## TABLE DES MATIÈRES


I. INTRODUCTION ..... 435

II. LES PRINCIPALES INNOVATIONS DE LA LOI ..... 436
1. Définition de la fusion: éléments constitutifs et éléments caractéristiques ..... 436
2. Réglementation expresse de toutes les fusions autorisées ..... 440
3. Règles de procédure ..... 441
A. L'information et la participation des associés ..... 441
a) La procédure ordinaire ..... 442
b) Cas particuliers ..... 444
B. Les règles de protection des créanciers et des travailleurs ..... 445
a) Les créanciers ..... 445
b) Les travailleurs ..... 447
4. Les voies de droit ..... 448
5. Conclusion intermédiaire ..... 450

III. PROBLÈMES CHOISIS ..... 450
1. La soulte, le dédommagement et l'exclusion des associés ..... 451
A. Le point de départ: le droit en vigueur ..... 451
B. La soulte dans la nouvelle loi sur la fusion ..... 453
C. Le dédommagement dans la nouvelle loi sur la fusion ..... 455
a) L'art. 8 al. 2 LFus: mode d'exclusion des actionnaires? ..... 456
b) Forcer la sortie au moyen du montant du dédommagement? ..... 458
D. Conclusion ..... 459
2. L'action en examen des parts sociales et des droits de sociétariat ..... 459
A. Qualité pour agir ..... 460
B. L'objet de l'action en examen des parts sociales ..... 462
C. Coût de l'action ..... 463
D. Relation avec l'action en responsabilité ..... 464
E. Relation avec l'action en annulation de la décision de fusion ..... 465
F. L'extension de l'autorité de la chose jugée à l'ensemble des actionnaires ..... 466
G. Conclusion ..... 467

BIBLIOGRAPHIE ..... 468




# DOMMAGE
# VERS UNE NOUVELLE DÉFINITION?[1]

CH/CH 77 i
K003 550 360

par

Anne-Sylvie DUPONT
titulaire du Diplôme d'études approfondies
Université de Genève

## I. L'ATF 129 III 331

### 1. L'état de fait

B. et C. sont propriétaires d'une parcelle sur laquelle se trouvent plusieurs arbres. A l'endroit où elle jouxte le jardin de la parcelle voisine, appartenant à A., se trouvent notamment un hêtre de 25 ans, un charme de 30 ans ainsi qu'un épicéa.

Les 24 et 25 janvier 1996, un jardinier mandaté par A. a éclairci le hêtre et le charme en rabattant leurs branches, et a abattu l'épicéa.

A. a été reconnu pénalement responsable de dommages à la propriété et de violation de domicile. Sa responsabilité civile a été admise pour le principe, B. et C. étant renvoyés au tribunal civil pour fixer le montant de l'indemnité.

Le 27 juin 2000, la juridiction civile cantonale a admis leur demande en paiement de 44'885 fr. 50, intérêts en sus. A. a fait recours contre cette décision, ensuite de quoi la cour d'appel a ramené son obligation à 21'605 fr.

A. recourt contre cette nouvelle décision auprès du Tribunal fédéral; il demande qu'elle soit annulée et que l'affaire soit renvoyée à l'autorité cantonale pour un réexamen de l'affaire. Le Tribunal fédéral rejette le recours.

---

1 Commentaire de l'ATF 129 III 331 rendu le 25 mars 2003 par la 1ère Cour civile.

## 2. Les considérants du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral établit tout d'abord que la cour d'appel a déterminé de manière à le lier que la coupe des arbres n'avait pas diminué la valeur vénale du terrain appartenant à B. et C. Elle s'est fondée, pour ce faire, sur une expertise qu'elle avait commandée et sur l'audition d'un spécialiste. La mission de la Haute cour est donc d'examiner si l'autorité cantonale a violé le droit fédéral en admettant que la prétention en dommages-intérêts de B. et de C. était fondée, alors même que la coupe des arbres ne s'était pas répercutée sur la valeur vénale de leur parcelle (c. 1).

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite la définition classique du dommage comme étant, selon sa jurisprudence constante, la diminution involontaire de la fortune, celle-ci pouvant se traduire par une diminution des actifs, par une augmentation du passif ou par une perte de gain. Il fait référence à l'ATF 127 III 73[2], dont le considérant 4b expose qu'en vertu du principe d'accession, les arbres appartiennent au propriétaire de la parcelle sur laquelle ils se trouvent, et que le fait de les endommager ou de les détruire peut avoir une influence sur la valeur de la parcelle, en fonction notamment de l'usage qui en est fait. Dans certaines circonstances toutefois, la coupe d'un arbre n'entraîne pas de dommage, par exemple si elle rend possible une construction sur la parcelle, en augmentant ainsi la valeur (c. 2.1).

Ce dernier exemple représente toutefois un cas exceptionnel, de même que les cas, similaires à celui de l'ATF 127 III 73, dans lesquels on admet que l'abattage d'un arbre peut diminuer la valeur de la parcelle sur laquelle il se trouvait. On ne peut donc déduire de ces deux exemples particuliers («*diese seltenen Sachverhalte*») une règle juridique selon laquelle le fait de détruire ou d'endommager un arbre ne constitue un dommage que dans la mesure où la valeur vénale du bien-fonds s'en trouve diminuée. Bien plus, il faut se demander si le propriétaire a un intérêt à être replacé dans la situation antérieure à l'incident. La Haute cour rappelle que le dommage n'est en effet pas une donnée purement objective, mais présente une composante subjective. Ainsi, quand le propriétaire a un intérêt matériellement fondé à ce que les arbres restent intacts, on ne peut nier l'existence d'un dommage sous prétexte que la valeur vénale de la parcelle ne se trouve pas diminuée du fait de leur destruction.

Le Tribunal fédéral expose ensuite que pour la doctrine et la jurisprudence, le montant du dommage dans le cas de la destruction d'un arbre doit se déterminer en fonction des coûts nécessaires pour en replanter un. Le lésé a droit à obtenir réparation en nature, ou, le cas

2 SJ 2001 I 397.



échéant, à un ersatz, soit au paiement des frais de remise en état («*Wiederherstellungskosten*»). Si le lésé réclame le paiement d'une somme d'argent, celle-ci est versée en lieu et place de la réparation en nature, indépendamment de toute diminution du patrimoine telle que l'exige la définition traditionnelle du dommage (c. 2.2)[3].

# II. Commentaire

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral se distancie, par rapport à un cas très particulier, de la définition traditionnelle que la jurisprudence et la doctrine donnent au dommage (1). Un examen plus approfondi des principes qui justifient l'existence du droit de la responsabilité civile nous montre que cette définition, loin d'émerger de rien, repose au contraire sur les fondements mêmes de sa raison d'être (2).

## 1. La définition classique du dommage et ses dangers

### *A. La théorie de la différence*

Pilier de notre droit de la responsabilité civile, car condition première de toute réparation, le dommage a trouvé sa définition juridique il y a longtemps déjà, sous la plume de Mommsen, qui l'a défini comme étant la différence entre l'état actuel du patrimoine de la victime (patrimoine actuel) et l'état dans lequel il se trouverait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (patrimoine hypothétique)[4].

En inventant cette formule, Mommsen visait essentiellement deux objectifs: tout d'abord, il désirait trouver une méthode de calcul abstraite, purement mathématique, permettant de dire si oui ou non la victime d'une atteinte avait ou non subi un dommage. Ensuite, il s'agissait pour lui de trouver une manière d'englober dans une même formule à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.

La formule de Mommsen a été adoptée avec enthousiasme par le droit suisse. Depuis, doctrine et jurisprudence font preuve d'une remarquable unanimité à définir le dommage comme la diminution involontaire du patrimoine d'une personne.

3 La suite de l'arrêt, non publiée, concerne les détails du calcul du dommage.

4 Cf. Roberto Vito, *Schadensrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, 11 ss.

## *B. Ses dérives*

Si la démarche proposée par la théorie de la différence séduit sur un plan théorique, sa mise en pratique est plus délicate. En effet, malgré l'apparente simplicité de la formule, elle propose une définition du dommage qui se réfère elle-même à une autre notion complexe à définir, le patrimoine. La réalité incarnée par cette désignation est difficile à cerner et ni la doctrine, ni la jurisprudence ne sont parvenues jusqu'ici à en tracer les contours de manière satisfaisante[5].

On définit habituellement le patrimoine comme «l'ensemble des biens d'une personne qui ont ou peuvent avoir une valeur économique»[6]. Au-delà des difficultés que peut présenter la mise en œuvre concrète d'une telle définition, elle a ceci de regrettable qu'elle a conduit doctrine et jurisprudence à se forger la conviction intime que le dommage étant une diminution de patrimoine, et le patrimoine l'ensemble des valeurs économiques d'une personne, la responsabilité civile ne protégeait exclusivement que des intérêts patrimoniaux, autrement dit économiques.

## *C. Quelques remèdes*

On s'est pourtant rendu compte qu'une telle conception de la responsabilité et de ses buts laissait subsister un certain nombre de situations dans lesquelles une personne, sans qu'elle subisse nécessairement de diminution de son patrimoine, se voit néanmoins désavantagée de manière à choquer le sentiment d'équité. Ainsi en va-t-il, par exemple, des situations dans lesquelles la personne lésée exerce une activité qui n'est pas rémunérée, à l'exemple des moines au service de leur congrégation, de l'époux qui travaille gratuitement dans l'entreprise de son conjoint ou encore des infirmières bénévoles[7].

A de nombreuses reprises, les juges ont donc été contraints de corriger, pour des motifs d'équité, les résultats auxquels conduisait une application stricte de la théorie de la différence. Dès les années soixante, on parle de dommage normatif pour désigner les situations dans lesquelles les tribunaux «ne se contentent pas de condamner à la réparation de pertes correspondant effectivement à une diminution

5 ROBERTO VITO, *PJA* 6/2001, 723 ss, 724; GAUCH PETER, «Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts», *recht* 6/1996, 225 ss, 226.

6 DESCHENAUX HENRI, TERCIER PIERRE, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 1982, par. 3 N. 8; REY HEINZ, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2e éd., Zurich 1998, N. 156.

7 Cf. BK-BREHM, CO 46 N. 96.



du patrimoine»[8], mais acceptent également de réparer une perte d'intérêts qui ne s'exprime précisément pas sous la forme d'une diminution du patrimoine (a). Ces tentatives de «normativiser» la notion de dommage ne sont toutefois pas suffisantes, à l'heure actuelle, pour résoudre les problèmes soulevés par l'application de la théorie de la différence (b).

### *a) Les tentatives de normativisation du dommage*

La normativisation du dommage s'exprime à travers plusieurs cas de figure[9]. A l'heure actuelle, la jurisprudence suisse n'admet, sous la désignation de dommage normatif (au sens étroit, pourrait-on dire), que la réparation du dommage ménager. Il s'agit d'indemniser la perte de valeur économique qui résulte de l'atteinte portée à la capacité de s'occuper du ménage, indépendamment de savoir si cette perte a conduit à l'engagement d'une aide, à des frais accrus, à un plus grande mise à contribution des proches ou à l'acceptation d'une qualité de vie moindre[10].

Les théories de la commercialisation et de la frustration sont d'autres tentatives de normativiser la notion de dommage[11]. La première repose sur l'idée qu'aujourd'hui, l'utilisation d'un bien est commercialisable, et représente donc une valeur patrimoniale[12], pour autant qu'elle puisse être acquise sur le marché en échange d'une contre-prestation financière[13]. La deuxième veut permettre l'indemnisation d'une personne privée d'un plaisir en vue duquel elle avait engagé des dépenses, dépenses devenant dès lors inutiles[14].

Enfin, la perte d'une chance, inspirée une fois n'est pas coutume par le droit français, envisage la réparation des conséquences, pour une personne, de s'être vue privée de la chance que survienne un événement bénéfique[15]. Il est important de souligner que le bien atteint dans

8 TERCIER PIERRE, WERRO FRANZ, «Les grandes notions de la RC: quoi de neuf?», *Journées de la circulation routière*, Fribourg 1996, 15.

9 Cf. également CR CO I-WERRO, art. 41 CO N. 21 ss.

10 ATF 127 III 403 c. 4b, SJ 2001 I 605; TF, *Pra.* 84/1995 n° 172 c. 5a. CR CO I-WERRO, art. 41 CO N. 25. Pour d'autres hypothèses dans lesquelles la doctrine allemande a parlé de dommage normatif, cf. MEDICUS DIETER, «Normativer Schaden», *JuS* 1979, 233 ss.

11 CHAPPUIS CHRISTINE, WERRO FRANZ, «La responsabilité civile: à la croisée des chemins», *RDS* 2003 II 237 ss, 251 ss.

12 SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2e éd., Berne 2000, N. 14.06.

13 ROBERTO VITO, *Schweizerisches Haftungsrecht*, Zurich 2002, par. 24 N. 600.

14 SCHWENZER (note 12), N. 14.07.

15 MÜLLER CHRISTOPH, *La perte d'une chance*, thèse Neuchâtel, Berne 2002, N. 32 s.

un tel cas n'est pas l'enjeu lui-même, mais «une certaine chance d'obtenir cet enjeu.»[16] Afin de calculer le montant du dommage, on utilise la méthode du pourcentage, qui consiste à déterminer dans un premier temps la valeur de l'enjeu total, puis de multiplier cette valeur par le pourcentage de chances d'obtenir cet enjeu.

### *b) Leurs insuffisances*

Les insuffisances de la normativisation du dommage découlent en tout premier lieu de la frilosité avec laquelle les tribunaux acceptent d'envisager la réparation de ces «nouveaux» préjudices. Les dommages de commercialisation et de frustration, en particulier, rencontrent une grande résistance, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. La théorie de la perte d'une chance ne fait pas non plus l'objet d'une large réception, même si un arrêt zurichois[17] avait adopté une démarche similaire, sans pour autant la nommer. Il s'agit toutefois d'un précédent isolé. On ne peut donc pas dire qu'actuellement, le dommage normatif pallie de manière efficace les déficiences de la théorie de la différence.

Le dommage normatif, en effet, ne se détache pas de l'idée que les intérêts touchés doivent nécessairement être patrimoniaux et qu'il est donc nécessaire que le bien atteint ait «une (quelconque) valeur économique»[18]. Les dommages de commercialisation et de frustration, en particulier, sont essentiellement liés à la protection d'intérêts économiques. La perte d'une chance, en revanche, l'est de manière moins marquée, comme le révèle l'exemple habituel présenté dans ce cadre, celui de l'erreur de diagnostic à cause de laquelle un patient décède alors qu'il aurait pu, si la maladie avait été détectée à temps et correctement soignée, vivre encore cinq années de plus. Ces cinq années de vie représentent l'enjeu dont il faut calculer la valeur. Or si la vie bénéficie d'une protection absolue, elle n'a pas de valeur patrimoniale et ne représente donc pas une valeur économique.

## 2. Redéfinir le dommage en revenant aux sources de la responsabilité civile

Assimiler le dommage à une perte de patrimoine nous a conduit dans une impasse. Les tribunaux et une partie de la doctrine éprouvent aujourd'hui un conflit de loyauté: d'une part, ils tiennent à conserver

16 THÉVENOZ LUC, «La perte d'une chance et sa réparation», WERRO FRANZ (édit.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualité et perspectives*, Berne 2002, 237 ss, 254.

17 ZR 87/1988, (n° 66) 209 ss.

18 TERCIER / WERRO (note 8), 14.



la théorie de la différence comme définition du dommage; d'autre part, ils ont conscience des limites qu'impose cette définition, et souhaitent la corriger chaque fois que le résultat auquel ils parviennent leur semble inéquitable.

D'une manière générale, les juges restent pourtant fidèles à la théorie de la différence. Ils n'admettent qu'avec réticence d'envisager le dommage sous un angle normatif, et il n'est guère possible de trouver les principes sous-tendant les dérogations auxquelles ils consentent[19]. Dans ce sens, l'arrêt commenté est une perle rare, puisqu'il n'est pas fréquent que les juges disent aussi clairement que l'on se trouve en présence d'un dommage, indépendamment de toute diminution du patrimoine[20].

L'acharnement à s'en tenir à la théorie de la différence pour définir le dommage provient selon nous avant tout de la volonté de limiter les cas de responsabilité civile, au détriment d'une certaine correction dogmatique, et ceci de manière injuste puisque le dommage n'est jamais l'unique condition de la responsabilité. On a ainsi assimilé une définition à ce qui n'aurait jamais dû être qu'une méthode pour déterminer le montant du dommage, et ce dans certains cas uniquement. Cela nous a finalement fait perdre de vue l'objectif premier de la responsabilité civile, à savoir effacer autant que possible les conséquences pour la victime d'une atteinte subie d'une manière contraire au droit.

Lorsque l'on examine de plus près les fonctions qui sont celles du droit de la responsabilité civile dans notre ordre juridique (A), on s'aperçoit pourtant que, dans les faits, la jurisprudence helvétique est loin de s'en tenir à la théorie de la différence (B).

## *A. Deux fonctions de la responsabilité civile*

Au vu des difficultés entraînées par l'application stricte de la théorie de la différence, qui enchaîne la notion de dommage à celle, tout aussi fuyante, de patrimoine, on se demande naturellement dans quelle mesure notre droit a pu s'éloigner des principes qui sous-tendent l'idée même de responsabilité civile. Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral s'écarte de la théorie de la différence. A son avis, la réparation en argent est due non pas pour compenser une diminution du patrimoine, mais à titre d'ersatz pour une compensation en nature.

19 Ainsi, on ne comprend que difficilement pourquoi les tribunaux admettent de qualifier de dommage les frais fictifs d'une réparation que le lésé ne fait finalement pas effectuer, au contraire des frais de location d'un véhicule, refusés à moins que le lésé n'ait un besoin impératif d'un véhicule de remplacement.

20 «*Der Geldersatz ist deshalb unabhängig von einer allfälligen Vermögenseinbusse im Sinne des allgemeinen Schadensbegriffes (Differenzhypothese) zu leisten*» (c. 2.2).

En examinant de plus près ce que sont, à notre avis, les deux fonctions principales de la responsabilité civile, la sanction (a) et la réparation (b), nous souhaitons montrer que cette manière de procéder pour calculer le dommage n'est pas uniquement pertinente lorsque des arbres sont abattus ou endommagés. Bien plus, elle nous conduit à retrouver la véritable nature du dommage.

### *a) La sanction*

La responsabilité civile est tout d'abord une sanction. Il ne s'agit naturellement pas d'une sanction au sens pénal, à savoir une réprimande, mais d'une sanction dans l'acception la plus courante de ce terme. Être condamné au versement de dommages-intérêts n'est ainsi pas un châtiment, mais la conséquence que l'ordre juridique attache à la violation d'une obligation qu'il pose[21].

La responsabilité civile a pour tâche de régler les rapports entre les particuliers. Elle doit donc délimiter entre elles les sphères juridiques individuelles en assurant la protection des droits que confère l'ordre juridique aux particuliers. Il est nécessaire, pour que la protection des intérêts individuels soit effective, que les droits soient assortis d'une possibilité de les faire respecter[22]. La responsabilité civile, dans sa dimension répressive, permet à la personne dont les intérêts ont été lésés, de s'en prendre à l'auteur de l'atteinte et donne ainsi effet aux droits individuels[23].

Il va de soi que les droits conférés aux particuliers par l'ordre juridique, et donc les intérêts individuels, sont multiples, et qu'il ne saurait s'agir uniquement d'intérêts économiques. Pourtant, des droits à caractère non patrimoniaux peuvent également être violés, violation qui mérite tout naturellement une sanction, soit une conséquence juridique. Ainsi en est-il, par exemple, de l'intérêt à l'intégrité corporelle. Aussi utiles qu'ils puissent nous être, la vie, le corps humain, n'ont pas de valeur patrimoniale. A la violation de notre intégrité physique s'attache pourtant, pour le responsable, l'obligation de réparer les conséquences de son acte.

21 FORSTMOSER PETER, *Einführung in das Recht*, 3e éd., Berne 2003, par. 6 N. 70 ss.

22 Cf. MORIN ARIANE, «La mise en œuvre des droits dans la perspective du droit des obligations», *JdT* 2002 III 80 ss, en particulier 84 ss.

23 Cf. TUNC ANDRÉ, *La responsabilité civile*, 2e éd., Paris 1989, 149. En allemand, on parle de *Rechtsgutgarantie*, cf. RUMO-JUNGO ALEXANDRA, *Haftpflicht und Sozialversicherung: Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich*, Fribourg 1998, N. 215.



### *b) La réparation*

Une conséquence que l'ordre juridique attache à la violation d'un droit individuel est l'obligation faite à son auteur d'effacer autant que possible les conséquences que ses actes ont eues pour la victime. Si, pour ce faire, la pratique du versement d'une somme d'argent est depuis longtemps monnaie courante, notre droit laisse pourtant au juge le soin de déterminer le mode de la réparation, soit de choisir entre réparation en nature et réparation en numéraire[24].

Le droit allemand est plus précis. Le par. 249 BGB pose le principe d'une réparation en nature (1ère phrase). Cependant, le créancier conserve la possibilité d'exiger, au lieu des mesures de remise en état, le montant nécessaire à cet effet («... *statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag* ...»; 2e phrase). Dans ce cas de figure, l'indemnité en numéraire est donc l'ersatz des mesures de remise en état, ainsi que l'expose le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté: «*...steht der Anspruch des Geschädigten auf Naturalrestitution bzw. deren Surrogat in Form des Ersatzes der Wiederherstellungskosten im Vordergrund. Wird Geldersatz verlangt, tritt dieser an die Stelle des Naturalersatzes.*»[25]

Le BGB prévoit également, à son par. 251, les hypothèses dans lesquelles la remise en état n'est pas possible, ne suffit pas à dédommager le lésé ou bien entraîne des coûts disproportionnés. Dans de tels cas, le lésé recevra une indemnisation en argent, destinée à compenser une partie au moins des conséquences de l'atteinte. C'est dans ce cadre-là qu'intervient la théorie de la différence. En effet, puisque dans le cadre du par. 249, le montant du dommage équivaut au coût des mesures de remise en état, ce n'est que pour le par. 251 que le dommage peut être assimilé à la différence entre le patrimoine actuel et le patrimoine hypothétique.

L'articulation de ces deux articles permet ainsi d'opérer la distinction suivante: lorsqu'une personne a été atteinte dans ses intérêts protégés par l'ordre juridique, elle a droit en premier lieu à être replacée exactement dans la situation qui serait la sienne si l'événement dommageable ne s'était pas produit. C'est son intérêt à l'intégrité (*Erhaltungsinteresse*). Si cela n'est pas possible, elle a alors droit à ce que l'on répare au moins l'impact que l'atteinte a eu sur son patrimoine, soit son intérêt pécuniaire (*Wert-* ou *Summeninteresse*)[26].

24 Art. 43 al. 1 CO.

25 C. 2.2.

26 Pour plus de détails sur la distinction entre intérêt à l'intégrité et intérêt pécuniaire, consulter MEDICUS DIETER, «Naturalrestitution und Geldersatz», *JuS* 1969, 449 ss. En droit suisse, cf. ROBERTO (note 4), 136 ss.

La restitution en nature, respectivement un substitut en numéraire, doit être accordée prioritairement parce que c'est elle qui permet de réparer de manière la plus étendue le préjudice subi par la victime de l'atteinte. En effet, l'intérêt à l'intégrité contient lui-même l'intérêt pécuniaire, alors qu'en accordant à la victime un montant couvrant uniquement ce dernier, on ne se préoccupe nullement de savoir si, avec l'indemnité perçue, elle peut faire réparer son bien ou, le cas échéant, s'en procurer un nouveau. Le Tribunal fédéral approuve cette idée dans l'arrêt commenté, lorsqu'il expose que «*die Naturalrestitution gewährleistet das Integritätsinteresse des Geschädigten und ist am besten geeignet, den Ausgleichsgedanken zu verwirklichen*»[27].

L'idée que l'intérêt à l'intégrité doit être réparé en tout premier lieu ressort également d'un examen des systèmes de responsabilité civile qui ont précédé le nôtre. En effet, si quant à la forme, le choix d'une indemnisation en numéraire est prépondérant, l'examen des intérêts pris en compte pour établir le quantum de l'indemnité révèle que le but visé était de recréer, pour la victime, une situation la plus semblable possible à celle qui aurait été la sienne sans la survenance de l'événement dommageable[28].

## B. *La réparation de l'intérêt à la restitution: une réalité en droit suisse*

Le droit suisse définissant le dommage par la théorie de la différence, qui doit servir à calculer le montant de l'intérêt pécuniaire, on peut se demander si celui-ci ne connaît que la réparation de l'intérêt pécuniaire, au détriment de l'intérêt à l'intégrité. L'opinion défendue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté nous prouve le contraire, puisqu'il considère l'intérêt du défendeur à ce que ses arbres soient restés intacts, indépendamment de tout impact sur la valeur vénale de sa parcelle[29].

27 C. 2.2.

28 Le droit canon, puis le droit naturel, donnent la priorité à la réparation en nature, et donc à la réparation de l'intérêt à l'intégrité. Certaines codifications coutumières mentionnent expressément le principe de la remise en état (cf. *Les Coustumes Générales des Pays et Duché de Bretagne*, Titre X, art. CLXXV). Même en droit romain, qui pourtant n'autorisait pas la réparation en nature en dehors du cas précis de la restitution de la chose soustraite, on prenait en compte l'intérêt à l'intégrité (cf. ULPIEN, D.9, 2, 21, 2: «Faut-il estimer seulement la valeur du corps de l'esclave tué, c'est-à-dire sa valeur à sa mort, ou plutôt notre intérêt à ce qu'il n'ait pas été tué? Nous employons la solution selon laquelle c'est l'intérêt du demandeur qui doit être pris en compte.»)

29 C. 2.2.



Les exemples de l'indemnisation des atteintes à l'intégrité corporelle (a) et aux choses (b) nous démontrent que la réparation de l'intérêt à l'intégrité est non seulement connue, mais également régulièrement accordée, ce qui nécessite en général quelques manipulations de la théorie de la différence, ou le recours à d'autres constructions plus ou moins artificielles.

### *a) La réparation des lésions corporelles*

Le calcul du dommage consécutif à une atteinte à l'intégrité corporelle comporte plusieurs éléments. Il s'agit tout d'abord de réparer les conséquences concrètes du dommage, par exemple «réparer» la jambe cassée, c'est-à-dire rembourser les frais de guérison, selon la terminologie du Code[30]. Pour calculer ce poste du dommage, utiliser la théorie de la différence conduit à un résultat absurde puisque, comme nous l'avons dit plus haut, une partie du corps humain ne vaut rien, économiquement parlant.

En réalité, les frais ne sont rien d'autre que le substitut des mesures que le responsable doit prendre pour remettre sa victime dans l'état dans lequel elle serait si l'événement ne s'était pas produit (le responsable étant rarement en mesure d'exécuter ces mesures lui-même). Pour ce qui concerne ce poste du dommage, le recours à la théorie de la différence est dogmatiquement incorrect, et la construction à laquelle nous recourons (le dommage concret n'est pas un dommage, mais uniquement son impact sur le patrimoine) inutilement artificielle.

La perte de gain et l'atteinte à l'avenir économique qui découlent de l'atteinte à l'intégrité corporelle concernent des pertes pécuniaires. On se trouve donc dans un cas particulier où le «bien» qui doit être remis en état est une valeur patrimoniale. L'intérêt à l'intégrité et l'intérêt pécuniaire coïncident, de telle sorte que le recours à la théorie de la différence pour calculer le montant du dommage est parfaitement adéquat[31].

### *b) La réparation des atteintes aux choses*

En cas de destruction partielle de l'objet, le lésé obtient le coût des mesures de réparation, qui correspondent à l'intérêt à l'intégrité. Le raisonnement est le même que pour les frais dont la réparation est accordée suite à une atteinte à l'intégrité corporelle, et le même raisonnement peut être conduit, *mutatis mutandis*.

30 Art. 46 al. 1 CO.

31 Ce raisonnement peut être appliqué, *mutatis mutandis*, à la réparation des dommages purement économiques.

Lorsque l'objet est totalement détruit, on accorde à la victime sa valeur d'usage si la chose est sujette à dépréciation, et qu'il existe un «marché de l'occasion» où elle pourra se procurer un équivalent. Si la chose n'est pas sujette à dépréciation, la victime reçoit la valeur d'un objet neuf. Jusqu'ici, cette démarche correspond à la réparation de l'intérêt à l'intégrité.

Toutefois, dans une telle situation, la victime se trouve avantagée du fait qu'elle reçoit une chose neuve alors qu'elle a perdu une chose déjà usagée. Ceci allant à l'encontre de la théorie de la différence et de son corollaire — l'interdiction de s'enrichir, on devrait procéder à des déductions[32] afin de compenser l'enrichissement ainsi obtenu. Cependant, la doctrine admet généralement que pour les objets d'usage courant, il n'y a pas lieu d'imputer ainsi à la victime les avantages obtenus[33], ce qui n'est pas logique sous l'angle de la théorie de la différence, mais l'est parfaitement au regard de la réparation de l'intérêt à l'intégrité.

## III. Conclusion

Prenant ses distances d'avec la théorie de la différence, l'arrêt commenté propose, dans le cas particulier de l'endommagement et de la destruction d'arbres, une nouvelle définition du dommage. La réflexion menée au considérant 2.2 permet de dégager la définition suivante: le dommage correspond à l'intérêt qu'a la personne lésée à ce que l'atteinte ne se soit pas produite, autrement dit au coût des mesures nécessaires pour la replacer dans la situation (générale, et non plus uniquement financière) dans laquelle elle serait sans la survenance de l'événement dommageable.

Une pareille définition du dommage présente l'avantage certain de rétablir la réalité quant à la nature de l'indemnité en numéraire, une nature double puisqu'elle peut être à la fois ersatz de la réparation en nature visant la réparation de l'intérêt à l'intégrité ou simple compensation de l'intérêt pécuniaire lorsque la réparation en nature n'est pas possible. Elle remet également à sa place la théorie de la différence qui, loin d'être inutile, doit pourtant se contenter d'un rôle de simple formule de calcul pour certains postes du dommage.

Mais le mérite principal de cette décision est de se détacher du caractère patrimonial du bien atteint pour décider de l'octroi d'une réparation. En ce sens, elle rétablit la distinction entre la forme de

32 En allemand, *Abzüge «neu für alt»*.

33 Cf. Deschenaux / Tercier (note 6), par. 24 N. 7. Il en va toutefois différemment dans le cadre de l'assurance-incendie (cf. art. 63 al. 1 ch. 3 LCA).



l'indemnité et la nature des intérêts touchés et, donc, entre le choix d'une indemnité en numéraire d'une part et la perte d'intérêts de nature économique d'autre part. En effet, si une perte patrimoniale implique nécessairement une réparation en argent, la réciproque n'est pas exacte, comme nous le révèle l'exemple de la réparation des atteintes à l'intégrité corporelle. Ce dernier exemple nous montre également que loin de se limiter au cas particuliers d'arbres abattus, la réparation de l'intérêt à l'intégrité est, aujourd'hui déjà, chose connue dans notre ordre juridique, et régulièrement pratiquée.

La responsabilité civile, gardienne des droits individuels, vise en effet leur protection indépendamment de leur nature[34]. Dans cette perspective, la définition du dommage proposée dans cet arrêt par le Tribunal fédéral offre une solution moderne, qui permet au droit de la responsabilité civile d'évoluer afin de répondre aux exigences nouvelles de notre société, évolution freinée aujourd'hui par l'assimilation du dommage à la théorie de la différence. Pour toutes ces raisons, cette définition devrait logiquement être adoptée comme la définition du dommage pour l'ensemble du droit de la responsabilité civile.

34 Cf. Petitpierre Gilles, «Les fondements de la responsabilité civile», *RDS* 1997 I p. 273 ss, 278 s.

## TABLE DES MATIÈRES

I. L'ATF 129 III 331 ..... 471
1. L'état de fait ..... 471
2. Les considérants du Tribunal fédéral ..... 472

II. COMMENTAIRE ..... 473
1. La définition classique du dommage et ses dangers ..... 473
A. La théorie de la différence ..... 473
B. Ses dérives ..... 474
C. Quelques remèdes ..... 474
a) Les tentatives de normativisation du dommage ..... 475
b) Leurs insuffisances ..... 476
2. Redéfinir le dommage en revenant aux sources de la responsabilité civile ..... 476
A. Deux fonctions de la responsabilité civile ..... 477
a) La sanction ..... 478
b) La réparation ..... 479
B. La réparation de l'intérêt à la restitution: une réalité en droit suisse ..... 480
a) La réparation des lésions corporelles ..... 481
b) La réparation des atteintes aux choses ..... 481

III. CONCLUSION ..... 482