20; ROBERTO, n. 99, n. 102.

⁷ WERRO, Responsabilité, n. 144 s., n. 151 ss; REY, n. 442.

⁸ WERRO, Responsabilité, n. 48; ROBERTO, n. 672; B. CHAPPUIS, Dommages irréparables, 170 ss; HONSELL, § 8 n. 46; ROBERTO, n. 672, n. 717; REY, n. 323; HEIERLI / SCHNYDER, ad art. 41 n. 5.

⁹ Cf. ATF 87 II 290, c. 4a.

¹⁰ Pour plus de détails, cf. WERRO, Responsabilité, n. 48, n. 1030; B. CHAPPUIS, Dommages irréparables, 170 s.

¹¹ ATF 87 II 290, c. 4a.

¹² WERRO, Responsabilité, n. 152, n. 158, n. 163; HONSELL, § 10 n. 9 s.; ROBERTO, n. 913, n. 195, n. 917 s.; SCHWENZER, n. 17.05 ss; BREHM, ad art. 47 n. 31.

donné lieu à une indemnité pour tort moral en application de l'art. 49 CO. Dans l'arrêt *Véronèse* déjà évoqué¹³, le Tribunal fédéral a certes reconnu que la perte d'une chose pouvait constituer une atteinte aux droits de la personnalité au sens de cette disposition, mais il a refusé l'indemnité pour tort moral en considérant que ni la gravité du responsable de la faute ni celle de l'atteinte du lésé ne justifiaient cette solution. Nous nous interrogerons avec plus de précision sur la lecture qu'on peut faire de cette jurisprudence au regard des développements récents en matière de tort moral (*infra* III. B. 3.).

B. Les nouveaux développements

Depuis la réforme du Code des obligations de 1984¹⁴, la réparation du tort moral a évolué. Comme nous l'avons annoncé, on peut essentiellement retenir deux développements: la réparation du tort moral pour la perte ou la blessure d'un animal et celle consécutive aux vacances gâchées.

1. *La réparation du tort moral pour la perte ou la blessure d'un animal*

Depuis 2003, non seulement l'art. 641a al. 1 CC dispose-t-il que «les animaux ne sont pas des choses»¹⁵, mais l'art. 43 al. 1^{bis} CO prévoit que «[l]orsqu'un animal qui vit en milieu domestique et n'est pas gardé dans un but patrimonial ou de gain, est blessé ou tué, le juge peut tenir compte dans une mesure appropriée de la valeur affective de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci»¹⁶.

a) *Un nouveau droit*

Cette indemnisation s'ajoute à la réparation à celle de l'art. 42 al. 3 CO relatif à la réparation d'un éventuel dommage matériel en cas de blessure (les frais de traitement, par exemple) et à la valeur de remplacement en cas de mort de l'animal¹⁷.

Selon la doctrine majoritaire, l'affection qu'un être humain peut éprouver pour un animal domestique relève des droits de la personnalité, de sorte que

¹³ ATF 87 II 290, c. 4.

¹⁴ Sur la modification de l'art. 49 CO, cf. TERCIER, *Personnalité*, n. 74, n. 1977 ss, n. 2017 ss.

¹⁵ A ce sujet, cf. STEINAUER, 51 ss.

¹⁶ L'équivalent d'une telle règle est rejetée de manière très générale et très claire aux Etats-Unis ; à ce sujet, cf. SCHWARTZ Victor E. / LAIRD Emily J., «Non-Economic Damages in Pet Litigation: The Serious Need To Preserve a Rational Rule», in *Pepperdine Law Review*, Vol. 33, 227, 2006.

¹⁷ Cf. C. CHAPPUIS, *Animaux*, 29 s. ; BREHM, *Nouveaux droits*, 121.

l'atteinte à cette affection tombe dans le champ d'application de l'art. 49 CO¹⁸. Dans cette approche, l'art. 43 al. 1^{bis} CO est une simple règle de fixation de l'indemnité : il se contente d'introduire des critères d'évaluation du tort moral en imposant au juge de tenir compte de la valeur affective de l'animal pour le détenteur et ses proches¹⁹.

A notre avis, l'art. 43 al. 1^{bis} CO va plus loin. Il consacre un droit à l'octroi d'une indemnité pour tort moral qu'en principe l'art. 49 CO excluait, essentiellement parce que celui-ci ne permettait pas de retenir que la perte ou la blessure d'un animal fût constitutive d'une grave atteinte à la personnalité de son propriétaire. Ainsi, l'art. 43 al. 1^{bis} CO ne consacre pas seulement une règle de fixation de l'indemnité, mais il consacre selon nous – certes dans l'ignorance de la systématique de la loi – un droit nouveau. Indépendamment de la question de savoir si on peut assimiler la perte d'un animal à une atteinte à la personnalité, l'art. 43 al. 1^{bis} CO dispose que le juge peut tenir compte de la valeur affective de l'animal dans une mesure appropriée. On notera que la gravité de l'atteinte prévue à l'art. 49 CO n'y est pas mentionnée. Compte tenu du champ d'application précis de la règle, il faut admettre que cette exigence n'y aurait toutefois aucun sens. En effet, c'est bien la valeur affective de l'animal, comme telle, qui justifie en principe à elle seule le droit à une indemnité pour tort moral, et non pas l'éventuelle gravité de l'atteinte à la personnalité.

b) *Les nouvelles perspectives*

L'art. 43 al. 1^{bis} CO consacre selon nous un élargissement du tort moral. S'il est la sanction du statut particulier des animaux (art. 641a CC), il n'en est pas moins une raison de plus pour admettre, comme l'avait déjà fait l'arrêt *Véronèse*, que la perte d'une chose peut constituer une atteinte aux intérêts personnels au sens de l'art. 49 CO²⁰. Il pourrait en aller ainsi en cas de perte d'une chose qui revêt un intérêt affectif important pour son propriétaire (*infra* IV. 2. c.). En effet, certaines choses sont pour d'aucuns aussi précieuses que le sont les animaux domestiques pour d'autres et, dans la mesure où cet attachement est légitime, il conviendrait de sanctionner leur perte accidentelle en conséquence²¹. Il en va du principe qui veut qu'on traite de façon égale des situations semblables.

¹⁸ Dans ce sens, cf. G. CHAPPUIS, *Nouveaux droits*, 200; HONSELL, § 8 n. 46; REY, n. 308, n. 323; moins affirmatif, cf. BREHM, *Dommage à l'animal*, 190, qui reconnaît toutefois aussi que l'art. 49 CO permettait déjà l'allocation d'une indemnité pour tort moral en cas de perte d'un animal.

¹⁹ G. CHAPPUIS, *Nouveaux droits*, 197 ss.

²⁰ ATF 87 II 290 cons. 4b, qui admet *in casu* que la perte de la chose constitue « une atteinte aux intérêts personnels ».

²¹ Plus restrictif, STEINAUER, 59, qui estime qu'on ne saurait étendre le principe d'indemnisation de l'art. 43 al. 1^{bis} CO à l'ensemble des choses.

Dans cette approche, ainsi que l'admet la doctrine majoritaire en relation avec les animaux domestiques, la perte d'une chose pourrait fonder le droit à une indemnité pour tort moral. Toutefois, à la différence de ce qu'on retient pour ceux-ci, une indemnité pour tort moral pour la perte d'une chose ne pourrait en principe se concevoir qu'en cas d'atteinte grave. Une telle indemnité ne se justifierait dès lors que pour la perte d'une chose unique revêtant une valeur affective dont l'importance est reconnaissable pour les autres. L'exemple du violoniste qui joue sur un instrument dont il fait sa vie convient parfaitement pour illustrer notre propos. A l'inverse, il n'y aurait pas d'indemnité pour tort moral pour celui qui perd une chose remplaçable ou dont la valeur affective n'est pas objectivable. Autre est la question de savoir s'il faudrait aussi exiger la gravité de l'atteinte subie en application de l'art. 49 CO quand le propriétaire a confié par contrat la sauvegarde de son intérêt affectif pour une chose. Nous reviendrons sur cette question plus loin (cf. *infra* III. B. 3.).

2. *Les vacances gâchées et l'avènement du « petit » tort moral*

A côté de celle que nous venons d'évoquer, l'indemnité pour diminution du bien-être en cas de vacances gâchées retenue en application de la directive européenne sur les voyages à forfait²² constitue le second développement annoncé. Cette indemnité consacre même une nouvelle forme générale de préjudice qu'il convient d'appeler le « petit » tort moral.

a) *Le « petit » tort moral*

Admettre, comme l'a fait la Cour de justice de l'Union européenne, et comme le fera le Tribunal fédéral s'il est fidèle à sa jurisprudence sur la reprise des arrêts de cette cour²³, la réparation de la diminution du bien-être en cas de vacances gâchées constitue clairement un élargissement de la notion classique du tort moral en droit suisse²⁴. La nouveauté est d'autant plus remarquable qu'on ne peut pas assimiler les vacances gâchées à une atteinte à un droit de

²² Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

²³ Dans l'ATF 137 III 226, c. 2.2, le TF a retenu que s'il n'était pas lié par les arrêts de la CJUE, il faudrait qu'il y ait un bon motif pour ne pas suivre les arrêts qu'elle rend en application des directives que la Suisse a reprises ; à ce sujet, cf. WERRO, *Jurisprudence*, 475 s. ; *Id.*, *Contrat de voyage à forfait*, 706 ; PICHONNAZ / WERRO / HURNI, 203 s. Certains arrêts cantonaux ont déjà repris cette jurisprudence ; à ce sujet, CHAIX François, *La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF*, in *RSJ* 2005 416 ss.

²⁴ Cf. WERRO, *Contrat de voyage à forfait*, 704 ; STAUDER, ad art. 14 LVF n. 8.

la personnalité au sens de l'art. 49 CO²⁵, comme le fait la doctrine majoritaire pour la perte ou la blessure d'un animal (cf. *supra* II. B. 1. a)).

En ce sens, l'arrêt *Leitner*²⁶, qui a entraîné la condamnation d'un voyageur pour mauvaise exécution d'un contrat de voyage à forfait, consacre la reconnaissance d'une indemnité pour tort moral en l'absence de toute atteinte à un droit absolu et s'écarte ainsi des conceptions classiques admises jusqu'alors, encore plus clairement que pour les animaux. Compte tenu de la gravité relative du préjudice ainsi compensé, il nous paraît adéquat de considérer qu'il s'agit d'un « petit » tort moral, distinct de celui prévu aux art. 47 et 49 CO, et qu'il convient de faire entrer celui-ci dans la notion du dommage au sens de l'art. 41 ou 97 CO²⁷. Au demeurant, et le point est important, il convient aussi de ne pas limiter la reconnaissance de ce préjudice à celui qui résulte des vacances gâchées, mais de généraliser celui-ci en l'appliquant à des pertes résultant de situations similaires, y compris là où un tort moral classique n'est pas dû, faute d'atteinte grave au sens de l'art. 47 ou 49 CO, dans le cas d'une blessure passagère par exemple.

b) *Le fondement et les applications du « petit » tort moral*

Nous ne reviendrons pas ici sur les justifications apportées à l'octroi d'une indemnité pour diminution du bien-être en cas de vacances gâchées²⁸. Nous nous contenterons de relever qu'en acceptant cette nouvelle indemnité dans le contexte des vacances, on a reconnu toute l'importance qu'il y a de mieux protéger les individus contre certains désagréments caractérisés de la vie. Evident dans le contexte des vacances, ce besoin de protection accru est en réalité généralisable dans la société industrielle qui est la nôtre. Pour nous, ce besoin se justifie dans des situations typiques de désagrément marqué, en particulier celui qu'on éprouve souvent comme consommateur impuissant, livré à la machine infernale du commerce de masse. Le « petit » tort moral que consacre l'arrêt *Leitner* marque ainsi une rupture par rapport à la conception restrictive que le droit du XIX^e siècle avait retenue dans sa protection du bien-être des personnes.

Une question qui se pose est celle de savoir quel est le fondement juridique du droit à l'indemnisation de ce nouveau préjudice. D'aucuns le voient dans la violation du contrat destiné à garantir la protection d'un intérêt particulier, en l'occurrence, celui de pouvoir savourer pleinement ses

²⁵ Cf. WERRO, Responsabilité, n. 179 ; pour une approche complète, cf. ZINGG, *passim*.

²⁶ CJUE, aff., C-168/00, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Rec. 2002, I-02631.

²⁷ Cf. WERRO, Responsabilité, n. 179.

²⁸ Pour une discussion approfondie, cf. WERRO, Contrat de voyage à forfait, 695 ss ; *Id.*, Tort moral, 19 ss ; ZINGG, n. 415 ss, n. 560 ss.

vacances²⁹. D'autres voient plutôt le fondement de cette obligation de réparer dans une absence de diligence due indépendamment du contrat³⁰. A notre avis, cette seconde approche est plus convaincante. S'il est vrai que l'arrêt *Leitner* ne fait pas dépendre la réparation d'une atteinte illicite à un droit de la personnalité, ce n'est pas non plus le contrat de voyage qui, comme tel, fonde l'obligation du voyageur de ne pas gâcher les vacances de ses clients³¹. En tous les cas, on remarquera que le voyageur ne prend pas typiquement l'engagement spécifique d'offrir des vacances réussies³². Il paraît dès lors plus juste de retenir que l'obligation d'indemniser résulte en réalité du manquement à une obligation générale de diligence, dont le fondement est la loi. En cas de contrat, de voyage à forfait ou non³³, il faut comprendre cette obligation comme une obligation accessoire. En dehors du contrat, cette obligation résulte de la loi qui veut qu'on se comporte de manière diligente et qu'on évite de causer des dommages à autrui lorsqu'on peut raisonnablement en éviter la survenance (art. 41 CO). Cela étant, il serait parfaitement justifié de réparer les vacances gâchées en cas d'accident de la circulation routière du moment que cet accident est imputable à un manque de diligence de l'une des détenteurs impliqués³⁴.

Ainsi, même si c'est bien dans le contexte de l'exécution d'un contrat que le « petit » tort moral a été consacré, le manquement qui en a été la cause était constitutif d'une absence de la diligence à laquelle tout un chacun est tenu. En dehors du cas des vacances gâchées, la règle à retenir devrait donc être que celui qui, par son manque de diligence, cause un désagrément caractérisé à autrui doit réparer la diminution du bien-être qui en résulte, indépendamment des autres préjudices subis ou de l'existence d'un contrat. En ce sens, l'obligation d'indemniser est imposée de par la loi. Dans le contexte contractuel, cette indemnisation devrait sanctionner certains manquements qui, sans entraîner de dommage patrimonial, causent un déplaisir caractérisé chez le créancier³⁵. Ainsi, le maître d'ouvrage qui s'est fait promettre une piscine de 3 mètres de profondeur et qui obtient la livraison d'une piscine de

²⁹ C'est l'opinion qui prévaut en droit allemand, pour lequel l'obligation de réparer les vacances gâchées se fonde sur la violation de la promesse de l'organisateur de voyages ; à ce sujet, cf. ZINGG, n. 543 ss et les réf. citées.

³⁰ Cf. p. ex. WERRO, *Contrat de voyage à forfait et... vacances gâchées !*, 708.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ A ce sujet, cf. PROBST Thomas, « Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht », in Werro/Probst (éds), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004, 13 ss.

³⁴ Pour plus de détails, cf. WERRO, *Contrat de voyage à forfait*, 707 s. ; *Id.*, *Tort moral*, 26 ss ; dans ce sens, cf. *Ichard v. Frangoulis* [1977] 1 WLR 556 (accident de la circulation routière).

³⁵ Le cas récent dans lequel la CJUE a accordé une indemnité pour tort moral à des voyageurs victimes de retards indécents de leur avion en est une illustration ; cf. l'arrêt du 13.10.2011, aff. C-83/10, *Aurora Sousa Rodriguez e. a. c. Air France SA*.

2,70 mètres de profondeur à la place pourrait obtenir de l'entrepreneur l'indemnisation du déplaisir découlant du fait qu'il n'a pas obtenu la prestation promise, du moins lorsqu'il n'y a ni moins-value de l'ouvrage, ni dommage et que toute autre sanction est exclue ; c'est ce que retient le droit anglais, comme nous le verrons plus loin (*infra* III. C. 2.). Contrairement à ce que le Tribunal fédéral a pu décider en application de l'art. 49 CO, on pourrait également indemniser à titre de « petit » tort moral le désagrément résultant pour un locataire et sa famille du fait qu'il doit provisoirement, mais pour une période relativement longue, se trouver un logement de remplacement particulièrement déplaisant (*infra* III. B. 2.)³⁶.

III. Le tort moral en cas de violation du contrat

Les développements présentés jusqu'ici permettent de nuancer l'affirmation qui veut que la réparation du tort moral doit être fondée sur une atteinte grave aux droits de la personnalité de la victime (A.). Ils appellent aussi la claire reconnaissance du droit à cette réparation pour le cas de la perte d'une chose ayant un intérêt affectif important pour son propriétaire (B.). La présentation de deux arrêts anglais permettra de compléter et d'enrichir l'analyse de la présente étude (C.).

A. Le fondement de l'obligation de réparer le tort moral

Que la réparation du tort moral soit en principe liée à une atteinte illicite aux droits de la personnalité (art. 28 CC) ressort des art. 47 et 49 CO, et on ne trouve pas de règle dans le droit des contrats spéciaux qui contredirait cette affirmation (*supra* II. A. 2.). La portée générale de l'art. 99 al. 3 CO est ainsi confirmée³⁷.

Certes, on l'a vu, le « petit » tort moral va plus loin puisqu'il n'exige pas une atteinte à un droit absolu (*supra* II. B. 2. a)). Toutefois, s'il découle de l'inexécution d'une obligation accessoire quand il y a un contrat entre le responsable

³⁶ Dans un arrêt (TF, 4C.168/1998 du 02.02.1999, in mp 3/1999 125 ss), le TF a refusé l'octroi d'une indemnité pour tort moral en application de l'art. 49 CO ; un « petit » tort moral au sens de l'art. 41 CO y aurait cependant tout à fait sa place.

³⁷ L'art. 337c CO déroge certes quelque peu au système en prévoyant le paiement d'une indemnité en cas de résiliation immédiate injustifiée. Il y a dérogation dans la mesure où cette indemnité, à la fois réparatrice et punitive, peut être due même si l'atteinte à la personnalité du travailleur n'est pas grave ; à ce sujet, cf. 4A_218/2012, qui envisage l'application cumulative de l'art. 49 CO dans certains cas particulièrement graves.

et le lésé, il trouve en réalité son fondement dans un devoir général de ne pas manquer à la diligence requise imposé par la loi (art. 41 CO). On peut donc soutenir qu'il suppose ainsi lui aussi, mais dans un sens large, une transgression constitutive d'illicéité³⁸. En dehors de ce « petit » tort moral, le tort moral classique n'est toutefois reconnu qu'en cas d'atteinte à un droit absolu, et la violation du contrat n'y change rien³⁹. La réparation du tort moral consécutif à la perte d'une chose ne déroge pas à cette règle, dès lors que le lésé doit pouvoir se plaindre d'une grave atteinte à sa personnalité pour y avoir droit. On verra plus loin dans quelle mesure le contrat conclu entre le responsable et le lésé ne pourrait pas permettre aux parties de déroger à cette exigence de gravité (*infra* III. B. 3.).

Par ailleurs, on soutient en général qu'en cas de violation du contrat, les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral devraient obéir aux modalités de l'action contractuelle, que cela soit en relation avec le délai de prescription (art. 127 CO) ou la présomption de la faute⁴⁰. Cette approche mérite sans doute approbation à partir du moment où l'action contractuelle devrait être traitée sans égard à la nature de l'indemnité réclamée. Si un employeur viole le contrat de travail et fonde le droit du lésé d'obtenir une indemnité pour tort moral, il y a toutes les raisons de traiter l'action de manière homogène et de la soumettre aux mêmes modalités que celles prévues pour l'action en dommages-intérêts dans la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. Elle ne convainc guère cependant là où le droit à la réparation du tort moral serait fondé sur un manque de diligence, et non pas sur la violation d'un devoir spécifiquement contractuel ; nous n'approfondirons toutefois pas ici cette question⁴¹.

B. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Il n'est guère utile d'analyser ici dans le détail la jurisprudence relative au paiement d'une indemnité pour tort moral par suite de la violation d'un contrat, que ce soit en application de l'art. 47 CO ou de l'art. 49 CO. Il y a de nombreux arrêts rendus à la suite de la violation d'un contrat de soins ou d'autres contrats de service⁴², et le contentieux du contrat de travail en

³⁸ Sur l'absence de diligence en tant qu'acte illicite, WERRO, in *RDS* I 1997, 343-385 ; plus récemment, *Id.*, Responsabilité, n. 341 ss ; pour une analyse semblable, SCHÖNENBERGER, 3 ss ; cf. ég. FELLMANN/MÜLLER/WERRO, in C. Huguenin/R. Hilty (éds), *Code des obligations suisse* 2020, Zurich 2013, ad art. 46 n. 2 ss, 7 ss.

³⁹ Cf. ég. KOLLER, n. 124 ss ; SCHWENZER, n. 17.03.

⁴⁰ De cet avis, TERCIER, *Tort moral*, 126 ss.

⁴¹ Sur les rapports entre les responsabilités contractuelle et extra-contractuelle, cf. WERRO, *Responsabilité*, n. 3 ss, n. 1564 ss.

⁴² Cf. p. ex. ATF 116 II 519, JdT 1991 I 634 ; TF, 4A_266/2011 du 19.08.2011 (responsabilité du médecin).

particulier offre d'abondantes illustrations à cet égard, notamment lors de résiliations injustifiées⁴³. Quelques arrêts ayant admis ou refusé le paiement d'une indemnité ou qui l'ont refusée suffiront pour rappeler les principes qui régissent la question.

1. *L'octroi d'une indemnité pour atteinte aux droits de la personnalité*

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'accorder à plusieurs reprises le paiement d'une indemnité pour tort moral dans des cas où une partie à un contrat avait porté atteinte à la personnalité de son partenaire contractuel. C'est dans ce sens qu'il s'est prononcé par exemple dans un arrêt de 1953, qui concernait la résiliation injustifiée d'un contrat (qualifié d'entreprise) par lequel une violoncelliste avait été engagée pour un concert⁴⁴.

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a retenu que la résiliation était intervenue alors que l'engagement de l'artiste était déjà connu d'un large public. Au vu de la notoriété de la personne engagée, la résiliation sans motifs suffisants du contrat était propre à l'atteindre dans sa considération et à blesser ses sentiments d'une manière particulièrement douloureuse. Pour ces motifs, le Tribunal fédéral a admis que la résiliation des rapports de travail était constitutive, non seulement de la rupture du lien contractuel, mais aussi d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO. Il a considéré qu'une indemnité pour tort moral (modeste) était amplement justifiée⁴⁵.

Plus récemment, le Tribunal fédéral a reconnu le droit pour un travailleur d'obtenir une indemnité pour tort moral en raison d'une violation de l'art. 328 CO⁴⁶. Dans cette affaire, l'employeur avait résilié le contrat en invoquant certes de justes motifs, mais en le faisant devant l'ensemble des collaborateurs et en invitant ces derniers à éviter tout contact avec cet employé. Il avait en outre avisé des membres du syndicat que les liens de confiance avec cet employé étaient rompus. Enfin, dans une entrevue accordée à un journal, l'employeur avait décrit de manière détaillée les raisons de cette résiliation; il y avait présenté l'employé sous un jour très négatif, tout en sachant que ce dernier venait d'obtenir son brevet d'avocat et souhaitait s'établir à son compte. Le Tribunal fédéral a retenu qu'en agissant de la sorte, l'employeur avait nui inutilement à la considération professionnelle et sociale de l'em-

⁴³ Cf. p. ex. ATF 137 III 303; 133 III 657; 130 III 699; TF, 4A_218/2012.

⁴⁴ TF, arrêt du 28 avril 1953, in SJ 1953 257 ss.

⁴⁵ En l'espèce, la demanderesse avait obtenu 500 CHfr.

⁴⁶ ATF 130 III 699.

ployé et qu'un tel comportement justifiait une indemnité pour tort moral en vertu de l'art. 49 CO⁴⁷.

On l'aura compris ; ces arrêts n'ont rien d'original. Ils confirment simplement que lorsque l'acte générateur de responsabilité est constitutif de la violation du contrat, il doit aussi être un acte illicite au sens de l'art. 49 CO pour qu'il puisse obliger le débiteur à payer une indemnité pour tort moral.

2. *Le refus du tort moral en l'absence d'une atteinte grave aux droits de la personnalité*

Plus intéressants sont les arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral a refusé une indemnité pour tort moral. Nous en retiendrons un qui, au regard de la reconnaissance du « petit » tort moral paraît particulièrement critiquable.

Dans un arrêt de 1999, le Tribunal fédéral a rejeté la demande de locataires qui réclamaient l'indemnisation du tort moral qu'ils avaient subi pour avoir dû occuper un logement de remplacement particulièrement déplaisant⁴⁸. En effet, ce logement, qui leur avait été proposé dans l'attente de pouvoir prendre possession de leur appartement, était humide et dépourvu de chauffage. Durant près d'un mois, les locataires avaient ainsi dû vivre avec leurs trois enfants dans des conditions très pénibles et ils estimaient avoir subi une atteinte à leur sphère familiale leur donnant le droit d'obtenir une indemnité pour tort moral, conformément à l'art. 49 CO.

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a rappelé que si cette disposition trouve également application dans les relations contractuelles en vertu du renvoi que consacre l'art. 99 al. 3 CO, la violation du contrat en tant que telle ne donne pas encore droit à une indemnité pour tort moral ; il faut bien plus que la violation du contrat constitue également un acte illicite, à savoir une atteinte aux droits absolus de la victime⁴⁹. Cette atteinte doit en outre être grave ; les tracasseries ou les petits soucis qu'on peut subir dans la vie de tous les jours ne suffisent pas. En l'espèce, pour juger du droit à une indemnité, il fallait ainsi examiner si, en raison de la remise tardive de leur appartement, les locataires avaient subi une atteinte à leurs droits de la personnalité, dont la gravité justifiait une indemnité pour tort moral selon l'art. 49 CO⁵⁰.

En l'occurrence, le logement de remplacement ne disposait pas de chauffage. Pendant près d'un mois, les locataires avaient été contraints de vivre dans cet appartement avec leurs trois enfants, au milieu des cartons de

⁴⁷ ATF 130 III 699, c. 5.2.

⁴⁸ TF, 4C.169/1998 du 02.02.1999, in mp 3/1999 125 ss.

⁴⁹ TF, 4C.169/1998, c. 4c.

⁵⁰ TF, 4C.169/1998, c. 4d et 4e.

déménagement; initialement, ils n'avaient pourtant accepté cette solution que pour trois jours. Le Tribunal fédéral a reconnu que cette situation avait dû être particulièrement inconfortable et contrariante. Il a toutefois jugé que ces désagréments ne constituaient pas une atteinte aux droits de la personnalité des locataires, en particulier à la sphère familiale de ces derniers. Les instances précédentes n'avaient constaté aucune insomnie ni perturbation de l'équilibre familial; il n'était pas non plus avéré que les enfants aient subi des difficultés à l'école causées par l'attente d'un logement définitif. La condition d'atteinte grave aux droits de la personnalité n'étant pas remplie en l'espèce, le Tribunal fédéral a rejeté la demande des locataires en indemnisation de leur tort moral.

A notre avis, cette affaire devrait aujourd'hui être jugée différemment. En effet, s'il est correct d'admettre que les conditions de l'art. 49 CO n'étaient pas remplies en l'espèce, les locataires devraient dans un cas semblable avoir droit à une indemnité à titre du « petit » tort moral au sens où nous l'avons retenu (*supra* II. B. 2.). On ne voit pas en quoi le désagrément subi dans cette situation différerait de celui résultant de vacances gâchées à la suite d'un manque de diligence du responsable contractuel ou délictuel. Au regard de l'arrêt *Leitner*, refuser cette indemnité serait discriminatoire et arbitraire.

3. *Le refus d'une indemnité malgré un mandat confié pour la sauvegarde d'un intérêt d'affection*

Dans le fameux arrêt *Véronèse*, plusieurs fois évoqué ici déjà, le Tribunal fédéral a affirmé qu'en l'absence d'une atteinte grave au sens de l'art. 49 CO, une indemnité pour tort moral n'était pas due, et cela même si la victime avait confié un mandat à son avocat précisément pour empêcher une atteinte à ses intérêts personnels⁵¹. En fait, dame Véronèse avait confié à un avocat le soin de la défendre dans une procédure d'expropriation dont sa propriété faisait l'objet. Le procès fut toutefois perdu par la faute de l'avocat et dame Véronèse en fut dépossédée. Estimant que son mandataire avait mal exécuté son contrat, elle ouvrit action pour obtenir la réparation du préjudice qu'elle avait subi suite à la perte de sa propriété et de l'atteinte portée à son intérêt d'affection.

Après avoir constaté l'absence de dommage, le Tribunal fédéral a admis l'atteinte aux intérêts personnels et affectifs due à la perte de la propriété, mais à défaut d'une lésion grave des droits de la victime et d'une faute grave du mandataire, il a rejeté la demande en soulignant que les conditions posées par l'art. 49 CO n'étaient pas remplies pour que la demanderesse ait droit à

⁵¹ ATF 87 II 290.

une indemnité pour tort moral. Le Tribunal fédéral a fait valoir que « [l]a limitation apportée par la loi au devoir de réparer les atteintes aux sentiments affectifs procède du souci de ne pas étendre infiniment l'obligation de réparation »⁵². Il s'est certes demandé si cette limitation « parfaitement justifiée dans son principe, est admissible lorsqu'un mandat a été conféré précisément pour la sauvegarde d'un intérêt d'affection »⁵³. Il a conclu qu'il ne pourrait astreindre le mandataire à une indemnité « qu'en complétant par la voie de la jurisprudence la liste des cas dans lesquels la loi ouvre l'action en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale (cf. art. 28 al. 2 CC) »⁵⁴. Invoquant la sécurité du droit et le refus de la casuistique, il a estimé que la seule sanction était que l'avocat, n'ayant pas exécuté ses obligations, ne pouvait prétendre à aucune rétribution⁵⁵.

Cet arrêt appelle à notre sens les remarques suivantes :

- 1° L'état de fait révèle que la cliente a chargé un avocat de s'opposer à une expropriation afin de conserver une propriété pour laquelle elle avait un intérêt affectif. Dans l'arrêt, on précise qu'il s'agit de terrains, mais on ne sait pas ce qui justifie l'attachement que la cliente éprouvait pour eux. Il aurait été intéressant que le Tribunal fédéral le dise, car une maison familiale dont on a fait le centre de sa vie n'a pas la même valeur affective que celle que peut avoir un terrain industriel ou même à bâtir.
- 2° Néanmoins, et c'est là qu'est l'aspect intéressant de l'arrêt, le Tribunal fédéral retient que la perte d'une chose peut en principe constituer une atteinte à la personnalité⁵⁶. Alors qu'il avait retenu dans le considérant précédent que le dommage patrimonial ne laisse pas de place à l'intérêt d'affection, il juge que la perte d'une chose peut entraîner une atteinte à la personnalité justifiant le paiement d'une indemnité pour tort moral ; nous allons y revenir.
- 3° En application de l'art. 49 CO d'avant 1984, le Tribunal fédéral estime toutefois que ni le préjudice subi ni la faute ne sont suffisamment graves en l'espèce pour justifier le paiement d'une telle indemnité. On sait qu'aujourd'hui, la gravité de la faute n'est plus un critère. Seule compte la gravité de l'atteinte.

A notre avis, l'exigence de la gravité de la lésion subie reste de rigueur ; on ne saurait reconnaître un intérêt d'affection compensable pour la perte de n'importe quelle chose. On ne devrait le faire que lorsque la chose a une

⁵² ATF 87 II 290, c. 4c.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ ATF 87 II 290, c. 4b.

valeur personnelle importante et reconnaissable pour les autres. Encore une fois, le violoniste qui souffrirait de la perte d'un instrument qui fait sa vie par suite d'un accident de la circulation routière devrait pouvoir faire valoir qu'il a subi une atteinte importante à ses intérêts affectifs et obtenir une indemnité pour tort moral en conséquence.

- 4° En revanche, la gravité de l'atteinte pourrait ne pas être prise en compte pour admettre le versement d'une indemnité pour tort moral dans le cas où un mandat a été conféré précisément pour assurer la sauvegarde d'un intérêt d'affection, comme c'était le cas dans l'affaire à juger. En effet, en cas de contrat conclu pour assurer la sauvegarde d'un intérêt d'affection, le seul fait pour un débiteur de violer son obligation devrait permettre de le faire condamner au paiement d'une indemnité pour tort moral, et cela indépendamment de la gravité objective de l'atteinte.

Le Tribunal fédéral l'envisage avec raison quand il souligne « qu'il peut paraître choquant que le mandataire échappe à toute responsabilité lorsque les conditions de l'art. 49 CO ne sont pas remplies. »⁵⁷ Il poursuit cependant en affirmant, à notre avis à tort, que cela ne serait possible « qu'en complétant par la voie de la jurisprudence la liste des cas dans lesquels la loi ouvre l'action en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale (cf. art. 28 al. 2 CC) »⁵⁸. Cette affirmation ne convainc pas, ne serait-ce que parce que rien n'empêche de se fonder sur la volonté des parties pour admettre que cette indemnisation – expressément ou tacitement – est l'objet même du contrat. Le Tribunal fédéral peine aussi à convaincre lorsqu'il ajoute qu'en procédant ainsi, « on pratiquerait une brèche dans le système parfaitement cohérent de la responsabilité civile »⁵⁹ et qu'« on ouvrirait la porte à une casuistique » génératrice de solutions équitables dans certains cas, mais qui « créerait l'incertitude et inciterait à des réclamations pour des atteintes minimales »⁶⁰. En réalité, la règle simple serait qu'on ne s'interroge pas sur l'importance de l'intérêt affectif à partir du moment où un contrat a été confié pour en assurer la sauvegarde et que celui-ci en fixe le prix. On ne voit guère où viendrait se greffer la casuistique et l'insécurité du droit redoutées par notre Haute Cour.

- 5° Cela étant, et le point est central, l'arrêt pose la règle que le responsable contractuel ou délictuel de la perte d'une chose peut devoir payer une indemnité pour tort moral à son propriétaire lorsque cette chose revêtait pour lui un intérêt affectif important. On notera que depuis l'arrêt

⁵⁷ ATF 87 II 290, c. 4c.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

Véronèse, le Tribunal fédéral n'a rendu aucun jugement confirmant cette règle. Avec le nouvel art. 43 al. 1^{bis} CO, celle-ci devrait pourtant trouver un nouvel élan. Il serait en effet choquant de verser au détenteur d'animal une indemnité pour tort moral en cas de perte ou de blessure de celui-ci, et de la refuser à celui qu'un responsable prive d'une chose fondamentale pour son bien-être. On devrait même ignorer la gravité de l'atteinte, on l'a dit, lorsqu'un contrat est conclu pour assurer la sauvegarde d'un intérêt d'affection et qu'il en fixe le prix.

C. Deux arrêts anglais pour compléter l'analyse

Il ne saurait être question de développer une étude en droit étranger sur le traitement des questions ici abordées. En revanche, il est intéressant de mettre en évidence deux arrêts anglais pour compléter l'analyse : le premier, qui a admis que le choc nerveux consécutif à la vue de l'incendie de sa maison peut donner lieu à une indemnité pour tort moral ; le second, qui accepte le versement d'une indemnité pour tort moral en cas de violation du contrat quand celle-ci ne donne droit au créancier à aucun autre remède, faute de perte patrimoniale.

1. *Le tort moral consécutif à la vue de la perte accidentelle de sa maison*

Les faits de la cause sont simples⁶¹. Durant l'été 1981, dame Attia a engagé une entreprise en vue de l'installation d'un système de chauffage central dans son logement. Le 1^{er} juillet 1981, alors qu'elle rentrait chez elle, la demanderesse s'est aperçue que de la fumée émanait de chez elle. Malgré l'intervention rapide des pompiers, la maison et son contenu ont été considérablement endommagés par l'incendie. Réclamant la réparation de son préjudice, dame Attia a ouvert action contre l'entreprise de chauffage, qui n'a du reste pas contesté sa responsabilité. La demanderesse s'est vu reconnaître le droit à la réparation du dommage qu'elle avait subi en raison de la perte de sa maison et du contenu de celle-ci. En plus de ce préjudice, la demanderesse a toutefois réclamé la réparation du dommage consécutif au choc nerveux subi suite à la vision de sa maison en flammes. Estimant qu'il ne pouvait y avoir de choc nerveux en l'absence de lésion corporelle grave de la demanderesse elle-même ou d'un proche de cette dernière, la défenderesse s'est opposée au paiement d'une telle indemnité.

⁶¹ *Attia v. British Gas Corporation* [1987] 3 all ER 455.

La *House of Lords* a donné raison à la demanderesse. Faisant fi de l'argument de la défenderesse, elle a reconnu la valeur affective qu'une demeure et les effets personnels que celle-ci contient peuvent avoir pour son propriétaire. Elle a admis qu'en l'espèce, dame Attia avait subi un choc nerveux important en voyant sa maison, dont elle était particulièrement fière, être emportée par les flammes. Que la demanderesse ou l'un de ses proches n'ait pas subi d'atteinte physique ne devait jouer à cet égard aucun rôle. Alors que l'arrêt parle de «house» au début, il finit par évoquer avec nombre de références littéraires toute l'importance du «home» et révèle ainsi le caractère quasi sacré de cette réalité en Angleterre. Jusqu'ici, une indemnité pour tort moral n'avait été accordée qu'en raison du choc nerveux se manifestant à la suite d'une atteinte grave à l'intégrité corporelle de la victime ou de la mort d'un proche. L'arrêt met ainsi en évidence la valeur affective qu'une maison peut avoir pour son propriétaire et reconnaît à part entière le tort que peut subir ce dernier dans un pareil cas.

L'importance de la valeur affective d'un *home* est peut-être propre aux Anglais, mais pas au point de la nier complètement pour d'autres. Quoi qu'il en soit, et par comparaison, cet arrêt renforce à notre avis l'idée que nous avons développée dans la présente contribution, qui veut que la perte d'une chose peut affecter son propriétaire dans ce qui relève de la personnalité de ce dernier. Il est vrai qu'ici, ce n'est pas tant la perte de la chose qui a fait naître le droit à une indemnité pour tort moral que le choc résultant de la vue de la perte de cette chose. Au demeurant, cette vue n'aurait pas justifié d'indemnité si la chose elle-même n'avait pas fait l'objet d'un intérêt d'affection important. On notera par ailleurs que la responsabilité de l'entrepreneur n'a pas été jugée sous l'angle de la responsabilité contractuelle, mais sous l'angle de la responsabilité extracontractuelle. On doit toutefois retenir que pour les besoins de notre analyse sous l'angle du droit suisse, cet aspect des choses n'est pas décisif. Une autre façon d'exprimer les choses serait de dire que si on a reconnu cet intérêt sous l'angle délictuel, il doit en aller de même *a fortiori* sous l'angle contractuel.

2. *Le tort moral comme sanction de la violation d'un contrat en l'absence d'une perte patrimoniale*

A nouveau, les faits de cette affaire anglaise sont simples⁶². Un maître de l'ouvrage a fait exécuter la construction d'une piscine sur sa propriété. Le résultat des travaux s'est révélé satisfaisant, à ceci près que la piscine avait

⁶² *Ruxley Electronic & Construction Ltd v. Forsyth* [1995] 3 WLR 118. Pour une analyse de cet arrêt, cf. WERRO / VIRET, 116 ss.

une profondeur de 6 pieds (1,82 mètre) au lieu des 7 pieds et 6 pouces (2,28 mètres) expressément convenus. Malgré cette violation du contrat, la piscine ne souffrait d'aucune moins-value ; elle ne présentait pas non plus de danger pour ses usagers et son propriétaire ne subissait aucun dommage en cas de vente. Le seul inconvénient enduré par le maître consistait dans le fait qu'il n'avait tout simplement pas reçu ce qu'il avait commandé. Devant la *House of Lords*, le maître réclamait les coûts de l'enlèvement et de la reconstruction de la piscine, afin que celle-ci corresponde à ce qui avait été convenu dans le contrat.

La *House of Lords* a refusé d'octroyer au maître une indemnité équivalente à ce que la reconstruction de la piscine coûterait, la jugeant disproportionnellement élevée et de toute manière contraire à l'interdiction de principe de l'exécution en nature en *common law* (*specific performance*). En revanche, les juges ont retenu que, dans la mesure où le contrat avait pour objet principal de satisfaire le plaisir du client, l'indemnité pour tort moral allouée par la cour d'appel et non remise en cause devant eux compensait justement le maître de ses attentes déçues et du déplaisir résultant du fait de ne pas avoir reçu la prestation promise. La question de l'évaluation de ce déplaisir n'a pas fait l'objet d'une discussion non plus, aucune des parties n'ayant contesté la quotité du montant de £ 2500 alloué par l'instance précédente⁶³.

Cet arrêt est intéressant dans la mesure où il admet l'existence d'un tort moral pour suppléer l'absence de tout dommage en cas de violation du contrat. Les juges ont reconnu qu'en principe, celle-ci ne donne aucun droit à une indemnité pour tort moral, mais qu'il fallait admettre des exceptions lorsque le contrat a pour but la fourniture d'un service ou d'un équipement destiné à procurer un certain agrément à son cocontractant : lorsque les attentes de celui-ci sont déçues, il a droit à des dommages-intérêts pour la déception subie. Reconnaisant que la présente affaire constituait une telle exception, les juges ont à juste titre admis la compensation de la déception découlant de l'absence de la prestation promise.

IV. Conclusion

L'analyse qui précède nous a permis de rappeler que le droit suisse classique consacre une approche restrictive de la réparation du tort moral, limitée aux cas dans lesquels une personne subit une grave atteinte aux droits de sa personnalité. L'existence d'un contrat entre le lésé et le responsable n'y change

⁶³ Cf. *Ruxley*, (1995) 3 All ER 289 f. (Lord Lloyd of Berwick, qui souligne que le maître de l'ouvrage a eu de la chance que les juges ne puissent pas revoir la générosité des £ 2500 alloués).

en principe rien (art. 99 al. 3 CO). Cependant, notre étude a aussi permis de mettre en évidence que cette conception est à certains égards remise en cause, et ceci essentiellement de deux manières.

Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, on reconnaît maintenant le droit à une indemnité pour diminution du bien-être dans des cas où il n'y a pas d'atteinte à la personnalité, mais simplement la survenance du déplaisir caractérisé résultant de vacances gâchées. Ce « petit » tort moral s'impose aujourd'hui en application de la LVF dans le cas où une personne voit ses vacances gâchées par suite de la mauvaise exécution d'un contrat de voyage à forfait. A notre avis, ce tort moral nouveau ne saurait se limiter au seul cas des vacances gâchées. Il est au contraire la consécration de l'idée que certains tracas et contrariétés caractérisés de la vie méritent une compensation de la diminution du bien-être qu'ils causent; il pourrait aussi se substituer au tort moral classique des art. 47 ou 49 CO dans les cas où celui-ci serait refusé, faute d'atteinte grave aux droits de la victime. Dès lors, ce qui est vrai pour les vacances gâchées devrait l'être aussi pour des attentes déçues, comme dans l'affaire *Ruxley* que nous avons vue, ou dans d'autres situations de désagréments particulièrement marqués; une blessure de moindre gravité qui ne fonderait pas une indemnité au sens de l'art. 47 CO pourrait également faire l'objet d'un « petit » tort moral. En outre, qu'il y ait contrat entre le responsable et le lésé ou non ne devrait à notre avis pas être décisif, dès lors que l'obligation de réparer ce « petit » tort moral naît d'une obligation de diligence imposée par la loi. Quand il y a contrat, cette obligation est accessoire; en l'absence du contrat, elle s'impose de par la loi à tout un chacun.

Par ailleurs, le tort moral a connu un autre élargissement à la suite de l'introduction de l'art. 43 al. 1^{bis} CO. A notre avis, cet élargissement du tort moral réparable ne saurait se limiter aux cas visés par cette règle. Il est une raison de plus pour admettre, comme l'avait déjà fait l'arrêt *Véronèse*, que la perte d'une chose ayant pour son propriétaire une valeur affective peut constituer une atteinte à ses intérêts personnels et fonder, comme en cas de perte ou de blessure d'un animal domestique, le droit à une indemnité pour tort moral. En application de l'art. 49 CO, et à la différence de ce qui résulte de l'art. 43 al. 1^{bis} CO, l'atteinte à la personnalité en cas de perte d'une chose devrait être en principe grave, ainsi que le Tribunal fédéral l'avait souligné dans l'arrêt *Véronèse*. En revanche, lorsqu'un contrat a été conclu précisément pour assurer la sauvegarde d'un intérêt d'affection, il conviendrait à notre avis de laisser aux parties le soin de définir quelle gravité l'atteinte doit revêtir. Ici, l'exigence de la gravité objective de l'atteinte perd à notre avis sa raison d'être.

A notre connaissance, l'arrêt *Véronèse* n'a pas eu de suite et aucun arrêt n'a reconnu depuis l'application du principe retenu. Ce fait ne doit toutefois pas décourager les plaideurs. Les temps sont mûrs ; il convient de laisser au passé la conception excessivement restrictive du tort moral en droit suisse.

V. Bibliographie

- BREHM Roland, Commentaire ad art. 41 ss CO, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, T. VI/1/3/1, 3^e éd., Berne 2006.
- BREHM Roland, « Le dommage à l'animal », in Werro/Emmenegger (éds), *Journées du droit de la circulation routière 2004*, Fribourg 2004 (cité : Dommage à l'animal).
- BREHM Roland, « Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis}) », in HAVE 2003 119-122 (cité : Nouveaux droits).
- CHAIX, François, « La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF », in RSJ 2005 416 ss.
- CHAPPUIS Benoît, « Quelques dommages dits irréparables : réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine », in SJ 2010 II 165 ss (cité : Dommages irréparables).
- CHAPPUIS Christine, « Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux ; que vaut Médor ? », in Chappuis/Winiger (éds), *Le préjudice, une notion en devenir*, Journées de la responsabilité civile 2004, Genève 2005 (cité : Animaux).
- CHAPPUIS Guy, « Les nouveaux droits du détenteur de l'animal tué ou blessé, Nouveaux, vraiment ? », in Werro/Emmenegger (éds), *Journées du droit de la circulation routière 2004*, Fribourg 2004 (cité : Nouveaux droits).
- C. HUGUENIN / R. HILTY (éds), *Code des obligations suisse 2020*, Zurich 2013.
- HEIERLI Christian / SCHNYDER Anton K., Commentaire ad art. 41 ss CO, *Basler Kommentar*, Honsell/Vogt/Wiegand (éds), Art. 1-529 OR, 5^e éd., Bâle 2011.

- HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich et al. 2005.
- KOLLER Jürg, *Genugtuung aus Vertragsverletzung*, th. Fribourg 2003.
- PICHONNAZ Pascal / WERRO Franz / HURNI Béatrice, « Un reflet de la jurisprudence récente en droit privé européen », in *Annuaire de droit suisse européen* 2010/2011, Berne 2011.
- PROBST Thomas, « Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht », in Werro/Probst (éds), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004.
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich et al. 2008.
- ROBERTO Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002.
- SCHÖNENBERGER Beat, « Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie », in *REAS* 2007 200 ss.
- SCHWARTZ Victor E. / LAIRD Emily J., « Non-Economic Damages in Pet Litigation: The Serious Need To Preserve a Rational Rule », in *Pepperdine Law Review*, Vol. 33, 227, 2006.
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6^e éd., Berne 2002.
- STAUDER Bernd, Commentaire ad art. 14 LVF, in Thévenoz/Werro (éds), *Droit de la consommation, Commentaire (LVF, LCC, art. 40a à 40f CO), Commentaire romand CO I*, Bâle et al. 2004.
- STEINAUER Paul-Henri, « Tertium datur ? », in Gauch/Pichonnaz (éds), *Figures juridiques, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, Zurich et al. 2003.
- TERCIER Pierre, *Contributions à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse*, th., Fribourg 1971 (cité: Tort moral).
- TERCIER Pierre, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984 (cité: Personnalité).
- WERRO Franz, « Contrat de voyage à forfait et... vacances gâchées ! Y'a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat ? », in Tercier et al. (éds), *Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zurich et al. 2003 (cité: Contrat de voyage à forfait).
- WERRO Franz, « Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund », in *RDS* 1997 I 343-385.

WERRO FRANZ, « La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al. 2 CO », in Führer/Chappuis (éds), *Droit de la responsabilité civile et des assurances, Liber amicorum Roland Brehm*, Berne 2010 (cité : Jurisprudence).

WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, Berne 2011 (cité : Responsabilité).

WERRO FRANZ, « Le tort moral et la circulation routière », in Werro/Probst (éds), *Journées du droit de la circulation routière 2010*, Berne 2010 (cité : Tort moral).

WERRO FRANZ / VIRET Marjolaine, « Le coût excessif de la réfection de l'ouvrage et la sanction du contrat en cas de déplaisir consécutifs au défaut », in DC 2008 116 ss.

ZINGG Nicolas, *La réparation des vacances gâchées en droit suisse – Vers une re-définition du préjudice réparable au regard de la jurisprudence européenne*, th., Fribourg 2012.

Le tort moral en cas d'atteinte à la personnalité par la voie des médias

STÉPHANE WERLY*

Table des matières

I.	Introduction	80
A.	La problématique	80
B.	<i>Pro memoria</i> : les principes gouvernant la liberté de communication	81
II.	La personnalité en droit civil	82
A.	L'honneur	82
1.	La notion	82
2.	Atteintes à l'honneur et médias	85
B.	La vie privée	86
C.	L'image	89
D.	Concurrence déloyale et droit d'auteur	90
III.	L'action en réparation du tort moral: les conditions	91
A.	Le tort moral, l'illicéité, la faute et la relation de cause à effet	91
B.	La gravité de l'atteinte	92
C.	L'absence d'un autre mode de satisfaction	94
D.	Les motifs justificatifs propres aux médias	94
IV.	Les modes de réparation du tort moral	96
A.	Les sommes d'argent allouées	96
1.	En général	96
2.	En cas d'atteintes par les médias	98
B.	La publication du jugement constatant l'illicéité de l'atteinte	99
V.	La légitimation, le for et la prescription	100
A.	La légitimation	100
1.	La légitimation active	100
2.	La légitimation passive	101
B.	La prescription	103
C.	Le for	103
VI.	Conclusion	104
VII.	Bibliographie	106

* Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel, Chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Membre de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP).

I. Introduction

A. La problématique

Lorsqu'une personne estime qu'une émission de télévision a méconnu le principe de présentation fidèle des événements, par exemple parce que son point de vue n'aurait pas été relaté à l'antenne, elle peut s'adresser au médiateur du diffuseur puis, éventuellement, à l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP). Si une règle de déontologie journalistique (recherche de la vérité, respect de la vie privée ou encore protection des sources) est prétendument ignorée, le Conseil suisse de la presse peut être saisi pour remettre à l'ordre le journaliste concerné. La voie pénale est évidemment ouverte pour celui qui estime son honneur bafoué par un article de presse, parce qu'il est traité d'escroc ou de voleur.

Sur le plan civil, la loi offre deux types de moyens à l'individu atteint de façon illicite dans un de ses droits de la personnalité : les actions défensives et les actions réparatrices. Les premières (actions en prévention, en cessation, en constatation) sont énumérées à l'art. 28a al. 1^{er} CC¹. A disposition dès qu'il y a illicéité et aussi longtemps que subsiste un intérêt à leur utilisation, elles concernent des atteintes à venir ou en cours. Les secondes (actions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral, en remise du gain) sont prévues par le code des obligations², l'art. 28a al. 3 CC ne faisant que les rappeler. Alors que les actions défensives veulent prévenir, supprimer ou neutraliser une atteinte, les actions réparatrices, qui visent les effets d'atteintes appartenant au passé, tendent à obtenir de l'auteur une prestation, en argent le plus souvent, qui répare, corrige ou efface les conséquences de cette atteinte. Elles supposent généralement³, en plus de l'illicéité, une faute⁴.

Dès lors, il convient de se pencher sur les raisons qui poussent un lésé à privilégier l'action en réparation du tort moral lorsque sa personnalité est touchée par les médias. Dans cette étude, nous garderons à l'esprit qu'à côté des atteintes portées à un individu par un journaliste, le comportement répréhensible peut naturellement être le fait d'une personne qui n'est pas un professionnel des médias, mais utilise ce moyen pour véhiculer un message illicite. Ces deux hypothèses seront indifféremment envisagées.

¹ Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210).

² Loi fédérale complétant le code civil suisse, du 30 mars 1911 (CO ; RS 220). Voir les art. 41 (action en dommages-intérêts), 47/49 (action en réparation du tort moral) et 423 al. 1^{er} (action en remise de gain).

³ La condition de la faute connaît l'exception de l'art. 55 al. 1^{er} CO (responsabilité sans faute de l'employeur). L'action en remise de gain (art. 28a al. 3 CC et 423 al. 1^{er} CO) ne l'exige pas non plus.

⁴ BARRELET / WERLY, N 1572.

B. *Pro memoria*: les principes gouvernant la liberté de communication

A titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler quelques principes de base s'appliquant aux médias ou, de manière plus large, à la liberté de communication. Comme le martèle la Cour européenne des droits de l'homme depuis bien des années, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Sous réserve du paragraphe 2 de l'art. 10 CEDH⁵, elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique⁶.

La presse joue un rôle éminent dans une société démocratique: si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général⁷. Par ailleurs, la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation⁸.

Cela étant, l'exercice de la liberté implique des devoirs et des responsabilités, lesquels peuvent revêtir de l'importance lorsque l'on risque de porter atteinte à la réputation de particuliers et de mettre en péril les droits d'autrui⁹. Pour les journalistes, il convient d'agir de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de leur déontologie, notamment en s'interdisant des méthodes déloyales¹⁰, même si le fait qu'un professionnel des médias n'a pas eu de comportement illicite n'est pas nécessairement déterminant dans l'appréciation de la question de savoir s'il a respecté ses devoirs et responsabilités¹¹. En outre, lorsqu'il établit un compte rendu sur des questions d'intérêt général, le journaliste doit s'appuyer sur une base factuelle suffisamment précise et fiable qui peut être tenue pour proportionnée à la nature et à la force de l'allégation, sachant que plus l'allégation est

⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

⁶ Parmi les arrêts les plus célèbres: CourEDH Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49; CourEDH Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 26, § 37.

⁷ CourEDH De Haes et Gijssels c. Belgique, 24 février 1997, Recueil 1997-I, p. 233 s., § 37.

⁸ CourEDH Prager et Oberschlick c. Autriche, 26 avril 1995, série A n° 313, p. 19, § 38.

⁹ CourEDH Bergens Tidende et autres c. Norvège, 2 mai 2000, § 53. Sur les rapports entre la protection de la personnalité et la liberté de la presse, voir FORKEL, p. 97 ss; WERRO/SCHMIDLIN, p. 161 ss.

¹⁰ CourEDH Brunet Lecomte et Lyon Mag c. France, 6 mai 2010, § 41.

¹¹ CourEDH Stoll c. Suisse (Grande Chambre), 10 décembre 2007, § 140 ss.

sérieuse, plus la base factuelle doit être solide¹². Ainsi, un professionnel des médias ne viole pas ses devoirs et responsabilités s'il demande, par téléphone, des informations sur le casier judiciaire des auteurs présumés d'un hold-up à l'assistante d'un parquet, ce d'autant plus qu'il n'a pas recouru à la ruse ou la menace ou qu'il ait autrement exercé des pressions afin d'obtenir les renseignements voulus¹³. Le contexte joue également un rôle s'agissant des devoirs et responsabilités. Viole par exemple ces derniers un dessinateur de presse publiant, le 13 septembre 2001, une caricature représentant la destruction de l'empire américain le jour de l'attentat qui a frappé New York, avec la légende « Nous en avons tous rêvé le Hamas l'a fait ». Dans un tel cas, la dimension temporelle (le monde entier était sous le choc de la nouvelle) était de nature à accroître la responsabilité de l'intéressé dans son compte rendu d'un événement tragique, qu'il soit pris sous son angle artistique ou journalistique¹⁴.

Enfin, l'impact potentiel du moyen d'expression concerné doit être pris en considération dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. Ainsi, il faut tenir compte du fait que les médias audiovisuels ont des effets beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite¹⁵.

II. La personnalité en droit civil

La personnalité s'entend de l'ensemble des valeurs essentielles de la personne¹⁶. Certains éléments la composant sont particulièrement susceptibles d'être atteints par les médias. Les trois principaux sont les suivants¹⁷.

A. L'honneur

1. La notion

En droit civil, l'honneur recouvre, outre la réputation d'honnête homme protégée par le droit pénal, la considération sociale et professionnelle¹⁸. De

¹² CourEDH Pedersen et Baadsgaard c. Danemark, 17 décembre 2004, § 78.

¹³ En effet, il appartient aux Etats d'organiser leurs services et de former leurs agents de sorte qu'aucun renseignement ne soit divulgué concernant des données considérées comme confidentielles : CourEDH Dammann c. Suisse, 25 avril 2006, § 55.

¹⁴ CourEDH Leroy c. France, 2 octobre 2008, § 45.

¹⁵ CourEDH Monnat c. Suisse, 21 septembre 2006, § 68.

¹⁶ BUCHER, N. 457.

¹⁷ Sur les atteintes à ces trois composantes par le biais des blogs, cf. CIOLA-DUTOIT / COTTIER, p. 72 ss.

¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_60/2008, du 26 juin 2008, cons. 2.2 ; CRAMER, p. 124 ; DESCHENAUX / STEINAUER, N 558 ; JEANDIN, CR CC, Art. 28, N 36 ; MEILI, BSK ZGB I, Art. 28, N 28 ; PEDRAZZINI / OBERHOLZER, p. 136 ss.

plus, abstraction faite du minimum de dignité humaine revenant à chacun, l'honneur protégé est largement tributaire de la position sociale et de l'entourage de l'individu¹⁹. De la sorte, dire d'un étudiant qu'il n'a pas l'intelligence requise pour des études universitaires, d'un artiste-peintre qu'il a un siècle de retard, d'un ecclésiastique qu'il a peu de foi, d'une personnalité qu'elle n'a pas d'éducation, ou encore d'un homme d'affaires qu'il est insolvable touche à l'honneur²⁰. Autre différence entre le droit civil et le droit pénal : le premier ne vole au secours de l'honneur que si celui-ci a effectivement été atteint, ou menace de l'être effectivement. Le juge civil doit se demander si l'allégation litigieuse diminue la considération dont jouit la personne²¹. Pour cela, il se fonde sur le point de vue du citoyen moyen, en tenant compte des circonstances²².

L'honneur peut être atteint même sans indication de nom : il suffit que la personne soit reconnaissable pour son entourage social²³. S'il montre que l'attaque le visait bien lui et que les tiers ont pu s'en rendre compte, même l'auteur d'un écrit anonyme n'est pas sans protection²⁴.

Les médias doivent être particulièrement attentifs à la protection de l'honneur dans certains domaines. Tout d'abord, en matière de comptes rendus judiciaires. Si la chronique judiciaire sert à assurer la publicité indirecte des jugements et répond de la sorte à un intérêt du public à être informé, la sauvegarde de l'intérêt des parties au procès ne doit pas pour autant être oubliée. De la sorte, sauf exceptions²⁵, il n'existe pas d'intérêt prépondérant justifiant de révéler l'identité du prévenu et du condamné²⁶.

Ensuite, les médias doivent renoncer à rappeler des peines en voie d'être purgées, ou qui le sont déjà, tout délinquant étant au bénéfice du droit à l'oubli, lequel découle d'un des buts essentiels de la répression, à savoir la réinsertion dans la société²⁷. Ce droit n'étant pas absolu, il s'efface pour les individus qui ont occupé une place en vue dans la vie publique ou pour ceux qui briguent une fonction incompatible avec leur passé²⁸.

¹⁹ ATF 119 II 104.

²⁰ BARRELET / WERLY, N 1499.

²¹ ATF 100 II 179 ; ATF 105 II 164.

²² ATF 129 III 51 ; ATF 132 III 644.

²³ RSJ 1986, p. 129.

²⁴ ATF 55 II 98.

²⁵ Par exemple lorsque l'auteur, en raison de sa position dans la vie publique ou de sa fonction publique, à l'instar de celle de notaire et président de club de football, a joui d'une confiance particulière et que l'infraction est en rapport avec cette position (SJ 1995, p. 174) ou lorsque le suspect est en fuite (ATF 64 I 180).

²⁶ ATF 129 III 532.

²⁷ LANGER, p. 5 ; RIEBEN, p. 204. Même les besoins de l'histoire ou de l'art ne sauraient par principe faire échec à ce droit : ATF 109 II 362.

²⁸ BARRELET / WERLY, N 1537.

Quant aux simplifications, elles sont parfois sans effet sur l'honneur d'une personne, du moins aussi longtemps que l'individu visé n'apparaît pas sous un faux jour. Dans un texte journalistique, elles font partie des règles du genre si on veut que les médias atteignent leur but, qui est d'être compris du plus grand nombre²⁹. L'honneur n'est donc pas atteint si un titre de journal qualifie de «secte adonnée à la drogue» une association combattant la drogue par des méthodes autoritaires, si son nom n'est mentionné que dans le corps de l'article et que celui-ci, de même que son surtitre, montrent avec toute la clarté voulue qu'il s'agit d'un groupement ennemi de la drogue³⁰. Si un journaliste, connu pour ses sympathies à l'égard des pays de l'Est, se voit reprocher à tort de coopérer avec des journaux de ces pays-là, il faut considérer que son image dans le public ne s'en trouve pas altérée, d'autant moins s'il a collaboré dans le passé ou s'il n'est pas incapable de le faire un jour³¹. Des étudiants ayant fait part de leurs sympathies extrémistes (lors de manifestations et dans la presse) qui sont assimilés à tort aux Jeunesses communistes d'obédience soviétique ne sont pas apparus de ce fait sous un jour plus défavorable au lecteur moyen, car ils sont notoirement partisans du changement de la société par des méthodes totalitaires³². En revanche, une forme tronquée et réductrice des articles est de nature à induire en erreur les lecteurs, ce qui réduit considérablement l'importance de leur contribution au débat public protégé par l'art. 10 CEDH³³.

Par ailleurs, il faut avoir à l'esprit que les médias peuvent porter atteinte à la personnalité par la publication de faits ou par l'appréciation qu'ils en donnent³⁴. A ce propos, l'allégation de faits inexacts qui lèsent l'honneur est en principe illicite, même si elle a été faite de bonne foi. Peu importe qu'elle ait été exprimée sous forme d'interrogation ou de supposition, ou qu'elle ait été mise dans la bouche d'autrui. Le public n'a aucun intérêt à apprendre des choses fausses³⁵.

On admettra les jugements de valeur s'ils apparaissent fondés en fonction de l'état de fait auquel ils se réfèrent³⁶. Attention cependant: même s'ils reposent sur des faits exacts, ils peuvent porter atteinte à la personnalité s'ils sont inutilement blessants³⁷. Ils doivent se fonder sur des éléments connus ou être accompagnés d'informations permettant au public d'en apprécier l'ob-

²⁹ ATF 123 III 363.

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 1996, *medialex* 1996, p. 160.

³¹ ATF 105 II 165.

³² ATF 107 II 8.

³³ CourEDH Stoll c. Suisse (Grande Chambre), 10 décembre 2007, § 140 ss.

³⁴ ATF 129 III 51.

³⁵ ATF 106 II 99; ATF 119 II 100.

³⁶ BARRELET/WERLY, N 1543.

³⁷ ATF 126 III 308.

jectivité ou alors, à tout le moins, ne pas éveiller de fausses idées quant aux éléments sur lesquels ils s'appuient³⁸. Ainsi, un article exposant qu'une secte prône la soumission sexuelle des disciples femmes n'est pas critiquable³⁹. Dans le domaine artistique, une certaine verdeur de vocabulaire est autorisée: traiter de «mocheté» une œuvre constitue en conséquence un jugement de valeur subjectif qui n'est pas inutilement blessant⁴⁰.

Il convient de relever que le public possède un intérêt légitime à l'humour et à la satire⁴¹. Une plus grande tolérance est de mise quand il s'agit de caricatures, de billets humoristiques ou de journaux de carnaval. Néanmoins, lorsque l'allégation prend le pas sur la satire, il faut admettre l'illicéité⁴².

Enfin, s'agissant de polémiques de presse, celui qui, par exemple, soutient des thèses extrêmes, voire dénuées de sens, tout en restant au niveau des idées, doit certes s'attendre à des réactions vives, mais il ne doit pas aller jusqu'à admettre des attaques diffamatoires⁴³. S'il y a légitime défense, l'illicéité est exclue. Pour les médias toutefois, cette forme d'acte licite ne saurait être admise que très exceptionnellement, dans les seuls et rares cas où la justice n'est pas en mesure d'intervenir à temps⁴⁴.

2. *Atteintes à l'honneur et médias*

Taxer des propos de «racisme verbal»⁴⁵, dire que la conduite d'une personne est «identique à celle qu'aurait adopté un imbécile»⁴⁶ constituent des comportements illicites sur le plan civil. Celui qui, au moyen de textes injurieux, de critiques infondées et d'images dégradantes, diffame publiquement une présentatrice de télévision, porte gravement atteinte à son honneur professionnel et à sa considération sociale⁴⁷. Le lecteur moyen, en voyant son journal qualifier l'état d'une citerne à mazout d'«incroyable» et de «lamentable», conclut à la négligence du gérant de l'immeuble et lui reprochera de ne pas assumer son devoir dans la protection de l'environnement, surtout si

³⁸ ATF 71 II 194.

³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_328/2008, du 26 novembre 2008, cons. 5.2.2.

⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_60/2008, du 26 juin 2008, cons. 3.

⁴¹ ATF 95 II 495.

⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_328/2008, du 26 novembre 2008, cons. 4. Il en va ainsi par exemple lorsqu'une annonce fictive pour le téléphone rose, parue dans un journal satirique, fait passer une personne pour une prostituée, en ajoutant sa photo et un texte salace (arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1994, medialex 1995, p. 50), ou si un billet d'humeur prétend que la personne s'accommode fort bien du blanchiment d'argent sale (arrêt du Tribunal fédéral Tages-Anzeiger c. Kopp, du 17 mai 1994, cons. 5b, non publié).

⁴³ ATF 106 II 99.

⁴⁴ BARRELET/WERLY, N 1547.

⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_82/2012, du 29 août 2012, cons. 4.

⁴⁶ ATF 137 III 308.

⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_888/2011, du 20 juin 2012, cons. 5 s.

ce gérant est architecte⁴⁸. L'honneur est également touché si on insinue qu'un officier de police a « la gâchette facile »⁴⁹.

Peu importe que les faits reprochés à l'individu tombent ou non sous le coup de la loi. Ainsi, la spéculation foncière n'est pas réprimée par les textes légaux, mais le citoyen moyen la réproouve. Reprocher à quelqu'un de la pratiquer est dès lors attentatoire à son honneur⁵⁰.

Pour juger s'il y a atteinte, on ne se fondera pas sur les expressions prises isolément, mais sur l'impression qu'elles font dans le contexte qui est le leur. En soi, l'expression de « spécialiste des mini-espions » n'est pas péjorative; elle devient attentatoire à l'honneur si elle est placée dans le voisinage de termes tels que « fou des armes » ou « fouineur »⁵¹. Dire d'un banquier qu'il est lourdement endetté et l'éloigner de la liste des deux cent Suisses les plus riches où il figurait auparavant est attentatoire à son honneur. C'est suggérer qu'il a échoué dans un élément de sa vie privée qui a également de l'importance pour sa vie professionnelle et mettre en doute ses capacités sur ce plan-là⁵². Se faire l'écho de soupçons et dire d'un homme d'affaires qu'il doit s'attendre à des plaintes civiles et pénales est également une atteinte⁵³. Même chose pour le fait de reprocher à une personne d'avoir exercé son rôle de père comme un « taliban », de le qualifier de « financier marron aux pratiques douteuses »⁵⁴.

B. La vie privée

Alors que le droit pénal ne protège de la publication que les comportements de la vie privée contraires à l'honneur ou appris par des procédés déloyaux (ouverture de lettres, appareils miniaturisés), le droit civil est moins restrictif. Il peut intervenir très généralement, même si l'honneur n'est pas en jeu. Il le fera plus ou moins rigoureusement suivant l'intensité du caractère privé. La vie privée, aussi protégée par les art. 8 CEDH⁵⁵, 17 pacte II⁵⁶ et 13 Cst.⁵⁷, est une notion large qui ne se prête pas à une définition exhaustive⁵⁸.

⁴⁸ ATF 100 II 179.

⁴⁹ ATF 119 II 104.

⁵⁰ ATF 103 II 164.

⁵¹ ATF 119 II 102.

⁵² ZR 1995, p. 79.

⁵³ ATF 122 III 455.

⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5C_66/2006, du 7 décembre 2006, cons. 3.6.

⁵⁵ Sur la protection de la vie privée face à la presse dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir BREITENMOSER, p. 121 ss; MOCK, p. 237 ss; MOUNIER, p. 127 ss; SAXER, p. 19 ss; WERRO, Médias et CourEDH, p. 53 ss; WILSON, p. 159 ss.

⁵⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).

⁵⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101).

⁵⁸ CourEDH *Reklos et Davourlis c. Grèce*, 15 janvier 2009, § 39.

Lorsque les allégations touchent la sphère intime⁵⁹ (vie sexuelle et affective⁶⁰, état de santé⁶¹, intégrité psychique⁶², secrets d'affaires et financiers⁶³, orientations spirituelles⁶⁴, etc.), il faut considérer qu'elles sont presque toujours illicites. Des exceptions peuvent entrer en ligne de compte, par exemple pour connaître l'état de santé de dirigeants politiques (membres d'un gouvernement notamment), puisque le public a un intérêt éminent à savoir dans quel état physique se trouvent les personnalités exerçant des responsabilités aussi élevées⁶⁵. Tous les détails de la vie du patient ne sauraient cependant parvenir au public. Par ailleurs, une certaine transparence financière vaut aussi pour les personnalités en vue appartenant au monde économique⁶⁶.

Quand les déclarations ont trait à la sphère privée (travail, habitat, appartenance à une association⁶⁷, loisirs, discussion des événements du jour dans un cercle d'amis, condamnation à une peine privative de liberté remontant à plusieurs années⁶⁸, contenu d'une messagerie électronique⁶⁹, etc.), il convient de distinguer selon s'il s'agit d'individus faisant durablement partie de l'histoire contemporaine, en raison de leur activité en vue dans la société (titulaires de fonctions publiques, célébrités du monde économique, sportif, artistique ou scientifique), ou de personnes qui font passagèrement partie de l'histoire contemporaine, parce qu'elles se sont trouvées soudain au centre d'un événement (accident, catastrophe naturelle, crime, concours, exploit, etc.). Alors que, pour ces dernières, la curiosité se limitera strictement aux faits et gestes en rapport avec l'événement en question⁷⁰, il est permis, s'agissant des premiers, de révéler des faits dans la mesure où cela est nécessaire pour apprécier leur travail, leur aptitude ou leur dignité⁷¹. Ces informations peuvent constituer un sujet d'intérêt public directement lié à la façon dont

⁵⁹ Sur la théorie des trois sphères, cf. notamment ATF 118 IV 45; DESCHENAUX / STEINAUER, N 560; JEANDIN, CR CC, Art. 28, N 39 ss; MEILI, BSK ZGB I, Art. 28, N 23.

⁶⁰ RSJ 1990, p. 290.

⁶¹ ATF 119 II 225.

⁶² ATF 109 II 360.

⁶³ ZR 1995, p. 85.

⁶⁴ RIEBEN, p. 203.

⁶⁵ BARRELET / WERLY, N 1548.

⁶⁶ ZR 1995, p. 78, 85.

⁶⁷ ATF 97 II 102.

⁶⁸ ATF 122 III 456.

⁶⁹ ATF 130 III 33.

⁷⁰ Depuis 1993, le nom des victimes d'actes de violence est expressément protégé contre la curiosité (d'abord par l'art. 34 al. 2 de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, du 4 octobre 1991 – LAVI, RS 312.5 –, puis, dès le 1^{er} janvier 2011, par l'art. 74 al. 4 CPP – code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007, RS 312.0 –). Le nom ne sera donné que si cela est requis par l'intérêt de l'enquête, si la victime y consent ou si elle est morte. Cette protection est limitée à la période qui précède le procès. Durant les audiences, on recourra aux principes généraux résultant de l'art. 28 CC (en principe, le nom sera aussi caviardé).

⁷¹ BARRELET / WERLY, N 1549.

ces personnes exercent leurs fonctions⁷². Pour notre Haute Cour, le droit de porter atteinte à la sphère privée va spécialement loin pour ce qui est des membres de l'Assemblée fédérale, car aucun organe étatique n'est là pour les contrôler⁷³. Quant aux membres du gouvernement et les candidats à cette fonction, la curiosité pourra aussi porter sur des faits et gestes remontant à la jeunesse⁷⁴. Le débat lié à l'histoire peut justifier des révélations sur la santé d'un chef d'Etat, personnage faisant par définition partie intégrante de l'histoire contemporaine⁷⁵. Pour d'autres personnalités, où l'élément de la confiance joue en général un moins grand rôle, la publicité doit rester en rapport avec l'origine de leur célébrité. Il faut néanmoins relever que même les ministres, les princesses et les vedettes de cinéma conservent une sphère à l'abri des regards publics. Celle-ci englobera, à tout le moins, les actes de la vie familiale ordinaire et les moments de repos. Il faut incidemment noter que la notion de personnalité absolue de l'histoire contemporaine a vu sa portée relativisée par les juges strasbourgeois, lesquels ont réduit le cercle des personnages publics à ceux exerçant une fonction officielle. Selon la Cour, l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression, réside dans la contribution que les photos et articles apportent au débat d'intérêt général. Le seul fait de qualifier une personne de personnalité absolue de l'histoire contemporaine ne suffit pas à justifier toutes les intrusions dans sa vie privée⁷⁶.

Quant aux personnes sans notoriété, il va de soi que leur sphère privée est entièrement protégée.

Relevons encore qu'il existe une part protégée de la sphère publique (événements accessibles à la connaissance de tous). Dans cette hypothèse, les principes énoncés ci-dessus pour la sphère privée s'appliqueront⁷⁷.

Enfin, si un individu laisse passer sans réagir une atteinte illicite ou s'il révèle en public un aspect de sa vie privée, cela ne signifie pas pour autant qu'il consent à toutes les investigations et publications ultérieures⁷⁸. Il faudra admettre le consentement si les publications subséquentes restent dans le cadre de ce que l'intéressé lui-même a déclaré en public.

⁷² Déclaration du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la liberté du discours politique dans les médias, du 12 février 2004, point VII.

⁷³ ATF 71 II 193.

⁷⁴ BARRELET/WERLY, N 1549.

⁷⁵ CourEDH Editions Plon c. France, 18 mai 2004, § 53.

⁷⁶ CourEDH von Hannover c. Allemagne, 24 juin 2004, § 62, 75 s. Voir aussi BIANCHI DELLA PORTA, p. 511 s. ; PONCET, p. 241 ; WERLY, N 18.

⁷⁷ BARRELET/WERLY, N 1550.

⁷⁸ ATF 109 II 361 s.

C. L'image

Chaque personne a droit à sa propre image : droit à ne pas être photographié contre sa volonté, à ne pas être caricaturé, à ne pas être représenté par des acteurs⁷⁹. Le seul fait de photographier un individu sans son consentement, et, à plus forte raison, le fait d'utiliser ce cliché sont illicites⁸⁰. Le consentement doit être admis de la part des personnes dont les actes se rattachent à la vie publique, lorsque la photo se rapporte à ces actes-là⁸¹. L'exigence du consentement n'est pas absolue. On peut y renoncer dans certains cas, par exemple lorsque l'on fixe sur la pellicule un lieu fréquenté quand les personnes ne prennent sur la photo qu'une place accessoire, ou une foule lorsque l'individu se fond dans l'ensemble, à moins qu'il ne s'agisse d'un lieu peu recommandable, telle une rue chaude, et que le fait de révéler de quelqu'un qu'il s'y trouvait constitue une atteinte à sa personnalité plus forte que l'intérêt du public à l'information⁸². Le fait de photographier une famille en deuil dans un cimetière n'est pas licite, à moins que la cérémonie ne concerne une personnalité de l'histoire contemporaine⁸³.

Une photo prise de façon licite peut en principe être publiée. Il faut toutefois réserver les cas où : elle délivre un message trompeur, qui porte atteinte à la personnalité (individu surpris dans une attitude particulièrement ridicule et trop fugace pour être considérée comme reflétant la réalité) ; elle exprime une vérité que l'écoulement du temps interdit de rappeler (cliché d'un délinquant pris au moment de son procès et qui est maintenant au bénéfice du droit à l'oubli) ; le motif qui avait justifié la prise de vues est annulé par l'usage projeté (celui qui, par exemple, lors d'un baptême, se laisse photographier par un convive a le droit de s'étonner s'il se retrouve dans un livre d'initiation au mariage⁸⁴)⁸⁵. Le consentement tacite donné par celui qui évolue dans la sphère publique ne vaut que pour une utilisation de la photo en rapport avec ses activités publiques⁸⁶.

⁷⁹ ALDER, p. 342 ; DESSEMONTET, p. 42. Pour une contribution récente sur le sujet, voir BÄHLER, p. 55 ss.

⁸⁰ ATF 127 III 492 ; ATF 129 III 722 s. Avis contraire : GEISER, *Persönlichkeitsverletzung*, p. 38 s.

⁸¹ ATF 110 II 419.

⁸² BARRELET / WERLY, N 1556.

⁸³ ATF 112 II 465.

⁸⁴ RSJ 1944, p. 331. Cf. aussi ZR 1980, p. 191 s. (actrice qui pose sur un vélo et offre ainsi une photo à un festival sportif pour ses relations publiques, cliché qui se retrouve ensuite sur une affiche faisant de la réclame pour une marque de bicyclettes étrangère).

⁸⁵ BARRELET / WERLY, N 1557.

⁸⁶ ZR 1924, p. 34 (utilisation d'un cliché sur un paquet de cigarettes).

D. Concurrence déloyale et droit d'auteur

Les actions basées sur la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale⁸⁷ s'inscrivent dans la protection générale de la personnalité instituée par l'art. 28 CC. Les actions reposant sur cette dernière disposition sont toutefois subsidiaires à celles qui sont fondées sur des lois spéciales, telles singulièrement la LCD⁸⁸. L'atteinte illicite est un acte qui contrevient aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports de concurrence. Pour vérifier cette hypothèse, plusieurs indices sont à considérer, comme les conditions de travail des médias, la connaissance moins bonne qu'ils ont du monde économique que les concurrents ou encore la salubrité d'une surveillance exercée sur l'économie par eux⁸⁹. Notons que, de manière générale, il ne faut admettre qu'avec retenue des dénigrements déloyaux de la part des médias, eu égard à leur fonction dans la société.

Au nombre des droits de la personnalité dont peuvent se prévaloir les personnes juridiques figurent notamment la réputation professionnelle et le droit au libre développement économique, lequel est assuré actuellement dans une large mesure par la LCD⁹⁰. C'est cette dernière qu'on appliquera lorsque les allégations s'inscrivent dans une lutte économique ou qu'elles sont de nature à avoir des répercussions sur celle-ci. Le code civil conserve toutefois son utilité pour les allégations qui, quoiqu'étant en relation avec l'activité économique de l'individu, visent principalement ses qualités d'être humain en général⁹¹.

Si, de manière générale, des imprécisions journalistiques ne peuvent fonder une action que lorsqu'elles font apparaître l'intéressé sous un faux jour⁹², le même principe vaut en droit de la concurrence: des simplifications sont aussi possibles, pour rendre le texte compréhensible à chacun⁹³. Elles sont licites pour autant qu'une image erronée de l'acteur économique ne s'en dégage pas. En revanche, il faut considérer qu'un reportage imprécis ou abrégé sera contraire à la LCD lorsqu'il amène les lecteurs à se faire une représentation inexacte de circonstances qui sont pertinentes pour la réputation économique de ce participant à la concurrence.

La loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992⁹⁴ constitue également une *lex specialis* en la matière. Ses dispositions excluent

⁸⁷ LCD (RS 241).

⁸⁸ ATF 129 III 724.

⁸⁹ BARRELET/WERLY, N 1866.

⁹⁰ ATF 121 III 168.

⁹¹ ZR 1995, p. 75 ss.

⁹² ATF 107 II 6; ATF 111 II 222. Voir aussi DOVAT, p. 8.

⁹³ GEISER, RSJ 1996, p. 73.

⁹⁴ LDA (RS 231.1).

de leur champ d'application la protection générale de la personnalité. L'indemnisation du tort moral n'est toutefois pas concernée par cette exclusion, comme l'indique l'art. 62 al. 2 LDA⁹⁵. Les droits de la personnalité de l'artiste sont notamment violés lorsque sa prestation est utilisée sans autorisation à des fins publicitaires.

III. L'action en réparation du tort moral : les conditions

Pour qu'une personne atteinte dans sa personnalité puisse demander un montant destiné à effacer un peu le tort moral qu'elle a subi, six conditions doivent être réunies, selon l'art. 49 CO : un tort moral, l'illicéité, une faute, une relation de cause à effet entre le tort moral et l'acte illicite, une atteinte grave et l'absence d'un autre mode de satisfaction.

A. Le tort moral, l'illicéité, la faute et la relation de cause à effet

Le tort moral se définit comme une diminution du bien-être physique ou psychique. Il doit être grave. Cette exigence découle de la constatation que l'argent est très imparfaitement en mesure d'effacer ce genre de préjudice et que cette réparation doit garder dès lors un caractère exceptionnel : elle doit être réservée aux cas où la souffrance subie dépasse par son intensité ce que la personne est en mesure de supporter seule, sans recours au juge, selon les conceptions dominantes⁹⁶.

L'illicéité est une notion subjective : de la sorte, il importe peu que l'auteur soit de bonne foi ou ignore qu'il participe à une atteinte à la personnalité⁹⁷.

S'agissant de la faute, l'auteur de l'atteinte devait avoir conscience de faire quelque chose de contraire au devoir légal. Il devait avoir la volonté d'aboutir au résultat envisagé (l'intention) ou, à tout le moins, ne pas avoir fait preuve du soin requis pour éviter un tel résultat (la négligence). Si un journaliste répand une fausse nouvelle, mais qu'il était de bonne foi ce faisant, s'il a pris les précautions qu'on était en droit d'attendre de lui, il n'a pas commis de faute. Le sérieux de la source – une agence d'information renommée – suffira à disculper le rédacteur si la nouvelle qu'il lui a empruntée s'avère fausse ;

⁹⁵ ATF 129 III 715.

⁹⁶ FF 1982 II 703.

⁹⁷ ATF 134 III 201.

mais non si elle est vraie et si elle porte de manière illicite atteinte aux intérêts personnels d'un individu. Le professionnel des médias qui transforme les propos de personnes interrogées et formule des affirmations partiellement fausses, sans prendre la peine de les vérifier, agit fautivement⁹⁸. La faute ne doit pas forcément être grave, l'exigence de la gravité ayant été mise de côté par la révision de 1983. La gravité particulière de la faute peut cependant jouer un rôle dans l'évaluation du tort moral⁹⁹.

Il doit exister une relation de cause à effet entre le tort moral et l'acte illicite. La causalité naturelle est la relation telle que, sans le premier événement, le second ne se serait pas produit (*condictio sine qua non*)¹⁰⁰. De plus, l'acte illicite devait être propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un tel tort moral (causalité adéquate)¹⁰¹.

B. La gravité de l'atteinte

La gravité de l'atteinte, soit le résultat du fait générateur de responsabilité¹⁰², constitue l'exigence cardinale en matière d'atteintes à la personnalité par la voie des médias. L'atteinte doit être grave du point de vue objectif, mais également du point de vue subjectif : elle doit avoir été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime de s'adresser au juge afin d'obtenir réparation¹⁰³. Savoir si une violation des droits de la personnalité est assez grave pour justifier l'attribution d'une somme d'argent à titre de tort moral dépend en grande partie des circonstances du cas d'espèce. Le juge bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation pour trancher cette question¹⁰⁴. Une atteinte légère à l'honneur, par exemple, ne constitue en principe pas une atteinte objectivement grave justifiant une réparation morale¹⁰⁵.

La preuve de la souffrance morale étant difficile à apporter, il suffit en pratique au demandeur d'établir que son tort moral est objectivement grave, qu'il le serait pour tout citoyen moyen placé dans la même situation.

Dans les affaires ci-après, les atteintes ont été jugées graves. Donner à entendre, dans un article de presse et dans un courrier, qu'un avocat laisse ses clients être condamnés à tort, à la place des vrais coupables, et qu'il trempe

⁹⁸ Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/855/2005, du 24 juin 2005, consid. 5.2.

⁹⁹ WERRO, CR CO, Art. 49, N 13.

¹⁰⁰ TERCIER, Le droit des obligations, N 1883.

¹⁰¹ TERCIER, Le droit des obligations, N 1884.

¹⁰² WERRO, CR CO, Art. 49, N 4.

¹⁰³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_128/2007, du 9 juillet 2007, consid. 2.3.

¹⁰⁴ ATF 129 III 715.

¹⁰⁵ BREHM, Art. 49, N 24 ss.

dans une obscure affaire de faux¹⁰⁶. Traiter publiquement de traître et d'imbécile, par la voie de la presse, le capitaine d'une équipe de football¹⁰⁷. Organiser une campagne d'affiches virulente à l'égard de plusieurs personnes¹⁰⁸. Présenter, dans deux reportages parus dans un journal à grand tirage, un individu comme un vendeur de dix-neuf jets F5 à l'Iran, donnant ainsi une image totalement fausse de son rôle dans la transaction¹⁰⁹. Dire d'un banquier, à tort, que sa fortune a diminué de cent millions en un an¹¹⁰. Publier la photo d'une femme explorée à côté du cercueil de son mari et de son fils et se faire l'écho de rumeurs selon lesquelles le mari aurait volontairement cherché la mort sur la route¹¹¹. Epier pendant plusieurs jours les ébats amoureux de sa locataire à travers un miroir sans tain¹¹². En matière de droit d'auteur, il faut considérer comme une atteinte grave une œuvre modifiée ou utilisée dans un cadre que l'auteur peut légitimement réprouver. Dans ce cas, l'auteur du comportement illicite devra remettre toutes les recettes qui ont résulté de l'utilisation illicite de l'œuvre¹¹³.

En revanche, dans les exemples suivants, la gravité de l'atteinte a été niée. Le premier concernait un impact négatif d'une campagne de presse : des médias avaient relayé des déclarations selon lesquelles une société ne respectait pas les horaires légaux de travail de son personnel et des magasins eux-mêmes, au moyen d'un subterfuge consistant à conférer à ses gérants le statut de fonction dirigeante élevée¹¹⁴. Le deuxième cas avait trait à l'envoi à une collègue d'un courrier électronique montrant le Pape Jean-Paul II déjà âgé en train de lever, dans un geste mal assuré, le calice lors de la consécration, et de trois courriels revêtant un caractère sexiste : une citation de Flaubert selon laquelle « Les femmes des uns font le bonheur des autres », une sentence disant « Ne soyez pas méchants avec les femmes ! La nature s'en charge au fur et à mesure que le temps passe » et un dessin de presse représentant un chef du personnel sur le point de profiter sans scrupule de sa fonction pour regarder sous la minijupe d'une jeune employée en la faisant asseoir en face de son bureau sur une chaise exagérément surélevée¹¹⁵. Autre

¹⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_600/2007, du 22 février 2008.

¹⁰⁷ ATF 137 III 303.

¹⁰⁸ ATF 128 IV 53.

¹⁰⁹ ATF 120 II 97. Toutes les conditions d'une action en réparation du tort moral n'étaient pas remplies *in casu*. Les juges zougais avaient notamment estimé que le demandeur n'avait pas même tenté de démontrer en quoi il avait subi un tort.

¹¹⁰ L'atteinte est grave non pour sa vie privée, car il n'a pas dédaigné parler de ses affaires en public par le passé, mais pour son honneur professionnel : ZR 1995, p. 87.

¹¹¹ ATF 112 II 465.

¹¹² RJN 1992, p. 74 ss.

¹¹³ BARRELET / WERLY, N 2074.

¹¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_137/2012, du 25 juillet 2012.

¹¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_178/2010, du 14 mai 2010.

affaire, la reprise, sans modification, de la prestation d'un artiste et sa diffusion dans un spot publicitaire qui ne le dévalorise pas. En fait, il s'agissait d'une réclame pour des produits à base de viande ; or, en tant que produits de consommation courante, ces derniers n'éveillent aucune association d'idées négatives dans l'esprit des consommateurs ordinaires¹¹⁶. Si le dessein de procurer aux lecteurs un divertissement humoristique n'autorise pas la presse à faire passer une personne pour une prostituée, le trait humoristique peut l'emporter dans certains cas¹¹⁷. Ne constitue pas non plus une atteinte grave la publication, dans un journal à fort tirage, de dessins et de légendes d'un caricaturiste qui a pris pour titre le nom, déformé, d'une agence de voyages et suggéré, sans intention malveillante, mais par plaisanterie, une association d'idées entre cette agence et le régime politique de plusieurs pays où elle organise des séjours de vacances¹¹⁸. Même chose pour celui qui est invité à un débat radiophonique sur la vivisection et dont seule a été diffusée la réponse à une question propre à le ridiculiser dans l'esprit des auditeurs, du moment que son nom n'a pas été mentionné¹¹⁹. Enfin, il en va également ainsi dans un cas où, dans des feuilles volantes, des affiches et des articles de journaux, une personne avait été accusée par un syndicat ouvrier d'avoir manqué à sa parole, d'avoir offert à ses employés des conditions de vie, de salaire et de travail indignes d'êtres humains et contraires à toute civilisation, et, finalement, d'avoir eu « une conduite dont tout homme devrait avoir honte »¹²⁰.

C. L'absence d'un autre mode de satisfaction

La réparation du tort moral par le versement d'une somme d'argent a un caractère subsidiaire. Elle n'est accordée que si la victime n'a pas obtenu satisfaction autrement (art. 49 al. 1^{er} CO), par exemple par la publication d'une réponse, d'un rectificatif, d'un communiqué de presse¹²¹, d'une lettre d'excuses, d'une rétractation¹²², ou par un jugement pénal largement diffusé. Souvent, ces satisfactions-là ne seront que partielles et le juge en tiendra compte.

D. Les motifs justificatifs propres aux médias

Lorsqu'un intérêt personnel est touché, il faut, pour que les art. 28 et 28a CC soient pris en considération, que cette atteinte soit illicite. Toute atteinte aux

¹¹⁶ ATF 129 III 715.

¹¹⁷ SJ 1995, p. 669.

¹¹⁸ ATF 95 II 481.

¹¹⁹ SJ 1968, p. 178.

¹²⁰ JT 1915 I 652.

¹²¹ WERRO, CR CO, Art. 49, N 12.

¹²² ZR 1995, p. 87 s.

intérêts personnels n'est pas illicite. L'art. 28 al. 2 adopte la démarche suivante : il commence par poser la présomption selon laquelle toute atteinte est en soi illicite, vision qui découle du caractère absolu des droits de la personnalité. Puis il énumère trois motifs justificatifs, à savoir le consentement de la victime, la justification par un intérêt prépondérant public ou privé et la justification par la loi. Il appartient à l'auteur de l'atteinte de démontrer l'existence d'un motif justificatif.

S'agissant plus précisément des motifs justificatifs concernant les médias, il faut considérer que la diffusion de faits véridiques est en principe couverte par la mission d'information qui leur échoit, à moins qu'il ne s'agisse de faits relevant de la sphère privée et secrète ou que le lésé ne soit déprécié de façon inadmissible en raison de la forme inutilement blessante de la présentation¹²³. La justification ne sera néanmoins admise que dans la mesure où le besoin d'informer prime l'intérêt de cette personne à la préservation de son intégrité¹²⁴. Il s'agira donc de procéder à une pesée des intérêts en présence. C'est lors de cette opération qu'entrera en considération la mission des médias¹²⁵ ou, plus précisément, l'intérêt du public défendu par les médias, qui est d'être informé sur les faits d'intérêt général, d'être stimulé dans ses jugements par la confrontation des opinions et aussi, dans une certaine mesure, d'être divertie¹²⁶. Cette mission ne constitue cependant pas un motif justificatif absolu : il faut un motif pertinent de porter atteinte à la personnalité¹²⁷. La balance ne penchera pas systématiquement en faveur des médias. Elle se décidera toujours du côté de celui qui est atteint dans sa personnalité lorsque les faits avancés sont faux, ou qu'ils ne sont pas d'intérêt général. L'individu l'emportera aussi lorsque l'atteinte, sérieuse, aurait pu être évitée sans réel préjudice pour le public¹²⁸.

En matière de concurrence déloyale, l'intérêt du public à disposer d'une chronique économique indépendante, de tests comparatifs ou de comptes rendus culturels critiques sera considéré au moment où l'on décide s'il y a eu, ou non, violation des règles de la bonne foi. Un journaliste qui critique une entreprise tout en faisant correctement son travail influe sur les rapports de concurrence, mais ne viole pas les règles de la bonne foi¹²⁹.

¹²³ ATF 129 III 531.

¹²⁴ ATF 132 III 641.

¹²⁵ ATF 107 Ia 280.

¹²⁶ TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, N 710.

¹²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5C_37/2006, du 13 avril 2007, cons. 4.1.

¹²⁸ BARRELET/WERLY, N 1530.

¹²⁹ BARRELET/WERLY, N 1864.

IV. Les modes de réparation du tort moral

A. Les sommes d'argent allouées

1. *En général*

De manière générale, l'indemnité pour tort moral cherche à compenser l'atteinte encourue à l'équilibre psychologique, en accroissant sur un autre plan le sentiment de bien-être ou en rendant l'atteinte plus supportable¹³⁰. L'opération consiste à traduire en termes monétaires le préjudice immatériel¹³¹.

A défaut d'études comparatives fouillées sur l'octroi d'indemnités satisfaisantes en cas d'atteintes aux droits de la personnalité, il sied, selon notre Haute Cour, de se pencher sur des décisions se rapportant au tort moral lors de décès ou de lésions corporelles au sens de l'art. 47 CO¹³², norme qui n'est finalement qu'un cas particulier d'application de la règle générale de l'art. 49 CO¹³³. Une réserve s'impose toutefois : une comparaison avec d'autres affaires ne doit intervenir qu'avec circonspection, puisque le tort moral ressenti dépend de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Cela étant, une comparaison n'est néanmoins pas dépourvue d'intérêt et peut se révéler, suivant les occurrences, un élément utile d'orientation¹³⁴.

Deux critères doivent être utilisés pour l'évaluation concrète du tort moral. Tout d'abord, il faut distinguer entre les atteintes qui créent un état durable (à l'instar d'une invalidité qui affecte le lésé sa vie durant) et celles qui s'effacent avec le temps, comme c'est le cas la plupart du temps pour les atteintes à la personnalité. Les premières doivent être indemnisées par le versement de sommes plus importantes que celles accordées pour réparer les secondes. Ensuite, lorsqu'il existe une atteinte à l'honneur ou au crédit, une différence doit se faire selon que l'atteinte procède d'un acte unique ou selon qu'elle a été propagée dans les médias ; dans cette dernière hypothèse, l'atteinte aux droits de la personnalité pèse d'un poids plus important que dans la première, ce qui doit se répercuter sur la quotité de l'indemnité satisfaisante attribuée¹³⁵.

Précisons encore que la fixation de l'indemnité pour tort moral est une question d'application du droit fédéral, que le Tribunal fédéral examine donc

¹³⁰ ATF 132 II 117 ss.

¹³¹ CHERPILLOD, p. 167.

¹³² ATF 138 III 345.

¹³³ ATF 123 III 204.

¹³⁴ ATF 138 III 345.

¹³⁵ BREHM, Art. 49, N 86.

librement (cf. art. 106 al. 1 LTF¹³⁶). Dans la mesure où celle-ci relève pour une part importante de l'appréciation des circonstances, les magistrats de Mon Repos interviennent avec retenue. Ils le font notamment si l'autorité cantonale a mésusé de son pouvoir d'appréciation, en se fondant sur des considérations étrangères à la disposition applicable, en omettant de tenir compte d'éléments pertinents ou encore en fixant une indemnité inéquitable parce que manifestement trop faible ou trop élevée. Comme il s'agit toutefois d'une question d'équité (et non pas d'une question d'appréciation au sens strict, qui limiterait leur examen à l'abus ou à l'excès du pouvoir d'appréciation), les juges lausannois examinent librement si la somme allouée tient suffisamment compte de la gravité de l'atteinte ou si elle est disproportionnée par rapport à l'intensité des souffrances morales causées à la victime¹³⁷.

En examinant la jurisprudence, l'on constate, en cas de perte d'un enfant, des sommes comprises en moyenne entre 20 000 et 35 000 francs. En 2001, l'Obergericht du canton de Zurich a rendu un arrêt par lequel il a alloué une indemnité satisfaisante de 20 000 francs à un enfant de six ans dont la mère a été victime d'un meurtre¹³⁸. En 2003, le Tribunal fédéral a accordé 25 000 francs pour tort moral à chacun des enfants à la suite de l'homicide de leur père. Il a précisé que l'un d'eux, âgé alors de quatre ans, a durement ressenti cette perte et doit suivre une thérapie, ajoutant encore que, pour chacun d'entre eux, le fait de grandir sans leur père pèsera sur leur vie future¹³⁹. Dans le cas d'un automobiliste blessé dans un accident de la circulation lui ayant causé un traumatisme crânio-cérébral et une contusion cervicale avec troubles sensitifs, troubles ayant généré une incapacité de travail (totale, puis partielle) de huit mois, les magistrats de Mon Repos ont arrêté l'indemnité pour tort moral à 15 000 francs, précisant que cette somme s'inscrit dans la pratique judiciaire actuelle relative à des événements dont la victime peut se remettre en dépit de certaines séquelles¹⁴⁰. En 2011, le Tribunal fédéral a jugé conforme au droit l'allocation d'une indemnité de base de 20 000 francs à un automobiliste de soixante-trois ans ayant subi une fracture ouverte du genou droit, qui a entraîné des douleurs chroniques justifiant l'allocation ultérieure d'une demi-rente d'invalidité du premier pilier¹⁴¹.

¹³⁶ Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110).

¹³⁷ ATF 138 III 344 s.

¹³⁸ HÜTTE/DUCKSCH/GROSS/GUERRERO, IV/3, ch. 7.

¹³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6S_295/2003, du 10 octobre 2003, cons. 2.2.

¹⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4C_433/2004, du 2 mars 2005, cons. 4.3.

¹⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_77/2011, du 20 décembre 2011, cons. 4.7.

2. *En cas d'atteintes par les médias*

En 1938, le Tribunal fédéral condamnait solidairement un éditeur et une imprimerie organisée en société anonyme à verser 500 francs à titre de satisfaction morale à une société victime d'une atteinte à ses intérêts personnels par voie de la presse¹⁴². Dans l'affaire où le passé criminel d'une personne avait été rappelé dans la presse, la Cour de justice de Genève, bien qu'elle considère généralement que l'admission de l'action en constatation et la publication du jugement suffisent en principe à la réparation du tort moral, a alloué un montant de 40 000 francs à titre de tort moral, vu la gravité de l'atteinte portée à la personnalité de celui qui avait été condamné. Elle a décidé de la sorte après avoir précisément relevé l'absence d'autre réparation qui aurait pu satisfaire le demandeur¹⁴³. En 2001, une indemnité pour tort moral de 1000 francs a été accordée à celui touché par la publication d'un ouvrage révisionniste¹⁴⁴. Présenter, dans la presse, une femme sous les traits d'une prostituée porte atteinte à sa dignité de femme d'une manière vulgaire. La somme de quelques milliers de francs octroyée à cet égard n'est donc pas excessive¹⁴⁵. Même chose dans le cas du site de presse internet relatant qu'un homme de loi laissait ses clients être condamnés à tort et qu'il avait lui-même un comportement répréhensible (confirmation de la somme de 10 000 francs allouée)¹⁴⁶. L'imprimeur d'un hebdomadaire qui engage une campagne de presse contre un individu, dont l'attention aurait dû être éveillée par la publication du premier article portant atteinte à la personnalité, doit faire preuve d'une vigilance particulière et engage sa responsabilité en faisant paraître ensuite à plusieurs reprises des textes diffamatoires ou injurieux; partant, une indemnité de 15 000 francs accordée par la Cour cantonale ne viole pas le droit fédéral¹⁴⁷. En 2002, un montant de 4000 francs a été donné à chaque victime d'une campagne d'affichage virulente¹⁴⁸. Le joueur de football critiqué par la voie de presse par son entraîneur qui le traite de traître et qualifie son comportement « d'identique à celui qu'aurait adopté un imbécile » s'est vu allouer 15 000 francs¹⁴⁹. Dans un jugement récent, le Tribunal fédéral a ramené à 10 000 francs le montant dû à titre de réparation morale à une société active dans le commerce maritime (la Cour cantonale avait estimé que le dédommagement devait se monter à 25 000 francs). Il s'agissait d'un site internet visible pendant deux mois montrant des bateaux de transport en

¹⁴² ATF 64 II 14.

¹⁴³ Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/494/2003, du 16 mai 2003, consid. 7.

¹⁴⁴ ATF 127 IV 209.

¹⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1994, medialex 1995, p. 50.

¹⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_600/2007, du 22 février 2008, cons. 4.

¹⁴⁷ ATF 126 III 161.

¹⁴⁸ ATF 128 IV 53.

¹⁴⁹ ATF 137 III 310.

mauvaise posture sur mer ou usés par la rouille, ainsi que deux membres du conseil d'administration de la société en tenue décontractée, dont l'un croisait les bras tandis que l'autre tenait un fruit à la main, si bien qu'il ressortait une image négative et fort peu professionnelle de la société et attentait de ce fait à son honneur¹⁵⁰.

B. La publication du jugement constatant l'illicéité de l'atteinte

En plus de l'indemnité, ou en lieu et place de celle-ci, le juge peut, selon l'art. 49 al. 2 CO, accorder une autre réparation: des excuses, la remise d'objets, le versement d'une somme d'argent à une œuvre caritative¹⁵¹, une prestation en nature, le versement d'un franc symbolique ou encore la publication du jugement constatant l'illicéité des atteintes¹⁵². Si, en pratique, cet alinéa n'a certes qu'une portée limitée¹⁵³, il joue toutefois un rôle lorsqu'une indemnité en argent ne serait pas le moyen adéquat pour réparer le tort moral causé, comme c'est le cas en matière d'atteintes à l'honneur. En effet, dans ce domaine, le lésé a moins besoin d'être consolé que vengé. Le tort qu'il a subi sera mieux réparé par la constatation formelle de l'illicéité de l'atteinte et la publication de cette constatation que par l'allocation d'une somme d'argent¹⁵⁴. Dans cette hypothèse, la publication, gratuite, devra se faire dans la partie rédactionnelle du journal et non dans la partie publicitaire¹⁵⁵. Si un tort moral subsiste après la publication, il conviendra alors de verser une indemnité en argent¹⁵⁶.

Relevons que si certains auteurs estiment, à l'instar de notre Haute Cour, que la publication du jugement peut poursuivre différents buts et qu'elle peut être ajoutée, voire même remplacer l'indemnité en argent allouée pour rectifier le tort moral¹⁵⁷, une partie de la doctrine est d'avis que la publication du jugement n'est pas un moyen susceptible de réparer le tort moral¹⁵⁸.

Comme l'art. 49 al. 2 CO laisse au juge la faculté de substituer ou d'ajouter un autre mode de réparation, la détermination de ce mode relève du pouvoir d'appréciation du magistrat, qui applique les règles du droit et de l'équité

¹⁵⁰ ATF 138 III 337.

¹⁵¹ ATF 95 II 481.

¹⁵² ATF 131 III 31. L'art 66 LDA prévoit aussi cette possibilité.

¹⁵³ FF 1982 II 704. La règle n'a pratiquement d'importance que pour justifier la condamnation symbolique à un franc de dommages-intérêts: WERRO, CR CO, Art. 49, N 14.

¹⁵⁴ ATF 118 I 369; ATF 131 III 26; arrêt du Tribunal fédéral 4A_341/2008, du 20 janvier 2009, cons. 4.

¹⁵⁵ CHEVALLIER, p. 191.

¹⁵⁶ ATF 131 III 31.

¹⁵⁷ Parmi eux: BREHM, Art. 49, N 103; SCHNYDER, BSK ZGB I, Art. 49, N 17.

¹⁵⁸ Notamment TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, N 998; WERRO, CR CO, Art. 49, N 14.

(art. 4 CC)¹⁵⁹. Il définit l'étendue de la publication et tient compte du besoin d'information en cause et du principe de proportionnalité¹⁶⁰. Le fait que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation ne signifie pas qu'il peut décider à sa guise; il doit motiver son choix et exposer dans son jugement les motifs qui ont emporté sa conviction. Les exigences de motivation des décisions en équité sont élevées. Si le Tribunal fédéral ne revoit en principe qu'avec réserve la décision d'équité motivée prise en dernière instance cantonale, il n'en va pas de même lorsque cette décision n'est pas motivée.

La voie de la publication a notamment été préférée dans les deux affaires suivantes. En 1992, dans le cas du journal à sensation reprochant injustement à une personne d'avoir vendu des avions de combat à un pays frappé d'embargo international, le Tribunal de district de Zoug (suivi par les juges de Mon Repos) avait ordonné la publication du jugement, tout en rejetant la requête tendant à l'allocation d'une indemnité pour tort moral formée par le lésé¹⁶¹. En 2001, le défunt journal dominical dimanche.ch avait consacré deux articles à un candidat de l'UDC aux élections pour le Grand Conseil genevois¹⁶². L'un des articles avait qualifié la liste des candidats du parti agrarien de «mâtinée de quelques noms aux consonances juive, musulmane et orthodoxe». L'autre accusait le candidat UDC d'avoir exercé de graves violences sur sa secrétaire. La Cour de justice genevoise avait condamné les éditions responsables à publier dans dimanche.ch, en première page, sur un quart de page, la constatation de ces atteintes illicites, moyen apte à faire disparaître le tort moral. Cette sentence a été confirmée par le Tribunal fédéral, qui a part ailleurs abondé dans le sens des juges genevois, lesquels avaient refusé d'allouer une somme de 25 000 francs pour tort moral.

V. La légitimation, le for et la prescription

A. La légitimation

1. *La légitimation active*

Le droit d'agir en justice appartient à toute personne directement atteinte dans un de ses droits de la personnalité: personnes physiques, mais aussi morales, dans la mesure où l'atteinte ne touche pas à des caractéristiques qui, en raison de leur nature, appartiennent seulement aux personnes physiques. En

¹⁵⁹ ATF 131 III 31.

¹⁶⁰ ATF 127 III 485.

¹⁶¹ ATF 120 II 97.

¹⁶² ATF 131 III 26.

effet, en se référant à la théorie de la réalité de la personne morale, un organe d'une personne morale, lorsque celle-ci est victime d'une atteinte à sa personnalité, ressent pour elle une souffrance qui habilite la personne juridique à réclamer en son nom propre une réparation pour tort moral¹⁶³. Les personnes morales peuvent notamment se prévaloir de l'honneur¹⁶⁴, de la protection de la sphère privée¹⁶⁵, du droit à la considération sociale ou encore du droit au libre développement économique¹⁶⁶. Ainsi, une société anonyme, dont une publicité a été taxée de bobards (« *Schwindel* »), est en principe en droit de réclamer à l'auteur de l'atteinte une indemnité pour tort moral¹⁶⁷.

En matière de concurrence déloyale, l'action est offerte à celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général, ou qui en est menacé (art. 9 al. 1^{er} LCD). Il peut s'agir du concurrent direct, mais aussi de l'un des membres d'une corporation lorsque, par exemple, celle-ci a été dénigrée. La personne n'a pas besoin d'être reconnaissable ; il suffit que ses intérêts économiques soient en jeu¹⁶⁸. Le cercle des personnes admises à agir est ainsi beaucoup plus large que dans le domaine des art. 28 ss CC, où seules les atteintes directes, reconnues comme telles par le citoyen moyen, sont prohibées¹⁶⁹. Le banquier, dont on laisse entendre qu'il a perdu le tiers de sa fortune en un an, ne peut agir, car il n'est pas atteint en tant que participant au marché. Ce sont ses banques, dont il est actionnaire majoritaire, qui le sont¹⁷⁰. Peuvent également saisir la justice les clients atteints dans leurs intérêts économiques ou menacés de l'être¹⁷¹.

2. *La légitimation passive*

Pour l'action en réparation du tort moral, le lésé a le choix : il peut agir contre quiconque porte une responsabilité personnelle dans l'atteinte commise, personne physique ou morale (art. 28 al. 1 CC). Il dispose donc d'un cumul d'actions contre l'auteur, le rédacteur responsable, l'éditeur ou toute autre

¹⁶³ ATF 64 II 14 ; ATF 95 II 481 ; BREHM, Art. 49, N 42 s. ; HUGUENIN, BSK ZGB I, Vor Art. 52-59 CC, N 5. Pour TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, N 2041, une personne morale ne peut ressentir de souffrance et, par voie de conséquence, il n'est pas possible d'apaiser celles-ci par le versement d'une somme d'argent (plus mesuré, mais dans le même sens : WERRO, CR CO, Art. 49, N 8). Pour une vision de la controverse doctrinale tendant à l'exhaustivité, voir ATF 138 III 344.

¹⁶⁴ ATF 96 IV 148.

¹⁶⁵ ATF 97 II 97.

¹⁶⁶ ATF 121 III 168 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2012, du 14 mai 2012, cons. 4.

¹⁶⁷ ATF 60 II 326.

¹⁶⁸ BARRELET / WERLY, N 1872.

¹⁶⁹ HOTZ, p. 30.

¹⁷⁰ ZR 1995, p. 77.

¹⁷¹ BARRELET / WERLY, N 1873.

personne qui a participé à la diffusion du journal (secrétaire de rédaction, imprimeur, etc.)¹⁷². Ce choix est cependant restreint par le fait qu'il ne peut s'adresser qu'à des personnes dont il parvient à prouver la faute. En effet, si les actions prévues par l'art. 28a al. 1 et 2 CC permettent d'attirer au procès les personnes qui ont participé à l'atteinte, même si elles n'ont pas commis de faute, l'existence d'une faute est en revanche nécessaire pour l'octroi d'une indemnité pour tort moral¹⁷³.

En pratique, l'action visera celui qui a les meilleures possibilités d'empêcher ou de faire cesser l'atteinte, qui a le pouvoir de publier une rectification ou un jugement. Cela évitera au lésé d'engager plusieurs procès. De préférence, il s'en prendra donc à l'éditeur plutôt qu'à l'auteur du livre¹⁷⁴, qu'au journaliste¹⁷⁵, qu'au dessinateur¹⁷⁶, qu'à la vendeuse du kiosque, etc. Ou alors, il se tournera vers l'annonceur ou l'imprimeur¹⁷⁷. L'indication générale par laquelle un journal annonce qu'il décline toute responsabilité pour les textes publiés dans la rubrique des lecteurs est sans effet juridique¹⁷⁸. Lorsque le lésé actionne une personne morale, c'est la faute d'un des organes de celle-ci (propriétaire, directeur, rédacteur en chef, etc.) qu'il doit pouvoir démontrer. Sans prouver de faute, il peut également actionner l'employeur (art. 55 CO). Même si celui-ci a la possibilité de se disculper, il est une cible toute désignée¹⁷⁹.

Afin de renforcer la position du lésé, la loi institue une responsabilité solidaire. Ainsi, lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage – ce qui est fréquent dans le domaine des médias –, elles sont tenues de le réparer solidairement, quel que soit le degré de leur faute. Le lésé pourra diriger son action contre la personne de son choix, qui devra répondre du dommage dans son entier. Dans une seconde phase, qui n'a plus à l'intéresser, cette personne pourra se retourner contre les autres responsables. Le juge statuera sur l'étendue précise de la responsabilité de chacun (art. 50 et 144 CO).

¹⁷² ATF 126 III 161. Pour la LCD, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C_224/2005, du 12 décembre 2005, cons. 2.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4C_169/2006, du 16 mai 2007, cons. 6.1.1.

¹⁷³ ATF 126 III 165 s.

¹⁷⁴ ZR 1984, p. 53.

¹⁷⁵ ATF 103 II 167.

¹⁷⁶ ATF 95 II 486.

¹⁷⁷ ATF 126 III 168. Dans les journaux réputés sérieux, le simple fait que l'imprimeur ignore le teneur d'un article et le laisse passer ne permet pas de présumer une participation coupable: ATF 64 II 19; ATF 113 II 213; ATF 126 III 161.

¹⁷⁸ ATF 106 II 99.

¹⁷⁹ La responsabilité causale (ou objective) signifie que l'employeur répond du dommage causé illicitement par ses auxiliaires (personnes liées à lui par un rapport de subordination: employés fixes, mais aussi journalistes libres, chroniqueurs ou invités réguliers) même sans faute de sa part.

Précisons encore que le régime spécial institué par l'art. 28 CP¹⁸⁰ concernant la responsabilité pénale en matière de délits de médias est sans incidence sur les prétentions civiles de la victime¹⁸¹.

B. La prescription

Pour engager l'action en réparation du tort moral, l'individu dispose d'un an, à compter du jour où il a eu connaissance du dommage ainsi que de l'identité de l'auteur ; dix ans après le jour où l'acte dommageable s'est produit, la prescription est acquise dans tous les cas (art. 60 al. 1^{er} CO). La prescription peut cependant être interrompue par des actes de procédure, et cela sans restriction ; il n'existe pas de prescription absolue. A chaque fois, un nouveau délai commence à courir.

Dans l'hypothèse d'une campagne de presse, le délai de prescription annuel de l'art. 60 al. 1 CO ne court pas tant que la fin des publications qui portent atteinte à la personnalité n'est pas reconnaissable¹⁸².

Lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage et que chacune d'elles connaissait la participation de l'autre (solidarité parfaite), la prescription interrompue à l'égard de l'une d'elles l'est également à l'égard des autres (art. 136 al. 1^{er} CO). Mais lorsque, par exemple, le rédacteur en chef ignorait l'existence d'un autre auteur que celui qui a signé l'article délictueux (solidarité imparfaite), la prescription interrompue à l'égard de cet auteur caché ne l'est pas à l'égard du rédacteur en chef¹⁸³.

C. Le for

Depuis le 1^{er} janvier 2011, la compétence à raison du lieu en matière civile lorsque le litige n'est pas de nature internationale est régie par le CPC¹⁸⁴. Pour

¹⁸⁰ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

¹⁸¹ ATF 128 IV 73.

¹⁸² ATF 126 III 163 s.

¹⁸³ ATF 104 II 233.

¹⁸⁴ Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272). Avant le 1^{er} janvier 2001, date d'entrée en vigueur de la loi sur les fors (abrogée lors de l'entrée en vigueur du CPC), seul entraînait en ligne de compte, pour les actions réparatrices, le for au domicile du défendeur, en vertu de l'art. 59a Cst. Toutefois, lorsque le lésé engageait une action défensive à son domicile, il lui était possible d'y ajouter des conclusions pécuniaires, sans devoir déranger pour cela un autre juge. Cette exception ne valait que s'il y avait simultanéité entre l'action défensive et l'action réparatrice. La seconde pouvait être ajoutée à la première aussi longtemps que, selon la procédure cantonale, le demandeur pouvait prendre des conclusions nouvelles. Passé ce délai, le demandeur désireux de formuler des conclusions pécuniaires était renvoyé au for ordinaire, celui du défendeur.

les actions dirigées contre une personne physique, le for est celui de son domicile (art. 10 al. 1^{er} let. a CPC). Pour les actions dirigées contre une personne morale, le for est celui de son siège (art. 10 al. 1^{er} let. b CPC). Lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for (art. 15 al. 1^{er} CPC). Lorsque plusieurs prétentions présentant un lien de connexité sont élevées contre un même défendeur, chaque tribunal compétent pour connaître de l'une d'elles l'est pour l'ensemble (art. 15 al. 2 CPC). En droit des personnes, les actions fondées sur une atteinte à la personnalité peuvent être intentées au domicile ou au siège du demandeur ou du défendeur (art. 20 let. a CPC).

En matière de concurrence déloyale, les actions civiles ne peuvent être intentées qu'au for du défendeur (art. 10 al. 1^{er} let. a CPC). Toutefois, si le demandeur appuie sa demande sur une autre loi encore qui, elle, prévoit également le for du demandeur, il pourra aussi agir en ce lieu (art. 20 CPC). Ce sera le cas par exemple si l'atteinte a des caractéristiques relevant à la fois de la loi contre la concurrence déloyale et de la protection de la personnalité selon les art. 28 ss CC. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale exerce ses effets dans plusieurs pays, le tribunal compétent en Suisse sera celui du domicile ou de la résidence habituelle ou de l'établissement du défendeur. Lorsque le défendeur n'a ni domicile ou résidence habituelle, ni établissement en Suisse, l'action peut être intentée devant le tribunal suisse du lieu de l'acte ou du résultat (art. 129 al. 1^{er} et 2 LDIP¹⁸⁵). Le tribunal appliquera le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat s'est produit (art. 136 al. 1^{er} LDIP)¹⁸⁶. Un auteur américain publiant aux Etats-Unis des articles sur la structure des coûts de revues spécialisées dans le domaine de la physique ne peut être traduit devant la justice suisse par une société établie aux Etats-Unis qui y diffuse des revues de physique. Le lieu du résultat est le lieu de l'atteinte immédiate au bien protégé. Les effets annexes se produisant en Suisse, sur un marché que le plaignant ne dessert pas, n'entrent pas en considération¹⁸⁷.

VI. Conclusion

Le 2 septembre 1999, le conseiller aux Etats Maximilian Reimann a déposé une motion chargeant le Conseil fédéral de modifier la législation régissant la presse et les médias. Il souhaitait qu'en cas d'atteintes qualifiées à la per-

¹⁸⁵ Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (RS 291).

¹⁸⁶ Voir arrêt du Tribunal fédéral 4A_203/2009, du 12 janvier 2010, cons. 7.1 s.

¹⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} novembre 1996, sic! 1997, p. 601.

sonnalité, le lésé reçoive un montant au moins égal aux recettes de l'organe incriminé, en plus des dispositions prévues à l'art. 28a al. 3 CC. Il demandait ensuite que l'éditeur apporte la preuve qu'il a entrepris tout ce qui était nécessaire pour éviter le préjudice. Transmis sous forme de postulat¹⁸⁸, le texte s'est, depuis, perdu dans les couloirs du Palais fédéral. La loi n'a pas évolué depuis, même si, quelques années plus tard, le Tribunal fédéral soulignait les risques croissants d'atteinte aux droits des personnes par les médias¹⁸⁹.

Les possibilités légales actuelles pour se défendre contre une attaque commise par le biais d'un média ne manquent toutefois pas. Reste la question du moyen le plus apte à réparer le dommage subi. Si l'on prend comme point de départ l'hypothèse d'une atteinte à l'honneur, la voie pénale possède l'avantage, outre celui du côté infamant d'une condamnation, d'une procédure plus simple que celle offerte par le droit civil. Certes, d'un autre point de vue, la protection se limite à la réputation d'honnêteté et le droit de porter plainte se limite à trois mois (après quatre ans, l'action s'éteint irrémédiablement). Autres inconvénients: le lésé ne peut agir qu'au lieu du domicile de l'auteur et il ne peut pas obtenir de réparation matérielle. En sus, si l'auteur d'une diffamation a dit la vérité ou était de bonne foi, il échappe pratiquement toujours à une peine. Le droit civil, quant à lui, protège largement la personnalité. La prescription est plus longue qu'en droit pénal: un an (maximum dix ans) pour les actions réparatrices. Le lésé peut agir au lieu de son domicile. Il peut s'en prendre à la personne qui lui paraît la plus apte à lui fournir satisfaction. Il peut obtenir une réparation matérielle et des mesures bien ciblées en interdiction ou en cessation du trouble. Si l'auteur n'a pas commis de faute, il n'échappe qu'aux actions réparatrices. Si l'action est dirigée contre l'employeur, celui-ci doit répondre même sans faute de sa part. L'inconvénient majeur du droit civil réside dans le fait que la procédure doit être constamment animée par le demandeur; elle est plus longue et plus coûteuse.

Au vu de ce qui précède, la voie civile semble donc, de prime abord, plus attractive pour celui qui l'emprunte. Mais, en pratique, la voie pénale est nettement plus utilisée, principalement en raison de la facilité de la procédure pour le lésé. En outre, on constate que les conditions drastiques exigées par la loi pour l'action en réparation du tort moral, en particulier l'exigence de la gravité du tort moral, de même que le montant du dédommagement, généralement peu élevé, font que, dans le domaine des atteintes à la personnalité par la voie des médias, cette action n'est pas la meilleure manière possible d'obtenir satisfaction. Ce d'autant plus qu'en matière d'atteintes à l'honneur, l'indemnité en argent ne constitue pas le moyen le plus apte à réparer le tort

¹⁸⁸ Motion 99.3441, « Protection de la personnalité dans le droit des médias », BOCE 1999 1059 s.

¹⁸⁹ ATF 127 III 485.

moral, au contraire de la publication du jugement, voie qu'un juge peut dès lors privilégier. Par ailleurs, faute de tort moral, la victime n'obtiendrait au civil que la constatation de l'illicéité, et pour autant seulement que le juge admette que le trouble existe toujours. Reste encore, en cas de dommage matériel, l'action en dommages-intérêts. L'action en remise de gain (versement du gain que l'auteur de l'atteinte a réalisé à travers elle) est également envisageable, de même que l'action en enrichissement illégitime (par exemple l'utilisation d'une image sans avoir préalablement demandé le consentement de la personne). Tous ces moyens d'agir restent cependant marginaux par rapport au choix de la voie pénale.

VII. Bibliographie

- ALDER Daniel, «Urheberpersönlichkeits- und Persönlichkeitsrechte auf dem Information Highway», in Hilty (édit.), *Information Highway*, Berne, Munich 1996, p. 331-352.
- BÄHLER Regula, «Ungefragte Momentaufnahmen», *medialex* 2012, p. 55-62.
- BARRELET Denis / WERLY Stéphane, *Droit de la communication*, 2^e éd., Berne 2011.
- DE BEER Alexander I., «Zur zivilrechtlichen Haftung der Finanzpresse bei Börsenmanipulationen mittels falscher Anlageempfehlung», *SAS* 1983, p. 65-71.
- BIANCHI DELLA PORTA Manuel, «Information sur les personnalités, personnalisation de l'information: où sont les limites?», *sic!* 2007, p. 507-520.
- BREITENMOSER Stephan, «Die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK», in Thürer (édit.), *EMRK: Neuere Entwicklungen*, Zurich 2005, p. 121-153.
- BUCHER Andreas, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e éd., Bâle 2009.
- CHENAUX Jean-Luc, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, thèse Lausanne 1990.
- CHERPILLOD Ivan, «Information et protection des intérêts personnels: les publications des médias», *RDS* 1999, p. 87-197.

- CHEVALIER Pierre-Ami, « Les rapports éditeur-rédacteur et les tiers », in *Aspects du droit des médias*, vol. 1, Fribourg 1983, p. 179-195.
- CIOLA-DUTOIT Sophie / COTTIER Bertil, « Le droit de la personnalité à l'épreuve des blogs », *medialex* 2008, p. 72-81.
- CRAMER Conradin, « Rechtsschutz bei Persönlichkeitsverletzungen durch Mediens », *recht* 2007, p. 123-131.
- DESCHENAUX Henri / STEINAUER Paul-Henri, *Personnes physiques et tutelle*, 4^e éd., Berne 2001.
- DESSEMONTET François, « Le droit à sa propre image : droit de la personnalité ou droit à la publicité ? », in *Mélanges Jacques-Michel Grossen*, Bâle 1992, p. 41-54.
- DOVAT Frédéric, « L'atteinte à la personnalité causée à une entreprise par les médias », *Questions de droit* 64, 2010, p. 7-10.
- DRUEY Jean Nicolas, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zurich 1995.
- ENGEL Pierre, *La protection de la personnalité*, Lausanne 1985.
- FORKEL Hans, « Ehrenschutz gegen Presseangriffe: Bemerkungen aus deutscher Sicht zum Urteil des schweizerischen Bundesgerichts in Sachen Tages-Anzeiger gegen Hans W. Kopp », *RSJ* 1996, p. 97-104.
- FRANK Richard, *Persönlichkeitsschutz heute*, Zurich 1983.
- GEISER Thomas, *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Bâle 1990 (cité: *Persönlichkeitsverletzung*).
- id.*, « Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht ? », *RSJ* 1996, p. 73-84 (cité: *RSJ* 1996).
- id.* (édit.), *Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 4^e éd., Bâle 2010 (cité: auteur, *BSK ZGB I*).
- HALDIMANN Christine, *Médias romands et protection de la personnalité*, Fribourg 1989.
- HAUSHEER Heinz / AEBI-MÜLLER Regina E., « Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage », *recht* 2004, p. 129-150.
- HÜTTE Klaus / DUCKSCH Petra / GROSS Alexandre / GUERRERO Kayum, *Le tort moral, Tableaux de jurisprudence comprenant des décisions judiciaires rendues de 1990 à 2005*, 3^e éd., Zurich 2005.
- JÄGGI Peter, « Fragen des privatrechtlichen Schutzes des Persönlichkeit », *RDS* 1960 II, p. 133-261.

- KAEGI-DIENER Regula, «Persönlichkeitsschutz im Verhältnis von Medien und Justiz», *PJA* 1994, p. 1102-1113.
- KNAPP Blaise, «Constitution et secret de la vie privée», *AIJC* 2000, p. 353-368.
- MEILI Andreas, *Wirtschaftsjournalismus im Rechtsvergleich*, Baden-Baden 1996.
- id.*, «Art. 28-28f ZGB», in Honsell (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle 1996.
- MOCK Hanspeter, «Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8 CEDH) à l'aube du XXI^e siècle», *RUDH* 1998, p. 237-246.
- MOUNIER Carole, «Harmonisation du droit par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: la protection de la vie privée face à la presse», in Chappuis/Foëx/Kadner Graziano (édit.), *L'harmonisation internationale du droit*, Zurich 2007, p. 127-145.
- PEDRAZZINI Mario M. / OBERHOLZER Niklaus, *Grundriss des Personenrechts*, 4^e éd., Berne 1993.
- PICHONNAZ Pascal / FOËX Bénédict (édit.), *Code civil I, Commentaire romand*, Bâle 2010 (cité: auteur, CR CC).
- PONCET Charles, «Un arrêt qui renforce la monétarisation de la vie privée», *medialex* 2004, p. 241.
- RIEBEN Laurent, «La protection de la personnalité contre les atteintes par voie de presse au regard des dispositions du code civil et de la loi contre la concurrence déloyale», *SJ* 2007 II, p. 199-232.
- RIEMER Hans Michael / RIEMER-KAFKA Gabriela, «Persönlichkeitsrechte und Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 27/28l ZGB», *SJK* 1165, 1988.
- SAXER URS, ««Caroline» und die Privatsphäre Prominenter in der Schweiz», *medialex* 2005, p. 19-27.
- SCHWEIZER Rainer J., «Privatsphärenschutz von Personen des öffentlichen Lebens», *PJA* 1994, p. 1114-1120.
- STUDER Peter, «Hilfe! Medien haben mich persönlich verletzt, was kann ich tun?, eine Zivil- oder Strafrechtsklage ist die letzte und riskanteste Möglichkeit», in *Close up on Compliance*, Zurich 2009, p. 271-284.
- TERCIER Pierre, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984 (cité: Le nouveau droit de la personnalité).
- id.*, *Le droit des obligations*, 4^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2009 (cité: Le droit des obligations).

- THÉVENOZ Luc / WERRO Franz (édit.), *Code des obligations I, Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : auteur, CR CO).
- TRÜMPY-WARIDEL Françoise, *Le droit de la personnalité des personnes morales et en particulier des sociétés commerciales*, thèse Lausanne 1986.
- WEBER Rolf H., « Geldentschädigung als rechtsfolge von Persönlichkeitsverletzungen ? », *medialex* 2000, p. 75-87.
- WERLY Stéphane, « Le droit à l'image des personnages publics », *Communication* vol. 27, 1/2009, p. 198-219.
- WERRO Franz, « La protection de la personnalité, les médias et la Cour européenne des droits de l'homme : une illustration de la constitutionnalisation et de l'européanisation du droit civil », in *Le centenaire du Code civil suisse*, Paris 2008, p. 53-69 (cité : Médias et CourEDH).
- id.* / SCHMIDLIN Irène, « La protection de la personnalité et les médias : une illustration de la rencontre du droit civil et du droit constitutionnel », in *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, Zurich 2006, p. 161-221.
- WILSON Barbara, « What right to privacy for politicians, princesses and other public figures? A review of the recent jurisprudence of the european court of human rights », in *Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*, Zurich 2006, p. 159-174.

L'indemnisation du prévenu poursuivi à tort... ou à raison

YVAN JEANNERET *

Table des matières

I.	Introduction	112
II.	Ancrage constitutionnel/conventionnel	112
III.	Un système exhaustif et exclusif	112
IV.	Le préjudice susceptible d'être indemnisé	114
	A. Les frais de défense	114
	B. Le préjudice économique	116
	C. Le tort moral	117
V.	Les conditions de l'indemnisation	119
	A. Le prévenu injustement poursuivi	119
	1. Le principe	119
	2. Les exceptions	120
	3. Les spécificités des procédures de recours (art. 436 CPP)	122
	4. Les spécificités de l'ordonnance pénale	124
	B. Le prévenu victime d'un acte de contrainte illicite	125
	1. Le principe	125
	2. L'exception ?	126
	C. Le prévenu victime d'une erreur judiciaire	126
VI.	La créance	127
	A. A charge de l'Etat	127
	B. A charge de la partie plaignante	128
	C. A charge d'un tiers	130
	D. La prescription	131
	E. Le recouvrement	131
VII.	La procédure	132
VIII.	Conclusion	137
IX.	Bibliographie	138
	A. Ouvrages	138
	B. Revues	139
	C. Liens Internet	139

* Professeur à l'Université de Neuchâtel, Avocat au barreau de Genève.
L'auteur remercie Madame Leslie La Sala, assistante à l'Université de Neuchâtel, pour sa relecture attentive de la présente contribution.

I. Introduction

Toute procédure pénale occasionne nécessairement des frais tant pour l'Etat que pour les parties impliquées. Lorsqu'un prévenu emmené malgré lui dans les tourments d'une procédure s'avère finalement innocent, il importe de déterminer si et dans quelle mesure celui-ci a droit à ce que le dommage qu'il a encouru à raison de cette procédure soit indemnisé. Tel est l'objet de la présente contribution qui passe en revue les règles mises en œuvre à cet effet depuis le 1^{er} janvier 2011 par le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007¹ (ci-après CPP).

II. Ancrage constitutionnel/conventionnel

Le droit conventionnel n'impose le principe de l'indemnisation du prévenu que dans deux situations, à savoir la privation de liberté illicite et l'erreur judiciaire². Ainsi, les art. 5 § 5 CEDH et 9 § 5 Pacte ONU II garantissent le droit à l'indemnisation en cas de détention illicite, à savoir une détention contraire aux principes de l'art. 5 CEDH. En outre, les art. 3 protocole N. 7 CEDH et 14 § 6 Pacte ONU II, garantissent le droit à la réparation de l'erreur judiciaire, à savoir le cas du condamné qui a subi une peine consacrée dans un jugement définitif annulé après révision; dans ce dernier cas, l'indemnisation peut être refusée, si le motif de révision repose sur un fait non révélé à l'époque et que cette révélation tardive est imputable au condamné.

En revanche, il n'existe aucun fondement conventionnel ni constitutionnel qui impose l'indemnisation du prévenu poursuivi de manière conforme aux normes procédurales, mais dont il s'avère, au terme de la procédure, qu'il a été injustement soupçonné, de sorte qu'il bénéficie d'un classement ou d'un acquittement³.

III. Un système exhaustif et exclusif

Les dispositions du Titre 10 CPP ont pour vocation de réglementer la prise en charge des frais et indemnités de procédure, s'agissant de toutes les pro-

¹ RS 312.0.

² DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 436 N. 7; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 436 N. 9; SCHMID, Praxiskommentar, Art 436 N. 8; BSK StPO- WEHRENBURG / BERHARD, Art. 436 N. 12-13.

³ SCHMID, Handbuch, N. 1805; HOTTELIER, in: Robert/Sträuli, 45 ss; HOTTELIER, RJJ 2005, p. 45-48; TF, 1P.530/20004; SJ 2001 I 118; ATF 118 Ia 338; SJ 1998 p. 333; SJ 1995 p. 285.

cédures prévues dans le CPP (art. 416 CPP), y compris la procédure pénale dirigée contre les mineurs dans la mesure prévue à l'art. 44 PPM ainsi que dans le cadre de l'entraide pénale internationale, dans les limites de l'art. 15 EIMP⁴. Ces dispositions ne s'appliquent pas en matière, de droit pénal administratif⁵, d'amende d'ordre⁶, de procédure portant sur des infractions de droit cantonal⁷ ainsi que s'agissant des recours devant le Tribunal fédéral⁸.

En dépit de la lettre des art. 416 à 421 CPP qui ne mentionne que les frais, il faut admettre que la réglementation générale des art. 416 à 421 CPP s'applique également *mutatis mutandis* aux indemnités de procédure et à la réparation du tort moral⁹. Cette réglementation est exhaustive, à savoir que toutes les questions relatives aux frais et indemnités doivent être traitées aux conditions et selon la procédure fixée aux art. 416 ss CPP, sous peine de forclusion¹⁰.

Il en découle également le caractère exclusif du devoir d'indemnisation de l'Etat, lequel peut, toutefois, selon les règles du droit administratif cantonal ou fédéral, intenter une action récursoire à l'encontre des personnes qui, intentionnellement ou par négligence grave, ont provoqué l'ouverture de la procédure, rendu celle-ci notablement plus difficile ou provoqué une décision finalement annulée dans le cadre d'une procédure de révision (art. 420 CPP)¹¹.

De même, de ce caractère exclusif de la réglementation des art. 416 ss CPP découle la règle selon laquelle la faculté octroyée aux parties d'obtenir des indemnités de procédure exclut l'existence de toute créance résiduelle reposant notamment sur les règles de la responsabilité civile, dans l'hypothèse où les indemnités ne couvriraient pas l'intégralité des frais et préjudices effectifs encourus par la partie considérée¹². Ce principe permet encore d'affirmer que le Ministère public ou une autre entité étatique au sens de l'art. 104 al. 2 CPP,

⁴ TF, 2C_397/2012, consid. 3.

⁵ La matière est réglée par les art. 94 à 102 DPA.

⁶ La matière est réglée par l'art. 7 LAO qui stipule la gratuité de la procédure d'amende d'ordre.

⁷ Les infractions de droit cantonal sont exclues sur champ d'application du CPP; toutefois, ces normes peuvent s'appliquer au titre de droit cantonal supplétif, comme c'est le cas, par exemple, à Genève, par renvoi de l'art. 8 LaCP (RS/GE E 4 10).

⁸ La matière est réglée par les art. 62 à 68 LTF. A noter que si le Tribunal fédéral réforme une décision, il peut statuer lui-même sur les indemnités de procédure antérieures en appliquant à cet effet les règles du CPP (art. 68 al. 5 LTF).

⁹ BSK StPO-DOMEISEN, Art. 416 N. 8-10, Art. 421 N. 3, Art. 418 N. 11; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 416-436 N.1-6, Art. 421 N. 4; SCHMID, Handbuch N. 1760.

¹⁰ BSK StPO-DOMEISEN, Art. 416 N. 8-10; SCHMID, Handbuch, N. 1760-1761; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 416-436 N. 3 ss.

¹¹ TF, 6B_5/2013, consid. 2.6; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 420 N. 1-2; CR CPP-CREVOISIER, Art. 420 N. 1.

¹² ATF 133 II 361, consid. 4.1; 1C_39/2007, consid. 3.1; SJ 2001 I 153; CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 433 N. 1.

en tant que partie à la procédure, ne peut jamais revendiquer le paiement d'indemnités de procédure¹³.

IV. Le préjudice susceptible d'être indemnisé

Le dommage encouru par le prévenu et susceptible d'être indemnisé correspond à la notion civile de préjudice¹⁴, à savoir la différence existant entre le patrimoine du prévenu sans l'événement dommageable et l'état actuel du patrimoine. Lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, on doit admettre que l'autorité compétente peut procéder à une détermination selon les règles de l'équité comme le prévoit l'art. 42 al. 2 CO. C'est ainsi, par exemple, que pour les procédures pénales fédérales, l'art. 12 al. 2 RFPPF¹⁵ prévoit que le juge peut arbitrer et estimer les indemnités lorsque le prévenu ne justifie pas les frais effectifs qu'il a encourus. En principe, la répartition prévue par les art. 429 ss CPP doit correspondre à l'entier du préjudice subi¹⁶.

Il faut, par ailleurs, que le dommage encouru par le prévenu soit en lien de causalité naturelle et adéquate avec les actes de procédure dont il s'avère, *a posteriori*, qu'ils étaient inutiles ce qui impliquera, en cas de libération partielle, d'identifier le préjudice spécifiquement lié à ces actes inutiles¹⁷.

L'art. 429 al. 1 CPP énumère trois postes de dommages, soit les frais de défense, le préjudice économique et le tort moral.

A. Les frais de défense

Le prévenu a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (art. 429 al. 1 litt. a CPP). Ce poste inclut pour l'essentiel les honoraires du défenseur de choix¹⁸, TVA comprise¹⁹, au tarif usuel du barreau considéré, pour une activité raisonnablement nécessaire au regard de l'affaire et ce même si le prévenu est au bénéfice d'une assurance de protection juridique²⁰, mais également certains frais annexes

¹³ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 423 N. 2, Art. 436 N. 2.

¹⁴ CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 429 N. 20; SCHMID, Handbuch, N. 1803.

¹⁵ RS 173.713.162.

¹⁶ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 429 N. 2; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 6; SCHMID, Handbuch, N. 1804 et 1814.

¹⁷ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 429 N. 2; BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 429 N. 9; CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 429 N. 20 ss.

¹⁸ TF, 6B_363/2012, consid. 1.2; TF, 6B_65/2012, consid. 2; ATF 138 IV 205, consid. 1.

¹⁹ ATF 125 V 201.

²⁰ ATF 135 V 473; SCHMID, Handbuch, N. 1804, nbp 111; opinion partiellement divergente de CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 429 N. 26 qui considèrent que l'assureur est alors subrogé au prévenu et doit intervenir à ce titre dans la procédure.

comme les frais de copies, de téléphone, de logement et de déplacement ou encore le coût d'expertises privées, dans la mesure où elles ont été déterminantes pour l'issue du litige, à l'exclusion toutefois des avis de droit portant sur le droit suisse²¹.

En principe, le recours à un avocat est raisonnable, y compris en dehors des cas de défense obligatoire au sens de l'art. 130 CPP, considérant que le droit matériel et formel est toujours plus complexe et technique et qu'il est légitime de recourir aux services d'un professionnel pour se défendre dans une procédure à laquelle on est, malgré soi, contraint de participer²². Lorsqu'il n'est question que d'une contravention, sans difficulté juridique et sans particularité quant à la situation personnelle du prévenu, le recours à l'avocat devra se limiter au minimum, quitte à se limiter à une simple consultation²³; en revanche lorsque la procédure porte sur un délit ou un crime, le recours à un avocat ne peut être qu'exceptionnellement considéré comme non raisonnable²⁴.

Le recours à plusieurs défenseurs, autorisé dans les limites posées par l'art. 127 al. 2 CPP, peut s'avérer nécessaire dans le cadre d'une procédure particulièrement complexe et volumineuse. Certes de manière limitative, il y a lieu d'admettre que l'exercice d'une défense raisonnable peut passer par le recours à plus d'un défenseur. Dans ce cas, les coûts y relatifs devront être admis au titre des frais de défense sujets à indemnisation.

Si le prévenu a bénéficié d'un défenseur d'office, il ne peut revendiquer aucune indemnité pour ses frais de défense, même si de manière hypothétique, il pourrait, à l'avenir, être tenu de rembourser à son défenseur la différence entre l'indemnité versée par l'Etat et les honoraires dus au tarif ordinaire selon l'art. 135 al. 4 litt. b CPP²⁵. En revanche, lorsqu'une violation du principe de la célérité ou une autre irrégularité déduite d'une garantie constitutionnelle est commise dans le cadre d'une procédure relative au contrôle de la détention avant jugement, la jurisprudence²⁶ impose une décision immédiate octroyant, à titre de réparation, la dispense de l'ensemble des frais de justice

²¹ BSK StPO-WEHRENBACHER/BERNHARD, Art. 429 N. 12-17; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 7; SCHMID, Handbuch, N. 1811.

²² ATF 138 IV 197.

²³ TF, 6B_563/2012 qui considère toutefois qu'un prévenu de 84 ans, de formation universitaire, est apte à se défendre seul pour une banale contravention à la LCR de CHF 250.-.

²⁴ ATF 138 IV 197, consid. 2.3.5; SCHMID, Handbuch, N. 1810 plus restrictif sur la prise en charge des frais de défense pour une simple contravention.

²⁵ TF, 6B_363/2012, consid. 1.2; ATF 138 IV 205, consid. 1. Cette situation ne devrait au demeurant pas poser de difficulté particulière puisque l'obligation du prévenu de payer la différence d'honoraires au défenseur n'existe que s'il est condamné aux frais de la procédure, ce qui exclut, en principe, le droit à une indemnité.

²⁶ ATF 137 IV 118; TF, 1B_134/2012, consid. 2.1.

et une pleine indemnisation des frais de défense, quand bien même le prévenu bénéficie-t-il d'un défenseur d'office.

B. Le préjudice économique

Le prévenu peut également revendiquer une indemnité à raison du dommage économique qu'il a subi, lorsque celui-ci est lié à la participation obligatoire active ou passive²⁷ à la procédure (art. 429 al. 1 litt. b CPP). Ce poste du dommage regroupe la perte de gain liée à l'impossibilité de réaliser une activité lucrative salariée ou indépendante ou de percevoir des prestations d'un assureur social (art. 21 al. 5 LPGA), en raison du temps consacré à la participation aux audiences, de la suspension de son droit d'exercer une profession soumise à autorisation au cours et en raison de la procédure²⁸, d'une mise en détention avant jugement ou d'une mesure de substitution restreignant l'exercice d'une activité rémunérée, mais également l'éventuelle atteinte à l'avenir économique consécutif à la procédure, de même que des frais de voyage ou de logement²⁹.

Dans ce contexte également, les principes généraux du droit de la responsabilité civile prévalent, de sorte qu'il incombe au prévenu d'entreprendre les démarches nécessaires pour diminuer son dommage³⁰. Il doit notamment, dans la mesure du possible, organiser son temps de travail pour pouvoir participer aux audiences en évitant de réaliser des pertes de revenus. Le prévenu détenu pourra également se voir imputer les économies réalisées à raison de sa détention, s'agissant par exemple de la nourriture.

En matière de privation de liberté, le principe d'imputation impératif découlant de l'art. 51 CP³¹ impose prioritairement d'imputer la détention injustifiée sur toute peine prononcée ensuite d'une autre condamnation. Ainsi, l'indemnisation du préjudice économique découlant d'une détention avant jugement au sens de l'art. 429 al. 1 litt. b CPP est subsidiaire à l'imputation de celle-ci sur une autre condamnation³².

²⁷ SCHMID, Handbuch, N. 1813.

²⁸ Tel peut être le cas d'un avocat provisoirement suspendu (art. 17 al. 3 CPP).

²⁹ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 429 N. 6; BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 429 N. 23-24; CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 429 N. 41-46; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 8; SCHMID, Handbuch, N. 1814.

³⁰ BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 429 N. 25; CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 429 N. 41; TPF, BB.2012.34, consid. 2.1.1.

³¹ ATF 135 IV 126, consid. 1.3.6; ATF 133 IV 150, consid. 5.1; TF, 6B_169/2012, consid. 6; TF, 1B_179/2011, consid. 4.2.

³² BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 429 N. 23; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 9.

Le préjudice économique causé par un séquestre doit aussi être indemnisé, en tant qu'acte de procédure devant être passivement subi par le prévenu. Ainsi, par exemple lorsqu'un objet productif ou des fonds importants ont été bloqués, restreignant ou empêchant l'exercice d'une activité rémunératrice, le prévenu doit être indemnisé. Celui-ci, privé de ses avoirs et contraint d'emprunter des fonds de tiers, peut être indemnisé à raison des coûts liés à cet emprunt, sous imputation des éventuels profits réalisés sur les avoirs sous séquestre. La liquidation anticipée d'une opération bancaire impliquant des pénalités peut aussi générer un dommage indemnisable, pour autant que le prévenu n'y ait pas consenti³³. Toujours au titre du préjudice économique, les pertes causées à des avoirs séquestrés en raison d'une mauvaise gestion de ceux-ci sont aussi sujets à indemnisation. A ce propos, l'Ordonnance sur le placement des valeurs patrimoniales séquestrées du 3 décembre 2010³⁴, adoptée sur la base de la délégation de l'art. 266 al. 6 CPP prescrit, en substance, que la direction de la procédure doit veiller à ce que les valeurs patrimoniales soient placées de manière conservatrice et génèrent si possible un rendement³⁵. On peut considérer que cette ordonnance codifie la bonne gestion des biens séquestrés. Ainsi, si la direction de la procédure faillit à ses obligations, une éventuelle perte doit être indemnisée.

C. Le tort moral

L'art. 429 al. 1 litt. c CPP prévoit enfin le droit à une réparation du tort moral subi à raison d'une atteinte particulièrement grave à la personnalité du prévenu, notamment, mais pas exclusivement, en cas de privation de liberté. L'intensité de l'atteinte à la personnalité doit être analogue à celle requise dans le contexte de l'art. 49 CO³⁶; une référence à l'art. 47 CO doit aussi être faite, lorsque le prévenu a subi une atteinte à son intégrité, par exemple lorsqu'il a été victime de violences policières. L'autorité compétente pour fixer le montant du tort moral dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la détermination du *quantum* de l'indemnité³⁷.

Outre la détention avant jugement, peut constituer une grave atteinte à la personnalité, par exemple, une arrestation ou une perquisition menée en public ou avec un fort retentissement médiatique, une restriction à la liberté de mouvement découlant par exemple du dépôt des papiers imposé à un

³³ TPF, SK.2012.13, consid. 3.

³⁴ RS 312.057.

³⁵ TPF, BB.2010.92, consid. 4.2.2.

³⁶ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 10; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 429 N. 27.

³⁷ TF, 6B_111/2012, consid. 4.1; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 429 N. 30.

ressortissant étranger³⁸ ou d'une assignation à résidence, les conséquences familiales et/ou professionnelles ou politiques d'une procédure pénale, de même que les assertions attentatoires aux droits de la personnalité qui pourraient être diffusées par les autorités pénales en cours d'enquête³⁹.

S'agissant plus spécifiquement du tort moral consécutif à une détention avant jugement, la jurisprudence retient, de longue date, en règle générale et sous réserve de situations exceptionnelles, qu'il y a lieu de partir d'une indemnité de CHF 200.– par jour complet ou partiel⁴⁰ de détention, puis de corriger le montant ainsi obtenu en considération des circonstances du cas d'espèce, comme, par exemple, les effets négatifs de la détention sur l'intégrité physique et psychique, l'éloignement géographique entre le lieu de détention et le lieu de résidence occasionnant de grandes difficultés relationnelles avec la famille et les amis, le retentissement médiatique donné à une affaire où la gravité des faits initialement reprochés et portés à la connaissance du public⁴¹. Le Tribunal fédéral⁴² retient par ailleurs que la durée de la détention est un facteur de diminution de l'indemnité, considérant que les premiers jours de détention ont un impact beaucoup plus grand sur le prévenu qu'une détention de plusieurs mois; l'indemnité de CHF 200.– par jour est considéré comme adéquate pour une détention de courte durée, ce montant devant être diminué lorsque la détention a été de longue durée. Dans la pratique du Tribunal pénal fédéral, l'indemnité journalière pour une détention de plus longue durée s'élève généralement à CHF 100.– par jour⁴³.

Précisons enfin que si le prévenu détenu à tort fait, par ailleurs, l'objet d'une autre condamnation pénale, le caractère impératif de l'art. 51 CP⁴⁴ impose d'imputer prioritairement la détention injustifiée sur la peine prononcée suite à cette autre condamnation. En d'autres termes, l'indemnisation d'une

³⁸ SCHMID, Handbuch, N. 1817, nbp 137.

³⁹ DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 429 N. 7; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 429 N. 27; SCHMID, Praxidskommentar, Art. 429 N. 10-11.

⁴⁰ TF, 6B_53/2013 (publication ATF prévue), consid. 2.2: la notion de détention avant jugement s'interprète selon les règles des art. 51 CP et 110 ch. 7 CP, à savoir toute privation de liberté de plus de 3 heures, non compris le temps d'un interrogatoire.

⁴¹ TF, 6B_53/2013 (publication ATF prévue), consid. 3.2; TF, 6B_111/2012, consid. 4.2 et 4.3; TPF, SK.2010.27, consid. 6.2.2; TF, 6B_574/2010, consid. 2.3; TF, 6B_745/2009, consid. 7.1; TF, 6B_215/2007; consid. 6; ATF 113 Ia 177, consid. 3b/aa; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 429 N. 28-29; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 429 N. 48. Cf. également en matière extraditionnelle où le TF retient une indemnité de CHF 250.– par jour: TF, 2C_397/2012, consid. 5.3.

⁴² TF, 6B_111/2012, consid. 4.2 et 4.3; TF, 6B_574/2010, consid. 2.3; TF, 6B_745/2009, consid. 7.1; TF, 6B_215/2007; consid. 6; ATF 113 Ib 155, consid. 3b; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 429 N. 48.

⁴³ TPF, SK.2010.27, consid. 6.2.2 et les arrêts cités (dans ce cas une détention de 84 jours, respectivement de 3 mois jugée de longue durée); dans cet arrêt toutefois, un prévenu bénéficie d'une indemnité de CHF 150.– par jour pour tenir compte de son cas d'espèce (dépression nerveuse en détention, détention loin de sa famille qui vit dans un pays étranger).

⁴⁴ ATF 135 IV 126, consid. 1.3.6; ATF 133 IV 150, consid. 5.1.

détention injustifiée au sens de l'art. 429 al. 1 litt. c CPP est subsidiaire à l'imputation de celle-ci sur une autre condamnation.

V. Les conditions de l'indemnisation

A. Le prévenu injustement poursuivi

1. *Le principe*

Les art. 429 ss CPP consacrent, en principe, le droit du prévenu d'être indemnisé du préjudice qu'il a subi en raison de l'obligation de se soumettre à une procédure pénale qui, *a posteriori*, s'est avérée injustifiée. Il s'agit d'une responsabilité causale de l'Etat qui est donc indépendante de toute faute commise par l'un de ses agents⁴⁵. En principe, tout prévenu poursuivi à tort a droit à une indemnité, sous réserve des exceptions visées à l'art. 430 CPP. Un prévenu injustement poursuivi est un prévenu au sens de l'art. 111 CPP, personne physique ou entreprise, contre lequel tout ou partie des charges initialement retenues contre lui a été abandonné à un stade ultérieur de la procédure. Cet abandon peut se manifester tant par une décision de classement ou de non entrée en matière⁴⁶ que par un acquittement total ou partiel (art. 429 al. 1 CPP). L'indemnisation couvre l'ensemble du dommage généré par les actes de procédure dont il s'avère, *a posteriori*, qu'ils étaient inutiles. Ceci implique, en cas de libération partielle, d'identifier les actes de procédure inutiles, car liés exclusivement à des infractions écartées et donnant lieu à indemnisation, de ceux qui ont permis d'asseoir un verdict de culpabilité⁴⁷. Lorsque des actes de procédure sont partiellement utiles, c'est-à-dire liés à la fois à des infractions retenues et à des infractions écartées, il y a lieu de procéder à une répartition équitable⁴⁸.

En règle générale, le sort des indemnités de l'art. 429 CPP est étroitement lié à celui des frais de procédure selon l'art. 426 CPP⁴⁹, en ce sens que le prévenu ayant droit à une indemnité est libéré dans la même mesure des frais de la procédure. Lorsqu'il est pleinement condamné, le prévenu n'a droit à aucune indemnité.

⁴⁵ BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 429 N. 10; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 6; CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, art. 429 N. 21; TPF, SK.2012.13, consid. 3.2.

⁴⁶ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 1.

⁴⁷ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 429 N. 2; BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 429 N. 9; CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 429 N. 20 ss.

⁴⁸ CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 429 N. 27.

⁴⁹ ATF 137 IV 352, consid. 2.4.2.

Les principes d'indemnisation s'appliquent aussi aux personnes qui ont fait l'objet d'une procédure en cas de décisions judiciaires ultérieures indépendantes (art. 363 ss CPP) ou d'une procédure indépendante en matière de mesures (art. 372 ss CPP)⁵⁰.

Bien que l'art. 431 al. 2 CPP assimile la détention avant jugement excessive à une mesure de contrainte illicite, elle constitue manifestement un cas de détention licite, mais partiellement injustifiée *a posteriori*. Selon notre appréciation, il s'agit dès lors matériellement d'un cas d'application de l'art. 429 CPP, en dépit de la systématique de la loi. La notion de détention excédant *la durée autorisée* doit être comprise comme visant les hypothèses dans lesquelles la détention avant jugement, valablement ordonnée et donc licite en tant que telle, dépasse la peine à laquelle le prévenu a finalement été condamné⁵¹. Dans ce cas, le prévenu a droit, en principe, à une indemnité couvrant les trois postes de dommages énumérés à l'art. 429 CPP.

2. Les exceptions

La loi aménage un certain nombre d'exceptions à l'obligation de principe d'indemniser le prévenu libéré, prescrite à l'art. 429 CPP. L'art. 430 CPP permet (c'est une *Kannvorschrift*) à l'autorité de réduire ou de refuser les indemnités dans trois situations différentes.

C'est le cas, tout d'abord, lorsque que le prévenu a provoqué illicitement et fautivement l'ouverture de la procédure ou a rendu plus difficile la conduite de celle-ci (art. 430 al. 1 litt. a CPP); il s'agit de l'application, en matière d'indemnités, du principe fixé par l'art. 426 al. 2 CPP s'agissant de frais de procédure mis à charge d'un prévenu libéré⁵². Le caractère illicite du comportement du prévenu ne s'entend pas au sens pénal, mais civil du terme, c'est-à-dire que le prévenu doit avoir violé une norme de comportement écrite ou non écrite de l'ordre juridique suisse⁵³. Seules peuvent être refusées ou réduites les indemnités en lien de causalité avec le comportement fautif du prévenu⁵⁴. Cette règle doit être maniée avec circonspection, dans la mesure

⁵⁰ BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 429 N. 8, SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 3; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 429 N. 5.

⁵¹ CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 431 N. 15-16; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 431 N. 4; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 431 N. 21. DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 431 N. 4.

⁵² Sur la corrélation entre les deux normes: ATF 137 IV 352, consid. 2.4.2; également TF, 6B_77/2013, consid. 2.3; TF, 6B_300/2012, consid. 2.4.

⁵³ TF, 6B_77/2013, consid. 2.5; TF, 6B_300/2013, consid. 2.4; TF, 1B_180/2012, consid. 2; ATF 137 IV 352, consid. 2.1; ATF 119 Ia 332; DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 426 N. 10; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 426 N. 6; BSK StPO-DOMEISEN, Art. 426 N. 26; Borbely, RPS 2011, p. 417-418.

⁵⁴ *Mutatis mutandis* pour les indemnités de procédure: TF, 6B_71/2009, consid. 1.5; BSK StPO-DOMEISEN, Art. 426 N. 32.

ou l'autorité qui classe ou acquitte ne peut pas motiver sa décision de mettre les frais à charge du prévenu, respectivement de lui refuser des indemnités, en donnant le sentiment que celui-ci a néanmoins commis une infraction pénale, sauf à violer la présomption d'innocence garantie par l'art. 6 § 2 CEDH⁵⁵. Viole notamment ce principe la décision relative aux frais et indemnité qui constate que l'infraction a été commise, alors que la procédure est classée en raison de l'absence d'une condition de la poursuite, comme la plainte, la prescription ou le décès du prévenu⁵⁶.

L'Etat est également libéré de l'obligation d'indemniser le prévenu si la partie plaignante est astreinte à indemniser le prévenu aux conditions de l'art. 432 CPP⁵⁷ et dans la mesure seulement où cette indemnité couvre l'intégralité du préjudice calculé selon l'art. 429 CPP (art. 430 al. 1 let. b CPP).

La troisième hypothèse décrite à l'art. 430 al. 1 let. c CPP se réfère au caractère insignifiant des dépenses consenties par le prévenu; il est admis que les frais liés à une, voire deux comparutions en vue d'auditions peuvent constituer un dommage insignifiant⁵⁸ que le prévenu doit supporter, tant et aussi longtemps qu'il n'est pas assisté d'un défenseur auquel il apparait raisonnable de recourir⁵⁹ et qu'il ne fait pas l'objet de mesures de contrainte⁶⁰.

Lorsque le prévenu bénéficie d'une ordonnance de classement ou d'un acquittement lié uniquement au constat de son irresponsabilité *in actu*, les frais et indemnités⁶¹ de procédure peuvent être mis à sa charge, respectivement lui être refusés, si l'équité l'exige, en application, par analogie, des principes de l'art. 54 al. 1 CO qui sont rappelés à l'art. 419 CPP⁶².

Enfin et de manière générale, il convient de rappeler que l'indemnisation relative à une détention avant jugement injustifiée doit être refusée lorsqu'il est possible de procéder à une imputation sur la peine découlant d'une autre condamnation, en vertu du caractère impératif et prioritaire de l'art. 51 CP⁶³. L'imputation sera effectuée sur toute peine, quelque-soit son genre, selon le

⁵⁵ ACEDH Minelli c/ Suisse du 25.03.1983 (requête 8660/79); ACEDH Lagardère c/ France du 12 avril 2012, (requête 18851/07), § 74-88; ATF 120 Ia 147, consid. 3b; BSK StPO-DOMEISEN, Art. 426 N. 25 et 38-43 (pour une casuistique complète tirée de la jurisprudence); CR CPP-VERNIORY Art. 10 N. 22; BORBELY, RPS 2011, p. 418 ss.

⁵⁶ BORBELY, RPS 2011, p. 419.

⁵⁷ Cf. VI.B.

⁵⁸ SCHMID, Handbuch, N. 1823; BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 430 N. 18-19; TPF, BB.2012.34, consid. 2.2.

⁵⁹ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 430 N. 14.

⁶⁰ CR CPP-MIZEL/RETORNANZ, Art. 430 N. 11.

⁶¹ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 419 N. 4; CR CPP-CREVOISIER, Art. 419 N. 1; BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 429 N. 11; BSK StPO-DOMEISEN, Art. 419 N. 9; *contra* SCHMID, Praxiskommentar, Art. 419 N. 2.

⁶² CR CPP-CREVOISIER, Art. 419 N. 1; BSK-StPO-DOMEISEN, Art. 419 N. 7; SCHMID, Handbuch, N. 1766.

⁶³ ATF 135 IV 126, consid. 1.3.6; ATF 133 IV 150, consid. 5.1.

taux de conversion de 1 jour de détention pour 1 jour de peine privative de liberté, 1 jour-amende ou 4 heures de travail d'intérêt général (art. 51 2^e phrase CP). S'il s'agit d'une amende, la conversion se fera en fonction du critère retenu pour le calcul de la peine privative de liberté de substitution de l'art. 106 al. 2 CP⁶⁴. Le même principe s'applique dans l'hypothèse de la détention excessive de l'art. 431 al. 2 CPP⁶⁵. En tant qu'il vise l'imputation sur une autre « sanction », l'art. 431 al. 2 CPP envisage aussi l'imputation sur une mesure privative de liberté⁶⁶, selon un taux de conversion soumis à l'appréciation du juge⁶⁷. L'art. 431 al. 3 CPP exclut l'indemnisation d'une détention avant jugement excessive, d'une part, lorsque le prévenu est condamné à une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général, avec ou sans sursis⁶⁸, ou une amende pouvant donner lieu à une peine privative de liberté de substitution qui, selon les critères de conversion des art. 36, 39 et 106 CP, ne serait pas *notamment plus courte* que la détention avant jugement subie ou, d'autre part, lorsque le prévenu est condamné à une peine privative de liberté, une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général⁶⁹ assorti du sursis, dont la durée dépasse celle de la détention avant jugement effectivement subie.

3. *Les spécificités des procédures de recours* (art. 436 CPP)

La question des indemnités et de la réparation du tort moral dans la procédure de recours suit les règles des art. 429 à 434 CPP, par le renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP; il y a donc lieu de s'y référer. En substance, les parties obtiendront des indemnités de procédure dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou ont succombé, étant précisé que les indemnités doivent être examinées séparément pour chaque stade de la procédure⁷⁰. A l'instar de l'art. 428 al. 1 *in fine* CPP, la partie qui introduit un recours irrecevable ou retire celui-ci est considérée comme ayant succombé⁷¹.

⁶⁴ ATF 135 IV 126, consid. 1.3.9.

⁶⁵ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 431 N. 5; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 431 N. 22; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 431 N. 17-18.

⁶⁶ Comme les mesures thérapeutiques institutionnelles des art. 59 ss CP ou l'internement de l'art. 64 CP.

⁶⁷ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 431 N. 6. L'art. 57 al. 3 CP invite toutefois à considérer qu'un jour de privation de liberté en exécution d'une mesure correspond à un jour de peine privative de liberté.

⁶⁸ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 431 N. 6.

⁶⁹ Bien que la loi ne vise que la peine privative de liberté, la règle vaut également pour les autres genres de peine: SCHMID, Praxiskommentar, Art. 432 N. 11.

⁷⁰ DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 436 N. 2; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 436 N. 1-3; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 436 N. 1; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 436 N. 3.

⁷¹ BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 436 N. 6.

Certaines règles propres à la procédure de recours sont toutefois instituées, pour tenir compte de sa spécificité. Ainsi, l'art. 436 al. 2 CPP permet d'octroyer une indemnité au prévenu qui n'obtient ni un acquittement total ou partiel ni un classement de la procédure, mais obtient gain de cause sur d'autres aspects ; tel est le cas par exemple, de l'octroi en procédure de recours d'une peine moins sévère, d'une peine assortie du sursis en lieu et place d'une peine ferme ou d'une réduction des frais et indemnités prononcés en première instance⁷².

Lorsque la juridiction d'appel ne réforme pas, mais annule un jugement et renvoie la cause à l'instance précédente en application de l'art. 409 CPP⁷³, elle octroie à toutes les parties, même non recourantes⁷⁴ (sauf le ministère public qui n'y a jamais droit⁷⁵) une juste indemnité pour les dépenses occasionnées par la procédure de recours et la partie annulée de la procédure de première instance (art. 436 al. 3 CPP). Cette règle repose sur le fait qu'une telle décision de renvoi suppose nécessairement une grave erreur de la part du premier juge qui, dans sa décision, a consacré un vice important auquel il n'est pas possible de remédier en appel (art. 409 al. 1 CPP).

Finalement, en application de l'art. 430 al. 2 CPP, l'indemnité en faveur du prévenu pourra être réduite selon les règles de l'art. 428 al. 2 CPP, soit lorsque les conditions qui lui ont permis d'obtenir gain de cause n'ont été réalisées que dans la procédure de recours ou lorsque la modification de la décision est de peu d'importance. Tel est le cas, par exemple, de celui qui attend la deuxième instance pour divulguer un moyen de preuve libératoire ou qui peut bénéficier de l'art. 53 CP par la réparation du dommage qu'il a consentie postérieurement au jugement de première instance⁷⁶. En outre, si le prévenu ne bénéficie que d'une modification du premier jugement de moindre importance, cela exclut toute indemnité ; tel est le cas, par exemple, lorsqu'il obtient une réduction très légère de la peine, à l'exclusion toutefois d'une décision favorable portant sur le principe de la culpabilité, même si l'infraction considérée apparaît de moindre importance, au regard de l'ensemble⁷⁷.

⁷² DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 436 N. 3 ; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 436 N. 6 ; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 436 N. 3 ; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 436 N. 7.

⁷³ Bien que la loi ne vise expressément que l'art. 409 CPP applicable à la juridiction d'appel, il y a lieu d'admettre que cette règle prévaut également lorsque l'autorité de recours renvoie la cause en application de l'art. 397 al. 2 CPP : SCHMID, Praxiskommentar, Art. 436 N. 4 ; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 436 N. 7.

⁷⁴ CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 436 N. 7 ; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 436 N. 6 ; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 436 N. 10.

⁷⁵ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 436 N. 2.

⁷⁶ BSK StPO-DOMEISEN, Art. 428 N. 20 ; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 428 N. 7.

⁷⁷ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 428 N. 11.

4. *Les spécificités de l'ordonnance pénale*

De prime abord, l'ordonnance pénale ne présente pas de difficultés particulières, en ce sens qu'elle statue, à l'instar d'un jugement en procédure ordinaire, sur les frais et indemnités (art. 353 al. 1 litt. g CPP)⁷⁸. En cas d'opposition, l'ordonnance pénale est réduite à néant et les indemnités seront définies dans le cadre de la procédure ordinaire.

En revanche, le prévenu peut-il prétendre à une indemnité de procédure pour ses frais de défense en première instance, lorsqu'après opposition, il obtient devant le tribunal, certes une condamnation, mais que celle-ci est plus favorable – que ce soit sur la qualification juridique ou la peine – que celle retenue dans l'ordonnance pénale, par application analogique des principes qui prévalent en matière de recours (art. 428 CPP)? Selon le Tribunal fédéral⁷⁹, la réponse à cette question est positive, pour autant que l'on admette que le recours à la procédure de l'ordonnance pénale est impératif, lorsque les conditions des art. 352 ss CPP sont réunies; en effet, ce n'est que si le prévenu a un droit à être jugé par ordonnance pénale qu'il peut se plaindre d'avoir dû se défendre en première instance pour contester une ordonnance pénale erronée. Cela dit, la question du caractère impératif ou facultatif de l'ordonnance pénale est contestée en doctrine et le Tribunal fédéral ne tranche malheureusement pas la question⁸⁰. Pour notre part, nous soutenons son caractère facultatif⁸¹. Cette approche de la jurisprudence nous paraît toutefois devoir être nuancée, que l'on retienne ou non l'existence d'un droit du prévenu à être jugé par ordonnance pénale. En effet, une fois frappée d'opposition, l'ordonnance pénale, si elle est maintenue, tient lieu d'acte d'accusation (art. 356 al. 1 *in fine* CPP). Dès lors, si le tribunal ne retient pas tout ou partie des charges figurant dans l'ordonnance pénale, les conditions d'une indemnisation totale ou partielle au sens de l'art. 429 CPP seront réunies au même titre que lorsque des charges sont abandonnées par le tribunal, lorsqu'il est saisi d'emblée par un acte d'accusation.

⁷⁸ ATF 139 IV 102, consid. 4.1.

⁷⁹ TF, 6B_367/2012, consid. 3.1 pour une affaire où l'ordonnance pénale retient une infraction à l'art. 90 ch. 2 LCR alors que le Tribunal retient une contravention à l'art. 90 ch. 1 LCR.

⁸⁰ TF, 6B_367/2012, consid. 3.2; favorable au caractère impératif: CR CPP-GILLIERON / KILLIAS, Art. 352 N. 20; BSK StPO-RIKLIN, Art. 352 N. 14-15; SCHMID, Handbuch, N. 1354; SCHMID, Praxis-kommentar, Art. 352 N. 4.

⁸¹ JEANNERET, Jusletter du 13.02.2012, 1 ss; cf. Dans le même sens: ZH OG, 1.6.2011, UH110117 in: BJP 2011 N. 75.

B. Le prévenu victime d'un acte de contrainte illicite

1. Le principe

L'art. 431 CPP complète le corps des dispositions relatif à l'indemnisation du prévenu, par les prétentions que celui-ci peut élever à l'encontre de l'Etat, à raison des mesures de contrainte illicites qu'il a subies, concrétisant, en matière de privation de liberté, la garantie découlant des art. 5 § 5 CEDH et 9 § 5 Pacte ONU II. Ce droit appartient non seulement au prévenu, mais également à un tiers touché par une mesure de contrainte illicite⁸².

En principe, le prévenu qui a fait l'objet d'une mesure de contrainte illicite a droit à une juste indemnité et à la réparation du tort moral (art. 431 al. 1 CPP). A cet égard, le champ de l'indemnisation évoqué à l'art. 431 al. 1 CPP se confond avec les trois postes de dommages énumérés à l'art. 429 CPP⁸³. A noter que la condition de l'atteinte particulièrement grave donnant droit à l'indemnité pour tort moral n'est pas reprise ici, la gravité de l'atteinte étant en quelque sorte présumée lorsque le prévenu est victime d'une mesure de contrainte illicite⁸⁴.

Cette indemnisation est due indépendamment de savoir si le prévenu est finalement condamné ou acquitté ou s'il a droit ou non à des indemnités aux conditions de l'art. 429 al. 1 CPP, puisqu'il est question ici, à la différence de l'art. 429 CPP, d'une responsabilité pour un acte illicite de l'Etat⁸⁵.

L'art. 431 CPP vise toutes les mesures de contrainte au sens des art. 196 ss CPP qui ont été ordonnées en violation d'une règle de procédure, tant d'un point de vue matériel (les conditions du prononcé de la mesure font défaut ou son exécution viole la loi) que formel (les règles de procédure applicables au prononcé de la mesure de contrainte n'ont pas été respectées)⁸⁶. Tel est le cas par exemple, de la personne détenue provisoirement alors que les conditions matérielles (art. 221 CPP) faisaient défaut *ab ovo* ou que la durée autorisée par le Tribunal des mesures de contrainte est dépassée ou encore lorsque l'autorité entreprend une mesure de contrainte sans soupçon préalable, soit une

⁸² BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 431 N. 20.

⁸³ CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 431 N. 7-11.

⁸⁴ SCHMID, Handbuch, N. 1825.

⁸⁵ SCHMID, Handbuch, N. 1825; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 431 N. 17; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 431 N. 6.

⁸⁶ BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 431 N. 4-5; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 431 N. 1-3; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 431 N. 1; SCHMID, Handbuch, N. 1825.

fishing expedition contraire à l'exigence de l'art. 197 al. 1 let. b CPP et constituant une preuve illicite absolument inexploitable⁸⁷.

Il faut encore ajouter à cette énumération l'hypothèse analogue du condamné qui, par erreur, a purgé une peine privative de liberté atteinte par la prescription de l'art. 100 CP qui constitue un obstacle absolu à l'exécution d'une peine (art. 431 al. 1 CPP). Il s'agit également d'une forme de détention illicite, puisque ne reposant pas sur une décision de justice exécutable. Le droit à une indemnisation est expressément ouvert par l'art. 441 al. 4 CPP qui prévoit une indemnisation complète, en renvoyant par analogie à l'art. 431 CPP. Lorsque la sanction indûment exécutée est de nature pécuniaire, la restitution des montants payés à ce titre majorés d'intérêts doit être ordonnée, à l'exclusion en principe, de toute indemnité pour tort moral⁸⁸.

Enfin, en matière de contrôle de la détention avant jugement, la jurisprudence⁸⁹ consacre un droit à la dispense immédiate de tous les frais de justice et au versement d'une indemnité couvrant l'entier des frais de défense, au titre de la réparation de la violation du principe de la célérité ou d'une autre irrégularité déduite d'une garantie constitutionnelle, indépendamment de l'issue de la procédure de contrôle de la détention.

2. *L'exception?*

Lorsque le prévenu est victime d'une mesure de contrainte illicite au sens de l'art. 431 al. 1 CPP, son droit à une indemnité ne connaît pas d'exception, les hypothèses visées à l'art. 430 CPP n'étant notamment pas applicables à cette situation⁹⁰.

C. Le prévenu victime d'une erreur judiciaire

L'art. 436 al. 4 CPP traite des spécificités de la procédure de révision, lorsque celle-ci est accueillie favorablement et que le prévenu est acquitté ou

⁸⁷ SCHMID, Handbuch, N. 1067; BSK StPO-WEBER, Art. 197 N. 6; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N. 81; BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N. 39 ss; ATF 137 I 218 (cons. 2.3.2) qui laisse toutefois ouverte la question du caractère absolument inexploitable; ATF 128 II 407, consid. 5.2.; ATF 113 Ia 177; ATF 103 Ia 206.

⁸⁸ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 441 N. 8; CR CPP-PERRIN, Art. 441 N. 12; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 441 N. 18.

⁸⁹ TF, 1B_134/2012, consid. 1.3; ATF 138 IV 81, consid. 2.4; ATF 137 IV 92, consid. 3; ATF 136 I 274, consid. 1.3 et 2.3.

⁹⁰ DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 431 N. 1 *in fine* et 13; BSK StPO-WEHRENBACHER/BERNHARD, Art. 431 N. 17.

condamné à une peine moins sévère. C'est ici la concrétisation de l'obligation d'indemniser prévue à l'art. 3 protocole N. 7 CEDH et 14 § 6 Pacte ONU II⁹¹.

L'art. 436 al. 4 CPP consacre tout d'abord le droit du prévenu à une indemnité pour les dépenses occasionnées par la procédure de révision elle-même, au sens de l'art. 429 al. 1 litt. a CPP.

Le prévenu a également droit à une réparation du tort moral et à une indemnité dans la mesure où la privation de liberté qu'il a subie ne peut pas être imputée sur des sanctions prononcées à raison d'autres infractions. L'art. 436 al. 4 CPP reprend ici les principes énoncés à l'art. 51 CP. La peine exécutée sous une autre forme que la privation de liberté, comme un travail d'intérêt général, ou même une peine assortie du sursis, doit aussi, en principe, être indemnisée⁹², tandis que les peines pécuniaires et amendes payées à tort doivent être remboursées (art. 415 al. 2 CPP), tout comme les frais et indemnités mis à la charge du prévenu à l'issue du jugement annulé en révision⁹³. Bien que non mentionné à l'art. 436 al. 4 CPP, le préjudice économique au sens de l'art. 429 al. 1 litt. b CPP doit aussi être indemnisé⁹⁴. Enfin, sur la base du renvoi général de l'art. 436 al. 1 CPP aux règles relatives aux indemnités dans le contexte des recours, – on rappelle que la révision est une voie de recours, certes extraordinaire – nous sommes d'avis que le prévenu a également droit à une indemnité pour ses frais de défense dans le cadre de la première procédure.

Enfin, les indemnités peuvent être réduites, voire supprimées en application de l'art. 428 al. 2 CPP, applicable par les renvois successifs des art. 430 al. 2, puis 436 al. 1 CPP, lorsque le prévenu supporte une responsabilité dans la révélation tardive du motif ayant permis la révision du jugement⁹⁵.

VI. La créance

A. A charge de l'Etat

En principe toutes les indemnités prévues à l'art. 429 CPP sont dues par la Confédération ou le canton qui a mené la procédure⁹⁶. Toutefois, dans certaines

⁹¹ Cf. II.

⁹² FF 2005 1316; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 436 N. 14-15; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 436 N. 12. Cf. également les art. 3 protocole N. 7 CEDH et 14 § 6 Pacte ONU II qui imposent une indemnisation pour une peine subie, sans préciser la nature de celle-ci.

⁹³ SCHMID, Handbuch, N. 1836; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 436 N. 11; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 436 N. 10.

⁹⁴ DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 436 N. 6.

⁹⁵ Les art. 3 protocole N. 7 CEDH et 14 § 6 Pacte ONU II prévoient expressément une telle exception.

⁹⁶ TF, 6B_5/2013, consid. 2.6; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 429 N. 34; DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 429 N. 2; SCHMID, Handbuch, N. 1806.

hypothèses, tout ou partie des indemnités peuvent être mises à la charge de la partie plaignante ou de tiers.

B. A charge de la partie plaignante

La partie plaignante peut être amenée à devoir supporter une indemnité de procédure en faveur du prévenu, uniquement pour les frais de défense au sens de l'art. 429 al. 1 litt. a CPP, dans deux hypothèses décrites à l'art. 432 CPP. Il s'agit d'une prétention directe du prévenu à l'encontre de la partie plaignante à raison de laquelle l'Etat ne supporte pas de responsabilité subsidiaire⁹⁷. L'indemnité de procédure due au prévenu par l'Etat selon l'art. 429 CPP sera d'ailleurs réduite à concurrence de l'indemnité mise à charge de la partie plaignante (art. 430 al. 1 litt. b CPP), le solde éventuel restant à la charge de l'Etat. L'art. 432 CPP est, pour les indemnités de procédure, le pendant de l'art. 427 CPP pour les frais.

Lorsque la partie plaignante a fait valoir des conclusions civiles, une indemnité correspondant aux frais de défense⁹⁸ liés aux conclusions civiles sera octroyée au prévenu lorsqu'il obtient gain de cause sur ce thème. Il s'agira de distinguer les frais effectifs consentis par le prévenu pour se défendre dans le cadre de l'action civile ; on pensera notamment aux honoraires du défenseur pour le temps consacré à l'instruction des faits pertinents uniquement pour l'action civile, à la préparation et à la défense face aux conclusions civiles⁹⁹. La partie plaignante ne peut pas être astreinte au versement d'une indemnité en relation avec le volet pénal de l'affaire¹⁰⁰, sous réserve des conditions prévues à l'art. 432 al. 2 CPP applicable exclusivement aux infractions poursuivies sur plainte.

On considère que le prévenu obtient gain de cause lorsque les conclusions civiles ont été rejetées ou retirées par la partie plaignante, mais aussi lorsqu'elles sont renvoyées à la juridiction civile, sous réserve de l'hypothèse de l'art. 126 al. 1 litt. a *in fine* (une ordonnance pénale est rendue) ou de l'art. 126 al. 3 CPP (le tribunal ne statue que sur le principe de la responsabilité afin d'éviter un travail disproportionné)¹⁰¹, autant d'hypothèses où le renvoi au juge civil ne peut pas être assimilé à un échec de l'action

⁹⁷ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 432 N. 5 et 8 ; DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 432 N. 5 ; d'un autre avis : BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 432 N. 11.

⁹⁸ Notion de l'art. 429 al. 1 litt. a CPP.

⁹⁹ BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 432 N. 14 ; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 432 N. 4.

¹⁰⁰ CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 432 N. 3 ; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 432 N. 3 ; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 432 N. 13.

¹⁰¹ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 432 N. 1-2 ; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 432 N. 2 ; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 432 N. 5-7 (qui considère toutefois que le renvoi au juge civil n'ouvre jamais la voie à une indemnité).

civile¹⁰². Si les conclusions civiles ne sont que partiellement rejetées, l'indemnité de procédure est fixée de manière proportionnelle¹⁰³.

Si l'infraction est poursuivie sur plainte, la partie plaignante qui a concrètement déposé plainte dans le cas d'espèce¹⁰⁴ peut être astreinte au versement d'une indemnité de procédure pour les frais de défense du prévenu dans l'action pénale, au sens de l'art. 429 al. 1 litt. a CPP. Pour ce faire, il faut, d'une part, que le prévenu soit libéré des infractions objets de la plainte, par une décision de classement, de non-entrée en matière ou un acquittement et, d'autre part, qu'une faute puisse être reprochée à la partie plaignante ou au plaignant (art. 432 al. 2 CPP). Une telle faute existe lorsque la partie plaignante ou le plaignant ont entravé le bon déroulement de la procédure ou l'ont rendue plus difficile, en agissant de manière téméraire ou par négligence grave¹⁰⁵. Tel sera notamment le cas du plaignant qui dénonce une infraction dont il sait qu'elle n'a pas été réalisée¹⁰⁶, ou qui complique l'instruction par de fausses déclarations ou en jetant l'autorité sur de fausses pistes. Si la partie plaignante a, de surcroît, pris des conclusions civiles qui sont rejetées, elle peut être astreinte, en sus, à une indemnité au sens de l'art. 432 al. 1 CPP afin de couvrir les frais de défense dans le cadre de l'action civile jointe¹⁰⁷.

Enfin, la jurisprudence¹⁰⁸ a élargi, en appel, le champ d'application du principe dégagé par l'art. 432 al. 2 CPP. Ainsi, même lorsque l'infraction en cause est poursuivie d'office, les indemnités pour les frais de défense du prévenu en appel sont mises à la charge de la partie plaignante et non de l'Etat, lorsqu'elle a, seule, interjeté appel, à l'exclusion du Ministère public. Le fondement de cette affirmation du Tribunal fédéral repose sur le constat de ce qu'il n'y a plus aucune intervention de l'Etat tendant à la poursuite pénale, lorsque seule la partie plaignante interjette appel. Selon toute vraisemblance, l'application *mutatis mutandis* de ce principe devrait permettre de mettre à la charge de la partie plaignante les indemnités de la procédure de recours (art. 393 ss CPP), singulièrement lorsque la partie plaignante conteste une ordonnance de classement ou de non entrée en matière.

Dans tous les cas, la partie plaignante ne répond jamais directement du préjudice économique (art. 429 al. 1 litt. b CPP) ou du tort moral (art. 429 al. 1 litt. c CPP) exclusivement à charge de l'Etat, sous réserve de l'action récursoire

¹⁰² ATF 139 IV 105, consid. 4.4: les indemnités de procédure en relation l'action civile devront être tranchée par le juge civile saisi ultérieurement.

¹⁰³ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 432 N. 1; BSK StPO-WEHRENBACHER / BERNHARD, Art. 432 N. 14.

¹⁰⁴ A moins d'un retrait au sens de l'art. 120 CPP, le plaignant est toujours partie plaignante (art. 118 al. 2 CPP).

¹⁰⁵ La partie plaignante s'expose en outre à une action récursoire de l'Etat pour les frais engagés au sens de l'art. 420 CPP qui prévoit des conditions substantiellement identiques.

¹⁰⁶ Il se rendra coupable d'une dénonciation calomnieuse (art. 303 CP).

¹⁰⁷ CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 432 N. 7.

¹⁰⁸ ATF 139 IV 45, consid. 1.2.

prévue à l'art. 420 CPP¹⁰⁹, voire de l'hypothèse d'un acte de procédure vicié imputable à la partie plaignante, dans le cadre de l'art. 417 CPP.

Précisons enfin que l'art. 125 CPP¹¹⁰ permet au prévenu de requérir de la direction de la procédure du tribunal, dans la phase de jugement, qu'elle contraigne la partie plaignante à fournir, dans un certain délai, des sûretés en garantie des indemnités que le prévenu peut réclamer s'il obtient gain de cause, en application de l'art. 432 al. 1 CPP¹¹¹. Les hypothèses envisagées sont liées, d'une part, à l'absence de domicile suisse de la partie plaignante et, d'autre part, à des risques d'impossibilité de procéder au recouvrement des dépens, en raison de la situation, notamment financière, de la partie plaignante. La victime (art. 125 al. 1 CPP) ainsi que la partie plaignante au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 136 al. 2 litt. a CPP) ne peuvent pas être astreintes au versement de suretés. Les suretés requises dans le contexte de l'art. 125 CPP sont ordonnées par la direction de la procédure du tribunal de première instance, sur requête du prévenu, par une décision définitive (art. 125 al. 2 CPP), donc non sujette à recours (art. 393 al. 1 litt. b *in fine* CPP), étant toutefois précisé que la décision peut, en tout temps, être reconsidérée vers le haut ou vers le bas (art. 125 al. 4 CPP). Lorsque les sûretés ne sont pas versées dans le délai imparti, le tribunal de première instance renvoie la partie plaignante à agir par la voie civile (art. 126 al. 2 litt. c CPP). L'art. 383 CPP permet également à la direction de la procédure d'une autorité de recours, d'astreindre la partie plaignante recourante à fournir des sûretés en couverture des frais et indemnités, pour autant qu'elle ne soit pas au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite au sens de l'art. 136 CPP. Le non versement des suretés dans le délai imparti entraîne l'irrecevabilité du recours (art. 383 al. 2 CPP).

C. A charge d'un tiers

L'art. 417 CPP prévoit une règle dérogeant aux principes généraux en matière de condamnation aux frais de procédure et aux indemnités, s'agissant des coûts résultants d'actes de procédure viciés, comme en cas de défaut d'une partie ou d'un participant à la procédure. Dans ce cas, indépendamment de l'issue de la procédure, les frais et indemnités peuvent être mis à charge de tout participant à la procédure (art. 104 et 105 CPP)¹¹², dans la mesure où il les a induits. Ainsi par exemple, les coûts inhérents au report d'une audience

¹⁰⁹ DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 432 N. 6.

¹¹⁰ Qui reprend substantiellement les art. 99 et 100 CPC.

¹¹¹ CR CPP-JEANDIN / MATZ, Art. 126 N. 8.

¹¹² TF, 6B_5/2013, consid. 2.4.

consécutive au défaut non justifié d'une partie ou d'un témoin peuvent être mis à charge de ces derniers, quelle que soit l'issue de la procédure.

Les indemnités peuvent aussi être indirectement supportées par tout tiers¹¹³, y compris, le cas échéant par une partie plaignante, par le biais de l'action récursoire prévue à l'art. 420 CPP. La décision sur l'action récursoire est rendue par l'autorité pénale avec la décision finale sur l'action pénale si elle vise des personnes qui ont participé à la procédure ou, à défaut, dans le cadre d'une procédure séparée¹¹⁴. L'action récursoire peut être menée, certes avec retenue¹¹⁵, à l'encontre des personnes qui, intentionnellement ou par négligence grave, ont provoqué l'ouverture de la procédure, rendu la procédure notablement plus difficile ou provoqué une décision finalement annulée dans le cadre d'une procédure de révision (art. 420 CPP).

D. La prescription

L'art. 435 CPP institue une prescription décennale, dont le *dies a quo* est l'entrée en force de la décision, pour les prétentions en indemnités et réparations du tort moral envers la Confédération et les cantons. Ce délai de prescription s'applique également aux prétentions en indemnités que les parties à la procédure peuvent se réclamer mutuellement sur la base des art. 432 et 433 CPP¹¹⁶. Cette prescription peut être interrompue en appliquant à cet effet par analogie les art. 135 ss CO¹¹⁷.

E. Le recouvrement

La décision pénale qui statue sur des indemnités constitue un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 LP et son recouvrement est effectué par le biais des règles de la poursuite selon la LP¹¹⁸ (art. 442 al. 1 CPP). Les créances en indemnités portent intérêt à 5% dès l'entrée en force de la décision qui statue à ce propos (art. 442 al. 2 CPP)¹¹⁹.

¹¹³ DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 420 N. 2.

¹¹⁴ TF, 6B_5/2013, consid. 2.6; BSK StPO-DOMEISEN, Art. 420 N. 10; CR CPP-CREVOISIER, Art. 420 N. 6.

¹¹⁵ TF, 6B_5/2013, consid. 2.6.

¹¹⁶ BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 435 N. 5; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 435 N. 1-3.

¹¹⁷ CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 435 N. 1; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 435 N. 1; cf. également Art. 442 al. 2 CPP.

¹¹⁸ RS 281.1.

¹¹⁹ Bien que l'al. 2 de l'art. 442 CPP ne vise pas expressément les indemnités, il y a lieu de le déduire du fait que la doctrine considère l'art. 442 CPP dans son ensemble comme le siège de règles de recouvrement propres à toutes les prestations pécuniaires: SCHMID, Praxiskommentar, Art. 442 N. 2; DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 442 N. 5-10. Cf. également TF, 2C_397/2012, consid. 5.3.

L'art. 442 al. 4 CPP permet à l'autorité pénale de compenser les créances portant sur des frais de procédure avec les indemnités accordées au sein de la même procédure¹²⁰, notamment en cas de classement ou d'acquiescement partiel. Soulignons toutefois que la compensation est exclue s'agissant de l'indemnité pour tort moral de l'art. 429 al. 1 litt. c CPP dont le législateur a voulu qu'elle soit effectivement versée, dans tous les cas¹²¹.

Lorsque la partie plaignante a été contrainte de fournir des sûretés sur la base de l'art. 125 CPP ou de l'art. 383 CPP et qu'elle est condamnée à verser au prévenu des indemnités de procédure, les sûretés seront dévolues au paiement desdites indemnités.

VII. La procédure

L'autorité pénale compétente statue d'office sur le sort des frais¹²² dans le cadre de la décision finale (art. 421 al. 1 CPP¹²³). Cette règle s'étend également aux indemnités éventuelles en faveur du prévenu¹²⁴, à propos desquelles une décision doit aussi être rendue d'office (art. 429 al. 2 CPP). Il n'en demeure pas moins que le prévenu peut librement disposer de ce droit à l'indemnité et peut valablement y renoncer¹²⁵. La maxime de l'instruction s'applique aussi à la décision relative à l'indemnisation du prévenu, étant toutefois précisé que l'art. 429 al. 2 CPP permet à l'autorité d'exiger du prévenu qu'il prêle son concours en chiffrant et justifiant ses prétentions. Ainsi, l'autorité ne peut refuser d'allouer des indemnités au seul motif que le prévenu n'a pas chiffré ses prétentions¹²⁶. Le prévenu doit être préalablement interpellé, s'il ne se détermine pas spontanément, afin de lui permettre de justifier ses prétentions. Si, dûment interpellé, le prévenu ne réagit pas, l'autorité est alors fondée à considérer qu'il y a implicitement renoncé et il est alors définitivement forclos¹²⁷. En revanche, il ne peut y avoir renonciation implicite et, partant

¹²⁰ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 442 N. 7.; DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 442 N. 19.

¹²¹ TF, 6B_53/2013 (publication ATF prévue), consid. 5.1 et 5.2; BSK-StPO-BRÄGGER, Art. 442 N. 2; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 442 N. 7; DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 442 N. 15; CR CPP-PERRIN, Art. 442 N. 10.

¹²² CR CPP-CREVOISIER, Art. 421 N. 1; BSK-StPO-DOMEISEN, Art. 421 N. 4; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 421 N. 3.

¹²³ Cf. également art. 434 al. 2 CPP qui réitère, en substance, cette règle en relation avec les indemnités auxquelles peuvent prétendre les tiers.

¹²⁴ Bien que l'art. 421 CPP ne mentionne que les frais, cette règle s'applique également aux indemnités: SCHMID, Praxiskommentar, Art. 421 N. 4; BSK StPO-DOMEISEN, Art. 421 N. 3.

¹²⁵ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 12; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 429 N. 31; CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 429 N. 29; TF, 6B_472/2012, consid. 2.4.

¹²⁶ TF, 1B_475/2011, consid. 2.2 et 2.3.

¹²⁷ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 429 N. 12 et 14; SCHMID, Handbuch, N. 1760-1761; BSK StPO-WEHRENBARGER / BERNHARD, Art. 429 N. 31; BSK-StPO-DOMEISEN, Art. 416-436 N. 8-10; TF, 6B_472/2012, consid. 2.4; TF, 1B_475/2011, consid. 2.3.

forclusion, si l'autorité n'a pas formellement interpellé le prévenu et ce même si celui-ci omet de recourir contre la décision qui ne statue pas, à tort, sur les indemnités¹²⁸.

En revanche, la maxime d'instruction ne leur étant pas applicable, à la différence du prévenu, la partie plaignante (art. 432 al. 2 CPP) et le tiers (art. 434 al. 1 *in fine* CPP) doivent chiffrer et justifier leurs prétentions, sous peine de péremption de leurs droits¹²⁹.

Lorsqu'une partie formule une demande d'indemnités, les autres parties ont le droit de se déterminer, en tant qu'elles sont concernées par celles-ci. Ainsi, la partie plaignante ne pourra s'exprimer sur les indemnités sollicitées par le prévenu que dans la mesure où elles sont réclamées à son encontre; elle n'a, en revanche, pas son mot à dire, s'agissant des indemnités élevées à l'encontre de l'Etat. Le Ministère public, en revanche, dans la mesure où ce n'est pas lui qui statue, a le droit d'être entendu en tant que représentant de l'Etat débiteur des indemnités réclamées¹³⁰.

La compétence de statuer sur les frais et indemnités reviendra notamment au ministère public ou à l'autorité pénale compétente en matière de contravention s'agissant d'une ordonnance de classement ou d'une ordonnance pénale¹³¹, au tribunal de première instance s'agissant des jugements finaux que celui-ci est amené à rendre¹³² ou aux juridictions de recours (art. 428 et 436 CPP), lorsqu'elles statuent sur recours, appel ou révision (art. 428 et 436 CPP). La décision relative à l'indemnisation doit, en principe, être prise en même temps que la décision relative à l'action pénale¹³³. Par application de l'art. 342 CPP, on peut toutefois admettre la scission des débats, l'indemnisation étant alors traitée dans un deuxième temps, après le verdict sur la culpabilité, au titre des *conséquences d'une déclaration de culpabilité ou d'un acquittement* (art. 342 al. 1 litt. a et b CPP)¹³⁴. On notera que dans le cadre de procédures de jugement d'une certaine importance, l'économie de procédure

¹²⁸ TF, 6B_472/2012, consid. 2.4: il n'est pas certain que cette jurisprudence puisse être élevée au rang de principe, dans la mesure où le Tribunal fédéral exclut une faute du prévenu et/ou de son défenseur en exposant que l'affaire a été jugée dans les premiers mois de l'entrée en vigueur du CPP et qu'à cette époque, il n'y avait aucune jurisprudence sur la procédure à suivre en matière d'indemnisation.

¹²⁹ TF, 6B_475/2011, consid. 2.2; CR CPP-MIZEL/RETORNAZ, Art. 433 N. 14; BSK StPO-WEHRENBARGER/BERNHARD, Art. 433 N. 3.

¹³⁰ TF, 6B_168/2012, consid. 3.

¹³¹ Cf. Art. 353 al. 1 litt. g CPP qui vise spécifiquement les frais et indemnités comme thème devant être tranché par l'ordonnance pénale. ATF 139 IV 102, consid. 4.1.

¹³² Il s'agit de l'une des « autres conséquences » au sens de l'art. 351 al. 1 CPP à propos de laquelle le tribunal doit statuer; cf. également l'art. 81 al. 4 litt. b CPP qui dispose que le jugement doit statuer sur les frais et indemnités.

¹³³ TF, 6B_563/2012, consid. 1.1.

¹³⁴ TF, 6B_472/2012, consid. 2.4.

commandera souvent de procéder de la sorte, afin d'éviter d'instruire et argumenter sur la thématique de l'indemnisation qui n'a de sens que dans la mesure où tout ou partie des charges sont abandonnées. Si le tribunal fait usage de la faculté que lui réserve l'art. 126 al. 4 CPP, la direction de la procédure de celui-ci statuant comme juge unique devra régler le sort des frais et indemnités inhérentes aux conclusions civiles¹³⁵, dans le cadre de sa décision séparée.

L'art. 421 al. 2 CPP réserve toutefois la faculté de statuer de manière anticipée dans trois situations énumérées exhaustivement par la loi¹³⁶. Il s'agit des décisions intermédiaires, notamment, lorsque les parties touchées par cette décision ne sont pas parties à la procédure au fond, comme c'est le cas, par exemple, pour une décision relative au droit de refuser de témoigner (art. 174 CPP) ou en matière de levée des scellés (art. 248 CPP)¹³⁷. C'est également le cas pour les ordonnances de classement partiel, notamment si ceci a pour conséquence de mettre un terme à la procédure pour une partie plaignante qui n'était lésée que par l'infraction classée¹³⁸ et pour les décisions sur recours portant sur des décisions intermédiaires ou des ordonnances de classement partiel. L'art. 434 al. 2 CPP apporte un complément dans le domaine de l'indemnisation des tiers, en ce sens que face à une situation claire, le ministère public peut fixer l'indemnisation au cours de la procédure préliminaire, avant toute décision finale. Enfin, la jurisprudence¹³⁹ ajoute un cas dans lequel il y a lieu à décision immédiate sur les frais et indemnités, à savoir lorsque le juge de contrôle de la détention avant jugement a violé le principe de la célérité ou une autre garantie constitutionnelle, y compris en cas de constat de modalités inacceptables de détention¹⁴⁰, imposant alors une décision immédiate de dispense de frais de justice et de pleine indemnisation des frais de défense.

L'indemnisation à raison de mesures de contrainte illicites au sens de l'art. 431 al. 1 CPP est généralement octroyée directement par l'autorité qui se prononce sur l'illicéité de la mesure de contrainte, le prévenu pouvant toutefois soumettre cette question ultérieurement au juge du fond¹⁴¹. L'indemnisation à raison de l'exécution d'une peine privative de liberté prescrite reviendra à l'autorité de recours au sens de l'art. 13 litt. c CPP, puisqu'elle est compétente pour se prononcer sur l'ordre d'exécution d'une peine atteinte par la prescription (art. 441 al. 3 CPP); il apparaît conforme au système et au principe de l'économie de procédure, de conférer la compétence de statuer

¹³⁵ Art. 426, 427, 432, 433 CPP.

¹³⁶ DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 421 N. 5.

¹³⁷ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 421 N. 5.

¹³⁸ CR CPP-CREVOISIER, Art. 421 N. 2; DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 421 N. 5.

¹³⁹ TF, 1B_134/2012, consid. 1.3; ATF 137 IV 92, consid. 3; ATF 136 I 274, consid. 1.3 et 2.3.

¹⁴⁰ ATF 139 IV 41, consid. 3.

¹⁴¹ CR CPP-MIZEL / RETORNAZ, Art. 431 N. 13.

sur les indemnités à l'autorité désignée par la loi pour constater le caractère illicite de l'exécution de la sanction¹⁴².

Exceptionnellement, si l'autorité compétente a omis de statuer d'office sur les indemnités, sans qu'il soit possible de retenir une renonciation implicite du prévenu, la jurisprudence¹⁴³ admet que le prévenu peut réclamer des indemnités par l'introduction d'une procédure ultérieure indépendante au sens des art. 363 ss CPP.

Le principe de priorité de l'imputation de la détention injustifiée ou illicite sur l'indemnisation découlant de l'art. 51 CP, engendre une difficulté procédurale, lorsqu'il est question d'imputation d'une détention avant jugement effectuée à tort dans une procédure sur une sanction prononcée ou à prononcer dans le cadre d'une autre procédure. En effet, sauf possibilité de joindre les deux procédures (art. 30 CPP), se posera nécessairement une question de coordination entre les deux procédures, avec d'autant plus d'acuité qu'elles ne se trouvent pas nécessairement instruites devant les autorités d'un même canton, respectivement qu'elles ne sont pas à un stade d'avancement identique. Il faudra par ailleurs définir quelle est l'autorité compétente pour procéder à l'imputation.

L'imputation sur une peine déjà prononcée dans une procédure antérieure et non encore purgée sera ordonnée par l'autorité qui prononce la libération du prévenu dans la seconde procédure¹⁴⁴. Cette intervention du second juge dans la décision du premier ne pose pas de difficulté, dans la mesure où la décision d'imputation est une modalité d'exécution et non de fixation de la peine¹⁴⁵ qui ne porte pas atteinte à la force de chose jugée du premier jugement¹⁴⁶. La même solution ne peut pas être retenue lorsqu'une seconde procédure est pendante au moment du prononcé de l'abandon des charges dans la première procédure; l'issue de la seconde procédure étant incertaine, l'autorité en charge de la première ne peut pas procéder à une imputation. Schmid¹⁴⁷ suggère, dans ce cas, que la première autorité suspende sa décision relative à l'imputation éventuelle dans l'attente de l'issue de la seconde procédure, voire qu'elle y procède une fois connu le sort de la seconde procédure, par le biais d'une procédure ultérieure indépendante au sens des art. 363

¹⁴² *Contra* SCHMID, Praxiskommentar, Art. 441 N. 11; SCHMID, Handbuch N. 1856 qui retient la compétence de l'autorité de dernière instance ayant infligé la peine; DONATSCH / HANSJAKOB / LIEBER, Art. 441 N. 16. CR CPP-PERRIN, Art. 441 N. 11 et 13: contradictoire car il se réfère à la position de SCHMID (N. 13) tout en affirmant que l'autorité de recours doit allouer les indemnités (N. 11).

¹⁴³ TF, 6B_265/2012, consid. 2.3; TF, 6B_472/2012, consid. 2.4. Pour un cas d'application, s'agissant d'un préjudice économique après un acquittement cf. TPF, SK.2012.13, consid. 1.2.

¹⁴⁴ SCHMID, Handbuch N. 1827.

¹⁴⁵ BSK StGB I-METTLER, Art. 51 N. 4.

¹⁴⁶ ATF 133 IV 150, consid. 5.2.3.

¹⁴⁷ SCHMID, Handbuch, N. 1827, nbp 158.

CPP. Toutefois, selon la jurisprudence¹⁴⁸, une suspension de la décision relative à l'imputation/indemnisation, ainsi découplée de l'action pénale, ne semble pas envisageable. Par ailleurs, même si l'on scindait la procédure en application de l'art. 342 CPP, la suspension partielle de la procédure empêcherait l'entrée en force de la décision dans son ensemble (art. 342 al. 4 CPP), ce qui n'apparaît pas envisageable. Dès lors, resterait seule la faculté de régler cette question par une procédure indépendante ultérieure¹⁴⁹. On pourrait aussi envisager de conférer à la seconde autorité la compétence de procéder à l'imputation. Si l'imputation est possible, cette solution apparaîtrait plus simple puisque l'affaire n'aurait pas à être reprise par la première autorité, tandis que cette dernière devrait être saisie à nouveau, dans le cadre d'une procédure indépendante ultérieure pour statuer sur une indemnisation, si l'imputation n'est pas possible, le prévenu ayant, par hypothèse, aussi été acquitté dans le cadre de la seconde affaire. Cette dernière solution a notre préférence pour des motifs d'économie de procédure.

Il n'existe pas de voie de recours spécifique en matière de frais, indemnités et réparation du tort moral, de sorte qu'une contestation relative à cette thématique doit être portée devant l'autorité de contrôle compétente pour connaître de la décision elle-même¹⁵⁰. Ainsi, une contestation relative aux frais et indemnités prononcés dans une décision de classement sera soumise à l'autorité de recours (art. 393 CPP); si les frais, indemnités et réparation du tort moral représentent une valeur litigieuse n'excédant pas CHF 5000.-, la direction de la procédure de l'autorité de recours statue comme juge unique en application de l'art. 395 litt. b CPP. La juridiction d'appel (art. 398 CPP) sera saisie lorsque la question des indemnités est tranchée dans un jugement au fond; lorsque seuls les frais, indemnités et réparation du tort moral sont litigieux, la procédure écrite est prescrite par l'art. 406 al. 1 litt. d CPP. Enfin, si les frais et indemnités sont prononcés dans une ordonnance pénale, ils pourront être contestés devant le tribunal de première instance, par le biais de l'opposition, étant précisé que lorsque l'opposition ne porte que sur les frais et indemnités, le tribunal statue par écrit, sauf demande expresse de l'opposant (art. 356 al. 6 CPP).

Les décisions relatives aux frais, indemnités et réparations du tort moral rendues en dernière instance cantonale ou par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral peuvent faire l'objet d'un recours en matière pénale, sans aucune restriction de valeur litigieuse¹⁵¹. A ce propos, il faut retenir que

¹⁴⁸ TF, 6B_472/2012, consid. 2.4.

¹⁴⁹ TF, 6B_472/2012, consid. 2.4: le Tribunal fédéral a admis ce procédé dans une situation, certes différente.

¹⁵⁰ BSK StPO-DOMEISEN, Art. 421 N. 11; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 421 N. 8.

¹⁵¹ TF, 6B_53/2013 (publication ATF prévue), consid. 1; TF, 6B_668/2012 (publication ATF prévue), consid. 1.

n'a plus court l'ancienne jurisprudence¹⁵² selon laquelle l'indemnité pour tort moral, reposant précédemment sur le droit public cantonal, était soumise au recours en matière de droit public, avec les restrictions de montant litigieux y relatives, dès lors que cette question est désormais réglée par le droit pénal formel fédéral et est tranchée par les autorités pénales¹⁵³. La question des frais et indemnités traitée dans une décision incidente, comme par exemple une décision sur recours renvoyant la cause à l'instance inférieure, sera soumise au Tribunal fédéral avec la décision finale, faute de préjudice irréparable permettant un recours immédiat (art. 93 al. 3 LTF)¹⁵⁴. En outre, les décisions rendues par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral en matière d'indemnités ne peuvent pas être portées devant le Tribunal fédéral, faute de constituer une mesure de contrainte (art. 78 LTF)¹⁵⁵. Il faut remarquer, dans cette dernière hypothèse, la consécration d'une inégalité de traitement difficilement justifiable, puisque le prévenu acquitté par la Cour des affaires pénales peut faire revoir les indemnités octroyées par le Tribunal fédéral, alors qu'il ne le peut pas en cas de classement confirmé par la Cour des plaintes.

Dans tous les cas, la qualité pour recourir sera conférée aux parties créancières et débitrices de l'indemnité, étant précisé que l'Etat, comme débiteur des indemnités, est exclusivement représenté à ce titre par le ministère public, y compris devant le Tribunal fédéral, comme seule entité détenant la qualité pour recourir¹⁵⁶.

VIII. Conclusion

La réforme du domaine de l'indemnisation du prévenu poursuivi à tort induite par l'entrée en vigueur du CPP consacre à l'évidence un progrès significatif pour le justiciable; la loi tend à garantir le principe de la pleine réparation du dommage subi par le prévenu à raison d'une procédure pénale qui s'avère, en tout ou partie, injustifiée. Ce faisant, le droit suisse va bien au-delà de la responsabilité minimale imposée par le droit conventionnel et il faut s'en réjouir.

¹⁵² ATF 135 IV 43, consid. 1.1.2.

¹⁵³ SCHMID, Handbuch, N. 1773, nbp 30; *contra* BSK StPO-DOMEISEN, Art. 421 N. 12; BSK BGG-THOMMEN, Art. 78 N. 6: ces auteurs ne commentent toutefois pas la position de SCHMID et l'impact de l'entrée en vigueur du CPP sur cette jurisprudence. Cf. par ailleurs, parmi d'autres, TF, 6B_111/2012, consid. 4 où le Tribunal fédéral examine le tort moral dans un recours en matière pénale.

¹⁵⁴ ATF 138 III 94 (y compris pour une décision sur compétence au sens de l'art. 92 LTF); ATF 135 III 329.

¹⁵⁵ TF, 6B_119/2013, consid. 1; BSK StPO-DOMEISEN, Art. 421 N. 12; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 421 N. 19.

¹⁵⁶ TF, 6B_168/2012, consid. 2.

On peut toutefois regretter que le législateur se soit montré beaucoup moins soucieux du détail lorsqu'il s'est agi de réglementer la procédure d'indemnisation, à propos de laquelle la loi est pratiquement muette, laissant subsister plusieurs incertitudes qu'il n'est pas toujours aisé de combler.

IX. Bibliographie

A. Ouvrages

DONATSCH Andreas / HANSJAKOB Thomas / LIEBER Viktor (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Schulthess 2010 (cité: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER).

HOTTELIER Michel, « L'indemnisation des personnes détenues à tort en droit genevois. Enjeux constitutionnels et perspectives d'avenir », in : Bernard/Sträuli (édits), *Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale : études en l'honneur de Dominique Poncet*, Chêne-Bourg, Georg 1997 (cité: HOTTELIER, in : Bernard/Sträuli).

KUHN André / JEANNERET Yvan (édits). *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse*, Helbing Lichtenhahn 2011 (cité: CR CPP-AUTEUR).

NIGGLI Marcel Alexander / HEER Marianne / WISPRÄCHTIGER Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag 2011 (cité: BSK StPO-AUTEUR).

NIGGLI Marcel Alexander / UEBERSAX Peter / WISPRÄCHTIGER Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz*, Helbing Lichtenhahn Verlag 2011 (cité: BSK BGG-AUTEUR).

NIGGLI Marcel Alexander / WISPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch*, Helbing Lichtenhahn 2007 (cité: BSK StGB-AUTEUR).

SCHMID Niklaus, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Dike 2009 (cité: SCHMID, Handbuch).

SCHMID Niklaus, *Schweizerische Strafprozessordnung: Praxiskommentar*, Dike 2009 (cité: SCHMID, Praxiskommentar).

B. Revues

BORBELY Cornel, «Die Kostentragung in Einstellungsverfügungen», in: RPS 2011, p. 415-439 (cité: BORBELY, RPS 2011).

HOTTELIER Michel, «La CEDH et les règles suisses de procédure – aspects historiques et développements récents», in: RJJ 2005, p. 37-70 (cité: HOTTELIER, RJJ 2005).

C. Liens Internet

JEANNERET Yvan, «Ordonnance pénale et procédure simplifiée: une autoroute semée d'embûches?», in: Jusletter, 13.02.2012, http://jusletter.weblaw.ch/article/fr/_9965?lang=fr (cité: JEANNERET, Jusletter).

Le prix de la douleur

ODILE PELET*

Table des matières

I.	Introduction	142
II.	Les conditions de l'indemnité	143
	A. Les circonstances particulières	143
	B. La souffrance et l'aptitude de l'indemnité à la compenser	145
III.	Les modalités de la réparation	147
	A. La nature de la réparation	147
	B. Le mode de l'indemnisation	147
IV.	La fixation du montant	148
	A. L'absence de tarification	149
	B. Minima et maxima	151
	1. Minima	151
	2. Maxima	152
	C. Le recours à l'IPAI	154
	1. La gravité objective de l'atteinte	154
	2. Tort moral et IPAI	155
V.	La prescription	155
VI.	Quelques problématiques nouvelles	158
	A. <i>Wrongful life</i> et <i>wrongful birth</i>	158
	B. La circoncision	160
	1. L'arrêt du <i>Landgericht</i> de Cologne	160
	2. Circoncision et tort moral	160
VII.	Les préjudices subjectifs	162
	A. Le préjudice esthétique	162
	1. La définition	162
	2. L'étendue de la lésion	163
	3. L'origine de la lésion	163
	4. La localisation et l'aspect de la lésion	164
	5. Le sexe du lésé	165
	6. L'âge du lésé	165
	7. Préjudice esthétique et atteinte à l'avenir économique	166
	8. Conclusion	166

* Docteur en droit, Avocate au Barreau du Canton de Vaud, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Chargée de cours à la Faculté des Sciences de la Vie de l'EPFL.

B. Le préjudice sexuel	168
1. La définition	168
2. L'atteinte morphologique	168
3. L'atteinte à la capacité reproductive	169
4. La perturbation de l'acte sexuel	170
5. Le préjudice du conjoint	170
6. Les critères	171
VIII. Conclusion	172
IX. Bibliographie	173

I. Introduction

Avant 1961, le Conseil d'Etat français refusait la compensation du tort moral, au motif que « la douleur morale n'étant pas appréciable en argent », elle n'était pas susceptible de réparation. Lorsque cette jurisprudence a changé et que le préjudice d'affection, notamment, a été reconnu, cette évolution a été critiquée au motif qu'elle traduisait « un sérieux abaissement du sens moral et de la méconnaissance des valeurs dont se réclame la civilisation occidentale » et que l'on avilissait la douleur en la monnayant¹.

Aujourd'hui, il n'est plus contesté que lorsqu'une lésion corporelle entraîne un préjudice immatériel², ce dommage peut être, à certaines conditions, compensé par une somme d'argent. Néanmoins, ce « phénomène de patrimonialisation de ce qui est censé relever, par nature, de l'extrapatrimonial » engendre une certaine confusion. Si la nature du dommage est immatérielle, la créance en réparation a, quant à elle, une dimension patrimoniale évidente. La reconnaissance du tort moral suppose ainsi de réparer un préjudice extrapatrimonial selon les règles applicables au dommage matériel.

L'écueil le plus évident consiste en la mesure du dommage et l'obligation de le réparer intégralement. Le Code des obligations ne définit pas la notion de dommage réparable. De jurisprudence constante, le dommage déterminant en droit de la responsabilité civile correspond à la différence entre le montant actuel – postérieur au fait dommageable – du patrimoine du lésé et le montant que ce patrimoine aurait atteint si le fait dommageable ne s'était pas produit³. Ces notions ne font cependant aucun sens en matière de préjudice immatériel. On se satisfait dès lors de l'idée que la remise en l'état est

¹ MOLFESSIS, p. 396.

² Le Code fédéral des Obligations du 14 juin 1881 prévoyait déjà l'allocation d'une indemnité à une victime de lésions corporelles en cas de « circonstances particulières » (art. 54 aCO), FF 1881 III 6.

³ ATF 132 III 359, JT 2006 I 295, cons. 4.

impossible et qu'une véritable compensation est exclue. Le tort moral sert ainsi, plus modestement, à atténuer la peine⁴. Il n'en reste pas moins que la cohabitation de deux concepts aussi étrangers l'un à l'autre qu'un préjudice immatériel et une créance patrimoniale est loin d'être aisée.

En droit suisse, le caractère très sommaire de la réglementation légale contribue à la complexité de la réparation. Les dispositions topiques donnent peu d'indications quant aux contours de l'indemnisation. C'est donc aux tribunaux qu'est revenue la tâche de préciser les conditions de la réparation. Il en découle une difficulté supplémentaire. La lecture d'un arrêt, surtout en dernière instance de recours, ne permet le plus souvent pas de reconstituer les faits effectivement allégués par les parties et ainsi d'apprécier si les solutions retenues par l'autorité judiciaire sont motivées par des considérations tenant véritablement à la conception du tort moral ou si elles résultent avant tout de lacunes en matière d'allégations ou d'offres de preuves. C'est donc en gardant cette réserve à l'esprit que nous allons tenter de décortiquer certaines des difficultés présentées par la détermination du tort moral et son allocation au lésé.

II. Les conditions de l'indemnité

C'est l'art. 47 CO⁵ qui constitue la base légale de la réparation morale en cas d'atteinte à l'intégrité physique. Cette disposition indique simplement qu'une indemnité peut, mais ne doit pas, être allouée à la victime de lésions corporelles, que cette réparation doit être équitable et qu'elle n'est envisageable qu'en cas de circonstances particulières.

La réparation morale de l'art. 47 CO s'inscrit dans le cadre de la responsabilité civile. Elle est par conséquent soumise aux conditions générales de ce chef de responsabilité. Nous n'aborderons pas les conditions classiques de la responsabilité, afin de nous concentrer uniquement sur le dommage.

A. Les circonstances particulières

L'art. 47 CO pose différentes conditions à l'allocation d'une réparation morale, notamment en cas de lésions corporelles. L'une de ces conditions est la présence de « circonstances particulières ».

⁴ MOLFESSIS, p. 412-413.

⁵ L'art. 47 CO est en réalité un cas particulier d'application de l'art. 49 CO, qui prévoit une réparation morale en cas d'atteinte illicite à la personnalité.

Ces circonstances particulières doivent consister dans « l'importance de l'atteinte à la personnalité du lésé ». Plus précisément, c'est l'intensité de la souffrance qui résulte de cette atteinte, qui est déterminante. En effet, une atteinte grave peut n'avoir « que des répercussions psychiques modestes suivant les circonstances »⁶.

Pour ouvrir le droit à une indemnité, les lésions corporelles doivent « en principe impliquer une importante douleur physique ou morale ou avoir causé une atteinte durable à la santé ». La jurisprudence exige notamment une longue période de souffrance et d'incapacité de travail, ou des préjudices psychiques importants tel qu'un état post-traumatique conduisant à un changement durable de la personnalité⁷. Il ne suffit pas que « la personne ait été choquée, qu'elle ait subi des désagréments ou qu'elle ait eu quelque mal ». Le Tribunal fédéral a ainsi refusé toute réparation morale à un informaticien confronté à des représentations pornographiques à caractère pédophile, en contrôlant l'ordinateur professionnel d'un tiers. La Haute Cour a souligné que le tort moral supposait « nécessairement des souffrances physiques ou psychiques entraînant une diminution du bien-être », condition qui n'était pas satisfaite en l'espèce⁸.

Le Tribunal fédéral a également confirmé une décision valaisanne refusant toute indemnité à un lésé ayant subi une fracture ouverte du tibia et des hématomes multiples lors d'un accident de la circulation⁹. La lésion au tibia avait nécessité trois interventions chirurgicales, dont l'une peu avant Noël. Le lésé s'était trouvé en incapacité totale de travail durant sept mois environ, puis à raison de 50% durant les trois mois suivants. Le traitement médical et l'incapacité de travail avaient été établis, mais le lésé n'avait pas allégué avoir subi des douleurs physiques particulièrement intenses, ni fourni de précisions sur l'ampleur de ses souffrances morales et de ses angoisses. Il n'avait pas davantage prouvé avoir subi des séquelles durablement invalidantes et n'avait allégué ni la durée, ni le caractère éprouvant, « voire fatigant », des trois hospitalisations subies. Le seul avis médical versé au dossier faisait état d'un « processus de guérison se déroulant normalement ». Le Tribunal fédéral a considéré que le lésé n'avait ni allégué, ni établi, les éléments de faits pour fonder sa prétention, « notamment l'existence de souffrances d'une gravité particulière » et que l'autorité cantonale avait à juste titre écarté les

⁶ ATF 117 II 50, cons 4a aa.

⁷ Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 12 décembre 2011, 6B.546/2011, cons. 2.1.; Arrêt non publié de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 22 février 2008, 4A.489/2007, cons. 8.2.

⁸ Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 9 juillet 2008, 6B.390/2008, cons. 3.3.

⁹ Arrêt non publié de la I^{re} Cour civile du Tribunal fédéral du 18 janvier 2006, 4C.283/2005.

conclusions du demandeur, «faute d'éléments probants se rapportant à la survenance du préjudice»¹⁰.

Il existe donc un seuil de la souffrance en-deça duquel la douleur du lésé n'ouvre pas le droit à réparation. Ce constat a une incidence fondamentale en pratique, puisqu'il signifie que, pour prétendre à une indemnité, il ne suffit pas d'alléguer les atteintes subies, mais qu'il est impératif d'établir en quoi ces lésions ont entraîné une «diminution du bien-être» ou des «souffrances particulières», qui sortent de l'ordinaire.

B. La souffrance et l'aptitude de l'indemnité à la compenser

L'institution du tort moral repose sur l'hypothèse que l'argent est à même de compenser les souffrances ressenties par le lésé. Selon la jurisprudence, «le principe d'une indemnisation du tort moral et l'ampleur de la réparation dépendent d'une manière décisive de la gravité de l'atteinte et de la possibilité d'adoucir de façon sensible, par le versement d'une somme d'argent, la douleur physique ou morale»¹¹. Elle suppose donc deux fictions. La première est que l'argent est de nature à apaiser les souffrances. La seconde tend à dire que cette fonction réparatrice de l'argent est valable pour tous les lésés, et ce de manière identique.

Si le droit à la réparation requiert l'existence de souffrances particulières et que le tort moral est justifié par l'idée que l'argent peut apaiser cette douleur, l'application de l'art. 47 CO suppose que le lésé ressente l'amélioration du bien-être qu'est supposée lui procurer l'indemnité pécuniaire. En bonne logique, il conviendrait dès lors de refuser toute réparation aux lésés inconscients ou incapables de discernement.

La jurisprudence s'écarte pourtant de la règle de principe pour indemniser cette catégorie de victimes¹². Le Tribunal fédéral a débattu de cette question dans un arrêt de 1982, concernant une femme victime de la négligence d'un anesthésiste au cours d'une appendicectomie¹³. La patiente avait souffert d'un arrêt cardiaque et respiratoire durant l'intervention. L'anoxie qui s'en était suivie avait provoqué de graves lésions cérébrales, laissant la

¹⁰ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral du 18 janvier 2006, 4C.283/2005, cons. 2.2.1.

¹¹ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour de droit civil du 19 août 2011, 4A.266/2011, cons. 2.1.4; Arrêt non publié de la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 22 février 2008, 4A.489/2007, cons. 8.2; ATF 123 III 306, cons. 9b.

¹² ATF 117 II 50, cons. 3b bb, p. 58; ATF 116 II 519, JT 1991 I 634, cons. 2c *in fine*.

¹³ ATF 108 II 422.

patiente complètement invalide. Ses fonctions cérébrales étaient limitées, elle réagissait de manière indissociée aux stimuli externes et nécessitait des soins quotidiens.

Le responsable avait contesté l'indemnité allouée à la lésée, au motif notamment que l'état de la victime lui interdisait toute conscience à la fois de la valeur de l'indemnité octroyée et de la possibilité d'utiliser cet argent pour améliorer son bien-être. L'autorité cantonale avait certes retenu que la lésée souffrait d'une démence profonde, qu'elle avait perdu toute faculté intellectuelle et qu'elle était incapable de ressentir des douleurs psychiques, d'avoir conscience de son état de santé et d'attribuer la moindre importance à l'argent. Les juges avaient néanmoins considéré ne pas pouvoir exclure de manière certaine que la lésée soit totalement insensible à la douleur et à l'état dans lequel elle se trouvait. Considérant que la suppression du droit à l'indemnité ne se justifiait que dans les cas extrêmes, soit lorsqu'il était possible d'exclure avec certitude l'existence de fonctions cérébrales, ils avaient alloué à la lésée une indemnité de 100 000 CHF.

Le Tribunal fédéral a admis le caractère contradictoire de ce raisonnement, mais a confirmé l'octroi de l'indemnité en la motivant différemment. La Haute Cour a relevé que les aspects objectifs et subjectifs de l'atteinte à l'intégrité se trouvaient, dans ce cas, étroitement liés. L'incapacité de souffrir de sa propre condition n'était, ici, rien d'autre qu'une composante de l'atteinte à l'intégrité physique. L'absence de l'élément subjectif du tort moral s'identifiait pratiquement à la lésion objective et, surtout, constituait une conséquence directe de l'acte illicite. Selon les juges fédéraux, le législateur n'a pas pu vouloir refuser toute indemnité à la victime d'une lésion cérébrale ayant perdu sa capacité de discernement du fait de l'acte illicite, et allouer au contraire une réparation à un lésé moins atteint, qui a de ce fait conservé ses facultés intellectuelles. Le Tribunal fédéral en conclut que, en cas d'atteinte à l'intégrité physique, il convient de privilégier l'aspect objectif de la lésion des droits de la personnalité et reconnaître par conséquent le droit à réparation même aux personnes privées de conscience¹⁴. Il se réfère enfin au droit allemand, lequel attribue à l'indemnité pour tort moral une fonction non seulement compensatrice mais également réparatrice. Dans le cas de lésés inconscients, le premier aspect, normalement prépondérant, cèderait le pas au second et permettrait d'allouer à une victime inconsciente une réparation « symbolique et abstraite », qui se concrétiserait en une indemnité pécuniaire¹⁵.

Sur ce point, la *common law* offre également une solution intéressante. L'équivalent (partiel) du tort moral, dans les pays anglo-saxons, est le PSLA,

¹⁴ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 25 octobre 2011, 4A.315/2011, cons. 3.4.

¹⁵ ATF 108 II 422, cons. 4c.

soit «*pain, suffering and loss of amenity*». Le poste «*pain and suffering*» est évalué de manière distincte de la «perte d'agrément». Le premier poste du dommage compense les souffrances subies, alors que le second couvre la diminution ou la suppression du plaisir dans les activités quotidiennes.

Pour les victimes inconscientes, la jurisprudence retient que, si le lésé ne ressent pas la douleur, il est par contre évident qu'il a perdu toute possibilité de profiter de la vie et de ressentir du plaisir en exerçant certaines activités. Dès lors, la perte d'agrément doit donner lieu à réparation que le lésé soit ou non conscient de cette perte¹⁶. Ce raisonnement est rendu possible, en *common law*, par le découpage du tort moral en postes distincts. Le droit suisse qui ne connaît qu'un tort moral, alloué le plus souvent sans en identifier les différentes composantes, ne permet pas cet exercice. La dissociation des aspects subjectif et objectif est néanmoins un procédé qui permet de contourner les exigences strictes posées à la reconnaissance du préjudice immatériel et d'offrir une réparation là où le dommage est le plus sévère.

III. Les modalités de la réparation

A. La nature de la réparation

Le texte français utilise le terme d'indemnité, alors que la version allemande évoque une «*Geldsumme*» et la disposition italienne une «*indennità pecuniaria*». En référence aux autres langues nationales, il ne fait dès lors aucun doute que le législateur ne conçoit la réparation morale, dans l'hypothèse de l'art. 47 CO du moins, que sous la forme d'une somme d'argent.

Comme nous l'avons vu, il est paradoxal d'imaginer réparer un dommage immatériel à l'aide de moyens matériels. La raison en est pratique, en ce sens qu'on n'a, à ce jour, pas trouvé mieux. Il ne s'agit dès lors pas de réparer, mais bien de compenser¹⁷ une souffrance.

B. Le mode de l'indemnisation

Même si l'indemnité pour tort moral est traditionnellement articulée en capital, la jurisprudence admet le versement sous forme de rente¹⁸. L'adoption

¹⁶ LATIMER-SAYER / LANGSTAFF, p. 156.

¹⁷ BREHM, p. 285.

¹⁸ ATF 134 III 97, cons. 4, JT 2008 I 493 ; Arrêt non publié de la 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral du 22 juin 2009, 4A.157/2009.

d'un mode d'indemnisation plutôt qu'un autre ne doit cependant pas influencer le montant perçu par le lésé. La rente éventuelle doit dès lors impérativement être proportionnée à l'indemnité qui, dans la même hypothèse, serait allouée sous forme de capital.

Le Tribunal fédéral a ainsi rejeté le recours d'une lésée de 19 ans, sollicitant l'allocation d'un tort moral sous forme de rente¹⁹. La lésée avait déjà perçu du responsable une indemnité pour tort moral d'un montant de 140 000 francs. Elle argumentait cependant que «seule une rente de tort moral versée à vie l'indemniserait équitablement des souffrances qu'elle endurera à vie». Elle concluait ainsi à l'allocation d'une rente d'un montant de 50 à 100 francs par jour jusqu'à la date du jugement, puis sous forme de rente viagère au-delà, dont les mensualités étaient à fixer par le tribunal²⁰.

Le Tribunal fédéral a souligné que la rente de 100 francs par jour représenterait un montant capitalisé d'environ 1,4 million de francs. L'autorité judiciaire a ainsi jugé que, «sous le couvert d'une demande d'allocation d'une rente», la lésée cherchait avant tout à obtenir une indemnité plus élevée que la somme déjà perçue, laquelle était adéquate. Le Tribunal fédéral a rappelé que le jeune âge de la victime et les souffrances plus longues qui en découlent ne déterminaient pas le mode d'indemnisation, mais constituaient simplement des critères de fixation de l'indemnité.

De même, le Tribunal fédéral a écarté le recours d'un lésé qui sollicitait le versement d'une rente de 50 francs par jour, respectivement de 1500 francs par mois, et s'était vu allouer, en lieu et place, un montant en capital de 100 000 francs. Le lésé alléguait que la somme octroyée pouvait passer pour importante, mais que traduite en rente, elle apparaissait dérisoire et ne pouvait dès lors jouer son rôle compensatoire. Pour le Tribunal fédéral, ce calcul démontre précisément que l'indemnisation sous forme de rente n'était pas dans l'intérêt du recourant, puisqu'elle faisait apparaître le montant alloué comme négligeable²¹.

IV. La fixation du montant

Selon la jurisprudence, «le montant de la somme allouée est fixé en tenant compte des mêmes circonstances que celles qui en conditionnent l'octroi». Ce

¹⁹ ATF 134 III 97; JT 2008 I 493.

²⁰ En instance cantonale, la lésée avait conclu à l'allocation d'une rente de 100 francs par jour jusqu'au jugement, puis de 300 francs par mois au-delà.

²¹ Arrêt non publié de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 22 juin 2009, 4A.157/2009, cons. 5.

sont donc les circonstances particulières évoquées ci-dessous qui non seulement détermineront l'existence ou non d'un droit à la réparation, mais qui présideront également à la fixation du montant.

A. L'absence de tarification

La détermination de la somme allouée à titre de réparation du tort moral relève du pouvoir d'appréciation du juge. Cette fixation échappe à tout critère rigoureux, ainsi qu'à toute tarification, « tant il est vrai que la douleur se laisse difficilement appréhender, ou réduire, à une somme d'argent. Selon la jurisprudence, l'indemnité pour tort moral doit être « équitable ». Le juge doit éviter que la somme ne paraisse « dérisoire » à la victime²².

Au-delà de ces critères, les circonstances du cas particulier ont ainsi « la préséance sur toute forme d'échelle »²³. La jurisprudence admet que, si un cas est certes difficilement comparable à un autre, il demeure néanmoins possible d'invoquer des précédents. Selon le Tribunal fédéral, toute comparaison avec d'autres affaires doit intervenir avec prudence, « dès lors que le tort moral touche aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment face au malheur qui le frappe. » Il faut donc « se garder de comparaisons schématiques avec d'autres causes ». La référence à un précédent peut uniquement constituer, suivant les circonstances, un « élément d'orientation utile »²⁴.

En réalité, la jurisprudence fait du recours aux précédents davantage qu'une simple indication. En effet, le lésé qui réclame l'octroi d'une somme particulièrement élevée ou le responsable qui entend allouer une somme particulièrement basse doit prouver les circonstances qui le fondent à procéder ainsi²⁵. S'il n'existe ainsi pas formellement de tarif, la référence aux précédents crée malgré tout une présomption que les indemnités allouées dans des cas semblables constituent la norme et la partie qui entend s'en écarter doit justifier sa position.

²² Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 9 octobre 2012, 6B.345/2012, cons. 3.1; Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 10 juillet 2012, 6B.246/2012, cons. 3.1.1; ATF 130 III 699, cons. 5.1; ATF 129 IV 22, cons. 7.2.

²³ Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral du 17 février 2010, A-845/2007, cons. 10.1.2.3; ATF 125 III 269 cons. 2a.

²⁴ Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 12 décembre 2011, 6B.546/2011, cons. 2.4; ATF 130 III 699, cons. 5.1 *in fine*; ATF 123 III 306, cons. 9b, p. 315.

²⁵ Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral du 17 février 2010, A-845/2007, cons. 10.1.2.3.

Le Tribunal fédéral rappelle systématiquement que la réparation du dommage échappe «à toute fixation selon des critères mathématiques»²⁶. Pourtant, certaines décisions semblent reposer sur un calcul qui laisse peu de place à l'individualisation. C'est notamment le cas d'un arrêt d'août 2011, concernant une patiente ayant subi par erreur une mastectomie bilatérale. Les expertises réalisées dans le cadre du litige avaient établi que l'ablation du sein gauche était justifiée, mais que la mastectomie droite ne répondait à aucune nécessité médicale. La patiente s'est vu allouer une réparation morale d'un montant de 15 000 francs pour la perte du sein droit, ainsi que pour les souffrances psychiques et physiques importantes liées aux diverses interventions subies. La Cour cantonale s'était référée à un précédent où le Tribunal fédéral, dans un cas d'ablation des deux seins, avait admis une indemnité pour tort moral de 25 000 francs²⁷.

À l'égard de cette jurisprudence, le Tribunal relève : «Il est vrai qu'en l'espèce l'ablation d'un seul sein est contraire aux règles de l'art, de sorte que le montant de l'indemnité doit être réduit de moitié»²⁸. On voit que le raisonnement est ici purement mathématique : pour chiffrer la perte d'un organe pair, le Tribunal fédéral divise simplement par deux le montant alloué pour la perte des deux organes. Il a ensuite tenu compte de la hausse du coût de la vie pour revaloriser l'indemnité, puisque presque 30 ans séparent les deux décisions.

Les similitudes entre ces deux jurisprudences se résument à l'origine de l'atteinte à l'intégrité, soit une erreur médicale dans les deux cas. Les victimes n'ont pas le même âge et rien dans l'arrêt ne permet de considérer qu'elles ont vécu de manière semblable les conséquences des interventions médicales subies. Le Tribunal fédéral admet d'ailleurs que les deux cas «ne sont pas identiques». Il est dès lors délicat de juger dans quelle mesure les situations sont suffisamment proches pour permettre l'application de ce qui s'apparente fortement à un tarif. L'arrêt ne contient en tous les cas aucun développement qui permettrait de justifier que la souffrance ressentie pour la perte d'un sein représente la moitié de celle ressentie pour la perte des deux seins.

Il est intéressant de comparer, sur ce point, la solution retenue par le Guide Barème Européen d'évaluation médicale des atteintes à l'intégrité physique et psychique. La mammectomie bilatérale équivaut à un taux d'atteinte à l'intégrité de 25%, alors que la mammectomie unilatérale correspond à

²⁶ Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 9 octobre 2012, 6B.345/2012, cons. 3.1; Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 10 juillet 2012, 6B.246/2012, cons. 3.1.1; ATF 130 III 699, cons. 5.1; ATF 129 IV 22, cons. 7.2.

²⁷ ATF 108 II 59, cons. 4.

²⁸ Arrêt non publié de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 19 août 2011, 4A.266/2011, cons. 2.1.6.

10%²⁹. Ce barème ne mesure que l'atteinte objective à l'intégrité. Il n'est donc pas directement comparable à l'indemnité pour tort moral, puisque cette dernière comprend un aspect subjectif. Il est néanmoins intéressant de relever que le calcul n'est, ici, pas une simple division par deux.

B. Minima et maxima

De même qu'il n'existe, en théorie, pas de tarif applicable au tort moral, il n'existe pas en principe de montant minimum ou maximum pour chaque type d'atteinte. La réalité est un peu plus complexe.

1. Minima

Il semble exister un « seuil de souffrance » en-deçà duquel aucune indemnité n'est due³⁰. A la lumière de la jurisprudence précitée, qui a refusé toute indemnisation à la victime d'un accident de la circulation, malgré trois hospitalisations et une longue incapacité de travail, il semble effectivement que la douleur doit être particulièrement intense pour ouvrir le droit à réparation. D'autres arrêts sont cependant moins sévères. Ainsi, dans une affaire vaudoise, le Tribunal fédéral a confirmé l'octroi d'une indemnité pour tort moral de 1500 francs (avant réduction) à un lésé ayant reçu un coup sur la tête au moyen d'une bouteille en verre d'un demi-litre. Le choc a provoqué une dermabrasion du cuir chevelu. Le lésé est resté quelques heures en observation à l'hôpital après les faits mais n'a pas consulté d'autre médecin par la suite. Il a en outre indiqué avoir souffert de maux de tête durant deux semaines et avoir été incapable de travailler durant deux jours³¹. En l'absence d'indications plus précises quant au résultat de l'instruction sur la question du tort moral, il est délicat de formuler des conclusions définitives. Néanmoins, il apparaît que la jurisprudence admet parfois l'allocation de montants très modestes, lesquels tempèrent l'affirmation selon laquelle seules des souffrances d'une certaine intensité ouvrent le droit à réparation.

Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs admis expressément dans une affaire genevoise. Le lésé avait été poussé sur une table, avait reçu deux gifles plutôt fortes et s'était vu cracher au visage. L'agresseur contestait l'indemnité pour tort moral de 300 francs allouée à la victime. Dans cet arrêt, les juges fédéraux relèvent que, si la loi exige effectivement que l'atteinte soit d'une

²⁹ CEREDOC, p. 97.

³⁰ Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 10 juillet 2012, 6B.246/2012, cons. 3.1.2.

³¹ Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 4 octobre 2012, 6B.501/2012.

certaine gravité pour entraîner la réparation, elle ne fixe par contre « ni seuil de gravité ni montant minimal de la réparation ». La loi réserverait ainsi au juge « la latitude d'ordonner la réparation d'atteintes qui, sans être objectivement d'une gravité particulière, n'en appellent pas moins réparation, par des indemnités minimales, voire symboliques ». En l'espèce, l'autorité de première instance avait justifié le montant modeste de la réparation en soulignant que la satisfaction de la victime devait « essentiellement découler du principe même de la réparation ordonnée »³².

2. *Maxima*

La jurisprudence déduit de l'absence de critères mathématiques dans la fixation de l'indemnité que celle-ci « ne saurait excéder certaines limites »³³. Ces limites ne sont cependant pas définies, ou du moins qu'exceptionnellement.

Ainsi, dans un arrêt de 2008, le Tribunal fédéral a confirmé le montant de 70 000 francs alloué à la victime d'un accident de la circulation, ayant provoqué une paralysie partielle du bras et de la main gauche, ainsi que d'importantes douleurs permanentes. Il a relevé à cet égard qu'il n'était « en général » pas alloué de montants plus élevés en cas de lésions corporelles, « hormis dans des cas de tétraplégie, paraplégie ou graves lésions cérébrales »³⁴.

Le Tribunal fédéral a également relevé qu'en principe, des montants dépassant 50 000 francs n'étaient alloués que si le lésé était totalement invalide³⁵, ou encore que des montants de 40 000 francs n'étaient alloués qu'aux lésés ayant perdu toute capacité de travail ou de gain³⁶.

En 1997, le Tribunal fédéral a confirmé l'octroi d'un montant de 120 000 francs à un jeune homme de 17 ans devenu tétraplégique à la suite d'un plongeon. La Cour cantonale avait notamment retenu que le fait d'être condamné à l'immobilité dans une chaise roulante sa vie durant est l'une des plus graves atteintes qui soient et que le demandeur était très jeune au moment de l'accident. Les juges fédéraux ont estimé que l'autorité cantonale n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation, mais que cette somme représentait « assurément la limite supérieure de la réparation pouvant être accordée en pareilles circonstances »³⁷. Cette position a cependant évolué. Ainsi, en

³² Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 27 août 2008, 6B.517/2008, cons. 6.2.2.

³³ ATF 129 IV 22, cons. 7.2.

³⁴ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 22 février 2008, 4A.489/2007, cons. 8.3.

³⁵ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour de droit civil du 20 avril 2010, 4A.463/2008, cons. 5.2.

³⁶ Arrêt de la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 26 janvier 2010, 4A.481/2009, cons. 6.2.1.

³⁷ ATF 123 III 306, cons. 9b, p. 315.

2008, le Tribunal fédéral a jugé « appropriée » la somme de 140 000 francs allouée à une jeune fille de 19 ans, victime d'un accident de la circulation ayant occasionné d'importantes lésions cérébrales et des séquelles permanentes³⁸.

La Haute Cour a ensuite admis l'allocation d'un montant de 150 000 francs à un ouvrier devenu tétraplégique à la suite d'un accident de chantier. L'arrêt revient expressément sur la jurisprudence fixant un montant maximum à 120 000 francs pour des atteintes de ce type. Il tient cependant compte du renchérissement, en vertu duquel, au jour de l'arrêt attaqué, ce plafond correspond à 135 000 francs. D'autre part, il rappelle l'arrêt précité qui qualifie d'adéquat l'octroi d'un tort moral de 140 000 francs à la lésée.

Un arrêt de 2010 fait état d'une indemnité pour tort moral de 250 000 francs à la victime d'un coup de feu tiré par son père. Une des balles avait touché la jeune fille au niveau de l'épaule et pénétré jusqu'à la moelle épinière, provoquant une hémiplégie définitive. La victime avait subi une longue hospitalisation, avant de pouvoir regagner son domicile. Elle avait néanmoins besoin de soins constants, nuit et jour, pour tous les gestes de la vie courante et avait ainsi perdu toute autonomie et subi une grave atteinte « à sa dignité de femme, d'épouse et de mère ». Plus de cinq ans après les faits, elle présentait encore des souffrances physiques très importantes, que seuls des soins palliatifs permettaient d'atténuer. Devant le Tribunal fédéral, le montant de l'indemnité n'était pas en cause³⁹. Seule demeurait litigieuse la réduction éventuelle pour faute concomitante de la victime.

En matière d'atteinte à l'intégrité sexuelle, la jurisprudence est moins généreuse. Le Tribunal fédéral a alloué, en 1999, une somme de 100 000 francs à une victime d'actes d'ordre sexuel. La lésée avait subi pendant une dizaine d'années, quasi quotidiennement, des actes sexuels extrêmement graves, et ce de la part de son père. Les conséquences de ces actes étaient sévères. Il existait notamment un risque de dommages permanents sur les plans affectif, intellectuel et professionnel. Le Tribunal fédéral a réformé la décision cantonale, qui avait fixé l'indemnité à 50 000 francs, et précisé que la somme de 100 000 francs est « sans doute le maximum qui puisse être alloué pour ce genre de cas »⁴⁰.

La Haute Cour a rappelé sa position quelques années plus tard, dans le cas d'une jeune apprentie ayant subi, pendant cinq ans, des infractions de viols, contraintes sexuelles, contraintes sexuelles avec cruauté et lésions corporelles graves de la part de son maître d'apprentissage⁴¹. L'autorité cantonale

³⁸ ATF 134 III 97, JT 2008 I 493.

³⁹ Arrêt non publié de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 27 mai 2010, 4A.66/2010.

⁴⁰ ATF 125 III 269, cons. 2c, p. 276.

⁴¹ Arrêt non publié de la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral du 10 août 2006, 6S.192/2006, cons. 12.2.3 et 12.2.4.

avait fixé à 100 000 francs l'indemnité allouée à la victime pour son tort moral. Le Tribunal fédéral a considéré que, même si elles étaient importantes, les souffrances de l'apprentie étaient d'une intensité inférieure à celles subies par la jeune fille dans la jurisprudence précitée, et que les sévices infligés étaient moins graves, notamment au regard de la fréquence des actes, de leur durée, et du fait qu'ils n'avaient pas été commis par le père de la victime. L'indemnité a donc été jugée exagérée et la cause renvoyée à l'instance cantonale pour nouvelle décision.

C. Le recours à l'IPAI

1. *La gravité objective de l'atteinte*

La jurisprudence a validé, pour le calcul de l'indemnité, la méthode dite des deux phases⁴². Elle consiste à retenir un montant de base, correspondant à l'atteinte objective à l'intégrité. Ce montant est ensuite augmenté ou diminué en fonction des circonstances particulières au cas d'espèce. Il est courant, en pratique, de retenir au titre du montant de base l'indemnité pour atteinte à l'intégrité de l'assurance-accident. Ce mode de faire n'est cependant pas impératif. Si le Tribunal fédéral l'admet, il ne l'impose pas⁴³.

Les juges ont par ailleurs expressément écarté l'idée que le tort moral puisse correspondre au double de l'IPAI. Dans un arrêt relatif à une indemnité LAVI, le Tribunal fédéral a confirmé l'octroi d'un montant de 50 000 francs à titre de tort moral à la victime d'une tentative de meurtre. Il a conclu à une appréciation correcte des circonstances du cas particulier par l'autorité cantonale, notamment au motif que l'indemnité correspondait au double de l'IPAI et qu'elle accordait dès lors suffisamment de poids aux critères subjectifs du dommage. Une recourante a tenté de tirer parti de cette jurisprudence pour obtenir que son indemnité soit fixée au double de l'indemnité LAA. Le Tribunal fédéral a relevé que ce calcul ne pouvait être généralisé et que la fixation du tort moral était une décision relevant de l'équité. La jurisprudence admet effectivement la méthode des deux phases, et tolère que l'IPAI serve de référence pour le montant de base. Cette valeur n'est cependant qu'indicative et sert uniquement de repère pour apprécier la gravité objective de l'atteinte.

⁴² GUYAZ, p. 26 ss.

⁴³ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral du 12 mai 2006, 4C.55/2006, cons. 5.2; ATF 132 II 117, cons. 2.2.3; Arrêt non publié de la 1^{re} Cour de droit public du Tribunal fédéral du 22 juillet 2002, 1A.83/2002, cons. 5.1.

2. *Tort moral et IPAI*

Indépendamment des développements qui précèdent, il convient d'être prudent avec le recours à l'IPAI et de ne s'en inspirer qu'avec retenue dans l'évaluation du tort moral. Même si IPAI et tort moral sont des prétentions concordantes au sens du droit des assurances sociales, il existe des distinctions fondamentales entre ces deux institutions⁴⁴.

La première différence tient aux critères de fixation du montant. En LAA, seul le caractère objectif de la lésion entre en compte. Lorsque l'appréciation médicale est identique, l'indemnité est égale pour tous les assurés. A l'inverse, en responsabilité civile, la réparation morale est largement définie par les circonstances individuelles du lésé.

Ensuite, l'IPAI répare une atteinte définitive à la santé. Cette indemnité est ainsi exclue en présence d'une atteinte provisoire, même si elle est d'une certaine durée. Un tort moral peut par contre parfaitement réparer une atteinte temporaire, destinée à disparaître.

De plus, il existe, dans la réparation assurée par l'assurance-accident, un aspect de solidarité, qui découle de l'essence même des assurances sociales. Cette composante est inexistante en responsabilité civile, qui tend à faire supporter les conséquences d'un acte par la personne qui en est l'auteur. Les finalités propres à chacune des institutions conduisent certains auteurs à douter de l'opportunité de la référence à l'IPAI lors de la fixation du tort moral⁴⁵.

Enfin, il n'y a pas d'IPAI si le taux de l'atteinte est inférieur à 5%. Or, le tort moral ne connaît pas de seuil mathématique. Il n'est limité que par l'exigence de souffrances d'une certaine intensité.

Par ailleurs, l'IPAI ne peut être d'aucune aide dans l'évaluation de dommages qui n'ont pas de composante objective. Il en va ainsi, notamment, du préjudice esthétique ou du préjudice sexuel dans certaines hypothèses. Lorsque le dommage du lésé comprend ainsi des aspects purement subjectifs, l'IPAI et le tort moral ne sont que partiellement concordants⁴⁶.

V. *La prescription*

La prescription pénale constitue souvent, en pratique, un allongement bien-venu de la prescription extrêmement brève des prétentions découlant d'un

⁴⁴ ATF 125 II 169, cons. 2d, p. 176; OVERNEY, p. 245-246.

⁴⁵ WERRO, p. 385.

⁴⁶ Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 12 décembre 2011, 6B.546/2011, cons. 2.3; ATF 125 II 169, cons. 2d.

acte illicite. Le recours aux règles pénales nécessite cependant que les conditions de la responsabilité soient satisfaites, notamment celle de la causalité comme l'illustre un arrêt rendu en mai 2012.

La lésée était une jeune fille de 14 ans, victime d'une collision avec un semi-remorque arrêté sur le côté de la route qui déchargeait sa cargaison. Le déchargement était effectué par le chauffeur du véhicule et le gérant de la société à laquelle la livraison était destinée. En raison d'une forte pluie, la jeune fille tenait la tête baissée et se dirigeait en suivant la ligne blanche extérieure de la route. Elle n'a ainsi pas vu le semi-remorque, qu'elle a heurté de la tête. L'accident l'a laissée tétraplégique. La procédure pénale ouverte contre le chauffeur a débouché sur un non-lieu. Les responsables de la société n'ont pas été poursuivis et aucune plainte n'a été déposée à leur encontre⁴⁷. Huit ans après les faits, la lésée a ouvert action en réparation du dommage contre la société destinataire de la livraison. L'enjeu de la procédure consistait à déterminer s'il existait un comportement pénalement répréhensible. Si tel était le cas, l'application de l'art. 60 al. 2 CO permettait d'écarter la prescription civile.

L'autorité judiciaire a constaté la violation de prescriptions de sécurité, lesquelles auraient pu, en théorie, ouvrir la voie à une qualification pénale. Elle a cependant jugé que le respect de ces prescriptions n'aurait pas permis d'éviter l'accident. Elle a donc conclu à l'absence de lien de causalité entre le comportement litigieux et la survenance du dommage. Ce raisonnement a été confirmé par le Tribunal fédéral et les prétentions de la victime ont été définitivement écartées.

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler les conditions dans lesquelles la prescription pénale plus longue pouvait être retenue. Pour que la prescription pénale entre en considération, notamment en vertu de l'art. 60 al. 2 CO, il faut que les prétentions civiles résultent, avec une causalité naturelle et adéquate, d'un comportement du responsable qui constitue, d'un point de vue objectif et subjectif, une infraction pénale prévue par une norme ayant notamment pour but de protéger le lésé⁴⁸.

Pour dire s'il y a ou non une infraction pénale, le juge civil est lié par une condamnation ou une décision libératoire prononcée au pénal⁴⁹. Si ces conditions sont satisfaites, il faut ensuite examiner s'il y a lieu d'appliquer le délai de prescription prévu par le droit pénal, soit déterminer si le délai de prescription est plus long au pénal qu'au civil.

⁴⁷ Arrêt non publié de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 21 mai 2012, 4A.51/2012.

⁴⁸ ATF 127 III 538, JT 2002 I 187, cons. 4b; ATF 122 III 5; ATF 112 II 172.

⁴⁹ ATF 122 III 225.

Même si l'on parvient à la conclusion qu'il faut appliquer le délai de la prescription pénale, celui-ci peut être interrompu selon les règles du droit civil. En d'autres termes, la prescription de l'action civile, dans son mécanisme, est entièrement régie par le droit privé, ce qui vaut notamment pour déterminer les actes interruptifs de la prescription et les effets d'une interruption. Dans ce cadre, le droit pénal n'intervient que pour substituer au délai prévu par le droit civil le délai plus long découlant du droit pénal⁵⁰. En conséquence, pour connaître les actes qui peuvent interrompre la prescription, il faut se référer aux art. 135 et 138 CO. Lorsque le délai de la prescription pénale est applicable, son interruption fait courir à nouveau le même délai. En revanche, lorsque la prescription pénale est atteinte, un acte interruptif ultérieur ne peut faire courir que le délai prévu par le droit civil⁵¹.

En matière de prescription, il convient encore de citer l'avant-projet de loi sur l'uniformisation de la prescription en matière de responsabilité civile. Cette révision poursuit trois objectifs principaux, soit uniformiser le droit de la prescription, allonger les délais de prescription et promouvoir une sécurité juridique accrue.

En bref, l'avant-projet prévoit une prescription relative de trois ans, laquelle s'appliquerait à toutes les créances de droit civil, qu'elles soient dès lors d'origine contractuelle, extracontractuelle ou résultent de l'enrichissement illégitime.

Le point de départ du délai est le jour où le créancier a connaissance de la créance et de la personne du débiteur, mais au plus tard au moment où le délai absolu commence à courir.

Ce délai absolu passe lui à dix ou trente ans et commence à courir dès l'exigibilité de la créance, respectivement dès le fait dommageable pour les actions en réparation ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale. En cas de dommage corporel, le délai absolu est de trente ans. Le projet contient cependant une variante. Dans l'hypothèse où le délai de trente ans pour les dommages corporels ne serait pas retenu, il est prévu d'instaurer un délai absolu de vingt ans pour l'ensemble des dommages.

A relever également que le projet prévoit des possibilités limitées de renoncer à la prescription. Il serait en particulier interdit de renoncer à une prescription en cours, le débiteur ne pouvant plus renoncer qu'après l'échéance du délai⁵².

⁵⁰ ATF 137 III 481, cons. 2.5.

⁵¹ ATF 137 III 481, cons. 2.5; ATF 131 III 430, JT 2005 I 479, cons. 1.4.

⁵² Sur ces questions, voir: CHAPPUIS, p. 72 à 76; KRAUSKOPF, p. 1-27.

VI. Quelques problématiques nouvelles

A. *Wrongful life et wrongful birth*

Les enjeux de responsabilité liés à la survenance d'une naissance non désirée (*wrongful life*) ou d'une naissance handicapée (*wrongful birth*) sont débattus depuis quelques années. Une problématique nouvelle, en Suisse du moins, est celle de l'allocation d'une indemnité pour tort moral dans ces hypothèses. Les autorités judiciaires bernoises ont ouvert la voie en statuant sur ces questions dans l'affaire suivante.

La demanderesse était mère d'un enfant atteint de mucoviscidose, né en 2000⁵³. Lors de sa seconde grossesse, elle a consulté une gynécologue, qu'elle a informée de la pathologie de son premier né. La gynécologue n'a entrepris aucune investigation afin d'évaluer le risque que le second enfant soit également atteint. En février 2007, la jeune mère a mis au monde un enfant rapidement diagnostiqué comme également porteur du gène de la mucoviscidose.

A la suite de cette naissance, la mère a ouvert action contre la gynécologue, alléguant qu'elle aurait avorté si elle avait été informée à temps de la probabilité élevée de mettre au monde un enfant malade. La première instance a constaté la violation par la gynécologue de ses obligations contractuelles et alloué à la mère un montant pour tort moral de 30 000 francs, fondé sur l'art. 49 CO⁵⁴.

Les tribunaux bernois avaient également à connaître d'une prétention en tort moral formulée au nom du second enfant. Cette action reposait sur l'allégation que l'enfant subissait un dommage du fait même de sa naissance, et que ce dommage aurait pu être évité s'il n'était pas venu au monde. Les prétentions de l'enfant ont été écartées, au motif que les conditions d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 47 CO n'étaient pas satisfaites. Les juges ont fait appel à la notion de dommage et à la comparaison qu'elle suppose entre l'état de santé sans l'acte illicite et avec ce dernier. Pour l'autorité judiciaire, il n'est pas imaginable de comparer la vie handicapée avec l'absence de vie, ce qui interdit d'admettre une atteinte à l'intégrité. De surcroît, le Tribunal estime qu'il n'est pas davantage possible de déterminer si la

⁵³ La transmission du gène de la mucoviscidose n'est possible que si les deux parents sont porteurs de la mutation génétique. La probabilité qu'un individu soit porteur du gène est d'environ 1 sur 20 à 1 sur 25. Lorsqu'il est déterminé que l'un des parents est porteur du gène, la probabilité qu'un enfant soit atteint s'élève à 1 sur 80, voire 1 sur 100. Si les deux parents sont porteurs du gène, la probabilité est alors de 25%.

⁵⁴ A titre comparatif, le Tribunal fédéral a confirmé l'octroi d'un montant de 5000 francs à une mère de famille tombée enceinte à la suite d'une stérilisation convenue, mais à laquelle la gynécologue avait omis de procéder (ATF 132 III 359).

non-existence est préférable à la vie gravement handicapée. L'octroi d'une indemnité dans cette hypothèse nécessite que l'on considère la vie non désirée comme un dommage, ce qui suppose un jugement de valeur que personne ne peut effectuer⁵⁵.

En instance cantonale, l'indemnité allouée à la mère a été confirmée. Quant à l'action de l'enfant, elle a donné lieu à une étude des législations des pays environnants, dont il résulte que, à tout le moins en France, en Angleterre et en Autriche, ces actions sont exclues. Le Tribunal cantonal a ensuite envisagé les différents fondements de cette action en droit suisse. Il a, dans un premier temps, exclu l'indemnité fondée sur l'art. 47 CO, pour atteinte à l'intégrité. Les juges ont rappelé que l'allocation d'une réparation morale supposait la violation d'un droit absolu à l'intégrité physique. Or, l'enfant était né avec une maladie déterminée génétiquement. Il n'existait dès lors aucune éventualité de naissance sans mucoviscidose. Dans ces circonstances, il était impossible de distinguer entre la vie saine et la vie handicapée, dans la mesure où l'enfant naissait dans tous les cas avec la mutation génétique. Puisqu'il n'existait pas d'état sain pouvant être comparé à l'état pathologique, il n'existait pas d'atteinte à l'intégrité.

Le Tribunal a ensuite envisagé l'application de l'art. 49 CO, au sens d'une violation d'un droit à la non-existence qui découlerait de la protection de la personnalité. Il est parvenu à la conclusion que l'ordre juridique suisse ne conférait pas à l'enfant un droit à ne pas naître et que, par conséquent, la vie ne pouvait jamais être illicite en droit suisse. Le Tribunal a également imaginé la violation du droit de l'enfant à la protection de l'auto-détermination de sa mère. En d'autres termes, il s'agirait d'une prétention, fondée sur l'art. 49 CO, à la liberté de décision de sa mère. Cette construction a été écartée au motif qu'il n'existait pas de protection contractuelle à l'égard de l'enfant de ne pas venir au monde. Le Tribunal cantonal a par conséquent rejeté la prétention de l'enfant⁵⁶.

Ces problématiques soulèvent bien entendu des interrogations fondamentales, qui dépassent largement le cadre du droit. Elles illustrent cependant également les limites d'un système qui consiste à réparer un préjudice immatériel à l'aide de concepts élaborés pour l'évaluation et la compensation d'un dommage patrimonial.

⁵⁵ Il est intéressant de relever que la 1^{re} instance bernoise a également écarté l'action de l'enfant, au motif qu'elle relevait des droits strictement personnels et que, par conséquent, elle n'était pas susceptible de représentation, même par les parents de l'enfant.

⁵⁶ HERZOG-ZWITTER, p. 181-182.

B. La circoncision

1. *L'arrêt du Landgericht de Cologne*

La presse s'est récemment faite l'écho d'un jugement allemand qualifiant la circoncision d'infraction pénale. Un enfant de 4 ans a été circoncis par un médecin, à la demande de ses parents. L'intervention ayant provoqué d'abondants saignements, l'enfant a été hospitalisé et ses plaies traitées. L'établissement hospitalier qui a recueilli l'enfant a dénoncé pénalement le médecin ayant pratiqué la première intervention. Le juge de première instance a prononcé un non-lieu. Sur appel du Ministère public, l'autorité supérieure, le *Landgericht* de Cologne, a rendu, le 7 mai 2012, la décision susmentionnée. Elle a confirmé le non-lieu à l'égard du praticien, mais a profité de ce jugement pour formuler des réflexions extrêmement critiques à l'égard des circoncisions rituelles. Les juges relèvent notamment que le droit des parents d'éduquer leur enfant comme ils le souhaitent doit céder le pas devant le droit de l'enfant à l'auto-détermination et à la protection de son intégrité physique.

Même si la qualification pénale n'était pas donnée, la circoncision pourrait donner naissance à une prétention en réparation d'ordre civil. Qu'en serait-il en droit suisse, et surtout, une réparation morale serait-elle envisageable⁵⁷ ?

2. *Circoncision et tort moral*

Il convient en premier lieu de rappeler que l'art. 124 CP, qui sanctionne les mutilations génitales, ne s'applique qu'aux organes féminins. Lors de l'élaboration de l'avant-projet, il a été envisagé d'inclure la circoncision dans la disposition pénale. Cette solution a été écartée, au motif que cette pratique « ne posait pas de problèmes fondamentaux »⁵⁸.

L'absence de pénalisation n'a cependant qu'une influence limitée sur l'issue civile d'un litige éventuel. L'art. 47 CO ouvre le droit à la réparation en cas de lésion corporelle. L'expression utilisée évoque la qualification pénale des art. 122 à 126 CP. La question se pose dès lors de savoir si le législateur visait à lier la notion civile à la définition pénale, ou si ce terme a une acception propre dans le cadre de la réparation du dommage⁵⁹. Dans la seconde hypothèse, les atteintes à l'intégrité relevant d'autres dispositions pénales ne

⁵⁷ Voir sur ces questions : GIGER, p. 95-103.

⁵⁸ FF 2010, p. 5125 ss, spéc. 5143.

⁵⁹ En allemand, l'art. 47 CO utilise également le terme pénal de *Körperverletzung*. La version italienne de cette disposition emploie par contre l'expression *lesione corporale*, alors que l'expression en droit pénal est *lesioni personali*.

seraient pas couvertes par l'art. 47 CO. Dans un arrêt de 1999, le Tribunal fédéral a même semblé restreindre l'allocation d'une indemnité pour tort moral aux cas de lésions corporelles « graves »⁶⁰, ce qui paraît limiter encore le champ d'application de l'art. 47 CO. La discussion reste théorique, puisque l'art. 49 CO permet la réparation morale de toute atteinte à l'intégrité. L'art. 47 CO n'est qu'un cas d'application de la norme générale, et le recours direct à l'art. 49 CO n'est pas exclu dans les cas que la disposition spéciale ne vise pas⁶¹. Quelle que soit la disposition retenue, il apparaît que la circoncision entraîne, incontestablement, une atteinte à l'intégrité de l'enfant et que cette atteinte peut donner lieu à réparation si les autres conditions, en particulier de l'allocation du tort moral, sont satisfaites.

C'est probablement la notion d'illicéité qui cristalliserait le débat sur le plan civil. Une atteinte à l'intégrité est licite si elle est effectuée avec le consentement du lésé capable de discernement, ou du représentant légal du lésé incapable. Traditionnellement, la circoncision est pratiquée chez de jeunes enfants, lesquels sont représentés par leurs parents pour cette décision. Cette construction est cependant douteuse au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de consentement à l'acte médical des patients mineurs ou incapables. Le représentant ne peut pas consentir à une expérimentation ou à une intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à l'intégrité physique⁶². On rappellera également la toute récente prise de position de la Commission nationale d'éthique sur l'intersexualité. Le rapport rappelle que l'autorité parentale comme le pouvoir de décision des parents trouvent leur limite dans le bien de l'enfant et sa capacité d'agir. Le bien de l'enfant doit en outre être déterminé autant que possible aussi bien en référence à ses intérêts présents qu'à ceux, anticipés, de futur adulte. La Commission considère à cet égard que les traitements d'assignation d'un sexe entrepris « uniquement dans le but d'intégrer l'enfant dans son environnement familial et social sont contraires au bien de l'enfant »⁶³.

Les traitements médicaux en assignation d'un sexe ne sauraient être comparés à la circoncision, les conséquences de l'une et l'autre intervention étant sans commune mesure. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, il est porté une atteinte définitive aux organes génitaux d'un enfant, sans que la possibilité ne lui soit offerte de se déterminer sur ce qui est, à tout le moins au sens du droit civil, une lésion corporelle. Si l'illicéité est reconnue, un tort moral peut être alloué. Il s'agira alors d'établir que la lésion est source

⁶⁰ ATF 123 III 204, JT 1999 I 9, cons. 2e.

⁶¹ ATF 123 III 204, JT 1999 I 9, cons. 2e.

⁶² ATF 114 Ia 350, cons. 7b bb.

⁶³ COMMISSION NATIONALE D'ETHIQUE POUR LA MEDECINE HUMAINE, p. 14.

de souffrances d'une intensité suffisante pour atteindre le seuil qui ouvre le droit à la réparation.

VII. Les préjudices subjectifs

Une lésion corporelle peut engendrer, outre l'atteinte objective, un préjudice subjectif qui échappe à toute constatation médicale. Il en va ainsi, par exemple, du préjudice esthétique. La jurisprudence considère que la réparation morale de ce préjudice pose quelques difficultés notamment quant à l'ampleur de l'indemnisation, puisque les cicatrices n'impliquent en principe aucune invalidité ou douleur permanente et ne causent que des douleurs de nature psychologique⁶⁴. Il en va de même du préjudice sexuel, suivant la forme sous laquelle il se présente.

Nous allons tenter de définir ces deux types de dommages un peu particuliers. Il convient cependant de préciser d'emblée que la jurisprudence traite rarement de ces questions pour elles-mêmes. En effet, le dommage est le plus souvent chiffré de façon globale, sans que ses composantes ne soient distinguées⁶⁵. Il est donc souvent compliqué de dégager de la somme finale le montant correspondant à l'un ou l'autre préjudice spécifique. La jurisprudence étrangère, notamment française, est source d'inspiration à cet égard, puisque les différents préjudices y sont individualisés et chiffrés séparément.

A. Le préjudice esthétique

1. La définition

Le préjudice esthétique vise la compensation de disgrâces imputables à un événement dommageable et les souffrances morales qu'elles induisent. En termes plus généraux, il s'agit de compenser « la perte d'une partie de l'image de soi-même, de l'image que l'on donne et de celle que l'on souhaiterait donner aux autres »⁶⁶.

Il existe, en droit suisse, la possibilité de faire reconnaître, au titre de tort moral, le dommage constitué par une lésion apparente, qui nuit à l'esthétique du corps humain. Le Tribunal fédéral relève néanmoins qu'il est compliqué

⁶⁴ RJN 2003, p. 275, cons. 3a.

⁶⁵ Voir par exemple, pour le préjudice esthétique: RJ 1999, n° 1365, cons. 9d bb; pour le préjudice sexuel: Arrêt non publié de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral du 12 décembre 2011, 6B.546/2011, cons. 2.4 *in fine*.

⁶⁶ MOR/HEURTON, p. 482.

d'évaluer l'indemnité en cas de préjudice esthétique par comparaison avec les décisions rendues en matière d'autres atteintes à l'intégrité corporelle⁶⁷. De surcroît, même en présence de cicatrices « très étendues, vilaines et définitives », la Haute Cour considère que les souffrances causées ne sont « pas comparables aux atteintes les plus graves à l'intégrité corporelle, telles que l'impotence ou la cécité totale »⁶⁸. Il est dès lors intéressant de se pencher sur les critères retenus par le juge pour apprécier le préjudice esthétique et le chiffrer.

2. *L'étendue de la lésion*

En premier lieu, l'étendue de la lésion joue évidemment un rôle déterminant. En Angleterre, le pourcentage de la surface corporelle atteint par une brûlure est le premier critère de fixation de l'indemnité pour préjudice esthétique⁶⁹. Dans un arrêt de 1980, le Tribunal fédéral a confirmé l'allocation d'une indemnité d'un montant de 40 000 francs à une jeune fille de seize ans, sur laquelle un sommelier a par accident renversé un caquelon d'huile bouillante. La jeune fille a été gravement brûlée aux deux jambes, au bras gauche, au thorax et au sein gauche. Malgré diverses opérations de chirurgie esthétique, les brûlures consécutives à l'accident ont laissé chez la lésée de vastes cicatrices d'aspect très laid⁷⁰. Le Tribunal fédéral a considéré que ces marques étaient de nature à créer chez la victime des sentiments d'infériorité et à provoquer un certain isolement. Même si les cicatrices pouvaient être masquées « par un habillement approprié comportant des manches longues », ces mesures de précaution entraînaient des contraintes et des renoncements, et le Tribunal fédéral a pris en compte « l'appréhension qu'éprouve naturellement une jeune femme de dévoiler accidentellement des marques aussi inesthétiques ». A titre de comparaison, en France, c'est un montant de 70 000 Euros⁷¹ qui a été alloué à un adolescent de 15 ans, victime de brûlures graves sur 75% de la surface corporelle⁷².

3. *L'origine de la lésion*

L'origine de la lésion peut également influencer le montant de l'indemnité. L'autorité LAVI neuchâteloise a ainsi alloué 3000 francs à un jeune homme victime d'une agression dont il a conservé une cicatrice au visage. L'autorité

⁶⁷ RJ 1980, n° 139, cons. 2b.

⁶⁸ RJ 1980, n° 139, cons. 2c.

⁶⁹ JUDICIAL COLLEGE, p. 75.

⁷⁰ RJ 1980, n° 139, cons. 2a.

⁷¹ Soit, à la date du jugement (13 novembre 2007), 115 000 CHF.

⁷² Cour d'appel d'Aix en Provence, 13 novembre 2007, arrêt cité dans : MOR / HEURTON, p. 572.

a jugé que cette cicatrice constituait une atteinte à l'esthétique objective du lésé et qu'en outre, elle lui rappellerait « les affres de son agression chaque fois qu'il se regarderait dans un miroir et chaque fois que les gens que l'existence l'amènera à côtoyer lui en demanderont l'origine »⁷³. A l'inverse, le Tribunal fédéral a jugé adéquat un montant de 15 000 francs alloué à un étudiant dont la main droite a été presque totalement arrachée, alors qu'il utilisait un monte-charge exclusivement destiné au transport de marchandises. La main avait été réimplantée avec succès, mais il subsistait un préjudice esthétique important. L'autorité judiciaire a relevé que le lésé n'avait pas été « victime d'un acte intentionnel particulièrement odieux »⁷⁴. Dès lors, la victime ne pouvait se prévaloir de l'origine de sa lésion pour prétendre à un montant plus conséquent.

4. *La localisation et l'aspect de la lésion*

La localisation et l'aspect d'une cicatrice constituent des critères déterminants, au regard notamment de la possibilité pour le lésé de masquer la lésion. Cet argument a notamment été utilisé par le Tribunal fédéral pour confirmer l'octroi d'un montant de 10 000 francs à titre de tort moral à une femme brûlée aux premier et deuxième degrés au visage et au cou par un jet de vapeur émanant d'un fer à repasser. La lésée, qui exploitait un hôtel-restaurant, alléguait que son activité professionnelle et le contact avec une clientèle « plutôt aisée » l'obligeaient à avoir en permanence une excellente présentation et que les taches définitives qu'elle portait sur les joues et le cou, des deux côtés, péjoraient fortement ses conditions de travail. Le Tribunal fédéral a opposé à ces arguments le fait que la victime pouvait « dissimuler efficacement ces séquelles avec du maquillage »⁷⁵.

De même, dans un arrêt de 1982, le Tribunal fédéral a confirmé un montant de 6000 francs alloué à une patiente brûlée à l'abdomen, lors d'une intervention de chirurgie esthétique, par la lampe utilisée pour éclairer le champ opératoire. Le Tribunal fédéral a jugé que les cicatrices présentées par la lésée se trouvaient « situées en des endroits du corps généralement cachés à la vue de tiers par des vêtements » et que, lors de « bains en public », il était aisé à la lésée « de dissimuler le haut de la cicatrice verticale en utilisant un maillot montant »⁷⁶.

⁷³ RJN 2003, p. 275, cons. 3c.

⁷⁴ RJ 1999, n° 1418.

⁷⁵ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 4 octobre 2010, 4A.319/2010, cons. 5.

⁷⁶ RJ 1982, n° 219, cons. 4c.

Dans le cas d'une enfant de 5 ans victime d'un accident de la circulation qui a provoqué une perte partielle du cuir chevelu, le Tribunal fédéral a suivi l'autorité cantonale, selon laquelle la lésion pouvait être masquée par une coiffure adéquate ou un postiche. Il a néanmoins retenu un préjudice esthétique important et alloué une indemnité de 30 000 francs pour le tort moral dans son ensemble⁷⁷.

5. *Le sexe du lésé*

Le sexe du lésé a parfois joué un rôle dans le calcul du dommage. Traditionnellement, les victimes femmes percevaient une indemnité pour préjudice esthétique plus élevée que les lésés masculins, au motif qu'elles souffraient davantage de la lésion subie⁷⁸. En Angleterre, les tables d'indemnisation prévoient encore aujourd'hui des fourchettes sensiblement plus élevées pour les femmes en cas de préjudice esthétique⁷⁹. Les directives précisent cependant que le sexe seul ne peut justifier un montant supérieur, mais que la différence doit être motivée par l'impact effectif de la lésion sur la victime⁸⁰. La jurisprudence tend cependant à accorder toujours moins d'importance à ces critères. Ainsi, dans l'arrêt susmentionné relatif aux brûlures au visage, la lésée avait allégué que sa situation ne pouvait être comparée à celle d'un lésé de sexe masculin. Cet argument n'a pas été discuté dans l'arrêt fédéral, mais la décision cantonale a été confirmée.

Un arrêt cantonal retient par contre expressément que «dans la société moderne actuelle, qui met de plus en plus en exergue le paraître et la beauté, et dans laquelle le visuel a pris une importance déterminante», il ne se justifie plus, en principe, de faire une distinction selon l'âge ou le sexe de la personne lésée, «l'aspiration à une certaine esthétique n'étant pas l'apanage des seules personnes jeunes de sexe féminin, les hommes étant aujourd'hui préoccupés par leur apparence dans une mesure importante»⁸¹.

6. *L'âge du lésé*

Le critère de l'âge est peu souvent évoqué dans les arrêts relatifs au préjudice esthétique. En France, pourtant, l'âge est un critère. La jurisprudence juge

⁷⁷ RJ 1975, n° 13, cons.

⁷⁸ LATIMER-SAYER / LANGSTAFF, p. 190.

⁷⁹ En cas de *very severe scarring*, l'indemnité se situe entre 34 600 et 69 500 £ (soit entre 49 000 et 98 000 CHF en mars 2013) pour les femmes, alors qu'elle se chiffre entre 21 250 et 46 900 £ (soit entre 30 000 et 66 000 CHF en mars 2013) pour les hommes.

⁸⁰ JUDICIAL COLLEGE, p. 72.

⁸¹ RJN 2003, p. 275, cons. 3a.

en effet que la jeune personne « peut-être plus attachée à son apparence » ou l'enfant « confronté aux regards pas toujours bienveillants de ses camarades » sont des catégories de victimes qui vivront « plus difficilement encore le fait de se présenter avec des séquelles inesthétiques »⁸².

7. *Préjudice esthétique et atteinte à l'avenir économique*

Il convient également de relever que le préjudice esthétique peut être réparé pour lui-même, mais qu'il est également susceptible, suivant les circonstances, de donner lieu à réparation du chef de l'atteinte à l'avenir économique. Dans un arrêt relativement ancien, le Tribunal fédéral a ainsi relevé que l'apparition « fortuite » de cicatrices chez une jeune femme pourrait influencer négativement une partie de sa future clientèle ou des employeurs possibles. De surcroît, l'effort que ferait la lésée pour masquer les cicatrices aux bras par un habillement approprié pourrait être remarqué et désavantager la lésée sur le marché de l'emploi. En conséquence, l'existence de ces cicatrices constitue, selon le Tribunal fédéral, un facteur propre à provoquer une instabilité dans le travail et ouvre le droit à une prétention fondée sur l'atteinte à l'avenir économique⁸³.

A l'inverse, dans l'arrêt relatif à l'étudiant dont la main a été arrachée, l'autorité judiciaire a retenu que le préjudice esthétique résiduel n'est pas comparable à la situation d'une personne défigurée et que rien ne permettait de penser que cet élément soit de nature à la désavantager dans la vie professionnelle⁸⁴. Ces considérations sont évidemment étroitement liées à la situation du lésé, lequel était étudiant en sciences politiques au moment de l'accident et a ensuite travaillé dans le domaine des réfugiés pour le compte de la Croix-Rouge. C'est au regard de cette activité professionnelle que toute atteinte à l'avenir économique a été exclue.

8. *Conclusion*

Quels que soient les critères retenus, les montants alloués pour dommage esthétique sont modestes. A titre comparatif, il est intéressant de citer à cet égard les directives émises, en Grande-Bretagne, par le *Judicial College* pour le seul préjudice esthétique⁸⁵. Ainsi, le *Trivial Scarring*, soit la présence de cicatrices dont l'effet visuel est mineur, donne lieu à l'allocation d'une indemnité

⁸² MOR/HEURTON, p. 484.

⁸³ RJ 1980, n° 139.

⁸⁴ RJ 1999, n° 1418, cons. 3c.

⁸⁵ JUDICIAL COLLEGE, p. 71-73.

variant entre 1225 et 2500 £⁸⁶. L'échelle du préjudice esthétique comprend différents degrés de gravité (*Less Significant, Significant, Less Severe, Very Severe*). Le *Very Severe Scarring*, qui couvre le préjudice esthétique de jeunes femmes (jusqu'au début de la trentaine) présentant des cicatrices défigurantes et une réaction psychologique sévère, ouvre le droit à une réparation de 34 600 à 69 500 £⁸⁷. Ces montants sont bien loin des sommes allouées en Suisse.

Le caractère modeste des indemnités reflète probablement la complexité qui tient à la reconnaissance d'un préjudice qui échappe à toute objectivation. Il tient peut-être aussi à l'absence de prise en compte d'éléments qui donnent lieu à compensation dans d'autres ordres juridiques. En France, par exemple, le préjudice esthétique compense des atteintes à l'apparence qui ne résultent pas directement de la lésion corporelle. Ainsi, la jurisprudence admet qu'un préjudice esthétique résulte de l'utilisation de cannes anglaises⁸⁸ ou du recours, même provisoire, à un fauteuil roulant⁸⁹. La justification de ce poste du dommage tient à dire que l'apparence physique du lésé est dégradée par le recours à ces moyens auxiliaires. En pareille hypothèse, l'indemnité «répare la nécessité pour la victime de se présenter, pendant la maladie traumatique, dans un état physique altéré à l'égard des tiers»⁹⁰.

Il convient également de souligner l'extrême sévérité de la jurisprudence quant à la possibilité de masquer une lésion. Le recours à un artifice pour dissimuler une cicatrice peut, et doit, jouer un rôle dans l'évaluation de l'atteinte à l'avenir économique. On peut attendre du lésé, ne serait-ce qu'au nom de son obligation de diminuer le dommage, qu'il prenne les dispositions qui s'imposent pour limiter l'impact d'une lésion apparente sur un employeur ou une clientèle potentiels. Cette même exigence est par contre déplacée dans le domaine privé. Quel que soit l'artifice utilisé pour dissimuler la séquelle d'une atteinte à l'intégrité, il viendra un moment dans la journée où la victime se démaquillera, se déshabillera. Même si elle ne se dévoile que dans la sphère privée, la gêne qu'elle éprouvera à ce que ses lésions soient visibles n'en sera pas moins réelle. Elle peut même être plus prononcée dans le cercle intime, du fait que les séquelles sont alors visibles par des personnes qui sont chères au lésé et non par des inconnus, dont l'opinion ne compte pas forcément.

⁸⁶ Soit, en mars 2013, entre 1800 et 3500 CHF.

⁸⁷ Soit, en mars 2013, entre 49 000 et 98 000 CHF.

⁸⁸ A titre d'exemple : 800 Euros pour l'utilisation de cannes anglaises (Cour d'appel de Paris, 11 décembre 2009), cités dans : MOR/HEURTON, p. 569.

⁸⁹ A titre d'exemple : 1500 Euros alloués à un homme de 40 ans en raison de l'utilisation d'un fauteuil roulant puis de cannes (Cour d'appel de Nancy, 11 février 2010) ; 35 000 Euros alloués, du chef du seul préjudice esthétique, à une femme de 54 ans atteinte de paraplégie et contrainte de se déplacer au moyen d'un fauteuil roulant. Arrêts cités dans : MOR/HEURTON, p. 569 et 571.

⁹⁰ Cour d'appel de Paris, 19 octobre 2009, cité dans : MOR/HEURTON, p. 570.

Il semble ainsi que le poids conséquent accordé à l'apparence dans la société actuelle devrait conduire à une augmentation de la réparation accordée pour ce type de préjudice.

B. Le préjudice sexuel

1. La définition

La pathologie sexuelle, d'origine traumatique, est susceptible d'altérer deux fonctions : celle du plaisir résultant de l'acte sexuel et celle de la capacité de procréation. Le préjudice sexuel se définit ainsi comme l'impossibilité totale ou partielle dans laquelle se trouve le lésé soit d'accomplir l'acte sexuel, soit de procréer ou d'enfanter de façon naturelle. Ce dommage peut prendre plusieurs formes.

2. L'atteinte morphologique

En premier lieu, le préjudice peut consister en une atteinte morphologique, soit une lésion objectivable portée aux organes sexuels. C'est le cas par exemple d'une ovariectomie réalisée sans le consentement de la patiente⁹¹.

Le Tribunal fédéral a statué récemment sur le préjudice constitué par l'atteinte portée aux organes sexuels de la femme, dans un contexte d'assurance-accidents mais qui reste pertinent pour la responsabilité civile puisqu'il a trait à l'indemnité pour atteinte à l'intégrité.

La SUVA a publié des tables relatives à l'indemnisation des atteintes à l'intégrité, tables qui précisent le barème de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents⁹². Le Tableau 22 traite de l'indemnité pour perte d'intégrité en cas de perte des organes sexuels ou de la capacité de reproduction. Au titre de la perte des organes sexuels, chez l'homme, sont réparées la perte du pénis et des testicules. Chez la femme, sont réparées la perte de l'utérus et des ovaires. Ainsi, chez les hommes, toute atteinte aux organes sexuels ouvre le droit à réparation, alors que pour les femmes, seule l'atteinte aux organes reproducteurs donne lieu à indemnisation. Les organes sexuels externes féminins ne sont en effet pas mentionnés dans la liste de la SUVA.

Dans un arrêt de septembre 2009, le Tribunal fédéral a remédié à cette inégalité. La lésée avait été victime d'un grave accident de la circulation, qui avait entraîné de nombreuses lésions, parmi lesquelles un fracas complet du

⁹¹ Arrêt non publié de la I^{re} Cour civile du Tribunal fédéral du 19 mars 2002, 4P.9/2002.

⁹² Annexe 3 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents, RS 832.202.

bassin et une plaie vulvaire. La SUVA avait fixé le taux d'atteinte à l'intégrité à 40%. La lésée exposait qu'elle souffrait d'une atteinte importante à sa vie sexuelle, soit, selon un rapport médical, d'une insensibilité cutanée, clitoridienne et vaginale, entraînant une absence de tout plaisir au cours de l'acte sexuel. L'existence de troubles sexuels ayant pour origine une lésion physique était confirmée par différents rapports. Il était ainsi établi que la recourante présentait une atteinte fonctionnelle à ses organes génitaux, qui se manifestait par une perte de sensation sexuelle, et que cette atteinte était la conséquence de l'accident de circulation.

La juridiction cantonale avait cependant écarté la prétention de la lésée sur ce point, au motif que «seule la perte des organes génitaux et de la capacité de reproduction et non la perte de plaisir était susceptible de faire l'objet d'une indemnisation». Le Tribunal fédéral rappelle, dans son arrêt, que l'IPAI a pour but de compenser le dommage subi par un assuré du fait d'une atteinte grave à son intégrité corporelle ou mentale due à un accident et qu'elle ne sert pas à réparer les conséquences économiques de l'atteinte. Une atteinte à l'intégrité au sens de l'art. 24 al. 1 LAA, consiste en un déficit corporel, anatomique ou fonctionnel, mental ou psychique. La gravité de l'atteinte se détermine uniquement d'après les constatations médicales. L'annexe 3 de l'OLAA comporte un barème, reconnu conforme à la loi et non exhaustif, des lésions fréquentes et caractéristiques. Quant aux tables d'indemnisation de la CNA, elles permettent une évaluation «plus affinée» de certaines atteintes, mais elles n'ont pas valeur de règles de droit et ne lient dès lors pas le juge.

Le Tribunal fédéral relève que l'impossibilité de pratiquer l'acte sexuel constitue «une atteinte particulièrement marquée aux plaisirs de la vie». Il n'y a pas lieu de distinguer entre hommes et femmes à cet égard. Or, les tables de la CNA ne mentionnent que les organes sexuels internes liés à la fonction reproductive, mais aucun organe externe intervenant dans la sexualité. Selon le Tribunal fédéral, cette différenciation ne trouve aucune justification. Dès lors, la Haute Cour affirme que la perte des organes génitaux externes féminins, respectivement la perte de la fonction sexuelle liée au plaisir de ces organes doit faire l'objet d'une indemnisation, lorsqu'une telle atteinte est médicalement établie et qu'elle est importante et durable⁹³.

3. *L'atteinte à la capacité reproductive*

Le dommage peut ensuite résulter d'une impossibilité, ou d'une difficulté, de procréer provoquée par l'événement dommageable. Il s'agit ici de compenser

⁹³ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour de droit social du Tribunal fédéral du 25 septembre 2009, 8C.703/2008, cons. 6.2.

toute atteinte au processus de reproduction, que celui-ci résulte d'une atteinte physique aux organes reproducteurs, soit qu'il soit le résultat d'une lésion portée à d'autres fonctions corporelles impliquées dans la reproduction. La Cour d'appel d'Aix-en Provence a ainsi alloué la somme de 60 000 Euros à un homme de 20 ans ayant perdu toute capacité reproductive à la suite d'un accident de la circulation⁹⁴.

4. *La perturbation de l'acte sexuel*

Le préjudice sexuel peut également naître d'une perturbation de l'acte sexuel.

Ce tort peut résulter d'abord de difficultés portant sur l'accomplissement de l'acte lui-même, qu'elles résultent d'une impuissance sexuelle ou de toute autre impossibilité physiologique d'avoir des rapports sexuels. La gamme des troubles en cause est vaste : il s'agit aussi bien de causes tout à fait générales telles qu'une paraplégie ou tétraplégie, que de troubles plus spécifiques, tels que troubles de l'érection, douleurs à l'occasion de l'acte, etc. Une jurisprudence française a chiffré le tort moral résultant d'un préjudice lié à l'acte sexuel dans un cas de responsabilité médicale ayant entraîné pour un homme une obligation de s'abstenir de rapports sexuels pendant deux mois et demi⁹⁵. L'autorité judiciaire a alloué environ 3000 FF⁹⁶ à ce lésé, au motif que la moyenne des rapports en France était d'un par semaine et que le lésé avait ainsi été privé de dix rapports sexuels. Cette décision chiffre donc le rapport sexuel à 75 francs.

Le préjudice peut également résulter de troubles de la libido, soit de la perte ou de la diminution aussi bien de l'envie ou du désir, que du plaisir. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi alloué une somme de 15 000 Euros à un homme de 46 ans n'ayant plus aucun rapport sexuel à la suite d'un accident. La Cour relève que la libido de la victime « n'est plus investie au plan sexuel » et qu'il n'est « plus en capacité d'éprouver un orgasme ».

5. *Le préjudice du conjoint*

Enfin, il importe d'évoquer le préjudice du conjoint, lequel résulte de l'impossibilité d'entretenir des relations sexuelles avec un lésé présentant un déficit

⁹⁴ MOR/HEURTON, p. 573.

⁹⁵ GOSSET Didier, *Le préjudice sexuel post-traumatique*, 31^e Séminaire de sexologie de l'Association Inter Hospitalo-Universitaire de Sexologie, Lille, 17 mars 2001, consultable sur www.smlc.asso.fr/fileadmin/user_upload/Enseignements/Reparation_domme_corporel/sexo_medico_legale.pdf.

⁹⁶ Environ 750 CHF.

sexuel d'origine traumatique. Ce dommage peut résulter de l'infertilité du lésé ou du préjudice lié à l'acte sexuel. Dans un cas comme dans l'autre, le conjoint subit les conséquences de l'atteinte portée à la victime, soit parce qu'un désir d'enfant n'est plus concrétisable ou requiert un processus de procréation assistée, soit parce que les relations sexuelles ne sont plus possibles ou sont compliquées par l'atteinte.

6. *Les critères*

Il existe différents critères d'évaluation du préjudice sexuel. La gravité de l'atteinte est, comme pour n'importe quel tort moral, un élément déterminant.

Ensuite, à la différence du préjudice esthétique, où ce critère tend à disparaître, l'âge joue un rôle. Dans un arrêt concernant une patiente ayant subi une ovariectomie sans son consentement, le Tribunal fédéral a admis que l'ablation d'un ovaire touchait un organe essentiel de la patiente, «pour la définition de sa personnalité en tant que femme, et son assise psychique». L'importance de l'organe est relativisée par le fait que la recourante était âgée de 46 ans au moment des faits et qu'elle se trouvait en période de préménopause, ce qui «relativisait sensiblement la perspective d'une grossesse éventuelle». La présence d'un ovaire gauche apparemment sain permettait en outre d'écarter le risque d'une ménopause précoce⁹⁷.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a, quant à elle, refusé toute indemnisation du chef du préjudice sexuel à un homme de 69 ans qui présentait des difficultés érectiles à la suite d'un accident de la circulation. La Cour a retenu que «à l'âge du lésé, les difficultés érectiles sont fréquentes» et qu'on ne peut dès lors envisager l'existence d'un préjudice sexuel directement lié à l'accident en l'absence d'éléments médicaux, lésionnels ou psychologiques⁹⁸.

La situation de famille influence l'indemnité à la hausse, si l'atteinte porte préjudice à des projets de famille, ou même simplement au potentiel de fonder une famille. Ce critère est partiellement lié à l'âge. Plus le lésé est âgé, plus il lui appartiendra d'établir des projets de famille concrets pour obtenir réparation d'un préjudice de ce chef. Pour une femme, la réparation sera en tous les cas exclue dès l'âge, effectif ou présumé, de la ménopause.

Le sexe ne devrait pas jouer de rôle dans la réparation du dommage. Il se trouve cependant des auteurs pour considérer, traditionnellement, que le préjudice est plus sévère, et donc l'indemnité plus élevée, lorsqu'il est subi par un homme. Cette opinion ne trouve aucune justification valable.

⁹⁷ Arrêt non publié de la 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral du 19 mars 2002, 4P.9/2002, cons. 2e.

⁹⁸ MOR/HEURTON, p. 574.

D'autres critères ont parfois été évoqués. On peut ainsi citer un juriste français qui écrivait ceci : « L'impuissance est une catastrophe moindre pour un intellectuel qui peut goûter les plaisirs de l'esprit, la littérature, l'art, la poésie, la musique, que pour un brave garçon qui ne peut connaître que les joies de la nature »⁹⁹.

VIII. Conclusion

« *Presentation, presentation, presentation* »¹⁰⁰ : c'est un des conseils donnés aux praticiens de la responsabilité civile en droit anglo-saxon. A la lumière de la jurisprudence rendue en matière de tort moral, ce conseil paraît tout à fait approprié en droit suisse également. Les juges fédéraux n'interviennent dans la fixation du tort moral que si l'instance cantonale a abusé de son pouvoir d'appréciation. Dans le cadre de la procédure de recours fédérale, il est dès lors souvent délicat de percevoir exactement ce qui conduit à retenir un montant plutôt qu'un autre, dans la mesure où le lecteur ignore le détail de ce qui a été allégué et/ou établi. La jurisprudence permet néanmoins de souligner l'importance de détailler chacun des postes du dommage, non seulement quant à la sévérité de l'atteinte, mais surtout quant à l'intensité des souffrances ressenties.

La littérature française peut être d'un secours non négligeable, et ce à deux égards. D'une part, à la différence du droit suisse, le droit français ne connaît pas un tort moral, mais de nombreux préjudices appréciés individuellement. Le préjudice est divisé entre préjudice patrimonial et préjudice extrapatrimonial et la seconde catégorie comprend de nombreux postes distincts, tels que le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel, le préjudice esthétique, le préjudice d'établissement, les souffrances endurées, etc. Certains de ces postes du dommage sont en outre subdivisés en dommage temporaire et permanent.

Ce découpage est probablement plus compliqué que la solution suisse et peut-être un peu théorique. Il présente cependant l'avantage certain d'obliger le praticien à alléguer chaque élément du dommage. En Suisse, le caractère global du tort moral permet une certaine approximation, laquelle est impossible en droit français. Il est dès lors instructif de s'inspirer des postes individualisés des préjudices extrapatrimoniaux français pour alléguer le tort moral sous tous ses aspects. La jurisprudence suisse ferme rarement la porte, par principe, à une catégorie particulière de dommage. Il résulte bien plutôt

⁹⁹ TOULEMON / MOORE, p. 159.

¹⁰⁰ LATIMER-SAYER / LANGSTAFF, p. 104.

des arrêts cités dans la présente contribution que toute atteinte, objective ou subjective, peut ouvrir le droit à la réparation, pour autant que le dommage soit correctement établi, non seulement quant à l'atteinte subie, mais surtout quant à l'intensité des souffrances endurées. Si ces conditions sont satisfaites, rien ne s'oppose à la reconnaissance du préjudice.

IX. Bibliographie

- BREHM Roland, *La réparation du dommage corporel en responsabilité civile*, Berne 2002.
- CEREDOC, *Guide Barème Européen d'évaluation médicale des atteintes à l'intégrité physique et psychique*, Louvain-la-Neuve (LGDJ) 2010.
- CHAPPUIS Guy, « L'avant-projet de loi sur l'uniformisation de la prescription en matière de responsabilité civile : réflexions d'un praticien », REAS 2012, n° 1, p. 72-76.
- COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE, *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel, Questions éthiques sur l'« intersexualité »*, Berne 2012.
- GIGER Beatrice, « Zirkumzision – ein gesellschaftliches und strafrechtliches Tabu », *Forumpoenale* 2/2012, p. 95-103.
- GOSSET Didier, *Le préjudice sexuel post-traumatique*, 31^e Séminaire de sexologie de l'Association Inter Hospitalo-Universitaire de Sexologie, Lille, 17 mars 2001, consultable sur www.smlc.asso.fr/fileadmin/user_upload/Enseignements/Reparation_domm_corporel/sexo_medico_legale.pdf.
- GUYAZ Alexandre, « L'indemnisation du tort moral en cas d'accident », SJ 2003 II 1-48.
- HERZOG-ZWITTER Iris, « Kind als Schaden », *Pflegerecht* 2012, p. 150-157.
- JUDICIAL COLLEGE, *Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases*, 11^e éd., Oxford (Oxford University Press) 2012.
- KRAUSKOPF Frédéric, « La prescription en pleine mutation », SJ 2011 II 1-27.

LATIMER-SAYER William / LANGSTAFF Brian (édit.), *Personal Injury Schedules, Calculating Damages*, 3^e éd., Haywards Heath (Bloomsbury Professional) 2010.

MOLFESSIS Nicolas, « La réparation du préjudice extrapatrimonial », in Ewald et al. (édit.), *Les limites de la réparation du préjudice*, Paris (Dalloz-Sirey) 2009, p. 395-443.

MOR Gisèle / HEURTON Blandine, *Evaluation du préjudice corporel, Stratégies d'indemnisation, Méthodes d'évaluation*, Paris (Delmas) 2010.

OVERNEY Alexis, « L'indemnité pour atteinte à l'intégrité selon la Loi fédérale sur l'assurance-accidents et l'indemnité à titre de réparation morale », RFJ 1993, p. 239-255.

REAS 2012, p. 181-182.

TOULEMON André / MOORE Jean, *Le préjudice corporel et moral en droit commun, étude pratique et théorique, jurisprudence et méthodes d'évaluation*, 3^e éd., Paris (Sirey) 1968.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011.

L'atteinte à l'intégrité en droit des assurances sociales

LIONEL LE TENDRE*

Table des matières

I.	Introduction	175
II.	Des indemnités totalement divergentes	177
A.	Le calcul de l'indemnité	177
1.	Méthode abstraite pour l'IPAI	177
2.	Méthode concrète pour le tort moral	178
B.	L'objet de l'indemnisation	179
1.	L'atteinte à l'intégrité	179
2.	Le tort moral	181
III.	Des indemnités parfaitement convergentes	182
A.	L'objet de l'indemnisation	182
1.	Des indemnités de même nature	182
2.	L'articulation des indemnités	183
B.	Le calcul de l'indemnité pour tort moral	184
1.	Un barème du tort moral ?	184
2.	Le tort moral évalué à partir de l'IPAI	185
IV.	Conclusion	186
V.	Bibliographie	187

I. Introduction

L'indemnité pour atteinte à l'intégrité (IPAI) est une prestation d'assurance sociale qui a été introduite dans l'ordre juridique suisse le 1^{er} janvier 1984, avec l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA). Cette indemnité *ad hoc* est née des contours attribués par le législateur à la rente d'invalidité dans le cadre de la LAA. En effet, sous le régime antérieur, l'atteinte à l'intégrité était indemnisée par le truchement de la rente d'invalidité¹. Avec la LAA, la rente d'invalidité prend une assise purement

* Avocat.

¹ Loi sur l'assurance maladie et accidents de 1911 (LAMA).

économique. Elle répare exclusivement la perte des possibilités de gains que subit l'assuré du fait d'une atteinte à la santé garantie. Il a alors fallu créer une prestation pour prendre en compte et indemniser l'atteinte physique ou psychique subie par l'assuré dans sa propre chair. C'est ainsi que l'IPAI a vu le jour².

Notre système juridique indemnisait toutefois depuis le début du XX^e siècle l'atteinte à l'intégrité corporelle, mais cela dans le cadre bien spécifique de la loi sur l'assurance militaire³. Le champ réduit des bénéficiaires de cette indemnisation qui perdure encore aujourd'hui, et son régime très particulier, nous conduiront à l'exclure de la présente analyse et à nous limiter à l'indemnité pour atteinte à l'intégrité de l'assurance-accidents.

La notion d'atteinte à l'intégrité n'est pas définie dans la loi qui se limite à faire la distinction entre intégrité physique et mentale, sans que celle-ci ne porte d'ailleurs à conséquences. Reprenant la proposition de FREI qui se fonde sur la classification du fonctionnement, du handicap et de la santé établie par l'Organisation mondiale de la santé, nous retiendrons qu'il y a atteinte à l'intégrité en cas de « perte de substance, ou altération d'une fonction ou d'une structure psychologique, physiologique ou anatomique »⁴.

En tant qu'elle fait partie des prestations prévues par la LAA, l'IPAI pré-suppose que l'atteinte soit la conséquence d'un accident ou d'une maladie professionnelle assurés⁵. Il est alors possible que le fait générateur de l'atteinte engage la responsabilité d'un tiers. Dans cette hypothèse, la victime est aussi en droit de se prévaloir des règles de la responsabilité civile pour solliciter la réparation de son préjudice, notamment le tort moral, qui correspond aux souffrances physiques ou psychiques ressenties à la suite de l'atteinte à sa personnalité⁶.

L'indemnité pour tort moral et celle pour atteinte à l'intégrité couvrent ainsi toutes deux le préjudice extrapatrimonial subi par la victime dans sa propre personne. Comment l'indemnisent-elles ? C'est ce que nous allons voir en mettant en parallèle ces deux indemnités qui présentent ce paradoxe d'être aux antipodes l'une de l'autre (II), tout en se révélant étroitement liées (III).

² Message, FF 1976 III 170 p. 195.

³ Art. 28 et 29 de la « Loi fédérale concernant l'assurance des militaires contre les maladies et les accidents » de 1901, puis art. 40bis LAM. Sur cette prestation, voir : JOST Fernand, « L'indemnisation de l'atteinte à l'intégrité en matière d'assurance militaire », ASS 1987, 2, p. 16.

⁴ FREI, p. 3 ; voir ég. RUMO-JUNGO, p. 159.

⁵ Voir les art. 1a à 9 de la LAA.

⁶ WERRO, *Commentaire romand*, art. 41, n. 9 ; TERCIER, « La réparation du tort moral », p. 9 ; BREHM Roland, *Berner Kommentar*, Berne 2006, art. 47 n. 52.

II. Des indemnités totalement divergentes

Les conditions que doit remplir l'atteinte pour donner lieu à indemnisation varient sensiblement entre les deux institutions. L'objet de l'indemnisation est donc différent (B). Quant aux méthodes de calcul, elles sont diamétralement opposées (A).

A. Le calcul de l'indemnité

1. *Méthode abstraite pour l'IPAI*

L'atteinte à l'intégrité indemnisée par la LAA est déterminée d'après les constatations médicales. Le médecin définit dans un premier temps le déficit que présente l'assuré puis, à l'aide de barèmes, convertit ce déficit en atteinte à l'intégrité⁷. Ces barèmes se rapportent à l'atteinte telle qu'elle est médicalement et objectivement constatable. Ils ne prennent pas en compte les éléments subjectifs de l'atteinte (douleurs, gêne dans la vie courante, perte d'agrément, etc.)⁸. Les atteintes sont échelonnées selon leur gravité. Un barème des atteintes considérées caractéristiques⁹ figure en annexe 3 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA). Seule une trentaine y sont répertoriées. Pour les autres, il y a lieu d'appliquer le barème par analogie, en fonction de la gravité de l'atteinte¹⁰. Afin de faciliter la tâche du médecin, la division médicale de la Suva a édité des barèmes complémentaires (intitulés des tables) qui affinent les atteintes de l'annexe 3, mais aussi définissent et évaluent de nombreuses autres atteintes. Ces tables n'ont toutefois pas valeur de droit et ne lient pas le Juge¹¹. L'atteinte à l'intégrité est exprimée sous forme de pourcentage. Ce pourcentage indique la mesure dans laquelle l'intégrité est diminuée du fait de l'atteinte. Il n'est donc pas possible d'aller au-delà de 100%, même si un cumul d'atteintes le permettrait d'un point de vue purement arithmétique¹². Par ailleurs les atteintes ne se cumulent pas nécessairement. Il y a lieu d'effectuer une pondération pour apprécier, globalement, la mesure dans laquelle l'intégrité est affectée¹³.

⁷ FREI, p. 40 ; FRÉSARD, p. 916, n. 235.

⁸ ATF 113 V 218, OVERNEY Alexis, « L'indemnité pour atteinte à l'intégrité selon la loi fédérale sur l'assurance-accidents et l'indemnité à titre de réparation morale », RFJ 1993, p. 239.

⁹ FRÉSARD, p. 916, n. 236.

¹⁰ Art. 1 de l'annexe 3 à l'OLAA.

¹¹ TF 25.09.2009, 8C_703/2008.

¹² Art. 36 al. 3 OLAA.

¹³ *Idem*.

Une fois que le médecin a déterminé le taux de l'atteinte à l'intégrité, le calcul de l'indemnité se fait très simplement. Il suffit d'appliquer ce taux au montant prévu à l'art. 22 OLAA, soit actuellement CHF 126 000. Ce montant correspond au gain maximum assuré, c'est-à-dire à la limite dans laquelle les prestations LAA en espèce sont servies (indemnités journalières, rentes d'invalidité, de veuf ou veuve et d'orphelin, allocation pour impotent). Il est fixé et réévalué par le Conseil fédéral de manière à ce que 92% à 96% des travailleurs assurés soient intégralement couverts¹⁴. Autrement dit, il est seulement influencé par le montant des salaires de la collectivité des assurés, c'est-à-dire par des considérations totalement étrangères à la fonction réparatrice que ce montant joue dans le cadre de l'IPAI. Ce mode de fixation de l'indemnité conduit à une tarification de la réparation. Par exemple, la perte d'une phalange du pouce, pour laquelle l'annexe 3 à l'OLAA prévoit une atteinte à l'intégrité de 5%, donne droit à une indemnité de CHF 6300 ($126\,000 \times 5\%$), celle d'un rein (20%) sera indemnisée CHF 25 200 ($126\,000 \times 20\%$) et une cécité totale (100%) conduira au montant maximum que l'indemnité peut atteindre, soit CHF 126 000 ($126\,000 \times 100\%$) à l'heure actuelle.

Il résulte de ce qui précède que l'atteinte à l'intégrité est indemnisée uniquement pour ce qu'elle est, et de manière abstraite. Il n'est pas tenu compte du revenu de la victime ou des conséquences qu'elle emporte sur sa personne. Ainsi, peu importe la manière variable selon laquelle elle est ressentie, et les implications plus ou moins importantes qu'elle a en fonction de la situation personnelle de l'assuré. Le passionné de guitare qui perd un doigt et doit mettre un terme à son activité mélomane recevra la même IPAI que le choriste frappé de la même atteinte qui, lui, pourra poursuivre son activité¹⁵. L'IPAI exerce donc sa fonction réparatrice dans le respect du principe de l'égalité de traitement inhérent au droit administratif, principe qui implique ce mode de calcul général et abstrait¹⁶.

2. *Méthode concrète pour le tort moral*

A l'opposé, le tort moral est déterminé de manière individuelle et concrète¹⁷. Comme il correspond aux souffrances physiques ou psychiques que ressent la victime à la suite d'une atteinte à sa personnalité, on s'intéresse moins à l'atteinte en tant que telle, qu'à ses conséquences sur le bien-être¹⁸. Partant, la

¹⁴ Art. 15 al. 3 LAA.

¹⁵ ATF 113 V 218.

¹⁶ TERCIER Pierre, « L'évolution récente de la réparation du tort moral dans la responsabilité civile et l'assurance-accidents », RSJ 1984, p. 53.

¹⁷ RUMO-JUNGO, p 162.

¹⁸ ATF 112 II 133 ; Pierre TERCIER, « La réparation du tort moral », p. 9 et 15.

réparation du tort moral est déterminée de cas en cas, selon la situation personnelle de l'intéressé et la manière dont il est concrètement impacté. Notre guitariste pourra ici faire valoir un tort moral bien supérieur à celui du choriste. Cette individualisation du tort moral tire sa source de l'essence même de la responsabilité civile : replacer la victime dans la situation qui serait personnellement la sienne sans l'atteinte dommageable.

B. L'objet de l'indemnisation

1. *L'atteinte à l'intégrité*

Selon l'art. 24 LAA, l'atteinte à l'intégrité est indemnisée si elle est importante et durable. De ces deux exigences, la première n'est guère contraignante. L'atteinte est en effet importante au sens de la LAA, dès qu'elle atteint le modeste taux de 5%¹⁹. Elle n'est en revanche durable que lorsqu'il est prévisible qu'elle subsistera avec au moins la même gravité pendant toute la vie²⁰. Il faut pratiquement qu'elle soit définitive ou, en tout cas, qu'une amélioration ne soit pas prévisible²¹.

La condition du caractère durable restreint sensiblement l'indemnisation. Prenons deux exemples pour l'illustrer. Les troubles psychogènes : la jurisprudence relève qu'ils sont par nature sujets à évolution, de sorte qu'il n'est en principe pas possible d'émettre le pronostic qu'ils subsisteront la vie durant. Du coup, la condition du caractère durable de l'atteinte fait défaut et l'indemnité ne peut pas être allouée. Il n'en va différemment que lorsqu'il est possible de poser de manière indiscutable un pronostic individuel à long terme qui exclut pratiquement pour toute la vie une guérison ou une amélioration, ce qui n'est en principe le cas que si l'atteinte psychique résulte d'un accident d'une gravité particulièrement marquée²². Autre exemple : les maladies professionnelles incurables qui réduisent sensiblement l'espérance de vie, tels les cancers dus à l'exposition à l'amiante. Pour ces maladies, le Tribunal fédéral infère du caractère durable de l'atteinte, l'exigence que l'assuré ait vécu au moins un an après la fin des soins curatifs²³. Cette condition n'étant, de fait, pratiquement jamais atteinte, l'indemnité n'est généralement pas due²⁴.

¹⁹ Ch. 1 de l'annexe 3 OLAA.

²⁰ Art. 36 OLAA.

²¹ RUMO-JUNGO, p. 160.

²² TF 29.09.2011, 8C_917/2010 ; ATF 124 V 209 ; FRÉSARD, p. 915, n. 231.

²³ ATF 133 V 224 ; contra : FREI, p. 58 ; Duc Jean-Louis, « Héritiers et indemnité pour atteinte à l'intégrité », PJA 2000, 8, p. 953 ; voir aussi TF 27.12.2001, U 372/99.

²⁴ Avis critique sur cette jurisprudence : ALLIOTTA Massimo / HUSMANN David, « Die Zuspprechung von Integritätsentschädigungen gemäss Unfallversicherungsgesetz bei durch verursachten Berufskrankheiten », RSAS 2008, p. 148.

Il n'est pas possible d'évoquer cette jurisprudence sans faire un aparté pour se demander si elle est encore compatible avec le texte de la loi ? Rappelons qu'est, en effet, durable l'atteinte dont « il est prévisible qu'elle subsistera avec au moins la même gravité pendant toute la vie » selon l'art. 36 OLAA. Or, l'essence même d'une maladie incurable et fatale n'est-elle pas de subsister avec « au moins la même gravité pendant toute la vie » ? Par ailleurs, le juge est-il libre de reporter d'un an le moment déterminant pour fixer le droit à l'IPAI quand la combinaison des art. 24 al. 2 LAA et 19 al. 1 LAA indique que « l'indemnité est fixée (...) dès qu'il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une amélioration sensible de l'état de l'assuré... », en d'autres termes à l'issue du traitement thérapeutique²⁵ ?

En fait, les motifs de l'arrêt enseignent que le Tribunal fédéral est guidé par le souci d'octroyer l'indemnité à l'assuré plutôt qu'à ses héritiers, afin qu'il puisse « retirer lui-même un bénéfice direct de l'indemnité en capital »²⁶. Ce souci est louable car il est vrai que la LAA réserve ses prestations à l'assuré (excepté les rentes de survivants) et n'accorde pas d'indemnisation morale aux proches d'un assuré défunt²⁷. Or, en cas de maladie incurable réduisant sensiblement l'espérance de vie, octroyer l'indemnité dès la fin du traitement thérapeutique pourrait conduire, pour reprendre les termes des juges fédéraux, à « introduire dans les faits un cas de dommage réfléchi par le versement de l'indemnité en faveur des proches du défunt ou de ses héritiers »²⁸. Cela étant, attendre que l'assuré survive un an après le début des soins palliatifs, ne conduit-il pas à lui accorder l'indemnité à un moment où son état de santé et le laps de temps qui le sépare de l'issue fatale de la maladie compromettent encore plus lourdement ses possibilités de retirer lui-même un bénéfice direct de ladite indemnité²⁹ ?

En lien avec le caractère durable que doit revêtir l'atteinte, le Tribunal fédéral a exprimé une restriction complémentaire en ce sens que l'IPAI compense seulement un préjudice futur, celui qui persistera une fois le traitement thérapeutique achevé. Les souffrances ou autres limitations subies avant l'achèvement de ce traitement ne sont pas prises en compte, et cela quelles qu'en aient été la durée, l'intensité ou l'importance³⁰.

²⁵ TF 23.12.2003, U 105/03.

²⁶ ATF 133 V 224 cons. 5.3.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem*. Il faut toutefois préciser ici que, même si elle est personnelle, l'IPAI ou plus exactement la créance en paiement de celle-ci (lorsque le droit est né) est transmissible pour cause de mort : TF 04.04.2002, U 327/00.

²⁹ La Suva a d'ailleurs modifié sa pratique depuis le 1^{er} juillet 2005. Elle est décrite dans l'ATF 133 V 224 cons. 6.

³⁰ ATF 133 V 224 cons. 5.1.

S'il va de soi que l'IPAI suppose un préjudice futur puisque l'atteinte doit être durable pour donner lieu à cette prestation, il nous paraît en revanche discutable qu'elle n'indemnise que le préjudice futur, à l'exclusion donc du préjudice passé. En effet, l'atteinte qui persistera la vie durant existe à la date de son évaluation, continuera par hypothèse à exister, mais a aussi existé avant ce jour-là. Or, on ne décèle nulle part dans la loi ou dans sa genèse qu'il faudrait limiter la fonction réparatrice de l'IPAI à la seule atteinte future. Par ailleurs, dès lors que l'indemnisation du doigt amputé, du rein perdu ou de la cécité – pour reprendre les exemples évoqués plus haut – est forfaitaire, quel est l'intérêt de considérer que l'indemnité ne répare que le préjudice futur, laissant ainsi sous-entendre que la réparation ne serait que partielle ?

2. *Le tort moral*

En responsabilité civile, c'est davantage la souffrance liée à l'atteinte qui est indemnisée, que l'atteinte en tant que telle. Il faut qu'elle soit d'une gravité particulière³¹. Cela est le cas lorsque l'atteinte est durable³². En cas de lésion corporelle le seuil de gravité semble toutefois assez relatif si l'on admet qu'il est comparable au degré de gravité requis pour l'IPAI (5%)³³. Exceptée cette condition de gravité, tout oppose la réparation morale du Code des obligations et celle de la LAA.

D'une part, le caractère durable de la souffrance n'est pas une condition d'indemnisation du tort moral. La souffrance est, en effet, indemnisée même si elle est passagère (par exemple une longue et pénible hospitalisation qui a permis une guérison sans séquelle)³⁴. D'autre part, l'indemnisation n'est pas forfaitaire, contrairement à ce qui se passe en matière d'IPAI. Le montant de la réparation est individualisé, calculé au cas par cas, en fonction des éléments concrets, spécialement de l'intensité et de la durée des souffrances. Il ne résulte pas de l'application abstraite de tables valables *erga omnes*. Le montant n'est, en outre, pas plafonné contrairement à ce qui se passe avec l'IPAI qui est limitée à la valeur du gain maximum assuré. Par ailleurs, les proches peuvent obtenir la réparation du tort moral qu'ils subissent par ricochet du fait du décès (47 CO) ou des souffrances endurées par l'un des leurs (ATF 123 III 204), ce qui n'est pas le cas en matière d'IPAI. Enfin, la réparation concerne toutes les souffrances, qu'elles soient passées, futures, ou les deux.

³¹ TF 4C.283/2005; TERCIER, « La réparation du tort moral », p. 22.

³² WERRO, *Commentaire romand*, art. 47, n. 2.

³³ GUYAZ, p. 16.

³⁴ *Idem*; ATF 133 V 224 cons. 5.1; TF 21.02.2001, 1A.235/2000.

III. Des indemnités parfaitement convergentes

Au regard des explications qui précèdent, un constat s'impose: IPAI et réparation du tort moral sont aux antipodes l'une de l'autre. S'arrêter à cette affirmation serait toutefois hâtif car il existe, en réalité, bien des interactions entre ces deux indemnités, tant sur l'objet de l'indemnisation (A), que sur la méthode de calcul de l'indemnité (B).

A. L'objet de l'indemnisation

1. Des indemnités de même nature

La loi crée un rattachement, plus encore une équivalence, entre IPAI et indemnité pour tort moral. L'art. 74 LPGa affirme, en effet, que ces prestations sont de même nature. Le Tribunal fédéral va même plus loin, précisant que l'IPAI «sert à compenser un préjudice immatériel (douleurs, souffrances, diminution de la joie de vivre, diminution des jouissances offertes par l'existence, etc.) qui perdure...»³⁵.

Cette dernière affirmation sème le doute. Pire, elle apparaît être en opposition frontale avec ce qui a été exposé dans la première partie de cette contribution où nous avons vu que l'IPAI était fixée de manière objective et abstraite, sans tenir compte des souffrances concrètes subies par l'assuré. Comment alors comprendre l'affirmation du Tribunal fédéral selon laquelle l'IPAI indemnise les souffrances de l'assuré? En fait, il faut y voir uniquement une définition du but assigné à l'indemnité. Tort moral et IPAI poursuivent le même objectif: celui de réparer, ou plutôt compenser une atteinte à la personnalité. Mais les voies empruntées pour y parvenir divergent. L'IPAI reste le prix abstrait d'une atteinte médicalement constatée, alors que le tort moral représente toujours l'estimation concrète des gênes et souffrances effectivement subies du fait de cette atteinte.

On peut alors se demander si l'IPAI et le tort moral ont effectivement la même nature, comme en dispose l'art. 74 LPGa, ou s'il faut nuancer cette affirmation. Certains considèrent que l'IPAI est une indemnité *sui generis* qui s'apparente à la réparation du tort moral³⁶. D'autres estiment qu'entre les deux institutions il y a similitude de fonctions, plutôt qu'identité de nature³⁷. Cette approche nous paraît juste. Les critères d'évaluation des deux indemni-

³⁵ *Idem.*

³⁶ GHÉLEW André / RAMELET Olivier / RITTER Jean-Baptiste, *Commentaire de la Loi sur l'assurance-accidents*, Lausanne 1992, p. 67.

³⁷ GUYAZ, p. 13.

tés sont trop opposés pour admettre qu'il y ait identité de nature. Par contre, le but poursuivi étant le même, la similitude de fonction doit être admise.

Partant du constat que la fonction de l'IPAI est d'indemniser les souffrances et que sa méthode d'évaluation est générale et abstraite, on doit pouvoir en déduire qu'à une atteinte à la santé donnée correspond une souffrance donnée, standardisée, valable pour tous et indemnisée de manière égalitaire par le droit des assurances sociales à travers l'IPAI. Le tort moral se distinguerait alors de l'IPAI en ce qu'il adapterait ce standard aux éléments concrets et spécifiques de la victime.

2. *L'articulation des indemnités*

A partir du moment où l'IPAI vise à réparer le tort moral, forcément va se poser la question de la coexistence, respectivement de l'articulation de ces deux indemnités. Il faut, en effet, rappeler que la responsabilité civile vise l'intégrale réparation; pas moins que le préjudice subi, mais pas plus non plus. La victime étant entièrement indemnisée de ses souffrances par le biais de l'indemnité pour tort moral, elle s'enrichirait si elle devait la cumuler avec l'IPAI, dès lors que ces deux indemnités réparent le même préjudice³⁸. Le mécanisme du recours subrogatoire pallie à cette difficulté. Une petite incursion dans ce domaine du droit s'impose.

Lorsqu'un assuré est victime d'un accident qui engage la responsabilité d'un tiers, l'assureur peut se retourner contre ce tiers responsable aux fins d'être remboursé des prestations qu'il sert à la victime. A cet effet, l'art. 72 LPGa prévoit qu'il est subrogé dans les droits de la victime³⁹. Cette subrogation intervient à concurrence des prestations qu'il lui verse, et pour autant qu'elles indemnisent un poste du préjudice. S'agissant de ce dernier point, l'art. 74 LPGa dresse un tableau de concordance⁴⁰ entre les prestations sociales et les postes du préjudice. C'est précisément dans ce cadre qu'il est prévu que l'IPAI et l'indemnité pour tort moral sont de « même nature ».

Concrètement les choses se passent en général de la manière suivante. La victime reçoit d'abord de l'assureur LAA les prestations légales, dont l'IPAI s'il y a lieu. Une fois connus tous les chefs de préjudice, elle va s'adresser au responsable et/ou à son assureur responsabilité civile et en demander réparation. S'agissant des postes de préjudice couverts par l'assureur social, elle ne pourra réclamer que la part non couverte par celui-ci car, du fait de la subrogation, elle a perdu ses droits sur cette partie du préjudice. Ainsi,

³⁸ OVERNEY Alexis, op. cit., p. 240.

³⁹ OVERNEY Alexis, op. cit., p. 241.

⁴⁰ Communément appelé fonctionnelle ou matérielle.

s'agissant du tort moral, la victime doit retrancher le montant de l'IPAI de sa réclamation contre le responsable⁴¹. Pour elle, l'IPAI se présente en fin de compte comme une avance (versée par l'assureur LAA) sur l'indemnité pour tort moral (due par le responsable). De son côté, l'assureur accidents est devenu créancier de ce montant par le biais de la subrogation. Du point de vue du débiteur de la réparation, cela signifie qu'il scinde sa dette liée au tort moral en deux. La part correspondant au montant de l'IPAI est versée à l'assureur LAA, l'autre part revient à la victime⁴².

B. Le calcul de l'indemnité pour tort moral

Le tort moral et l'IPAI poursuivent donc le même but mais en empruntant des voies divergentes; méthode d'évaluation concrète pour le premier, abstraite pour la seconde. Ces voies sont-elles vraiment totalement divergentes ou existe-t-il quelques points de convergence?

1. Un barème du tort moral?

Dans le message sur la LAA, le Conseil fédéral indiquait « nous éditerons des dispositions détaillées concernant le calcul de l'indemnité (pour atteinte à l'intégrité) en nous inspirant de la jurisprudence des tribunaux relative aux indemnités pour tort moral allouées en vertu du droit de la responsabilité »⁴³. En réalité, la réglementation de l'IPAI s'est faite sans référence aux règles applicables en matière de réparation du tort moral. Ce sont, au contraire, les difficultés à évaluer le tort moral qui ont conduit à quelques rapprochements de celui-ci avec l'IPAI.

En effet et comme nous l'avons vu, la réparation de l'atteinte à l'intégrité accordée par la LAA est tarifée. Il en découle une évidente simplicité pour déterminer le montant de l'indemnisation. A l'opposé, il est extrêmement difficile de chiffrer en monnaie sonnante et trébuchante le prix de la souffrance, car en réalité elle n'en a pas⁴⁴. Elle ne se monnaie pas. L'évaluer est donc une tâche impossible. Si l'on veut néanmoins s'y atteler, comment faut-il s'y prendre? Quels critères retenir, respectivement, comment éviter d'y intégrer sa propre sensibilité, laquelle peut conduire à des différences

⁴¹ L'indemnisation et le recours subrogatoire se font poste par poste, FRÉSARD-FELLAY Ghislaine, *Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur*, Fribourg 2007, n 1163 s.

⁴² Sous réserve du droit préférentiel de la victime.

⁴³ FF 1976 III 170 p. 195.

⁴⁴ TERCIER, « La réparation du tort moral », p. 4.

importantes voire arbitraires selon l'évaluateur ? Une solution serait d'établir une tarification du tort moral, à l'image de ce qui se pratique avec l'IPAI. Mais cette voie n'est pas admissible. Elle se heurterait, en effet, directement au concept même du droit de la responsabilité civile qui est de réparer le préjudice concrètement subi par la victime ; concept qui impose une évaluation individuelle du préjudice. Tarifier le tort moral est donc impossible d'un point de vue dogmatique⁴⁵.

Mais du point de vue pratique, la réponse n'est peut-être pas aussi catégorique. Evaluer ce qui n'est pas monnayable c'est prendre le risque d'accorder trop ou trop peu. Aussi, le Tribunal fédéral a immanquablement été amené à définir certaines limites pour éviter de tomber dans l'arbitraire⁴⁶. La pratique des tribunaux a également fourni d'utiles illustrations. A partir de là, des référentiels ont vu le jour⁴⁷. Ils constituent un précieux instrument pour les praticiens, car ils fournissent une échelle de valorisation du tort moral et permettent de réduire la part subjective de l'évaluation. Il ne s'agit pas de barèmes à proprement parler puisqu'ils fournissent des valeurs purement indicatives qu'il convient d'utiliser en ayant toujours le souci de les adapter aux spécificités du cas d'espèce qui doit être évalué. Mais à cette différence près, différence qui est toutefois conceptuellement déterminante, le tort moral semble ne pas échapper, en pratique, à une certaine tarification. Notons, en outre, que ces référentiels participent à la prévisibilité et à la sécurité du droit. Ils garantissent aussi une certaine égalité – subjective – de traitement entre les justiciables.

2. *Le tort moral évalué à partir de l'IPAI*

TERCIER a été le premier à avoir franchi le pas. En comparant les montants alloués de part et d'autre, il est arrivé à « la conclusion simpliste sans doute, mais finalement bien pratique, que le droit privé accorde en ce domaine des indemnités d'un montant double de celui qui a cours en droit des assurances sociales ». Cette formule, poursuivait-il « a pour elle l'avantage de la clarté et pourrait raccourcir bien des négociations »⁴⁸. Elle n'a toutefois pas été suivie par la jurisprudence, précisément car elle se heurte au sacro-saint principe de l'individualisation de préjudice civil qui commande de procéder à son évaluation au cas par cas, et empêche donc de recourir à une formule qui, en fin de compte, revient à instaurer un tarif.

⁴⁵ ATF 127 IV 215.

⁴⁶ ATF 123 III 306 cons. 9b.

⁴⁷ Hütte/Ducksch, Brehm, Keller, Tercier.

⁴⁸ TERCIER, « La réparation du tort moral », p. 23.

Une autre méthode a vu le jour sous l'impulsion d'un arrêt du Tribunal cantonal de Lucerne rendu en juin 1995⁴⁹. Il s'agit de la méthode d'évaluation du tort moral dite en « deux phases ». Dans la première phase, il y a lieu de s'intéresser à la gravité objective de l'atteinte, en tout cas lorsqu'est en cause une lésion corporelle, et de dégager un premier montant. Pour ce faire, il est possible de se référer aux tables de l'IPAI puisqu'elles sont précisément établies selon le critère de la gravité objective du déficit. Mieux encore, c'est directement le montant de l'IPAI qui est retenu, ce qui ne va d'ailleurs pas sans rappeler qu'à une atteinte donnée semble correspondre une souffrance donnée⁵⁰. Mais ce montant doit ensuite être adapté à la hausse ou à la baisse pour prendre en considération les éléments concrets du cas d'espèce. C'est l'objet de la deuxième phase. Parmi les éléments qui entrent en considération lors de cette pondération, citons notamment la gravité de la faute commise par le responsable, les circonstances particulièrement horribles de l'accident, les conséquences inhabituelles de l'atteinte à la santé ou encore l'âge de la victime⁵¹. Selon cette méthode, le tort moral est donc évalué en partant de l'IPAI, comme dans celle que proposait TERCIER, mais à la différence qu'il ne s'agit pas de lui appliquer un coefficient multiplicateur. Le Tribunal fédéral admet l'utilisation de cette méthode d'évaluation du tort moral, sous la réserve qu'au cours de la deuxième phase il y ait une véritable analyse de la situation concrète du cas d'espèce, et qu'ainsi l'IPAI utilisée au cours de la première phase ne soit rien d'autre que le point de départ du calcul⁵². C'est le respect de cette condition qui évite une tarification du tort moral et, partant, la sanction judiciaire. La question s'est posée de savoir si le montant du tort moral pouvait varier librement ou s'il y avait un rapport maximal avec l'IPAI qui devait être respecté? La jurisprudence s'est bien gardée de répondre à cette question. La pratique enseigne toutefois que l'on peut, apparemment, doubler le montant de base.

IV. Conclusion

Au terme de cette contribution il apparaît clairement que, par des voies différentes, la responsabilité civile d'un côté et les assurances sociales de l'autre, le préjudice extrapatrimonial de la personne atteinte dans sa chair est

⁴⁹ KOLLER Thomas, « Bemessung von Genugtuungsleistungen bei Körperverletzungen im Haftpflichtrecht: Sollen sich die Zivilgerichte an der Höhe der UVG-Integritätsentschädigung orientieren oder nicht? », RJB 1996, p. 682.

⁵⁰ Cf. *supra* p. 183.

⁵¹ GUYAZ, p. 34 s.

⁵² GUYAZ, p. 26 s.; ATF 132 II 117; TF 12.05.2006, 4C.55/2006; TF 06.03.2009, 6C_2/2008.

couvert. Certes, ces deux systèmes répondent à des logiques différentes. Le premier a pour but de réparer aussi justement que possible le préjudice en le faisant supporter au responsable. Le deuxième ne vise pas une réparation parfaite mais plutôt une certaine couverture de l'atteinte, qui est prise en charge par la collectivité. Ils obéissent à des règles de fixation totalement antagonistes. Cela étant, c'est la même situation qui est appréhendée, celle des souffrances subies par l'individu dans sa personnalité. Il découle de cette réalité des liens étroits entre les deux systèmes d'indemnisations, et d'indispensables règles de coordination lorsqu'ils sont tous deux sollicités. Ainsi, ces systèmes qui apparaissent à première vue orientés l'un contre l'autre, se révèlent être, au contraire, l'un « tout contre » l'autre. Mais n'est-ce pas justement caractéristique des prestations sociales versées en cas d'accident ?

V. Bibliographie

- ALLIOTTA Massimo / HUSMANN David, «Die Zusprechung von Integritätsentschädigungen gemäss Unfallversicherungsgesetz bei durch verursachten Berufskrankheiten», in : *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle*, RSAS, 2008, p. 148.
- BREHM Roland, Berner Kommentar, Vol. VI/1/3/1, *Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41-61 OR, Berne 2006.
- DUC Jean-Louis, «Héritiers et indemnité pour atteinte à l'intégrité», in : *Pratique juridique actuelle (PJA)*, 2000, 8, p. 953.
- FREI Thomas, *Die Integritätsentschädigung nach Art. 24 und 25 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung*, Fribourg 1988 (cité : FREI).
- FRÉSARD Jean-Maurice / MOSER-SZELESS Margit, «L'assurance-accidents obligatoire», in : *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, vol. XIV, 2^e éd., Bâle, Genève, Munich 2007 (cité : FRÉSARD).
- FRÉSARD-FELLAY Ghislaine, *Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur*, Fribourg 2007.
- GHÉLEW André / RAMELET Olivier / RITTER Jean-Baptiste, «Commentaire de la Loi sur l'assurance-accidents», Lausanne 1992.
- GUYAZ Alexandre, «L'indemnisation du tort moral en cas d'accident», *Se-maine judiciaire (SJ)*, 2003 II p. 1 (cité : GUYAZ).

- JOST Fernand, «L'indemnisation de l'atteinte à l'intégrité en matière d'assurance militaire», in: *Aspects de la sécurité sociale (ASS)*, 1987, 2, p. 16.
- KOLLER Thomas, «Bemessung von Genugtuungsleistungen bei Körperverletzungen im Haftpflichtrecht: Sollen sich die Zivilgerichte an der Höhe der UVG-Integritätsentschädigung orientieren oder nicht?», *Revue de la société des juristes bernois (RJB)*, 1996, p. 682.
- OVERNEY Alexis, «L'indemnité pour atteinte à l'intégrité selon la loi fédérale sur l'assurance-accidents et l'indemnité à titre de réparation morale», in: *Revue fribourgeoise de jurisprudence (RFJ)*, 1993, p. 239.
- RUMO-JUNGO Alexandra / HOLZER André Pierre, «Bundesgesetz über die Unfallversicherung», 4^e éd., Zurich Bâle, Genève 2012.
- TERCIER Pierre, «La réparation du tort moral», in: *Journées du droit de la circulation routière*, Fribourg 1988, p. 1 (cité: TERCIER, «La réparation du tort moral»).
- TERCIER Pierre, «L'évolution récente de la réparation du tort moral dans la responsabilité civile et l'assurance-accidents», in: *Revue suisse de jurisprudence (RSJ)*, 1984, p. 53.
- WERRO Franz, *Code des obligations I*, Bâle 2012 (cité: WERRO, Commentaire romand).

Conclusions

Les extensions timides du tort moral

BENEDICT WINIGER*

Il est difficile de nouer la gerbe de cette journée riche en informations et en idées. Je me limiterai donc à relever quelques points qui m'ont frappé dans les différentes conférences pour aborder finalement un problème que nous devons impérativement résoudre à l'avenir.

Le fleuve du tort moral est décidément long – comme Christine Chappuis le dit – n'oublions pas que déjà Platon en avait discuté. Mais ce fleuve n'est pas si tranquille. Ces dernières années, il a en effet connu quelques tourbillons, sans que l'on puisse parler pour autant de turbulences. La comparaison des textes légaux que Christine Chappuis nous soumet montre une évolution significative. Lors de la révision du 16 décembre 1986, la notion de faute est abandonnée dans l'art. 49 CO. Une décennie plus tard, la révision de la LAVI du 23 mars 2007 apporte également une modification importante : ce ne sont plus seulement les victimes, mais aussi leurs proches qui ont droit à une réparation (art. 22). Les deux modifications vont dans le sens d'une meilleure protection de la victime. Elles semblent indiquer une lente, mais constante évolution vers une extension de la protection des personnes touchées par un tort moral.

Cette tendance d'élargissement se vérifie dans la jurisprudence, qui a procédé, à propos de l'art. 47 CO, à une extension de la notion de famille. Techniquement, cette extension s'est faite à partir du texte allemand de l'art. 47 CO, qui ne parle pas de la famille, mais des « *Angehörige* », c'est-à-dire des proches. Dorénavant, les proches ont aussi droit à une réparation morale. Cette extension permet de tenir compte notamment des intérêts du partenaire qui vit en concubinage avec la victime. Il s'agit là sans doute d'une adaptation au mode de vie contemporain, où les familles sont moins officialisées et stables et où la moitié des mariages sont suivis d'un divorce.

Pour les montants, il est frappant à quel point le Tribunal fédéral répète que la fixation du *quantum* est une question d'équité (*Billigkeit*) qui laisse au juge une considérable marge d'appréciation – et qui met naturellement l'avocat devant le dilemme entre le trop et le trop peu. La méthode adoptée dans

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

l'ATF 6B_544/2010 c. 3.1 (abus sexuels sur mineurs) part d'un montant de base plus ou moins fixe avec, dans une deuxième phase de calcul, une estimation selon les particularités de cas d'espèce.

Lukas Heckendorn nous montre les origines – romaines et en partie germaniques – de notre responsabilité civile. C'est surtout la *lex Aquilia* du III^e siècle avant notre ère qui a introduit de manière conséquente le principe de réparation. Cependant, le tort moral est réglé dans une législation spéciale, ladite *actio iniuriarum*, l'action pour injures. Des traces antérieures très intéressantes se trouvent par ailleurs dans la philosophie du droit grecque, où Platon avait déjà discuté¹ le dommage esthétique qui est une forme de tort moral.

Le tort moral prend réellement de l'importance avec les grandes codifications et surtout avec le code civil autrichien de 1811. En effet, on y règle déjà la défiguration de la victime (§ 1326 ABGB).

La comparaison entre 19 pays européens montre que, par exemple pour des brûlures, mais aussi pour des lésions d'une jambe ou des affections quadriplégiques, les taux de dédommagement vont de 1 à 19. Cette énorme différence est difficile à expliquer.

On serait tenté de voir dans ces différences l'expression de particularités culturelles. Mais on ne voit pas vraiment de régularité dans les divergences : par exemple entre la Finlande et la Suède qui sont culturellement proches, il y a des grandes différences pour les brûlures (1:2), mais seulement de petits écarts pour les blessures aux jambes et la quadriplégie. A l'intérieur de chaque pays on voit souvent une certaine cohérence, qui laisserait entendre qu'il y aurait des pays plus généreux que d'autres en matière de tort moral. Cependant, là non plus, on ne distingue pas toujours de la cohérence. Ainsi, en France, le rapport entre brûlures et blessures aux jambes est de 2,5:1.

Franz Werro pose la question de savoir si la violation d'un contrat peut donner lieu à une indemnité pour tort moral ; et plus précisément, si un tort moral serait reconnu même en dehors d'un acte illicite. Jurisprudence et doctrine tendraient à dire que la violation du contrat devrait en même temps être un acte illicite, en l'occurrence une atteinte à un droit absolu de la victime.

Toutefois, Franz Werro observe un élargissement de la notion de tort moral. Il voit émerger une nouvelle catégorie qu'il appelle le « petit » tort moral. Celui-ci se trouverait premièrement dans le nouvel art. 42 al. 3 CO, qui tient compte de la valeur affective de l'animal et deuxièmement dans le préjudice pour vacances gâchées (art. 16 LVF²).

¹ Platon, Les Lois IX, 878b/c.

² RS 944.3.

Ce «petit» frère aurait essentiellement trois particularités: (i) l'atteinte à la personne n'aurait pas besoin d'être grave (au sens de l'art. 49 CO); (ii) l'atteinte devrait être illicite; (iii) il ne s'agirait cependant pas nécessairement d'une atteinte à un droit absolu; une violation d'un devoir de diligence suffirait. La thèse de Franz Werro confirme la tendance générale que nous avons mentionnée au début: La protection de la personne est en train de s'accroître et de s'étendre.

L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral montre une large palette de contrats potentiellement concernés par la question du tort moral basé sur un contrat: contrat d'entreprise (Radio-Genève 1952); contrat de mandat (Véronèse 1961); contrat de travail (Grand-Théâtre de Genève 1989). Mais aussi le commerce maritime et la concurrence déloyale (art. 9 LCD³) pourraient être concernés. A l'étranger, notamment la jurisprudence anglaise admet en principe le tort moral sur la base d'un contrat.

Sur le plan européen, l'arrêt Leitner de 2002 de la Cour de Justice des Communautés européennes⁴ a eu un impact concret sur les responsabilités de l'organisateur de voyages en Europe. Celui-ci répond désormais des vacances gâchées imputables à son organisation. En Suisse aussi, le contrat de voyage à forfait devrait, selon Franz Werro, couvrir le «petit» tort moral des vacances gâchées.

Stéphane Werly montre l'importance croissante des atteintes à la personnalité par voie de presse, consécutivement à la présence toujours plus intense des médias parlés et imprimés ou diffusés par internet. L'utilisation croissante de l'image y contribue également. La jurisprudence s'est par conséquent diversifiée et nuancée pour garantir une protection de la personnalité dans tous ses aspects et selon les différents degrés d'atteintes.

Stéphane Werly distingue quatre grands domaines de protection: l'honneur, la vie privée, l'image et, finalement, les biens visés dans la loi sur la concurrence déloyale et les droits des artistes.

Pour montrer à quel point la jurisprudence s'est nuancée, relevons ici en particulier la protection de l'honneur. Les exemples cités montrent que la jurisprudence est devenue plutôt chatouilleuse. Ainsi, elle condamne des propos que l'on peut entendre et lire quotidiennement, tels que le reproche adressé à une personne d'avoir exercé son rôle de père comme un «taliban», à «un artiste-peintre qu'il a «un siècle de retard», à un ecclésiastique qu'il a «peu de foi», à un gérant d'immeuble qu'il «ne fait pas son travail», ou encore à une personnalité qu'elle n'a «pas d'éducation».

³ RS 241.

⁴ CJUE, aff., C-168/00, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Rec. 2002, I-02631.

A la lumière de cette jurisprudence on pourrait d'ailleurs se demander, si le titre d'une manchette de journal à propos de la Cour des Comptes de Genève: «17 000 francs par mois et il font les clowns» tomberait sous l'art. 49 CO⁵. Sans parler des commentaires de lecteurs sur le site du même journal, qualifiant le tabloïde de «torchon poubelle» et ses journalistes d'un «ramassis de ratés débiles»⁶. Il est frappant de voir à quel point le langage quotidien parlé et écrit va au-delà de ce que la jurisprudence tolérerait.

Mais relevons aussi quelques particularités concernant la protection de la vie privée, où il faut distinguer entre différentes sphères de la personnalité: la sphère intime (la vie sexuelle, affective etc) qui bénéficie probablement de la protection la plus forte, la sphère privée (l'habitat, les rapports sociaux etc.) qui est moyennement protégée et finalement la sphère publique qui est la moins protégée des trois. Publier des photos de la vie intime est bien sûr beaucoup plus problématique que de publier des photos prises d'une personne en public. Il s'agit là en quelque sorte de différents cercles de la personnalité qui touchent l'individu de manière plus ou moins forte. De même, il faut distinguer entre les statuts des personnes. Ainsi un personnage public (politicien etc.) bénéficiera d'une protection moindre lorsqu'il est en public qu'une personne privée.

Rappelons en passant que, pour obtenir réparation, il faut un tort moral, un rapport de causalité entre l'acte et le tort, illicéité et faute. Quant au tort, l'atteinte doit être grave, à la fois tant sur le plan objectif que subjectif.

Quant à l'évaluation de la réparation, doctrine et jurisprudence ont notamment développé de nouveaux critères pour fixer le dédommagement. Récemment, le TF en a souligné deux: premièrement la *durée* d'une atteinte. En l'occurrence, il tint compte du fait que le contenu d'un site internet était accessible pendant une durée de deux mois. Il ajouta comme deuxième critère la *répétition* de l'atteinte, en se demandant s'il s'agissait d'une atteinte unique ou de plusieurs atteintes successives, par exemple parce que les médias avaient repris le contenu incriminé. Ces deux critères, initialement proposés par la doctrine et adoptés finalement par la jurisprudence, paraissent raisonnables. Toutefois, ils ne sont rien d'autre que des critères d'évaluation de la gravité de l'atteinte, auxquels il faut évidemment ajouter d'autres facteurs, tels la virulence objective de l'attaque et les circonstances particulières de la victime.

Yvan Jeanneret analyse les dispositions du (nouveau) Code de procédure pénale et plus particulièrement les art. 429 et 436 CPP. La réforme tend à une pleine réparation du dommage subi par une procédure pénale injustifiée. Ce

⁵ Manchette du MATIN du 26 octobre 2012.

⁶ <http://voix.blog.tdg.ch/archive/2012/10/26/le-matin-clown-triste.html>.

principe posé, on pourrait regretter, semble-t-il, le désamour que le législateur manifeste à l'égard des détails de la procédure d'indemnisation.

Si le prévenu est entièrement ou partiellement acquitté, le législateur a retenu à l'art. 429 CPP deux chefs d'*indemnité* et un chef de *réparation du tort moral*: des indemnités pour les *dépenses* occasionnées pour la défense et pour le *dommage économique* subi ainsi que des allocations à titre de *tort moral* pour l'atteinte injustifiée à la personnalité du prévenu. Le cas de figure mentionné ici spécialement est la privation de liberté injustifiée. Cela signifie que la personne détenue à tort peut faire valoir non seulement les frais de défense (sauf celles d'une défense d'office) et les dommages économiques, notamment les pertes de gain, mais également une réparation pour les désagréments subis; à teneur du texte, le simple fait d'avoir été privé de sa liberté est en soi une atteinte très grave justifiant une réparation du tort moral.

L'erreur judiciaire de l'art. 436 al. 4 CPP vise le cas où le prévenu a obtenu dans une révision une diminution de la peine ou, *a fortiori*, l'acquittement. Sont alors dues: (i) une juste indemnité pour les *dépenses occasionnées* par la procédure de révision; (ii) la réparation du *tort moral* de même que du préjudice économique subi, bien qu'il ne soit pas mentionné à l'art. 434 al. 4 CPC.

Odile Pelet analyse le tort moral ensuite de lésions corporelles. Selon l'art. 47 CO, le juge fixe l'indemnité en tenant compte des circonstances particulières du cas d'espèce. Que faut-il entendre par «circonstances particulières»? Il peut s'agir notamment de douleurs particulières, physiques, psychiques ou morales de la victime, mais aussi de douleurs des survivants qui ressentent de manière particulièrement vive la mort de la victime (primaire). Dans ce cas, il faut que la douleur soit particulièrement grave.

A partir de cette règle générale, on peut aborder des cas particuliers comme la question problématique de la victime qui n'est pas en mesure de ressentir la douleur. Selon le Tribunal fédéral, le fait qu'une personne se trouve dans un état comatique, n'empêche pas qu'elle puisse obtenir une somme à titre de tort moral. La personne est touchée dans sa personnalité, même si elle ne ressent pas son affection. On peut distinguer ici entre une atteinte au sens objectif et subjectif; l'atteinte objective serait celle que l'on peut percevoir ou supposer de l'extérieur, alors que l'atteinte subjective serait celle qui est ressentie seulement par la victime (*subjektive, täterbezogene Faktoren*, ATF 132 II 117 c. 2.4.3). Soulignons que la lettre de l'art. 47 CO offre de la place pour les deux types d'atteinte.

La distinction entre atteinte objective et subjective a d'ailleurs une influence sur le calcul de la réparation, qui est divisé en deux parties: dans une *première phase*, le juge retient objectivement un montant correspondant à la lésion; dans la *deuxième phase*, il tient compte des particularités du cas d'espèce

(fondement de la responsabilité, faute, situation individuelle de la victime). C'est dans cette deuxième phase que l'aspect subjectif de la victime peut exercer une influence⁷.

Mais d'autres questions délicates se posent, notamment celle de l'atteinte à la *santé psychique* et la *crainte de lésions*, deux formes de torts discutés d'ailleurs depuis l'Antiquité. Prise à la lettre, la formulation de l'art. 47 CO poserait des problèmes pour les deux types de dommages – l'atteinte à la santé psychique et la crainte de lésions – parce qu'il exige une lésion corporelle. Néanmoins, la jurisprudence admet que les chocs psychiques consécutifs à des accidents donnent droit à une réparation morale, à condition que l'affection soit suffisamment importante et qu'elle soit durable⁸. En revanche, des craintes (p. ex. celle d'avoir été contaminé par une maladie) ne donnent pas lieu à réparation, à moins d'être particulièrement graves, telle une crainte prolongée de la mort (*Todesangst*). Quant au préjudice esthétique, il joue depuis longtemps un rôle dans la jurisprudence suisse. Cela est surtout vrai par rapport aux enfants défigurés par des accidents pour lesquels le TF a admis que des dommages esthétiques peuvent compromettre leur développement et leur avenir. Par conséquent, une réparation morale est en principe possible.

Lionel Le Tendre termine la journée avec une analyse de l'atteinte à l'intégrité en droit des assurances sociales⁹. Il définit d'abord l'*atteinte à l'intégrité* comme « tout déficit qui affecte la personne humaine dans sa santé », la santé étant prise dans un sens large et comprenant les atteintes organiques, fonctionnelles, psychiques, sensorielles etc. Par ailleurs, l'atteinte doit être *importante* et *durable*.

Une atteinte est *importante*, lorsqu'elle est de 5% au moins. Ce taux relativement bas dénote l'intention de protéger la victime de manière efficace. Elle est *durable*, si elle dure toute la vie. Le contraste est saisissant. Si le taux de 5% peut paraître relativement bas, la durée requise est extrêmement longue. Pourquoi une durée de 10 ans par exemple ne serait-elle pas suffisante ?

A la différence de l'évaluation en droit civil et dans la LAVI¹⁰, qui se fait sur mesure, on ne tient pas compte en matière d'*assurances sociales*, dans le calcul de l'indemnité, des particularités du cas d'espèce. On leur applique des tableaux de dommages. Notons par ailleurs que, pour la LAVI, la réparation morale a un caractère subsidiaire (art. 4 LAVI).

Il faut surtout relever ici la différence entre l'indemnité pour atteinte à l'intégrité basée sur l'art. 36 de l'Ordonnance de la Loi sur l'Assurance Ac-

⁷ ATF 132 II 117 120 c. 2, 2, 3.

⁸ P. ex. ATF 124 V 29.

⁹ Voir notamment la Loi fédérale sur la partie générale des droits des assurances sociales (LPGA), RS 830.1.

¹⁰ RS 312.5.

cident (OLAA¹¹) et le tort moral basé sur les art. 47 et 49 CO. Ces derniers tiennent compte des souffrances physiques etc de la victime. On applique une méthode concrète d'évaluation du tort subi. Autrement dit, le calcul tient compte des particularités du cas d'espèce.

Il en va tout différemment de l'Ordonnance (OLAA), qui applique une méthode abstraite basée sur la lésion subie. Pour illustrer cette différence, on peut donner l'exemple du musicien qui perd un doigt. Selon les art. 47 et 49 CO, on tiendra compte du tort subjectif et du fait que la victime a besoin de tous ses doigts. Ainsi, un guitariste recevrait plus qu'un choriste. En revanche, sous l'OLAA on tiendrait simplement compte du fait que la victime a perdu un doigt, sans se demander, quelle importance ce doigt pouvait avoir pour la victime. En conséquence, le tort du guitariste serait évalué selon la OLAA de la même façon que celui du choriste. Concrètement, le calcul selon la LAA suit une tarification – des barèmes – fixée à l'avance.

Quel rapport entre l'indemnité pour atteinte à l'intégrité (versée en application de l' art. 36 OLAA) et le tort moral (versé en vertu des art. 47 et 49 CO)? L'assureur verse à la victime l'IPAI¹², qu'il récupère auprès de l'auteur du dommage en vertu de son droit de subrogation.

Finalement, quelles sont les perspectives pour une évolution future du droit de la responsabilité? Un des grands problèmes à résoudre concerne la prescription. Pour l'instant, les délais sont de 1 an (délai relatif) à partir du moment, où le dommage et l'auteur sont connus et de 10 ans à partir du fait dommageable (délai absolu).

L'avant-projet de révision du Code des obligations¹³ prévoit à l'art. 129 un délai de prescription absolu de 10 ans dès l'exigibilité de la créance, (c'est-à-dire dès que le fait dommageable s'est produit).

L'art. 130, qui nous intéresse ici plus particulièrement, prévoit, en matière de lésions corporelles, un délai de prescription de 30 ans. Cette prolongation à 30 ans serait en principe hautement souhaitable. Il y a en effet un certain nombre de maladies, liées par exemple à l'amiante, qui se déclarent bien des décennies après que la personne eut contact avec cette substance dangereuse.

En revanche, ce qui pose problème, c'est le moment de départ de ce délai (*dies a quo*). Selon l'art. 130, le délai court à compter du jour où ce fait dommageable s'est produit. Dans le cas d'une maladie liée à l'amiante, le point

¹¹ RS 832.202.

¹² IPAI: Indemnité pour atteinte à l'intégrité; cf OLAA art. 36.

¹³ Avant-projet: www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vorentw-f.pdf.

Rapport relatif à l'avant-projet (août 2011): www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vn-ber-f.pdf.

de départ du délai serait le moment où la victime est entrée en contact avec l'amiante. Si la maladie se déclare par exemple 35 ans après le contact avec l'amiante, la victime n'est plus couverte. Cela n'est pas satisfaisant. Il serait donc préférable de prendre comme point de départ le moment où la maladie est connue. Dans ce cas, toutefois, on n'aurait pas besoin d'un délai aussi long. Sur ce point, la variante 2 des art. 129 et 130 n'est d'ailleurs pas plus satisfaisante.

Finalement et de manière générale, nous pouvons observer une tendance à une meilleure protection de la victime de torts moraux. Le législateur et la jurisprudence donnent des signes clairs d'extension de la protection. Cependant, aussi bien le législateur que nos juges sont très soucieux de ne pas laisser déborder la responsabilité civile et veillent à ce que toute extension reste très mesuré. Le conseil peut donc tenir compte dans sa plaidoirie de l'élargissement progressif du tort moral, mais sans perdre de vue que le juge peut à tout instant se montrer restrictif.

Derniers ouvrages parus



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / 2013
Winiger, Bénédict (éd.)

Le tort moral en question

Chappuis, Christine / 2011
Winiger, Bénédict (éd.)

La preuve en droit de la responsabilité civile

(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / 2009
Winiger, Bénédict (éd.)

La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel

(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger Bénédict 2009

La responsabilité aquilienne au 19^e siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Winiger, Bénédict (éd.) 2008

La responsabilité civile européenne de demain / Europäisches Haftungsrecht morgen

Projets de revision nationaux et principes européens / Nationale Revisionsentwürfe und europäische Haftungsprinzipien.

Colloque international à l'Université de Genève

Thèses Collection générale

Sigrist, Alexandra 2013

Les pouvoirs de la police:
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012

Confiscation internationale:
instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012

L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011

L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011

Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrian 2010

Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010
Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

François Bellanger/
Jacques de Werra (éd.) 2012
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion
du Congrès 2012

Foëx, Bénédicte / Jeandin, Nicolas (éd.) 2011
Le Code de procédure civile
Aspects choisis

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

Trigo Trindade Rita / Peter Henry /
Bovet Christian (éd.) 2009

Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Marchand Sylvain 2012
Droit de la consommation

Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.) 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

Baddeley, Margareta / 2009
Foëx, Bénédicte (éd.)
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François / 2008
Chappuis, Christine
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit et Histoire

Dufour, Alfred / Quastana, François / Monnier, Victor (éd.) 2013

Rousseau, le droit et l'histoire des institutions
Actes du colloque international pour le tricentenaire de la naissance de Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) organisé à Genève, les 12, 13 et 14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (éd.) 2011

La Savoie, ses relations avec Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion du 150^e anniversaire de l'Annexion de la Savoie à la France organisées à Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Hottelier, Michel (éd.) 2010

Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013

Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012

Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012

La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011

Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de propriété

Droit international

Ludwiczka, Maria 2013

La délégation internationale de la compétence pénale

Petry, Roswitha 2013

La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations

Redalié, Lorenzo 2013

La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques: un défi au droit humanitaire

Tran, Laurent 2013

Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes

Daboné, Zakaria 2012

Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques

Lessène, Ghislain Patrick 2012

Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention
L'exemple de l'Afrique subsaharienne francophone

Michalak, Katarzyna 2012

La protection du handicapé mental
en droit de la sécurité sociale
Etude de droit international et comparé
(droit européen, polonais et suisse)

Zouré, Théophile Noël 2012

Le commerce des produits agricoles dans
le droit de l'OMC

Le tort moral, notion centrale de l'ordre juridique suisse, est soumis dans notre société à des modifications insidieuses. Le propos du présent volume est de retracer cette évolution dans la loi, la doctrine et la jurisprudence. Après une présentation générale et une analyse historique et comparée, les orateurs de la Journée de la responsabilité civile 2012 ont abordé des problématiques particulières, tel le rapport entre le tort moral et la violation du contrat, mais aussi les questions brûlantes autour de la violation des droits de la personnalité par la voie de la presse. Il fallait également soumettre à examen le nouveau Code de procédure pénale, qui contient des dispositions protectrices de la personne poursuivie à tort. Deux exposés sont dédiés aux prétentions de la victime d'une atteinte à l'intégrité corporelle : indemnité pour tort moral en droit civil, pour atteinte à l'intégrité en droit des assurances sociales.

ISBN 978-3-7255-6911-3



www.schulthess.com