

Franz Werro / Pascal Pichonnaz
Editeurs

Colloque du droit de la responsabilité civile 2022
Université de Fribourg

**La responsabilité civile en arrêts et
une nouveauté législative de taille**



Stämpfli Editions

Le présent ouvrage fait suite au colloque du droit de la responsabilité civile qui a eu lieu à Fribourg le 7 avril 2022 sous la direction de Franz Werro, Pascal Pichonnaz et Christine Chappuis. Il réunit les contributions présentées qui avaient pour objet des arrêts du Tribunal fédéral en responsabilité civile et une nouveauté dans la loi du contrat d'assurance qu'il faut connaître. L'analyse des arrêts choisis met en évidence des aspects fondamentaux du dommage, du tort moral, du préjudice ménager et du devoir de le diminuer, comme de la causalité et de la responsabilité pour la confiance déçue. Elle en fait de même avec la responsabilité du fabricant et la preuve du défaut, celle pour le blanchiment d'argent et pour l'émission d'un produit financier. La nouveauté législative de taille porte sur l'action directe contre l'assureur RC. L'analyse offre la première présentation des questions de grande importance pratique en cette matière.

Colloque
du droit de la responsabilité civile 2022
Université de Fribourg

**La responsabilité civile en arrêts et
une nouveauté législative de taille**

Benoît Chappuis
Christine Chappuis
Sandrine Giroud
Béatrice Graf-Hurni
Alexandre Guyaz
Célian Hirsch
Nicolas Kuonen
Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui
Pascal Pichonnaz
Anton Vallélian
Franz Werro

Sous la direction de
Franz Werro, Pascal Pichonnaz et
Christine Chappuis



Stämpfli Editions

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

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, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2022

www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-5378-2

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

Print ISBN 978-3-7272-6800-7

printed in
switzerland



Avant-propos

Le présent ouvrage fait suite au Colloque du droit de la responsabilité civile qui a eu lieu à Fribourg le 7 avril 2022 sous la direction de Franz Werro, Pascal Pichonnaz et Christine Chappuis. Il réunit les contributions présentées qui avaient pour objet des arrêts du Tribunal fédéral en responsabilité civile et une nouveauté dans la loi du contrat d'assurance qu'il faut connaître.

L'analyse des arrêts choisis met en évidence des aspects fondamentaux du dommage, du tort moral, du préjudice ménager et du devoir de le diminuer, comme de la causalité et de la responsabilité pour la confiance déçue. Elle en fait de même avec la responsabilité du fabricant et la preuve du défaut, celle pour le blanchiment d'argent et pour l'émission d'un produit financier.

La nouveauté législative de taille porte sur l'action directe contre l'assureur RC. L'analyse offre la première présentation des questions de grande importance pratique en cette matière.

Nous espérons que ce livre répondra aux attentes de nos lectrices et de nos lecteurs. Nous remercions vivement nos collègues pour les conférences présentées lors du colloque et pour les textes qu'ils ont rédigés pour le présent volume.

Nos remerciements vont aussi aux assistantes et assistants des chaires de droit des obligations de Fribourg et tout particulièrement à Milena Hendriks et Nathan Matantu, MLaw, pour l'aide qu'ils nous ont apportée dans la mise au point du livre.

Juin 2022

Franz Werro, Pascal Pichonnaz et
Christine Chappuis

Sommaire

Avant-propos	V
Tables des matières.....	IX
Tables des abréviations.....	XVII

Benoît Chappuis

Les atteintes portées à des arbres en tant que dommage réparable (ATF 127 III 73 et 129 III 331)	1
---	---

Béatrice Graf-Hurni

Une entreprise peut-elle souffrir ? L'indemnisation du tort moral des personnes morales (ATF 138 III 337).....	15
---	----

Pascal Pichonnaz

L'époux, le ménage et l'obligation de diminuer le dommage (ATF 127 III 403)	39
--	----

Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui

Responsabilité environnementale et causalité – L'enseignement des abricots valaisans.....	61
--	----

Nicolas Kuonen

La responsabilité précontractuelle et le lutteur déçu (ATF 121 III 350)	91
---	----

Christine Chappuis

La cafetière perdue ou la preuve en responsabilité civile (ATF 133 III 81 et 137 III 226)	123
--	-----

Franz Werro

La mangeoire et le fabricant : la pluralité des fondements de la RC produits (art. 55 CO et 4 LRFP) et le concours de responsabilités à l'aune du droit européen	139
--	-----

Sandrine Giroud/Anton Vallélian

La responsabilité civile des intermédiaires financiers pour blanchiment d'argent : du mythe à la réalité ? (ATF 129 IV 322 et ACJC/1202/2020)	175
--	-----

Célian Hirsch

Et le prospectus causa un dommage : Notre analyse critique d'une situation ambiguë.....201

Alexandre Guyaz

L'action directe de la victime contre l'assureur RC227

Table des matières

Les atteintes portées à des arbres en tant que dommage réparable (ATF 127 III 73 et 129 III 331)

BENOÎT CHAPPUIS

Introduction	2
I. Les deux arrêts et leur problématique juridique	3
A. Les conséquences juridiques du principe de l'accessoriété	3
B. Les limites élargies du patrimoine	5
II. Appréciation critique	5
A. Les différents éléments jurisprudentiels à prendre en considération	5
B. La valeur patrimoniale de l'intérêt affectif	6
III. Le jugement de valeur sous-jacent	8
Bibliographie	11

Une entreprise peut-elle souffrir ? L'indemnisation du tort moral des personnes morales (ATF 138 III 337)

BÉATRICE GRAF-HURNI

Introduction	16
I. L'arrêt du Tribunal fédéral	16
A. Les faits	16
B. La solution du Tribunal fédéral	17
II. Une analyse	19
A. Le principe de la réparation du tort moral subi par une personne morale	19
1. Le tort moral causé par une atteinte illicite à la personnalité ..	19
2. La personne morale comme sujet du droit à la réparation	21
a) L'argument tiré de la théorie de la réalité	22
b) Les arguments tendant à une application effective et conforme au sentiment de justice de l'art. 49 CO	23
c) Les exigences du droit international	25

d) L'indemnisation des organes	26
e) L'application aux autres personnes morales	27
3. Les limites de la réparation	28
B. La fixation de l'indemnité	30
1. Les critères objectifs	31
2. Les critères subjectifs	32
Conclusion	34
Bibliographie	36

L'époux, le ménage et l'obligation de diminuer le dommage (ATF 127 III 403)

PASCAL PICHONNAZ

Introduction	40
I. Les principes dégagés de l'ATF 127 III 403	41
II. Trois manières de compenser le préjudice ménager	43
III. Le calcul abstrait et le devoir de diminuer le dommage	44
A. Les efforts plus importants de la victime et des proches	45
B. Une nouvelle répartition des tâches	47
C. Un excursus autour de la perte de gain temporaire	48
IV. Une évolution positive ?	50
A. Le calcul du préjudice ménager passé ou futur	50
B. L'impact de l'âge des enfants	52
C. Le taux horaire à appliquer	52
D. La capitalisation	54
E. La concordance fonctionnelle avec une rente AI	55
Conclusion	56
Bibliographie	58

Responsabilité environnementale et causalité – L'enseignement des abricots valaisans

ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAoui

Introduction	62
I. L'ATF 109 II 304	64
A. Quelques éléments factuels et de contexte	64
B. Le raisonnement juridique du Tribunal fédéral	65
1. Le fondement de l'action des arboriculteurs	65
2. L'analyse de la causalité	65

3. Le calcul du dommage	67
II. Un regard sur l'analyse que fait le Tribunal fédéral de la causalité.....	69
A. L'analyse de la causalité naturelle : la pluralité des causes	69
B. L'analyse de la causalité adéquate : le fait générateur de responsabilité comme circonstance favorisante.....	75
III. La preuve de la causalité	79
A. Une brève observation sur le degré de preuve appliqué par le Tribunal fédéral	79
B. Le rôle des experts dans la preuve de la causalité en matière environnementale	81
Pour conclure : une goutte d'eau dans l'océan	83
Bibliographie.....	87

La responsabilité précontractuelle et le lutteur déçu (ATF 121 III 350)

NICOLAS KUONEN

I. L'arrêt.....	92
A. Les faits	92
B. Le droit	92
II. L'enjeu	94
A. La conception traditionnelle de l'illicéité et le dommage purement économique	94
B. Le rapport entre responsabilité fondée sur la confiance et responsabilité précontractuelle	96
III. La construction	97
A. Une création jurisprudentielle fondée sur l'existence d'une lacune	97
B. Les conditions de la responsabilité pour la confiance précontractuelle	99
1. Le rapport juridique spécial (« rechtliche Sonderverbindung »)	99
2. Les autres conditions spéciales	103
C. Le régime de la responsabilité pour la confiance	104
IV. La critique	106
A. Sur la prémisse de l'existence d'une lacune	106
B. Sur le rapport juridique spécial.....	107
1. Un concept vide	107
2. Un concept vague.....	109
3. Un concept insatisfaisant	112

C.	Sur le dommage réparable	112
1.	La confiance dans la vérité et le dommage	113
2.	La confiance dans la fidélité et le dommage	113
3.	Notre avis	114
V.	Conclusion	117
A.	Une appréciation de la voie choisie	117
B.	Une appréciation de l'utilité de la voie choisie	118
	Bibliographie	120

La cafetière perdue ou la preuve en responsabilité civile (ATF 133 III 81 et 137 III 226)

CHRISTINE CHAPPUIS

	Introduction	124
I.	Le thème de la preuve en LRFP	125
A.	Le défaut	125
B.	Les risques de développement	129
II.	Les degrés de preuve	130
A.	Le défaut	130
B.	Les risques de développement	133
	Considérations conclusives	134
	Bibliographie	136

La mangeoire et le fabricant : la pluralité des fondements de la RC produits (art. 55 CO et 4 LRFP) et le concours de responsabilités à l'aune du droit européen

FRANZ WERRO

	Introduction	141
I.	Le fondement de la responsabilité du fabricant dans l'art. 55 CO et dans la Directive	142
A.	Le fondement de la responsabilité du fabricant en droit commun jusqu'à la reprise de la Directive en droit suisse	142
1.	L'exonération du fabricant dans le cas de la friteuse	143
2.	Une responsabilité stricte dans l'arrêt Schachtrahmen	144

B.	Le défaut du produit selon la Directive et sa reprise dans la LRFP	146
1.	Le défaut comme absence de la sécurité attendue.....	147
2.	Les différents types de défauts.....	148
a.	Le défaut de fabrication	149
b.	Le défaut de conception.....	150
c.	Le défaut de présentation.....	151
3.	Le défaut dans la LRFP.....	151
a.	Le défaut, une notion plurielle.....	152
b.	La valeur normative de la distinction entre les différents types de défauts	153
4.	La LRFP dans la jurisprudence du Tribunal fédéral	154
II.	Le concours entre le droit commun et la LRFP	156
A.	La place du droit commun à côté de la Directive selon la CJUE et la reprise de la jurisprudence de la CJUE en droit suisse	157
1.	La place du droit commun selon la CJUE.....	158
a.	La portée du jugement Commission c. France de 2002....	158
b.	Une appréciation critique de la portée de l'arrêt de 2002	159
2.	L'autonomie du juge suisse dans la reprise autonome du droit européen et ses limites.....	160
B.	L'application du droit commun en concours avec la LRFP	161
1.	Le fondement de la responsabilité à l'art. 55 CO dans l'arrêt Schachtrahmen	162
2.	Le fondement de la responsabilité à l'art. 55 CO dans l'arrêt de la mangeoire et la diligence du fabricant.....	163
3.	L'enjeu du concours.....	166
a.	La franchise et les exceptions de la LRFP.....	167
b.	Les délais de prescription et la péremption des droits de la victime	168
	Conclusion	168
	Bibliographie.....	171

La responsabilité civile des intermédiaires financiers pour blanchiment d'argent : du mythe à la réalité ? ATF 129 IV 322 et ACJC/1202/2020

SANDRINE GIROUD

ANTON VALLÉLIAN

Introduction	176
I. Le cadre normatif	178
A. Le dispositif normatif suisse antiblanchiment	178
B. La responsabilité pénale des entreprises en droit suisse	179
II. La responsabilité civile pour blanchiment d'argent	182
A. L'ATF 129 IV 322	182
B. Une responsabilité aquilienne indépendante du droit pénal ?	183
III. L'arrêt ACJC/1202/2020	186
A. Les faits	186
B. Le droit	188
IV. Art. 102 al. 2 CP, 55 al. 1 CO et 55 al. 2 CC – Trois normes concurrentes	193
A. De l'articulation des art. 102 al. 2 CP et 55 al. 1 CO	193
B. De l'art. 55 al. 2 CC	195
C. Synthèse	196
Conclusion	197
Bibliographie	199

Et le prospectus causa un dommage Notre analyse critique d'une situation ambiguë

CÉLIAN HIRSCH

I. Introduction	202
II. Préambule jurisprudentiel	203
A. Hôtel de la Paix SA	203
B. Biber Holding AG	203
C. Miracle Holding SA	203
D. Vasema Diagnostics AG	204
III. La problématique	205
IV. L'évolution historique	206
A. L'origine allemande	206
B. La reprise de la solution allemande dans la doctrine et la jurisprudence suisse	208

C.	L'influence américaine : la fraud-on-the-market theory.....	209
D.	Le rejet suisse de la fraud-on-the-market theory	211
V.	Le régime de lege lata	211
VI.	Une proposition de lecture nuancée : une distinction selon le dommage invoqué	213
A.	La renonciation à l'achat	214
1.	Causalité directe.....	214
2.	Causalité indirecte.....	215
3.	Causalité et dommage	216
B.	La moins-value (Kursdifferenzschaden)	219
VII.	Conclusion	221
	Bibliographie.....	223

L'action directe de la victime contre l'assureur RC

ALEXANDRE GUYAZ

I.	Introduction.....	228
II.	Le nouvel art. 60 al. 1bis LCA	230
III.	La portée matérielle de l'action directe	232
A.	La nature.....	232
B.	La naissance et les conditions.....	233
C.	L'étendue.....	233
D.	La prescription.....	235
E.	La solidarité.....	236
IV.	La réserve des objections et exceptions.....	236
V.	La portée procédurale	239
A.	Le concours d'action	239
B.	Le for	240
C.	L'élection de for	241
D.	L'attraction de for.....	243
E.	Le for international.....	243
F.	La compétence matérielle.....	244
VI.	L'obligation de renseigner (pour mémoire).....	245
VII.	Le droit transitoire.....	245
	Bibliographie.....	248

Table des abréviations

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
APRC	Avant-projet de loi fédérale sur la responsabilité civile
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BGH	Bundesgerichtshof (allemand)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CL	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil Suisse, Livre cinquième : Droit des obligations (RS 220)
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
D.	Recueil Dalloz
DC	Droit de la construction / Baurecht (BR)
éd(s).	éditeur(s)

ég.	également
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (= et autres)
etc.	<i>et caetera</i>
FF	Feuille fédérale
fr.	franc(s) suisse(s)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
<i>infra</i>	ci-dessous
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine Juridique)
JdT	Journal des Tribunaux
JZ	Juristen Zeitung
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.0)
LCA	Loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 211.229.1)
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCR	Loi du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
let.	lettre(s)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1)
LPGA	Loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LRFP	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944)
LSFin	Loi du 15 juin 2018 sur les services financiers (RS 950.1)
MüKo	Münchener Kommentar
n.	numéro(s)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OSAv	Ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (RS 748.01)
p.	page(s)
par.	paragraphe
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle / Allgemeine juristische Praxis (AJP)
RDS	Revue de droit suisse / Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)
REAS	Responsabilité et assurance / Haftung und Versicherung (HAVE)
RJB	Revue de la société des juristes bernois / Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence / Schweizerische Juristen- Zeitung (SJZ)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence / Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (ZWR)
s./ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
SJ	Semaine judiciaire
<i>supra</i>	ci-dessus
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne

Les atteintes portées à des arbres en tant que dommage réparable

Les ATF 127 III 73 et 129 III 331*

Benoît Chappuis

*Professeur titulaire à l'Université de Genève, Professeur émérite à l'Université
de Fribourg, Docteur en droit, avocat*

Introduction	2
I. Les deux arrêts et leur problématique juridique	3
A. <i>Les conséquences juridiques du principe de l'accessoriété</i>	3
B. <i>Les limites élargies du patrimoine</i>	5
II. Appréciation critique	5
A. <i>Les différents éléments jurisprudentiels à prendre en considération</i>	5
B. <i>La valeur patrimoniale de l'intérêt affectif</i>	6
III. Le jugement de valeur sous-jacent	8
Bibliographie	11

* Cet article consiste pour l'essentiel en un extrait de l'étude publiée à la SJ 2010 II 165 et intitulée « *De la notion de dommage par l'étude de quelques dommages dits irréparables. Réflexion sur la théorie de la différence* ». Avec l'aimable autorisation de la Société genevoise de droit et de législation. Il y sera fréquemment renvoyé avec la référence « CHAPPUIS, SJ ».

Introduction

On le sait, le dommage réparable consiste en la diminution du patrimoine de la victime résultant d'un fait générateur de responsabilité. Il doit impérativement être de nature économique, car, à défaut de perte patrimoniale, il n'y a pas de dommage réparable¹ (tel est par exemple le cas pour le dommage de commercialisation², de la perte d'une chance³, ou du dommage affectif⁴). Ainsi, le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette et correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁵. Il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler la théorie de la différence.

Il n'est pas question de revenir ici sur le bien-fondé de cette conception qui, depuis des décennies, est celle du Tribunal fédéral, ainsi que de la doctrine majoritaire, malgré des critiques qui se font régulièrement entendre. Le propos consiste bien plus à tenter de circonscrire la notion de patrimoine, par le biais de deux arrêts du Tribunal fédéral qui ont été généralement regardés comme une entorse au principe de la théorie de la différence. À deux années d'intervalle, le Tribunal fédéral a en effet eu l'occasion de rendre des décisions dont l'objet consistait en la demande d'indemnisation d'un propriétaire de terrain sur lequel des arbres avaient été endommagés ou détruits par l'auteur du fait générateur de responsabilité⁶. Les fondements juridiques de ces arrêts sont particulièrement intéressants en ce qu'ils semblent élargir des limites conceptuelles devenues particulièrement étroites au cours des décennies.

¹ BK CO-BREHM, art. 41 n. 69 ; CHAPPUIS, Moment du dommage, n. 77 ; ENGEL, 473 ; ROBERTO, Schadensrecht, 109 ss ; TERCIER, Préjudices, 110.

² CHAPPUIS, SJ, n. 2 ss et références citées.

³ CHAPPUIS, SJ, n. 11 ss et références citées.

⁴ CHAPPUIS, SJ, n. 15 ss et références citées.

⁵ ATF 129 III 331 consid. 2.1 et les arrêts cités. Il convient toutefois de se référer à l'analyse d'OFTINGER/STARK I, § 2 n. 24 qui mettent en évidence le lien étroit qui existe entre la notion de dommage et son calcul. La frontière entre les deux n'est pas étanche (« *flies-send* » selon OFTINGER/STARK, *loc. cit.*) ; cf. également LUTERBACHER, 83 n. 122.

⁶ ATF 127 III 73 = SJ 2001 I 397 = JdT 2001 I 495 ; ATF 129 III 331 = JdT 2003 I 629.

I. Les deux arrêts et leur problématique juridique

La première décision concernait les suites d'un accident de voiture lors duquel un automobiliste avait gravement endommagé un arbre planté sur un terrain communal bordant la route⁷. L'arbre, déjà atteint lors d'un choc antérieur, ne dut pas être abattu immédiatement, mais son espérance de vie fut toutefois clairement réduite par ce nouvel accident. Il était établi que, contrairement à ce qui peut survenir dans certains cas, la valeur du bien-fonds sur lequel l'arbre endommagé était planté n'avait subi aucune diminution du fait de l'atteinte à cet arbre. Dans le second cas, le propriétaire d'un terrain avait vu quelques-uns des arbres qui y étaient plantés volontairement détruits par un voisin, qui fut d'ailleurs condamné pénalement pour cet acte.

Dans les deux cas, l'illicéité du fait générateur de responsabilité n'était pas discutée, pas plus que les autres conditions de la responsabilité. Seule la question du dommage était débattue.

A. Les conséquences juridiques du principe de l'accessorité

Le problème résultait de ce que les arbres faisant partie intégrante du terrain (art. 642 al. 1 CC⁸), ils n'avaient pas d'existence juridique propre⁹. Le demandeur se prétendant lésé n'était ainsi pas propriétaire des arbres eux-mêmes, mais bien du seul terrain. Or la valeur de ce dernier n'était nullement affectée par la disparition des arbres. La conclusion qui aurait pu s'imposer était que le propriétaire ne souffrait d'aucun dommage, puisqu'aucun élément de son patrimoine n'avait été affecté par le fait générateur de responsabilité.

Le Tribunal fédéral en a cependant jugé autrement pour des motifs qui retiennent l'attention et qui ont fait couler beaucoup d'encre¹⁰. Il partit de la valeur de l'arbre lui-même, étant précisé qu'un arbre de remplacement ne pouvait se trouver dans le commerce, en raison de la taille et de l'âge de celui endommagé.

⁷ ATF 127 III 73 = SJ 2001 I 397 = JdT 2001 I 495.

⁸ Code civil Suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210).

⁹ STEINAUER, Droits réels, n. 2254 et 2259.

¹⁰ Notamment, CHAPPUIS, Moment du dommage, n. 140-151 ; DUPONT, Nouvelle définition, 471 ss ; GAUCH, 298-300 ; HONSELL, § 8 n. 46 ; KELLER, 104 ; PETITPIERRE, 66 ; ROBERTO, *AJP*, 723 ss ; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, n. 681 ; WERRO, *Responsabilité civile*, n. 99.

Les juges retinrent donc que le dommage consistait en la valeur d'un arbre correspondant le plus possible à l'arbre déjà adulte qu'il était possible de se procurer dans le commerce. À ce dommage s'ajoutaient les frais nécessaires pour enlever l'arbre endommagé et replanter un arbre de remplacement. Pour considérer ces frais ou dépenses comme constitutifs d'un dommage, nonobstant l'absence de perte de valeur du terrain, le Tribunal fédéral tint compte de l'intérêt du propriétaire à ce que les arbres fussent demeurés intacts.

L'aspect remarquable de cette décision réside tout d'abord dans une affirmation – à première vue étonnante – des juges fédéraux qui relevèrent que l'indemnisation accordée l'était indépendamment des éventuelles diminutions patrimoniales subies par le lésé selon la théorie générale de la différence¹¹. Il aurait donc été admis, dans cette décision, une véritable exception au principe de la différence. C'est en tout cas ce qu'une partie de la doctrine a soutenu¹². Or nous allons voir qu'il n'est nullement établi que la distance d'avec la théorie de la différence soit aussi importante qu'on veut parfois le relever.

La décision est également remarquable en ce que le Tribunal fédéral a reconnu un droit du lésé à garder son terrain dans son état initial : « *Hat dieser ein sachliches Interesse an der Unversehrtheit der zerstörten oder beschädigten Bäume, darf das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht mit der Begründung verneint werden, die Zerstörung oder Beschädigung der Bäume habe den Verkehrswert des Grundstücks nicht vermindert.* »

Pour qualifier l'intérêt du propriétaire à la conservation de la chose, on peut hésiter sur la traduction à donner à l'expression employée par le Tribunal fédéral : ce dernier parle du « *sachliches Interesse* » du propriétaire à l'intégrité de l'arbre, ce que le Journal des Tribunaux traduit par le « *réel intérêt* » du propriétaire. Il faut sans doute préférer la formule d'intérêt « *concret* » ou d'intérêt « *matériel* » du propriétaire, pour rendre pleinement la pensée du Tribunal fédéral. Ainsi donc, le propriétaire – dont le terrain n'a pas perdu de valeur – se voit reconnaître le droit de prendre les mesures nécessaires à la remise du terrain dans son état antérieur. Pour des motifs esthétiques, de confort ou encore sentimentaux, le propriétaire pourra procéder à la replantation d'arbres et faire supporter les coûts de cette opération à l'auteur du fait générateur de responsabilité.

¹¹ ATF 127 III 73 = SJ 2001 I 397 = JdT 2001 I 495 et ATF 129 III 331 consid. 2.2 *in fine* : « *der Geldersatz ist (...) unabhängig von einer allfälligen Vermögenseinbusse im Sinne des allgemeinen Schadensbegriffes (Differenzhypothese) zu leisten* ».

¹² DUPONT, Protection de l'environnement, 436 n. 52 ; GAUCH, 300.

B. Les limites élargies du patrimoine

La reconnaissance de ce droit subjectif du lésé à conserver sa chose dans son état antérieur au fait générateur de responsabilité est d'une importance considérable dans la construction juridique retenue par le Tribunal fédéral. Ce n'est que par ce biais que la difficulté créée par le principe de l'accessoriété pouvait être surmontée et, partant, la théorie de la différence appliquée sans la moindre limitation.

En effet, une fois qu'un intérêt matériel à la conservation du terrain est reconnu au lésé, on accorde également à ce dernier le droit de prendre les mesures nécessaires à la remise du terrain dans son état antérieur. Les coûts induits par cette remise en état constituent la diminution patrimoniale subie par le lésé, de la même façon que les frais de guérison constituent la diminution patrimoniale subie par la victime d'un accident et qui se fait soigner, l'atteinte corporelle n'ayant en elle-même aucune valeur patrimoniale.

Dès l'instant qu'une diminution patrimoniale est établie, il n'y a plus de place pour une entorse à la théorie de la différence. Le patrimoine du lésé subit une diminution de valeur qui trace l'étendue de la différence avec l'état qu'aurait ce patrimoine si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu.

La conception présentement défendue n'est de loin pas unanimement acceptée et le débat est aujourd'hui ouvert pour savoir s'il s'agit là d'une sorte de tour de passe-passe par lequel le Tribunal fédéral aurait esquivé la question juridique à laquelle il était confronté. Dommage normatif ou théorie de la différence ? Quand bien même ils se réclament de cette théorie en tête de leurs décisions, pour plusieurs auteurs les juges fédéraux s'en seraient effectivement distancés¹³.

II. Appréciation critique

A. Les différents éléments jurisprudentiels à prendre en considération

Les concepts de valeur patrimoniale et de dommage réparable se sont dessinés au cours de décennies de jurisprudence. Autant les principes cardinaux,

¹³ Dans ce sens, DUPONT, Protection de l'environnement, 436 ; GAUCH, 298-299.

posant les fondements essentiels de la notion de dommage, sont maintenant solidement établis, autant ceux régissant les limites des concepts évoqués demeurent aujourd'hui encore des questions instables. La cohérence des différentes solutions données par le Tribunal fédéral n'est pas forcément aisée à mettre en évidence. Ainsi, la jurisprudence

- reconnaît une perte de valeur indemnisable pour des arbres détruits sans que le terrain dont ils sont partie intégrante n'ait diminué de valeur ;
- nie l'indemnisation de la perte de l'usage d'une chose tout en reconnaissant pourtant à cet usage « *une valeur économique intrinsèque* »¹⁴ ;
- indemnise le dommage ménager, soit le fait pour la victime de ne plus pouvoir s'occuper de son ménage, en passant par la théorie du dommage normatif¹⁵ ;
- indemnise l'aide gratuite que reçoit la victime de la part de ses proches, laissant entendre, ce faisant, que l'indemnisation accordée ne reposerait pas sur le calcul d'une différence patrimoniale, lors même qu'il pose le principe clair que l'aide gratuite a une valeur économique¹⁶.

Dans toutes ces situations pourtant, le Tribunal fédéral reconnaît – à juste titre – une valeur économique au bien atteint. Il suffit alors de faire application de la théorie de la différence dans son acception et son mécanisme les plus classiques, pour autant que les termes de la comparaison patrimoniale ne soient pas figés dans une conception par trop étroite des éléments composant le patrimoine. Dès l'instant qu'une valeur patrimoniale est reconnue à un bien, sa diminution ou sa disparition peut fonder une indemnisation calculée à l'aide de la théorie de la différence, pourvu, bien entendu, que les autres conditions de la responsabilité soient réalisées.

B. La valeur patrimoniale de l'intérêt affectif

Il faut cependant recourir à des distinguos subtils pour bien comprendre les intérêts en jeu. Ainsi, l'intérêt personnel du lésé à la conservation de la

¹⁴ Cf. CHAPPUIS, SJ, n. 10.

¹⁵ Cf. CHAPPUIS, SJ, n. 53.

¹⁶ Cf. CHAPPUIS, SJ, n. 55.

chose – qui, comme on vient de le voir, est quant à lui indemnisable – ne se confond pas avec un pur intérêt affectif. Ce dernier ne peut être compté au nombre des éléments entrant dans le patrimoine d'un individu de sorte que sa lésion ne constitue pas une diminution patrimoniale ouvrant la voie à une indemnisation. Tel est le contenu de la décision rendue par le Tribunal fédéral qui rejeta la demande introduite par une particulière dont l'avocat avait mal exécuté son mandat consistant à s'opposer à une expropriation¹⁷.

Quarante ans séparent cet arrêt de celui de l'arbre dans lequel fut reconnue l'indemnisation de la violation de l'intérêt du lésé à la conservation de la chose dans son état antérieur. Cette dernière décision ne fait nulle référence à la première, de sorte que l'on ne sait véritablement s'il y a rupture entre les deux ou si les juges fédéraux ont considéré qu'il s'agissait de deux questions véritablement différentes. Quand bien même le lien est rarement fait entre ces deux arrêts¹⁸, le parallèle doit cependant être établi et on peut se risquer à l'analyse suivante :

La cliente de l'avocat – qui ne s'était pas correctement opposé à une expropriation – faisait valoir un dommage qui semble avoir exclusivement consisté en l'indemnisation pécuniaire de son intérêt affectif lésé. On n'en sait en effet guère plus, l'arrêt publié étant avare de détails sur ce point. On comprend toutefois de la décision que la demande déposée en justice s'apparentait de manière significative à la recherche de l'indemnisation d'un tort moral, à savoir la souffrance consécutive à la perte d'un terrain aimé.

Le propriétaire du terrain, dont des arbres avaient été détruits, voulait quant à lui remettre son terrain en état de sorte que ce sont les frais de replantation qu'il fit valoir. Que ce soit un intérêt affectif, sentimental, écologique ou esthétique qui ait motivé son désir de remettre le terrain en état, il n'en demeure pas moins que ce propriétaire faisait valoir une pure prétention pécuniaire, soit les coûts qu'il avait dû exposer pour voir son intérêt personnel satisfait.

Les deux décisions sont donc dissemblables : si chaque lésé avait vu un intérêt – que l'on appellera idéal – être lésé, le premier d'entre eux faisait valoir une indemnité détachée de la perte d'un élément de son patrimoine,

¹⁷ ATF 87 II 290 consid. 4a ; CHAPPUIS, SJ, n. 55 ; LÜCHINGER, n. 42 ; WERRO, Responsabilité civile, n. 54.

¹⁸ A la notable exception d'HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 8 N 46, qui traitent de l'indemnisation des arbres abattus dans le chapitre qu'ils consacrent à la non-réparation de l'intérêt affectif.